Allan R. Brewer-Carías

LA MUERTE DE UNA CONSTITUCIÓN

El proceso constituyente de 1999 desencadenado por dos sentencias de la Corte Suprema

H. Chávez 2 / 2 / 1999:
Juro "sobre esta Constitución moribunda"

Con trabajos de:
Eduardo Jorge Prats, Alessandro Pace, Georges Liet-Vaux
y de Juan Manuel Raffalli, Ramón Guillermo Aveledo, Víctor Hernández
Mendible, Carlos Luis Carrillo Artiles, Ricardo Antela Garrido,
Lolymar Hernández Camargo, Michael Núñez Torres
y Rafael Estrada Michel, Jaime Grimaldo Lorent, Ricardo Combellas,
Jesús Maria Casal H., Tulio A. Alvarez, Eduardo Pacienza,
Carlos García Soto, Gustavo Grau Fortoul, José Ignacio Hernandez
Miguel Mónaco.

Colección Biblioteca *Allan Brewer-Carías*

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la
Universidad Católica Andrés Bello, Nº 9

editorial jurídica venezolana

2022

LA MUERTE DE UNA CONSTITUCIÓN

Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.

1. Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario-populista. América Latina: debates sobre la democracia*. 80 años de Dieter Nohlen, Coloquio Iberoamericano No. 200, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 11 septiembre 2019, (Prólogo: Armin von Bogdandy), Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 322.
2. Luis Fraga Pittaluga, *Arbitraje tributario nacional e internacional* (Prólogo: Allan R. Brewer-Carías), Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 168.
3. Rafael Simón Jiménez Tapia y Emilio J. Urbina Mendoza, *El comiso autónomo y la extinción de* dominio *en la lucha contra la corrupción,* Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 262.
4. José Ignacio Hernández, *Aspectos jurídicos de la crisis humanitaria de migrantes y refugiados en* Venezuela*. Documentos fundamentales,* Editorial Jurídica Venezolana, 2021, pp. 220.
5. Carlos Reverón Boulton, Derechos *humanos en la literatura y cine venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana Caracas 2021, 434 pp.
6. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante las Academias de América Latina. Sobre historia, derecho y* constitucionalismo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 378 pp.
7. Allan R. Brewer-Carías*, La demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021 610 pp**.**
8. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Sobre proceso político y constitucionalismo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 614 pp.
9. Allan R. Brewer-Carías, *La muerte de una Constitución*. *La experiencia del proceso constituyente de Venezuela de 1999, desencadenado por unas sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999* (Con trabajos de Eduardo Jorge Prats, Alessandro Pace, Georges Liet-Vaux, y de Juan Manuel Raffalli, Ramón Guillermo Aveledo, Víctor Hernández Mendible, Carlos Luis Carrillo Artíles, Ricardo Antela Garrido, Lolymar Hernández Camargo, Michael Núñez Torres y Rafael Estrada Michel, Jaime Grimaldo Lorent, Ricardo Combellas, Jesús María Casal H., Tulio A. Álvarez, Eduardo Piacenza, Carlos García Soto, Gustavo Grau Fortoul, José Ignacio Hernández y Miguel J. Mónaco), Caracas 2022, 680 pp.
10. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Sobre* proceso *político y constitucionalismo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 614 pp.
11. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones* ante *las Academias españolas. Sobre de Ciencias Políticas y Sociales. Sobre historia y constitucionalismo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 238 pp.
12. Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones ante la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Sobre* derecho *e historia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 444 pp.
13. Allan R. Brewer-Carías, *Constitución de plastilina y vandalismo constitucional. La ilegítima mutación de la Constitución por el Juez Constitucional al servicio del autoritarismo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2022, 642 pp.

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela
Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

LA MUERTE DE UNA CONSTITUCIÓN

El proceso constituyente de 1999 desencadenado por dos sentencias de la Corte Suprema

Con trabajos de:

Eduardo Jorge Prats, Alessandro Pace, Georges Liet-Vaux y de Juan Manuel Raffalli, Ramón Guillermo Aveledo, Víctor Hernández Mendible, Carlos Luis Carrillo Artíles, Ricardo Antela Garrido, Lolymar Hernández Camargo, Michael Núñez Torres y Rafael Estrada Michel, Jaime Grimaldo Lorent, Ricardo Combellas, Jesús María Casal, Tulio A. Álvarez, Eduardo Piacenza, Carlos García Soto, Gustavo Grau Fortoul, José Ignacio Hernández G. y Miguel J. Mónaco

Colección *Biblioteca Allan R. Brewer-Carías*

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Católica Andrés Bello, N° 9

EDICIONES EJV

2022

© Allan R. Brewer-Carías
Email: allan@brewercarias.com
http://www.allanbrewercarias.com

ISBN: 978-1-63821-559-2

Editorial Jurídica Venezolana

Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande,
Apartado 17.598 – Caracas, 1015, Venezuela
Teléfono 762.25.53, 762.38.42. Fax. 763.5239
Email fejv@cantv.net
http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve

Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational@gmail.com

Portada: Detalle de imagen del acto de juramentación de Hugo Chávez como Presidente de la República el 2 de febrero de 1999, con la mano puesta -*Juro- "sobre esta Constitución moribunda"*.

Diagramación, composición y montaje por Mirna Pinto, en letra
Times New Roman 12, Exacto 12, Mancha 18 x 11.5

CONTENIDO

NOTA EXPLICATIVA 11

***"A MANERA DE PRÓLOGO"*:**

ULISES, LAS SIRENAS Y LOS MUERTOS CONSTITUYENTES
Por Eduardo Jorge Prats 21

"***A MANERA DE PRESENTACIÓN*":**

MUERTE DE UNA CONSTITUCIÓN (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, núm. 17, del 19 de enero de 1999)
por: Alessandro Pace 27

***PRIMERA PARTE*:**

RECUERDOS DE SOBRE MI PARTICIPACIÓN EN LA "*POLÉMICA* CONSTITUYENTE," Y LAS LECCIONES DEL "POPULISMO CONSTITUCIONAL" QUE CARACTERIZÓ AL PROCESO CONSTITUYENTE VENEZOLANO DE 1999,
por: Allan R. Brewer-Carías 45

SEGUNDA PARTE:

EL EQUILIBRIO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. (A propósito de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 19 de enero de 1999 (febrero 1999),
por: Allan R. Brewer-Carías 115

TERCERA PARTE:

LA CONFIGURACIÓN JUDICIAL DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999: O DE CÓMO EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN ABRIÓ EL CAMINO PARA SU VIOLACIÓN Y PARA SU PROPIA EXTINCIÓN 2004),
por: Allan R. Brewer-Carías 173

CUARTA PARTE:

OTROS ESTUDIOS Y COMENTARIOS SOBRE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 19 DE ENERO DE 1999

I. **JUAN M. RAFFALLI ARISMENDI**, "**Reconocimiento judicial del proceso constituyente y sus consecuencias,** (1999) 271

II. **RAMÓN GUILLERMO AVELEDO, "Sobre los riesgos de reformar la Constitución por medio no establecido en ella (Visión del proceso constituyente venezolano de 1999"** (2000) 293

III. **VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE: "La contribución del poder judicial a la desaparición de la constitución, la democracia y el estado de derecho"** (2000) 331

IV. **CARLOS LUIS CARRILLO ARTÍLES: "Las singularidades del proceso constituyente en Venezuela. Análisis histórico jurídico," Publicado en la Revista de Derecho Constitucional N° 2. Editorial Sherwood. Caracas 2000, pp. 183-214** (2000) 363

V. **RICARDO ANTELA GARRIDO: "La Transición Constitucional (o cómo la Asamblea nacional Constituyente se transformó en un poder supra popular)"** (2000) 411

VI. **LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO, "¿Hacia un nuevo concepto de poder constituyente?: la Constitución venezolana de 1999"** (2001) 421

VII. **MICHAEL NÚÑEZ TORRES Y RAFAEL ESTRADA MICHEL: Una Asamblea Constituyente para México. (Consideraciones en torno a las relaciones entre ciencia, historia, política y normativa constitucional, con especial referencia al caso de la transición mexicana**) (2001) 457

VIII. JAIME GRIMALDO LORENT: La Asamblea Constituyente de 1999 y sus implicaciones para el proceso de descentralización y el Régimen Federal en Venezuela. Balance en el marco de la Constitución de 1999 (2002) 463

IX. RICARDO COMBELLAS: "El proceso constituyente y la Constitución de 1999" (2002) 471

X. JESÚS M. CASAL H.: "Proceso constituyente, Constitución y justicia constitucional" (2010) 489

XI. TULIO ALBERTO ÁLVAREZ: "Revisión Constitucional y Desfiguración Del Proceso Constituyente: Una crítica a la aplicación de la Supraconstitucionalidad y la Teoría del Poder Constituyente Originario en América Latina" (2015) 521

XII. EDUARDO PIACENZA: "Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo Nº 17 del 19/1/99 de la CSJ: Algunos materiales para su discusión académica (2015) 535

XIII. CARLOS GARCÍA SOTO: "La Asamblea Nacional Constituyente de 2017 en su contexto histórico" (2017) 557

XIV. GUSTAVO A. GRAU FORTOUL: "Reembozalándo el Pitbull. Consideraciones sobre el proceso que culminó con la propuesta en vigor de la Constitución de 1999 y que está en marcha para sustituirla" (2017) 571

XV. JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.: La muerte de una Constitución (Veinte años después)" (2021) 579

XVI. MIGUEL J. MÓNACO: La oportunidad perdida para salvar una Constitución (2021) 591

"*A MANERA DE EPÍLOGO*":

EL FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN: Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia (1943),
por: Georges Liet-Veaux 603

***APÉNDICE*:**

SENTENCIAS DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 19 DE ENERO DE 1999
(Casos interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que regulaba el referendo consultivo)

I. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA. SENTENCIA No. 17 (CASO *REFERENDO CONSULTIVO I*), DEL 19 DE ENERO DE 1999. 637

II. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA. SENTENCIA No. 18 (CASO *REFERENDO CONSULTIVO II*), DEL 19 DE ENERO DE 1999. 658

NOTA EXPLICATIVA

El 19 de enero de 1999, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela dictó dos sentencias, como resultado de las cuales se puede decir que se produjo la "*morte di una Costituzione*," tal como le expresó muy sugestivamente el profesor Alessandro Pace de la Universidad La Sapienza de Roma, al titular así un artículo publicado semanas después en la prestigiosa revista *Guirisprudenza Costitutionale.* editada por Giuffrè, Milán.[1]

De allí el título de este libro, dedicado a analizar, en particular, el contenido y los efectos de esas sentencias como factor que condujo a un proceso constituyente que se desarrolló al margen de lo prescrito en la Constitución entonces vigente (de 1961), en cual solo se regulaba, para su revisión, los procedimientos de "enmienda" y "reforma."

Dichas sentencias se dictaron, no para interpretar la Constitución en abstracto en cuanto a los procedimientos para su reforma, sino para resolver dos recursos de interpretación de un preciso artículo de una Ley, el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en el cual se regulaba la figura del "referendo consultivo" como un mecanismo de democracia directa establecido para conocer la opinión del pueblo sobre materias de trascendencia nacional.

El propósito fundamental de los recursos que habían sido intentados en octubre y diciembre de 1998, era que la Corte Suprema determinara si era o no posible, mediante dicho referendo "consultivo" regulado legalmente, que se convocara una Asamblea Consti-

---

[1] Véase Alessandro Pace, "Morte di una Costituzione," en *Giurisprudenza Costituzionale*, Año XVIV Fasc. 2 1999, Giuffrè Editore, Milano 1999, pp. 1542 a 1552.

tuyente no prevista ni regulada en la Constitución de 1961 para acometer su reforma integral. Así, los recurrentes buscaron que fuera la Corte Suprema de Justicia la que resolviera, conforme a la Constitución y las leyes, la polémica jurídica y política que se había planteado en el país durante todo el año 1998 con ocasión de la campaña electoral para las elecciones parlamentarias y presidencial que tuvieron lugar en noviembre y diciembre de ese año, entre dos posiciones claramente diferenciadas:

Por una parte, quienes siguiendo la propuesta del candidato Hugo Chávez Frías, sostenían que mediante el mencionado referendo "consultivo" previsto en una ley, es decir, solo apelando a la expresión de una "opinión" de la voluntad popular, se podía convocar una Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución, para transformarla totalmente;[2] camino que luego de seguirse inconstitucionalmente Venezuela en 1999, se siguió también en Ecuador y Bolivia en 2007 y 2010 respectivamente.

Y por la otra, quienes al contrario sosteníamos que para convocar una Asamblea Nacional Constituyente para reformar o sustituir la Constitución por una nueva, era indispensable reformar previamente la Constitución de 1961 para regular dicha figura en ella, como uno de los procedimientos para su revisión y reforma, a los

---

[2] Como lo resumieron Thais Maingon, Carmen Pérez Baralt y Heinz R. Sonntag: "El debate giró inicialmente alrededor de la legalidad de la convocatoria de la ANC, la forma de hacerla y quién debería realizarla. Fueron dos las interpretaciones de los textos legales. La primera, propuesta por el Presidente y defendida mayoritariamente por el PP, dentro de éste por el MVR, consideraba que no era necesaria reforma alguna a la Constitución de 1961 para proceder a la convocatoria, ya que ésta, en su Artículo 4, consagra el principio de la soberanía popular reconocido como Poder Constituyente primario u originario: éste puede, en todo momento, modificar y transformar el ordenamiento constitucional. Asimismo, el Artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (LOSPP) contempla la figura del referendo, pudiendo ser convocado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros." Véase en: Thais Maingon, Carmen Pérez Baralt (LUZ), Heinz R. Sonntag (UCV), "La batalla por una nueva Constitución para Venezuela," en *Cuestiones Políticas* Nº 24, enero-junio 2000, 22 - 48 EPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas LUZ, pp. 22-48. Disponible en: https://produccioncientificaluz.org/index.php/cuestiones/article/view/14175/14154

efectos de que luego pudiera ser convocada y electa.[3] Dicho camino, lamentablemente, no se siguió en el país con las consecuencias desestabilizadoras que condujeron al autoritarismo, en contraste con el camino que se optó, por ejemplo, en el más reciente proceso constituyente que se inició en Chile en 2021, con la aprobación, mediante plebiscito, de una Ley (No. 21.200) de reforma puntual de la Constitución, para regular la Convención Constitucional, la cual fue entonces convocada y electa casi de inmediato.

En enero de 1999, en Venezuela, ante la ausencia de regulación constitucional del procedimiento de la Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, la Corte Suprema de Justicia fue sin duda colocada en una situación harto difícil para resolver el conflicto político que se le había planteado;[4] situación que estaba caracterizada por al menos cuatro factores políticos:

Primero, la situación en la cual se encontraba el país, con un sistema político democrático en crisis terminal después de cuarenta años de democracia;

---

3 Como lo resumieron Thais Maingon, Carmen Pérez Baralt y Heinz R. Sonntag; "La segunda interpretación consideraba que era necesaria una reforma puntual de la Constitución para crear la figura de la ANC, normar su funcionamiento y después realizar el referendo consultivo, puesto que el soberano tiene a su vez una normativa prevista en la misma que debe respetarse para realizar un referendo, en razón de que el Artículo 4 refiere su soberanía a los poderes constituidos. Según esta opinión, lo más conveniente era que fuese el Congreso Nacional el responsable de realizar la convocatoria. Sostenían al respecto que convocar la ANC, sin antes reformar la Constitución, significaba un "golpe de estado civil". Esta interpretación fue apoyada por los oponentes y adversarios a Chávez que, en su mayoría, pertenecían a los partidos políticos tradicionales (AD y COPEI) y a grupos de juristas de la sociedad civil. Véase Thais Maingon, Carmen Pérez Baralt (LUZ), Heinz R. Sonntag (UCV), "La batalla por una nueva Constitución para Venezuela," en *Cuestiones Políticas* Nº 24, enero-junio 2000, 22 - 48 EPDP-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas -LUZ, pp. 22-48. Disponible en: https://produccioncientificaluz.org/index.php/cuestiones/article/view/14175/14154

4 Véase sobre el rol jugado por los tribunales constitucionales y cortes supremas en América Latina, al asumir el rol de actores políticos, en: Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (Editores), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave Macmillan, 2005.

Segundo, la alta polarización a la cual había conducido la campaña electoral del año precedente, que había estado basada por parte de Chávez, en su única propuesta electoral de convocar una Asamblea Constituyente para "refundar" la República;

Tercero, el resultado de la elección parlamentaria del 8 de noviembre de 1998, en la cual el partido de Hugo Chávez (Movimiento V República) solo había obtenido una escasa votación del 22.22% de los votos y, por tanto, una representación minoritaria de solo 37 diputados de los 207 que conformaron la Cámara de Diputados, y de solo 8 senadores de los 54 que conformaron el Senado,[5] de modo que se le hacía imposible motorizar la reformas que pensaba realizar sin tener que buscar acuerdos y consensos con el resto de la representación del país;

Y *cuarto*, el resultado de la elección presidencial del 6 de diciembre de 1998 que le había dado a Hugo Chávez el triunfo al obtener el 56.20 % de los votos, en una elección que se caracterizó por el hecho de que no participaron candidatos presidenciales provenientes de los partidos tradicionales que estaban en franca desbandada organizacional.[6]

El triunfo de Chávez en la elección presidencial, y la minoría que había logrado en la representación en el Congreso, lo llevaron a él y a sus seguidores, a continuar con su propuesta de convocar la Asamblea Constituyente sin reformar la Constitución, sin atender lo que pudiera discutirse entre los diputados y senadores al Congreso recién electos, presionando en cambio a la Corte Suprema para que decidiera a su favor los recursos de interpretación que estaban en trámite. En tal sentido llegaron incluso a organizar manifestaciones populares ante la sede de la Corte Suprema con el único propósito de presionar al alto Tribunal para que decidiera los recursos pendientes a favor de la tesis que sostenían.

---

5 En esa elección parlamentaria, Acción Democrática obtuvo el 29.95% de los votos con 61 diputados y 21 senadores; Copei obtuvo el 13% de los votos, con 26 diputados y 6 senadores. Véase el detalle de los resultados electorales en https://es.wikipedia.org/wiki/Elecciones_parlamentarias_de_Venezuela_de_1998

6 En esa elección participaron Henrique Salas Römer, quien obtuvo 39.97 de los votos; e Irene Sáez, quien obtuvo 2.82% de los votos. Véase los datos en https://es.wikipedia.org/wiki/Elecciones_presidenciales_de_Venezuela_de_1998

En todo caso, ante la ceguera de los partidos políticos tradicionales y la pasividad de los nuevos parlamentarios, y frente a un voluntarismo desatado del nuevo presidente electo que amenazaba a la Corte Suprema, en las manos de sus magistrados quedó la solución del dilema constitucional que estaba planteado, entre la soberanía popular, por una parte, y la supremacía de la Constitución, por la otra. Dilema grave cuando las formas de manifestarse la primera están enmarcadas y reguladas en la segunda, sobre todo cuando la misma ha sido precisamente producto del ejercicio de la primera.

Es decir, como se dijo, el dilema consistía en determinar si una Constitución que se ha dado el propio pueblo en ejercicio de su soberanía, en la cual se prescribían con precisión los procedimientos para su reforma, podía ser cambiada por algún otro medio distinto al que el propio pueblo había prescrito en el texto de la Constitución que se había adoptado en su día en ejercicio de la soberanía popular. Problema grave sobre todo si se tenía en cuenta que la propia Constitución decía en su artículo 250 que la misma "no perderá su vigencia si […] fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone."

Este libro recoge varios estudios sobre el contenido de las sentencias, cuyo texto íntegro también se publica al final de la obra, mediante las cuales la Corte Suprema, después de analizar y explicar todo lo que se podía estudiar sobre el Poder Constituyente, desde Sieyès hasta nuestros días, y sobre el derecho a la participación política, terminó respondiendo la primera pregunta que se le formuló, asunto sobre el cual nadie dudada, y es que mediante el referendo consultivo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política efectivamente sí se podía consultar al pueblo sobre el tema de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, por ser ello un tema de evidente interés nacional. Pero la Corte Suprema no respondió la segunda pregunta que se le había formulado, que era la clave y esencial, y que consistía en determinar si mediante el mecanismo del referendo consultivo no regulado en la Constitución sino en dicha Ley (que era la que se le había pedido interpretar), se podía proceder a convocar una Asamblea Constituyente no regulada en la Constitución para proceder a modificar la Constitución.

Además de tres estudios de mi autoría sobre las sentencias, publicados en 1999 y 2004, he seleccionado para incluir en esta publicación, otros estudios de varios profesores en los cuales las mismas se analizaron, específicamente los trabajos que colocados en orden

cronológico, fueron elaborados por Juan Manuel Raffalli, Ramón Guillermo Aveledo, Víctor Hernández Mendible, Carlos Luis Carrillo Artíles, Ricardo Antela Garrido, Lolymar Hernández Camargo, Michael Núñez Torres y Rafael Estrada Michel, Jaime Grimaldo Lorent, Ricardo Combellas, Jesús María Casal H., Tulio A. Álvarez, Eduardo Piacenza, Carlos García Soto, Gustavo Grau Fortoul, José Ignacio Hernández y Miguel J. Mónaco. Todos fueron publicados entre 1999 y 2021,[7] y conforman la **Cuarta parte** de este libro.

Con las sentencias dictadas, como dije al inicio y lo expresó en 1999 el profesor Alessandro Pace se produjo la "*Morte di una Costituzione*" razón por la cual he estimado de interés reproducir su estudio, "***A manera de Presentación***" al comienzo del libro.

Y es que la Constitución de 1961, en efecto, fue inmisericordemente masacrada:

Primero, por el propio Chávez desde el día en el cual tomó posesión de la Presidencia, el 2 de febrero de 1999, cuando juró su cargo con la mano puesta sobre el texto de la Constitución de 1961, calificándola como "Constitución moribunda," procediendo ese mismo día a convocar, en contra de la misma el referendo consultivo para la Asamblea Constituyente;

Segundo, también por el propio Chávez, al anunciar que dicha Asamblea Constituyente tendría el carácter de "poder constituyente originario," para imponerse sobre los otros poderes constituidos, presionando una y otra vez a la Corte Suprema para que no lo contrariara. Argumentó, en efecto, que:

> "sólo el pueblo podía echar para atrás este proceso. Este proceso es como el río, es indetenible. Estoy seguro de que la Corte de Justicia terminará escuchando al pueblo. El pueblo quiere

---

[7] Muchos otros trabajos se publicaron sobre el tema, destacándose entre los publicados en inglés, los de: Joshua Braver: "Hannah Arendt in Venezuela: The Supreme Court battles Hugo Chávez over the creation of the 1999 Constitution," en *International Journal of Constitutional Law*, Volume 14, Issue 3, July 2016, Pages 555–583; y Joel Colón-Ríos, "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The case of Venezuela and Colombia," en *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, No. 24/2002 (Editor: John Prebble, Assistant Editor: Laura Lincoln), Vol. 2, Issue No. 5, 2002.

referendo y constituyente. El único que puede impugnar el referendo es el mismo pueblo; el único que puede detener este proceso es el soberano."[8]

Y *tercero*, luego, por la misma Asamblea Constituyente después de ser electa, cuando decidió en contra de lo resuelto finalmente por la Corte Suprema de Justicia que le negó el carácter de "poder originario" que Chávez le atribuía a la Asamblea, al resolver, a partir de su instalación, el 1 de agosto de 1999, asumir de facto el "poder constituyente originario," sometiendo a sus designios a todos los poderes constituidos, y ordenando que la Constitución de 1961 solo estaría vigente en aquello que no contrariase las decisiones que adoptase la propia Asamblea.

El proceso constituyente venezolano que se inició a raíz de las mencionadas sentencias, fue el más claro ejemplo de la corriente de populismo constitucional que entonces se inició en América Latina y que como se dijo, luego se siguió en Ecuador y Bolivia, donde se aplicó la misma receta; experiencias de las cuales quedaron muchas lecciones a las cuales me refiero en el trabajo "Recuerdos de mi participación en la polémica sobre la Asamblea Constituyente y sobre las lecciones del populismo constitucional que caracterizó al proceso constituyente venezolano de 1999" y que se publica en la **Primera parte** de este libro; seguido entonces de los dos estudios o comentarios jurisprudenciales míos sobre las sentencias, los cuales redacté: el primero, unas semanas después de que se dictaran las sentencias, publicado el 23 de febrero de 1999, que forma la **Segunda parte** de este libro; y el segundo, publicado en 2004, con una visión más retrospectiva que el anterior, en el cual me referí a toda la conformación judicial del proceso constituyente, analizando también las otras sentencias que con posterioridad dictó la misma Corte Suprema durante el año 1999, tratando infructuosamente de someter a la constitucionalidad a la Asamblea, el cual se incluye en la **Tercera parte** de este libro.

En esas últimas sentencias, la Corte trató de precisar, aun cuando tardíamente, que con la Asamblea Constituyente la Constitución de 1961 no perdía vigencia, lo cual fue ignorado por la Asamblea; todo lo cual provocó que la propia Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Cecilia Sosa Gómez, renunciara a su

---

8 Véase en *El Nacional*, Carcas 11 de marzo de 1999, D-1.

cargo denunciando que la misma se había "autodisuelto" al aceptar la intervención del Poder Judicial por parte de dicha Asamblea Constituyente.

Se publica además en esta obra, "***A manera de Prólogo***," un reciente artículo del Profesor Eduardo Jorge Prats sobre "Ulises, las Sirenas y los Muertos Constituyentes" donde trata la esencia del tema debatido a raíz de las sentencias.

En definitiva, las Constituciones, como manifestaciones de la voluntad popular, establecen los mecanismos y procedimientos para su reforma, los cuales confirman el principio de la rigidez, y ellos deben respetarse por los órganos del Estado. Toda manipulación de las normas constitucionales para producir su reforma o modificación sin sujetarse a los procedimientos constitucionales, no sólo es inconstitucional,[9] sino que puede calificarse como un "fraude a la Constitución," a lo que se refirió ya en 1943, Georges Liet-Veaux en su conocido artículo sobre "*La fraude à la Constitution*," al estudiar las revoluciones de Italia, Alemania y Francia cuando se establecieron los regímenes fascistas y nacional-socialista antes de la segunda guerra mundial; el cual también se publica en este libro "***A manera de epílogo.***"

Liet-Veaux, al analizar dichos regímenes, precisó que el fraude constitucional consiste en crear un nuevo órgano de revisión encargado de dictar una nueva Constitución distinto al previsto en esta; o en la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente.[10]

En todo caso, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999, sin duda fueron muy importantes, tanto por lo

---

9 Como se ha analizado recientemente en un estudio de derecho constitucional comparado contemporáneo realizado por Yaniv RoznaiI, en su libro: *Unconstitutional constitutional amendments. The Limits of Amendment Powers*, (Colección: Oxford Constitutional Theory, Oxford University Press, 2017).

10 Véase G. Liet-Veaux, "La fraude à la Constitution", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l`Etranger,* Tomo 58º, Año XLVIII, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1942, pp. 116-150.

que resolvieron, como por lo que *no* resolvieron; y además, por lo que en definitiva originaron, razón por la cual, ahora, transcurridos más de veinte años, y en vista de que el mismo dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional se sigue discutiendo intermitentemente en nuestros países de América latina, he pensado que es de interés publicarlas en este volumen (el texto íntegro se publica en el **Apéndice de este libro**), con los diversos comentarios y trabajos que se incluyen, no solo porque el tema del poder constituyente no ha cesado de estar presente en el constitucionalismo moderno desde 1789, sino por las lecciones que resultan del proceso constituyente desencadenado por las mismas, a los efectos de que los errores cometidos no se repitan.

Nueva York, abril 2022

Allan R. Brewer-Carías

"A MANERA DE PRÓLOGO"

ULISES, LAS SIRENAS Y LOS MUERTOS CONSTITUYENTES*

Por: Eduardo Jorge Prats

Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, República Dominicana

El querido amigo y admirado maestro Allan R. Brewer Carías ha querido que unos artículos sobre el poder constituyente que he publicado en la prensa dominicana -y que he actualizado en esta ocasión- figuren, integrados ambos, a manera de prólogo de este libro de su autoría, intitulado "La muerte de una Constitución", sobre "la experiencia del proceso constituyente de Venezuela de 1999 desencadenado por unas sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999", el cual contiene, además, trabajos de un extraordinario colectivo de destacados juristas.

Estoy seguro de que este libro contribuirá a afincar la idea en nuestra América de que todo poder en un Estado constitucional, aun si se trata del poder constituyente del pueblo, está sujeto a límites impuestos por la propia Constitución y las normas supranacionales incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales con aplicación preferente a las normas internas. Sirvan pues estas palabras a manera de prólogo, que me honra sobre manera poder escribir, para poner un granito de arena en esta noble tarea, que es deber de todo

---

* Este texto tiene su origen en un artículo publicado por el autor en el diario Hoy, Santo Domingo, 27 de agosto de 2021. Disponible en: https://hoy.com.do/ulises-las-sirenas-y-los-muertos-constituyentes/

jurista en un Estado de derecho: colaborar con la crítica del poder y contribuir a sostener, desde la dogmática y la cátedra universitaria, los límites jurídico-constitucionales a todos los poderes públicos y aún a los poderes fácticos, invisibles o "poderes salvajes" (Luigi Ferrajoli).

El elemento clave de todo verdadero Estado constitucional de derecho es la estabilidad de su Constitución. Esta estabilidad constitucional, que busca garantizar lo que Ferrajoli denomina la "esfera de lo indecidible", es decir, el "conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías", como es el caso de los derechos fundamentales y la "fórmula política" (Raúl Canosa Usera), se logra a través de dos instrumentos esenciales: la mayoría agravada y el procedimiento especial de reforma constitucional, por un lado, y, por otro lado, la consagración de cláusulas pétreas o de intangibilidad que preservan el núcleo constitucional, la forma básica de gobierno (civil, democrático, representativo).

Esa estabilidad constitucional, que se concreta en la rigidez de la Constitución y en el instituto de la reforma constitucional, no puede significar, sin embargo, la inmutabilidad constitucional. Como decía Thomas Jefferson, "ninguna sociedad puede elaborar ni una Constitución ni una ley perpetuas. La Tierra pertenece siempre a las generaciones vivas". Por eso, el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 establece que "un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras". De ahí que la Constitución deba ser lo suficientemente rígida para proteger los derechos y la democracia de las tentaciones autoritarias incluso del propio pueblo y no tan rígida que impida a la mayoría popular reformar la Constitución.

Sin embargo, lo que caracteriza a los ordenamientos constitucionales es que, como nos recuerda Jon Elster, así como en la mitología griega Ulises se autolimitó atándose al mástil mayor de su barco y ordenando que no lo desataran ante el canto de las sirenas, el pueblo, en una Constitución, se restringe a sí mismo y a sus descendientes, descartando ciertas opciones que podrían tomar libremente si no existiera esa restricción (por ejemplo, establecer como forma de gobierno una monarquía dictatorial eclesiástica militar) y manteniendo su adherencia a ciertos fundamentales e irreversibles precompromisos.

Pero Ulises se puede desatar. El mito de la omnipotencia constituyente diseñado por Sieyès puede descarriar a una asamblea revisora de la Constitución que, pese a ser un poder de reforma constituido y limitado por la Constitución, y no, en verdad, un poder constituyente originario, pase por alto las reglas de la reforma constitucional y, en base a un "golpe de estado constituyente" (Brewer-Carías), proceda no solo a reformar el núcleo intangible de la Constitución sino también a gobernar, ejerciendo inconstitucionalmente los poderes constituidos y sobrepasando el marco y el mandato de reforma constitucional. A ello contribuye una doctrina jurisprudencial que entiende que puede modificarse la cláusula de intangibilidad constitucional y que, una vez reformada la Constitución, no puede declararse inconstitucional la reforma constitucional hecha en violación a la propia Constitución, la cual, pese a su nulidad, puede ser "purgada" (Néstor Pedro Sagüés) mediante un posterior referendo popular.

Los precompromisos constitucionales y supraconstitucionales son esenciales al buen funcionamiento de una democracia constitucional en la medida en que limitan "la tendencia a tomar decisiones apresuradas o pasionales". Y es que los grupos "están sujetos a la influencia de la pasión, del autoengaño y de la histeria, que pueden generar una mayoría temporal para tomar decisiones de las que más adelante se arrepentirán".

El caso chileno es un laboratorio perfecto de lo antes dicho. El mayoritario voto plebiscitario del pueblo de Chile aprobando la elaboración de una nueva Constitución por parte de una asamblea elegida a tales fines ha suscitado un amplio apoyo en nuestra América, por entenderse que, con la activación del proceso constituyente, los chilenos tendrán la oportunidad de cambiar un orden constitucional heredado de la sanguinaria dictadura de Pinochet y de hacer efectivas reformas fundamentales en el orden político, económico, cultural y social que -en tanto respondan a las expectativas y demandas de una gran parte de la sociedad chilena, frustrada de vivir en una "vetocracia" (Francis Fukuyama), es decir, un régimen en el que grupos o partidos bloquean las decisiones reclamadas por el pueblo y que construye un "constitucionalismo como ´prisión´ de la democracia" (Roberto Gargarella)- vendrían a darle mayor legitimidad a una democracia que vio morir a Pinochet en su cama pero que ahora tuvo la justa oportunidad de ver "su" Constitución "ajusticiada en las urnas" (Fernando Mires).

Algunos de quienes alaban el exitoso proceso constituyente chileno, sin embargo, lo hacen por considerar que, con el plebiscito, se inicia un proceso en el que la soberanía del pueblo se impondrá por encima de cualquier límite constitucional preestablecido. Esta opinión, muy extendida en círculos tanto académicos como populares, parte de una confusión entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado, que ha llevado a -y justificado- que asambleas elegidas para reformar una Constitución o hacer una nueva no solo violen las restricciones constitucionales al mandato que le otorgó el pueblo, sino que pasen a sustituir los poderes constituidos y a gobernar directamente en flagrante violación a su restringido y exclusivo mandato constitucional. Es precisamente lo que Brewer-Carías, refiriéndose al caso de Venezuela, ha llamado el "golpe de estado constituyente".

Felizmente, los chilenos, conscientes de que en una democracia constitucional todo poder, incluso el poder constituyente, es un poder limitado que debe ser necesariamente procesualizado, para así controlar jurídicamente un poder que, como cualquier otro, si no es limitado, puede acabar destruyendo el orden constitucional establecido, se vacunaron contra la posibilidad de tal golpe de estado disfrazado de constituyente popular.

Los límites adoptados en ese sentido por los chilenos en los artículos 133 a 144 de su Constitución Política son varios. 1º La Convención Constitucional, en tanto órgano excepcional, debe actuar en un marco temporal acotado (9 meses, prorrogable por tres más, para su funcionamiento, plazo tras el cual deja de existir). 2º La tarea exclusiva de la Convención es elaborar una nueva Constitución y no puede interferir en el funcionamiento ni invadir la competencia de los poderes constituidos y las instituciones del Estado. 3º La Convención tampoco puede reformar la actual Constitución ni negarle la autoridad a una Carta Fundamental que sigue vigente hasta que entre en vigor la nueva Constitución. 4º La nueva Constitución debe respetar los principios del Estado republicano, el sistema democrático, las sentencias judiciales y los tratados internacionales vinculantes para Chile. 5º Se establece un quórum de dos tercios de los convencionales en ejercicio para aprobar el reglamento de funcionamiento de la asamblea y para que esta pueda adoptar decisiones parciales o finales válidas, no pudiéndose alterar los quórums ni procedimientos para el funcionamiento de la Convención y para la adopción de acuerdos. Y 6º Se consagra un mecanismo de control en manos de una instancia formada por cinco jueces de la Corte

Suprema, a la que se puede recurrir en caso de vicios esenciales del procedimiento constituyente y que solo podrá anular la decisión recurrida, sin sustituirla.

Como se ve, los chilenos han utilizado las armas más refinadas, precisas y contundentes del arsenal constitucional para prevenir un golpe de estado constituyente como el venezolano. Pero hace unos meses dije: no pasará mucho tiempo antes que, por las mismas razones que una parte de la doctrina constitucional niega efectividad a las cláusulas pétreas o de intangibilidad, sobre la base de esa terrible omnipotencia que se le quiere atribuir a un poder constituyente que no es originario sino simplemente constituido, pretendan algunos pasarle por encima a los límites constitucionales establecidos a la Convención Constitucional. Ya los veo, blandiendo en una mano a Rousseau y Sieyès y en otra a Lenin y Schimitt, argumentar que el poder constituyente es, como diría Negri, "una fuerza que explota, rompe, interrumpe, disloca cualquier equilibrio preexistente y cualquier posible continuidad". Ese día, que esperaba hace unos meses que no llegaría nunca jamás pero que, como veremos más adelante llegó, sería el crujir de dientes, el despertar del monstruo de los muertos constituyentes.

Y, en efecto, el 22 de septiembre de 2021 la Convención Constitucional chilena comenzó la votación de los reglamentos que regularán el trabajo de los constituyentes y aprobó el punto de autodefinirse como "originaria" en los siguientes términos: "La Convención Constitucional es una asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el poder constituyente originario". Este artículo reabre la discusión, que se ha repetido desde el inicio del proceso, entre constituyentes que plantean que la Convención tiene poder originario y los que afirman, con justa razón, que es un poder constituyente derivado, sujeto a los límites constitucionales, como poder creado y normado por la actual Constitución, aún cuando sus miembros hayan sido elegidos por el pueblo. Ya veremos qué dirán en su momento los jueces de Chile -si es que se pronuncian al respecto- y cuál será finalmente el desenlace del proceso constituyente chileno. En todo caso, más allá de cualquier caso en particular, lo importante para los juristas es que podemos decir, adaptando la frase de Werner Kägi en relación con la jurisdicción constitucional, "dime tu posición sobre el poder constituyente y yo te diré qué concepto tienes de la Constitución". Porque un Estado en donde existe un poder absoluto -aún sea constituyente, "originario" y

popular- no es en verdad un Estado constitucional ya que, como bien decía Lord Acton, "el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente".

Ese último creo que es precisamente el mensaje que este libro, a fin de cuentas, quiere transmitir y cuya lectura -que se hace indispensable ahora y siempre, porque, como demuestra el trágico caso venezolano y otros más, "en la constituyente más clara llueve"- no retardo más, por lo que invito al lector que ha tenido la paciencia de seguirme hasta aquí a iniciarla ya.

"A MANERA DE PRESENTACIÓN"

MORTE DI UNA COSTITUZIONE

(Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, núm. 17, del 19 de enero de 1999)

por Alessandro Pace

Profesor emérito de la Universidad La Sapienza de Roma

Texto publicado con el título: "Morte di una Costituzione" en *Giurisprudenza Costituzionale*, Año XVIV Fasc. 2 1999, Giuffrè Editore, Milano 1999, pp. 1542 a 1552. El texto traducido del italiano por Carlos Ortega Santiago, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, fue publicado con el título "Muerte de una Constitución," en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 19, No 57 septiembre-diciembre 1999, pp. 271 a 283.

1. El 6 de diciembre de 1998 Hugo Chávez Frías, de cuarenta y cuatro años, ex Teniente Coronel de los paracaidistas y autor del fallido golpe militar del 4 de febrero de 1992, es elegido Presidente de la República de Venezuela con el 56 por 100 de los sufragios, basándose en un programa en el que se comprometía a aumentar inmediatamente el poder adquisitivo de las masas populares con los recursos derivados de la lucha contra la corrupción y contra la evasión fiscal (en efecto, el 80 por 100 de los venezolanos vive claramente en condiciones críticas de indigencia). Antes aún de entrar en el ejercicio de sus funciones, el Presidente electo anuncia su intención de convocar lo más pronto posible un referéndum consultivo para la institución de una Asamblea Constituyente.

El 19 de enero, con dos Sentencias (las números 17 y 18) dictadas en el ejercicio de la atribución de interpretación de las leyes ordinarias, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con origen en recursos planteados por asociaciones privadas, interviene en el encendido debate abierto entre los partidos políticos y en la opinión pública a propósito del procedimiento a seguir para poder convocar una Asamblea Constituyente: bien a través de un referéndum consultivo, o con arreglo a una reforma de la Constitución vigente. Fundándose en una discutible (y extensiva) interpretación de los artículos 4 y 50 de la Constitución, y no - hubiera debido hacer - en la interpretación únicamente del artículo 181 de la Ley Orgánica sobre el Sufragio y sobre la Participación Política (LOSPP), la Corte hace suya la tesis sostenida por Chávez y establece, en consecuencia, la plena legitimidad constitucional de la convocatoria del referido referéndum, no obstante la vigencia de la Constitución de 1961 y aun cuando ésta prevea, en su artículo 246, un procedimiento específico para su reforma total (diferente del previsto para proceder a modificaciones puntuales).

El 2 de febrero de 1999 el Teniente Coronel Chávez, al asumir oficialmente el cargo de Presidente de la República de Venezuela, pronuncia las siguientes palabras: "Juro delante de Dios, juro delante de la Patria, juro delante de mi pueblo, que sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la República nueva tenga una Carta Magna adecuada a los nuevos tiempos. Lo juro." El mismo día el Presidente Chávez firma el Decreto de convocatoria del Referéndum sobre la Asamblea Constituyente, que contiene dos preguntas dirigidas a los ciudadanos:

> 1) "¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?";
>
> 2) "¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?"

Sin embargo, la segunda de estas dos preguntas (aceptadas mientras tanto por el Consejo Nacional Electoral a través de una decisión autónoma y, como tal, impugnable judicialmente) es anu-

lada por la misma Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, con Sentencia núm. 271, de 18 de marzo de 1999, a partir del recurso de un ciudadano elector. Esta segunda pregunta, al ratificar implícitamente la confianza en el Presidente Chávez, tendría para la Corte un ilegítimo valor plebiscitario y no un valor meramente consultivo; valor este último que había sido considerado conforme con el artículo 181 LOSPP por la propia Corte, en la referida Sentencia núm. 17 de 1999.[1] En consecuencia, el Consejo Nacional Electoral reformula como sigue la segunda pregunta:

> "¿Está usted de acuerdo con las bases propuestas por el Ejecutivo Nacional para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, examinadas y modificadas parcialmente por el Consejo Nacional Electoral en sesión de fecha 24 de marzo de 1999, y publicadas en su texto 'integro en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, núm. 36.669 de fecha 25 de marzo de 1999?"

El 25 de abril de 1999, con la abstención de más del 60 por 100 de los electores, la "convocatoria" de la Asamblea Constituyente logra un resultado positivo, merced también a la referida normativa para la elección de la Asamblea Constituyente predispuesta por el Consejo Nacional Electoral (las llamadas bases del proceso comicial que Chávez habría querido definir de forma autónoma, recuérdese la formulación originaria de la segunda pregunta). En efecto, dicha normativa prescribe que, para la validez de la decisión adoptada en el referéndum, es suficiente la mayoría relativa de los votos, cualquiera que sea el resultado.

El resultado fue, pues, el siguiente: de 3.983.302 votantes (las abstenciones ascienden a 6.543.062 electores, equivalente al 62 por 100), los "síes" a la primera pregunta son 3.500.746, igual al 92,36 por 100, mientras los "síes" a la segunda pregunta son 3.259.812,

---

[1] Previamente, con la Sentencia del 4 de marzo de 1999, la misma Sala había rechazado un recurso para la anulación de la misma pregunta, basado en idénticos motivos, pero dirigido directamente contra el Decreto presidencial y, como tal, inadmisible. Dicha decisión -como, por lo demás, los otros datos recogidos en esta primera parte del Comentario-, se puede encontrar en Internet en el URL http://www.analitica.com/bitbliotconstituyente.htm.

igual al 86,43 por 100. La intención de Chávez de "tumbar la Constitución de 1961" se encuentra ya a un paso de realizarse.[2]

2. La Sentencia que se comenta es la primera de las dos decisiones del 19 de enero de 1999 (y también la más importante, ya que la segunda confirma en la práctica la primera), con la cual -como ya se ha indicado- la Corte Suprema venezolana ha considerado legítimo instituir una Asamblea Constituyente a través de un referéndum popular consultivo, no obstante la vigencia de la Constitución de 1961, Y a pesar de que esta Constitución prevea un procedimiento especial para su reforma total.

La Sentencia deja mucho que desear, tanto en la coherencia de su argumentación, como en su claridad conceptual. Sin embargo, debe prestarse atención a esta Sentencia y reflexionarse detenidamente sobre la misma, tanto por la importancia práctica que ha tenido en Venezuela -al legitimar dicha decisión, con toda la autoridad que le es propia, una decisión política bastante discutible desde el punto de vista jurídico-; como por la relevancia teórica de los problemas afrontados por la misma, esto es, la posibilidad de identificar al poder constituyente con la soberanía constitucionalmente reconocida al pueblo; además de individuar, entre los derechos constitucionales implícitamente atribuidos a la persona humana, el derecho de los ciudadanos a participar en el referéndum para ser consultados acerca de la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Pero no sólo. La Sentencia es importante también por los problemas subyacentes, aun cuando no se afronten explícitamente, y que se refieren: a la naturaleza (jurídica o fáctica) del poder constituyente, cuando éste se ejercita de forma pacífica; y a la naturaleza (constituyente o constituida) del poder general (o total) de reforma.

Sin embargo, antes de continuar es necesario subrayar que la situación político-institucional venezolana era, y es, bastante compleja, y que sería un error considerar a la Corte Suprema alineada a favor del Presidente Chávez. Aún más, las modalidades de nombramiento de sus jueces (elegidos por las Cámaras en sesión conjunta: art. 214 de la Constitución) podría acreditar más bien, desde

---

[2] Según los críticos del nuevo Presidente, el diseño político de Chávez sería el de concentrar en sus manos los tres poderes del Estado, para poder hacer frente a la profunda crisis económica y social venezolana. Véase la crónica de J. J. Aznárez, en el periódico *El País* de 25 de abril de 1999, p. 12.

un punto de vista "periodístico", la opinión contraria.[3] Como quiera que sea, la violenta polémica surgida a principios de abril entre el Presidente Chávez, que negaba "autoridad legítima y moral" a la Corte Suprema, y esta última que, por toda respuesta, ha declarado oficialmente, en reunión plenaria, su "exigencia para que el ciudadano Presidente de la República Hugo Chávez Frías, cese en su actitud irrespetuosa y hostil contra la Corte Suprema de Justicia, a la cual le corresponde como función primordial preservar el Estado de Derecho",[4] despoja de cualquier fundamento a la tesis -que sólo un lector superficial podría deducir de las Sentencias números 17 y 18 de 1999- según la cual, con la decisión que se comenta, la Corte Suprema habría pretendido favorecer al Presidente Chávez. Y, precisamente, la independencia de la Corte Suprema respecto del Presidente constituye un elemento importante de reflexión que se deriva de los sucesos venezolanos, de los que emerge la existencia no de un movimiento unitario dirigido a la instauración de un nuevo orden constitucional, contrastado por un movimiento unitario opuesto, sino la existencia de una multiplicidad de posiciones, algunas contrarias a la instauración de una nueva Constitución, otras sin embargo favorables, pero divididas entre sí por diferentes estrategias acerca de las modalidades para instituir la Asamblea Constituyente. Lo que no es diferente de lo que sucede en ciertas situaciones excepcionales (y en concreto, no es diverso de lo que sucedió después de la II Guerra Mundial en Francia y en Italia y, más recientemente, en España), pero que, precisamente por eso, ha de hacer reflexionar de modo crítico, una vez más, sobre la validez conceptual de *apriorísticas* identificaciones subjetivas del titular del llamado poder constituyente.[5]

---

[3] Véase de nuevo la referida crónica publicada en *El País* del 25 de abril de 1999.

[4] El texto del Comunicado oficial de la Corte Suprema puede leerse íntegramente consultando el servidor *Web* de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en el URL http://www.csj.gov.ve.

[5] Con tal locución pretendo referirme aquí, como he hecho en escritos precedentes (publicados ahora en *Potere costituente, rigiditá costituzionale, autovincoli legislativi,* Cedam, Padua, 1997, p. 59 y ss., p. 105 y ss., a los que se añade "Processi costituenti italiani 1996-1997", ahora en *Studi in onore di L. Elia,* tomo II, Giuffrè, Milán, 1999, p. 1127 y ss.), al poder *de hecho* encaminado a la instauración -pacífica si es posible, pero, si fue-

Una segunda premisa -necesaria, a la vez que bastante obvia- es que, en el examen de la Sentencia y de los acontecimientos institucionales venezolanos, no hay que dejarse condicionar por la simpatía hacia la "Constitución moribunda" o por el aclamado "bolivarismo" del Presidente Chávez. Por tanto, sin tomar partido por una o por otro, me limitaré a verificar la corrección jurídica de las argumentaciones planteadas como fundamento de la Sentencia comentada.

---

ra el caso, también violenta- de una nueva Constitución. Pero que se trate de efectivo poder constituyente se sabrá, por regla general, sólo *ex post,* es decir, sólo después de que la "nueva" Constitución haya sido no sólo aprobada, sino también legitimada por el consenso popular (en este sentido, véase también M. Luciano: "L' antisovrano e la crisi delle costituzioni", en *Rivista di diritto costituzionale,* 1996, p. 154). Dicho poder es ejercido por líderes individuales carismáticos, por el monarca, por las facciones o por movimientos políticos, para "orientar la historia, pero al mismo tiempo detenerla, para imprimir al futuro la fisonomía de hoy, eternizándola" (así, con agudeza, M. Dogliani, *I:ntroduzione al diritto costituzionale,* Il Mulino, Bolonia, 1994, p. 66); y, por eso, moviéndose *en contraposición* con el orden constitucional precedente, o bien *en ausencia* del mismo (piénsese en los acontecimientos constitucionales alemanes y japoneses de la II posguerra), pero siempre en consonancia con el ordenamiento estatal precedente, cuya continuidad no está condicionada por eventuales modificaciones constitucionales [sobre la cuestión, por todos, V. Crisafulli: "La continuità dello Stato" (1964), ahora en ID.: *Stato, popolo, govemo.* Giuffrè, Milán, 1985, p. 3 y ss., 35 y sigs. Sin embargo, la identificación del poder constituyente (de hecho) únicamente con el poder instaurador violento y, al mismo tiempo, la falta de percepción de que el ordenamiento jurídico no decae con el cambio de la Constitución del Estado, es lo que ha llevado a R. Carré de Malberg: *Contribution a la théorie générale de l' État,* tomo II, Sirey, París, 1922, p. 495 y 497 y ss., a considerar -erróneamente- que cada cambio constitucional, incluso cuando es total, debe operar "según las reglas determinadas por la Constitución que pretende modificar". Distingue correctamente el poder constituyente *de la Constitución,* del poder constituyente original *del Estado* (y, por tanto, considera irrelevantes las modificaciones constitucionales para la continuidad del ordenamiento jurídico), J. L. Requejo Parés: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente,* CEC, Madrid, 1998, p. 57 y ss., p. 101 y ss.; quien, sin embargo, en sentido diverso a la opinión compartida aquí, considera que el poder constituyente *de la Constitución* está condicionado jurídicamente por los precedentes constitucionales positivos del propio Estado.

3. Los pasajes fundamentales de la sentencia son los siguientes:

Primer problema. La competencia interpretativa de la Corte Suprema de Justicia.

Para comenzar, la Corte afronta el problema de su competencia para pronunciarse sobre la interpretación del artículo 181 de la citada LOSPP[6], y lo resuelve positivamente a la luz de la interpretación conjunta del artículo 42, apartado 24 de la Ley Orgánica de la Corte (LOCSJ) que atribuye a la Corte, precisamente, la competencia para "conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos por la ley", con el artículo 234 de la LOSPP, que admite a su vez el recurso de interpretación en materia de referendos consultivos.

Y aquí asistimos al primer salto lógico de la Sentencia comentada. Después de haber afirmado que "el recurso se prevé exclusivamente para determinar el alcance y el significado de los actos legislativos", la Corte, contradiciéndose, extiende su jurisdicción de interpretación a la propia Constitución venezolana (refiriéndose primero al art. 4 y después al art. 50); y lo hace poniendo de manifiesto que la doctrina más acreditada considerada superada ya la interpretación de la ley "efectuada de manera subsuntiva y aislada", debiendo el intérprete, incluso si su atención se dirige en concreto a una ley, tener en cuenta el ordenamiento jurídico "como combinación de principios, valores y métodos, en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del Derecho". Lo que puede compartirse en términos generales, pero no cuando la competencia interpretativa del órgano judicial se refiere exclusivamente a los actos legislati-

---

6 El artículo 181 de la LOSPP dispone: "El Presidente de la República en Consejo de Ministros, el Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras, convocada con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación a la fecha de su realización, por el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los miembros presentes; o un número no menor del diez por ciento (10%) de aquellos electores inscritos en el Registro Electoral, tendrán la iniciativa para convocar la celebración de un referendo, con el objetivo de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional. La celebración de los referendos en materias de interés propio de los Estados y Municipios se regirá por lo establecido en las normas que los rigen, respectivamente."

vos. En ese caso el magistrado, en el ejercicio de dicha atribución, deberá tomar en consideración más bien los principios y los valores constitucionales con el objeto de interpretar correctamente la norma legislativa ordinaria, pero no podrá avanzar hasta el punto de ampliar el contenido propio de su competencia interpretativa, extendiéndola hasta incluir directamente las normas constitucionales. Y, por otra parte, la misma estudiosa española citada explícitamente por la Corte con tal fin, no deja de afirmar que "la interpretación no puede ir más allá de los límites definidos en el sistema de fuentes, alterándolo".[7]

> *Segundo problema. ¿Supremacía de la Constitución o primacía de la soberanía popular? ¿La Constitución, como norma suprema y fundamental, puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y de modificación, o ha de considerarse que corresponde siempre "al pueblo soberano", como titular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación constitucional?*

Bien visto, esta pregunta -que la Corte se plantea de forma dramática (si fuese correcta la primera hipótesis, sin duda se salvaguardaría la supremacía de la Constitución, pero el principio democrático pasaría a ser pura retórica; sin embargo, si fuese correcta la segunda hipótesis, se preservaría la soberanía popular, pero la supremacía constitucional resultaría perjudicada irremediablemente)-, plantea una falsa alternativa.

La primera inexactitud se encuentra en lo siguiente: Que -en sentido diverso a lo que sostiene la Corte- poder constituyente y soberanía popular reconocida en la Constitución (*legal sovereignty* en el léxico de I. W. Jennings)[8], no se identifican. El primero es un poder de hecho e ilimitado; la segunda -en cuanto reconocida por la Constitución- se descompone en poderes jurídicos y en derechos funcionales, ambos esencialmente limitados.[9]

---

7 M. L. Balaguer Callejón: *Interpretación. de la Constitución y ordenamiento jurídico,* Tecnos, Madrid, 1997, p. 115.

8 I. W. Jennings, *The Law and the Constitution* (5 ed.), University of London, Londres, p. 144 y ss.

9 Acerca del carácter limitado de la soberanía jurídica, véase también M. Luciani: "L'antisovrano e la crisi delle costituzioni", *op. cit.,* p. 136 y ss.,

En efecto, los límites del poder constituyente son meros límites de oportunidad (auto límites políticos) que el sujeto que pretende ejercitar tal poder (no obstante, si lo ha ejercido en realidad se sabrá, por regla general, ¡sólo *ex post*!) no puede dejar de respetar, si pretende que su proyecto constituyente pueda transformarse en realidad efectiva a través de la sucesiva legitimación popular de la Constitución. Por contra, los límites al ejercicio de la soberanía (jurídica) popular, derivan de la Constitución en cuanto suprema norma organizativa de todos los poderes públicos, como se establece explícitamente (y de modo realista), por ejemplo, en el artículo 1, apartado 2 de la Constitución italiana, en el artículo 20, apartado 2 de la Ley Fundamental alemana y en el artículo 4 de la propia Constitución venezolana. La autorizada afirmación según la cual "en el Estado constitucional no existe un soberano",[10] significa precisamente que la soberanía jurídica, en el Estado constitucional, no corresponde en exclusiva a ningún sujeto u órgano, sino que está parcelada y distribuida a través de las funciones públicas y de los derechos funcionales, ambos intrínsecamente limitados.

La segunda inexactitud se encuentra en la afirmación de la pretendida existencia de un poder constituyente del pueblo. La concreta experiencia histórica nos muestra que el poder constituyente ha sido ejercido siempre por el monarca, por un líder carismático y/o por facciones y por movimientos políticos; nunca por el pueblo, que ha desarrollado *siempre* otra función -no menos importante, pero esencialmente diversa-: la de legitimar la Constitución, o rechazarla, no sólo en el momento de la ratificación (cuando ésta se encuentre prevista), sino también en las primeras e inciertas fases de aplicación de la «nueva» Constitución, siempre y cuando la efectividad de ésta no se confunda una vez más con la efectividad del

---

quien, entre otras cosas, recuerda la certera afirmación de H. Kelsen : *Il problema della sovranitá (Das Problem des Souveränitdt und die Theorie des Volkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre,* 1920), trad. it. A. Carrino, Giuffrè, Milán, 1989, p. 65, para quien "El Estado (...) según su esencia más profunda, es en sí mismo ordenamiento, límite y limitación. Un Estado sin límites e ilimitable sería ordenamiento sin orden, límite no limitado".

10 M. Kriele: *Einführung in die Staatslehre,* Westdeutscher Verlag, Opladen, 1994, p. 121 y ss.

ordenamiento jurídico en su conjunto[11]. Debe advertirse, sin embargo, que lo que se ha de considerar en la legitimación no es la soberanía jurídica, sino la soberanía popular de hecho (*political sovereignty* en el ya referido léxico de I. W. Jennings), como tal no disciplinada y en ningún caso disciplinable por el Derecho.

Todavía en relación con el segundo problema. La solución de la Corte venezolana.

Siendo irresoluble, desde un punto de vista lógico, la cuestión que se plantea la Corte (encaminada a encontrar una solución al caso concreto garantizando, a un tiempo, la supremacía jurídica de la Constitución y la primacía jurídica de la soberanía popular), la Corte Suprema resuelve dicha cuestión ... habilitándose una "vía de escape" en el ámbito del derecho positivo, a costa de no pocas "invenciones" interpretativas y torsiones lógicas.

Aun cuando la propia Corte admita que, "según los criterios interpretativos tradicionales considerados válidos", el artículo 4 de la Constitución venezolana consagra "exclusivamente el principio de la representación popular", en cuanto establece que "la soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público", la Corte abandona esta interpretación absolutamente correcta. Sobreponiendo su propia voluntad a la del Constituyente de 1961, la Corte opina que un sistema participativo:

> "consideraría que el pueblo retine siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente, quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce. De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación".

En otras palabras, olvidando haber admitido poco antes que ésta no es la decisión adoptada positivamente por el artículo 4 de la

---

[11] La referencia obligada ha de ser a las espléndidas páginas de C. Esposito:«La consuetudine costituzionale», ahora en ID.: *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri sag*gi. Giuffrè, Milán, 1992, p. 306 y ss.

Constitución venezolana, la Corte se contradice y, partiendo del artículo 50 de dicha Constitución ("La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos"), colma tal supuesta laguna ... excluyendo que exista una laguna. En consecuencia, afirma que "el referéndum previsto en la LOSPP es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución". Y concluye:

> "... la interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la LOSPP, respecto del alcance del referéndum 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 LOSPP en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente".

Sin embargo, es evidente que para llegar a tal conclusión la Corte, en primer lugar, ha desatendido -al haberla admitido, precisamente, en la propia Sentencia- la única interpretación considerada válida tradicionalmente del artículo 4 de la Constitución venezolana; en segundo lugar, ha considerado posible un ejercicio directo de poderes "soberanos", prohibido explícitamente por dicha norma; y, por último, ha aplicado al ejercicio de poderes "soberanos" o, como quiera que sea, al ejercicio privado de una función pública (esto es, ¡al referéndum con fines institucionales!), una norma como la del artículo 50 de la Constitución venezolana, que tiene su única razón de ser en la referencia exclusiva a las libertades civiles "inherentes a la persona humana" (cfr. la análoga IX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos).

Pero no son éstas las únicas críticas. Así, afirmar que el artículo 4 de la Constitución venezolana permite el ejercicio popular directo de la soberanía (que la Corte identifica con el poder constituyente), ¿no significa consentir, quizá, "un llamamiento al pueblo

contra la Constitución vigente",[12] colocando así a la Constitución en contraste consigo misma? ¿Cómo es posible, como hace la Corte, negar exactamente -por un lado- que el poder constituyente esté previsto en las normas sobre la revisión constitucional (arts. 245 a 249 de la Constitución venezolana), porque es característico de "su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, no ser regulado por normas jurídicas"; y, por otro lado, sostener contradictoriamente que el desempeño efectivo de dicho poder constituyente esté atribuido directamente al pueblo por el artículo 4 de la Constitución de este país? Por último, ¿cómo se hace para sostener que los mecanismos jurídicos de la participación (propios de la soberanía popular) garantizarían "la supremacía de la Constitución", cuando estos mismos mecanismos se evocan con el objeto preciso de "tumbar" la propia Constitución?

4. No obstante, más allá de todas las perplejidades referidas con anterioridad, la Sentencia suscita también algunas reflexiones "en positivo". En efecto, no se debe olvidar cuanto se refiere en las alegaciones de los recurrentes y a lo que la Corte no responde. Es decir, que el desacuerdo político-institucional en Venezuela, en el momento de la decisión comentada, no era tanto entre los defensores de la Asamblea Constituyente y los detractores de la misma, sino entre los defensores de la institución de la Asamblea Constituyente a través de un referéndum y los defensores de su creación a través de una revisión constitucional adoptada por las dos Cámaras (una solución, ésta, no menos ilegítima que la otra).

Mas si esto es cierto, se comprende políticamente (aunque no se justifica jurídicamente) por qué la Corte no rechazó la tesis favorable a la institución de la Asamblea Constituyente a través de un referéndum consultivo, sirviéndose del argumento -absolutamente correcto- según el cual el artículo 246 de la Constitución venezolana, al prever la posibilidad de la revisión constitucional total, indicaría el camino que se habría de recorrer para modificar también radicalmente la Constitución de 1961, pero dentro del marco del ordenamiento constitucional instaurado por la misma. Con toda probabilidad no existían, en aquel momento, espacios "políticos" para una interpretación constitucionalmente correcta de este tipo; y

---

[12] M. Dogliani: "Potere costituente e potere costituito", en *Alternative,* núm. 4, 1996, p. 66.

también con toda probabilidad, la Corte no quería arriesgar "deslegitimarse" en un conflicto político-institucional que la habría situado en oposición tanto con los defensores de la creación mediante referéndum de la Asamblea Constituyente, como con los defensores de su institución a través de la revisión constitucional.

Pero, ¿por qué defender la institución de una Asamblea Constituyente y no cultivar, sin embargo, la vía de la reforma constitucional total prevista en el artículo 246 de la Constitución venezolana? La respuesta está en que la previsión constitucional de un procedimiento para la reforma total no equivale a la evocación del poder constituyente[13]. En efecto, mientras aquel procedimiento presupone, de cualquier modo, la existencia de límites procedimentales (una propuesta parlamentaria, un debate parlamentario o, cuando menos, el respeto de determinadas reglas procedimentales); el poder constituyente, como ya se ha recordado, es por definición ilimitado, y la Asamblea constituyente representa quizás el único caso, históricamente verificable, de un sujeto dotado *a priori* de poder constituyente. Lo cual, si por una parte excluye que sea posible equiparar apriorísticamente el poder constituyente con el poder total de reforma constitucional -como es el poder previsto, por ejemplo, en el artículo 168 de la Constitución española-;[14] por otra parte, podría explicar la amplísima convergencia de la opinión pública venezolana en favor de la institución de una Asamblea Constituyente, aunque dicha opinión se encuentre dividida internamente entre la vía del referéndum y la vía parlamentaria. Así, la gravedad de la crisis económica y social se convierte en el pretexto para sancionar, de todas formas, *la muerte de la Constitución de 1961*; y la Corte Suprema diseña para sí, en este cuadro, una posición autónoma: favorable, sí, a la hipótesis del referéndum, pero contraria a la utilización plebiscitaria de este instrumento de democracia directa. En otras palabras, una posición alejada prudentemente de la "venturera" posición del Presidente Chávez.

---

13 Véase en ese sentido. mi *Potere costituente* .... cit., p. 114, nota 39.

14 En ese sentido, véase P. de Vega: *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente,* Tecnos, Madrid, 1985, p. 228 y ss.: y en sentido contrario, M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia,* Tecnos, Madrid, 1989, p. 35 y ss.

5. Una última observación. A pesar de las opiniones contrarias muy autorizadas,[15] es indudable que la instauración de un nuevo ordenamiento constitucional en contraste con la Constitución vigente siempre es ilegal, aunque se lleve a efecto de forma pacífica. La diferencia es que, mientras la instauración violenta, si fracasa, es sancionada penalmente, el intento fallido de instauración pacífica puede quedar a veces sin sanción.

Lo que es cierto, sin duda, por lo que se refiere al intento de instaurar un nuevo ordenamiento constitucional mediante un proceso de revisión constitucional inválido por motivos de forma o de sustancia -en ese caso, al menos en Italia, los parlamentarios invocarían la inviolabilidad parlamentaria ex artículo 68, apartado l de la Constitución italiana;[16] y los ciudadanos privados invocarían, por su parte, la atenuante de la obediencia a la Ley constitucional-. Sin embargo, algo más dudoso es que eso pueda acontecer cuando el intento se llevare a efecto mediante leyes ordinarias en contraposición con la Constitución vigente: en ese caso, dejando de lado la inviolabilidad parlamentaria, aquéllos que hubieren cumplido dichas leyes podrían quedar exentos -a lo máximo- de la responsabilidad penal, al haber obedecido leyes formalmente existentes aunque inválidas; pero no de responsabilidad civil y administrativa, después de que dichas leyes fueren declaradas inconstitucionales. Sin embargo, en relación con la responsabilidad penal, civil y administrativa, es menos discutible la hipótesis del intento fallido de instauración no violenta de una nueva Constitución que se hubiera servido sólo de actos del Gobierno, aun con fuerza de Ley, para dar paso al nuevo ordenamiento constitucional. De la adopción de un Decreto-Ley no convertido, y aún más si ha sido dictado en contraposición con la Constitución, no se derivan efectos atenuantes respecto de los comportamientos disciplinados por dicha norma[17] .Y lo dicho es válido *a fortiori* en la hipótesis examinada aquí, del intento ilegal de instauración de una nueva Constitución.

---

15 R. Carré de Malbeg: *Contribution ....,* cit., tomo II, p. 497 y ss.

16 Véase mi "Processi costituenti italiani 1996-1997", *op.* cit., p. 1146.

17 *Cfr*. la Sentencia de 1a Corte costituzionale italiana num 51 de 22 de febrero de 1985, en *Giurisprudenza costitutionale*, 1985, p., 248 y ss.

Trasladando ahora lo que se ha recordado hasta el momento a los sucesos venezolanos, se ha de partir necesariamente de la lectura del artículo 250 de la Constitución de este país, según el cual:

> "Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia" (párrafo 1°).
>
> "Serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas de conformidad con ellas, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior, y así mismo los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio pleno de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdos aprobados por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado" (párrafo segundo).

No cabe duda después de todo lo que se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, que la institución de una Asamblea Constituyente, al menos si se lleva a efecto mediante referéndum, representa una magnífica vulneración de la Constitución venezolana de 1961. En sentido similar, es indudable que el artículo 250 citado con anterioridad, considera nulas las modificaciones de la Constitución no respetuosas con los procedimientos previstos. De lo que se deriva que los intentos pacíficos de instauración de una nueva Constitución son considerados del mismo modo que lo violentos: ambos casos ilegales.

Por eso es evidente, desde esta perspectiva, la grave responsabilidad "histórica" que ha asumido la Corte Suprema venezolana con la decisión que se comenta. Si es verdad que el intento de instauración pacífica pasa a través del respeto (aun meramente formal) de las normas constitucionales vigentes previamente, así como a través de la utilización de las "instituciones" y de los "lugares" típi-

cos del régimen precedente -y ello con el fin de facilitar la legitimación popular del futuro orden constitucional-;[18] se debe concluir que, sin la intervención autorizada de la Corte Suprema, el Presidente Chávez, en el juramento prestado en el momento de asumir el cargo, no habría osado hablar nunca de *Constitución moribunda* (5 de julio de 1999).

APOSTILLA (traducida por Benito Alaez Corral, Universidad de Oviedo) (10 de agosto de 1999):

La larga "agonía" de la Constitución de 1961 ha concluido prácticamente el 5 de agosto de 1999 con el anuncio de la "muerte" de la IV República venezolana, proclamada por el *Presidente* Chávez ante la Asamblea Nacional Constituyente elegida el 25 de julio precedente, en la cual los seguidores del Presidente Chávez - partidarios del Frente Patriótico - habían obtenido 120 escaños sobre 131, aun con la abstención del 52,9 por 100 de los electores. Inmediatamente después del anuncio de los resultados electorales, Chávez había sostenido que la Asamblea, denominada por él mismo "la Soberanísima", al asumir la dirección política del país, podría disolver tanto el Congreso como la Corte Suprema, ambos cada vez más críticos, en los últimos tiempos, con las tendencias autoritarias del nuevo Presidente *(vid. El País* del 27, 28 y 29 de julio de 1999).

De ahí la firme (pero tardía) oposición de la Presidenta de la Corte Suprema, Cecilia Sosa, que subrayaba públicamente que "los constituyentes no están por encima de la ley" y que, por tanto, deberán respetar la Constitución vigente *(¡sic!)* hasta que el pueblo venezolano haya aprobado la futura Constitución en referéndum.

Por toda respuesta, el Presidente de la Asamblea Constituyente, Luis Miquilena, proclamaba en la sesión constitutiva de la Asamblea (8 de agosto de 1999) el carácter "originario" de la misma, con la consiguiente ausencia de límites legales a su propio poder de decisión. Comunicaba, además, que, a partir del día siguiente, la Asamblea se reuniría en la sede oficial del Congreso, dejada "libre" en el ínterin por los parlamentarios todavía en el cargo, y ya no en la sede de la Universidad Central de Venezuela (*El País,* 4 de agosto de 1999).

---

[18] En este sentido, véase una vez más *Potere costituente* .... cit., p. 146 y ss.

En la sesión del 5 de agosto intervenía el Presidente Chávez que, como ya se ha dicho, declaraba "muerta" la IV República y ponía su cargo a disposición de la Asamblea, para simbolizar el poder absoluto de la misma. En llamativo contraste con semejantes manifestaciones de pleitesía, Chávez (rápidamente confirmado Presidente de Venezuela por la Asamblea Constituyente el 9 de agosto) trazaba ante ésta las líneas fundamentales de la nueva Carta constitucional, según un esquema elaborado por él mismo *(El País,* 6 de agosto de 1999), que los constituyentes deberán aprobar en los próximos tres meses -según lo decidido por Chávez- y no dentro de seis meses, como estaba previsto inicialmente en la ley.

PRIMERA PARTE

RECUERDOS DE SOBRE MI PARTICIPACIÓN EN LA "POLÉMICA CONSTITUYENTE," Y LAS LECCIONES DEL "POPULISMO CONSTITUCIONAL" QUE CARACTERIZÓ AL PROCESO CONSTITUYENTE VENEZOLANO DE 1999

Allan R. Brewer-Carías

El proceso constituyente de Venezuela del año 1999[1] puede decirse que tuvo su origen -como ha ocurrido en tantos otros países-, en la crisis del funcionamiento del sistema político democrático, el cual instaurado a partir del año 1958, luego de cuarenta años había caído en lo que en su momento denominé como una "crisis terminal,"[2] que era una crisis global de las instituciones y de los partidos políticos, todo lo cual había conducido a un desencanto generalizado de la población respecto de las mismas.

---

1 Véase sobre ello los numerosos escritos y trabajos escritos sobre el proceso en Allan R. Brewer-Carías: *Asamblea Constituyente y Proceso Constituyente 1999,* que es el Tomo VI de mi *Tratado de Derecho Constitucional*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013, 1198 pp.; y en *Reforma Constitucional y Fraude Constitucional. Venezuela 1999-2009*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2009. Véase igualmente, Allan R. Brewer-Carías, *Reformas constitucionales, Asambleas Constituyentes y control judicial: Honduras (2009), Ecuador (2007) y Venezuela (1999),* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009.

2 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Venezuela: Historia y crisis política" en *Derecho y Sociedad*. *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, Nº 3, Caracas, Abril 2002, pp. 217-244.

En ese estadio, la sensación general era que nadie creía en el Congreso, nadie creía en el Poder Judicial, ni en la administración pública, ni en la policía, ni en los cuerpos de seguridad. Nadie creía en los liderazgos, y la sensación sobre la democracia es que la misma se había quedado estancada, es decir, no se la había dejado evolucionar, habiendo sido los propios responsables de su instauración, que fueron los partidos políticos, los no supieron cómo hacerla evolucionar hacia nuevas formas de participación y representación políticas.[3]

En ese contexto de crisis, el 4 de febrero de 1992 se produjo un intento de golpe de estado militar comandado por el entonces Teniente Coronel Hugo Chávez Frías y un grupo de militares, hecho de fuerza que provocó, desde el punto de vista institucional, un sacudón importante en el país, habiendo sido a raíz de ese intento de golpe de Estado cuando se comenzó a plantear con más fuerza la necesidad ineludible que existía de reconstituir y recomponer el proceso político democrático en una forma que también fuera democrática, planteamiento del cual se retomó la propuesta de convocar una Asamblea Constituyente para ello, la cual desde el año precedente y después de la rebelión popular denominada "Caracazo" de 1989, había sido planteada por el llamado Frente Patriótico.[4]

I. EL INICIO DE UNA POLÉMICA

Es decir, ante la necesidad inminente que existía de recomponer el sistema político y de restituir la legitimidad democrática en el país, y ante el temor que corríamos de que la democracia simplemente desaparecería, el tema de convocar una Asamblea Constituyente como mecanismo para la reconstitución de aquél comenzó a tomar cuerpo en la opinión pública, planteándose el tema incluso

---

3 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La crisis de las instituciones: Responsables y salidas", en *Revista del Centro de Estudios Superiores de las Fuerzas Armadas de Cooperación*, Nº 11, Caracas 1985, pp. 57-83

4 En 1990, en efecto, el llamado Frente Patriótico, en el cual participaban destacados políticos como Juan Liscano, Manuel Alfredo Rodríguez y Manuel Quijada, habían propuesto la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin reformar la Constitución, cuestionando la legitimidad del Congreso recién electo para reformarla. Véase Frente Patriótico, *Por una Asamblea Constituyente para una nueva Venezuela*, Caracas 1991.

como una dicotomía en el sentido de que, o se convocaba una Asamblea Constituyente en democracia, o al final se podría producir otro golpe de Estado que igualmente podía conducir a dicha convocatoria, pero sin democracia.[5]

Estábamos a tiempo, decía entonces, para para resolver el conflicto político en democracia, pero para ello existía el escollo fundamental que impedía una rápida materialización de la propuesta de convocar una Asamblea Constituyente, que era que la Constitución entonces vigente de 23 de enero de 1961 solo regulaba dos procedimientos de revisión constitucional, la Enmienda y la Reforma, pero no regulaba la figura de la Asamblea Constituyente,[6] de modo que para poder ser convocada era necesaria su previa constitucionalización mediante una reforma puntual del texto fundamental.

Por ese escollo, precisamente, se inició una larga polémica política en el país, que duraría siete años (1992-1999), que giró en torno a cómo convocar una Asamblea Constituyente, entre quienes sosteníamos que era indispensable regularla previamente en la Constitución, antes de poderla convocar; y quienes proponían que era posible convocar dicha Asamblea apelando solo a una consulta popular sin reformar previamente la Constitución.

---

5 Véase mis declaraciones sobre ello: Allan R. Brewer-Carías, "O convocamos a una Asamblea Constituyente en democracia o nos la convocan," declaraciones a José Luis Olivares, *Ultimas Noticias*, Caracas, 20/08/98, p. 9; "No hay que temerle a la Constituyente," reseña de discurso por Luis Mendoza Rincones, *El Globo*, Caracas, 08/08/98, p. 4; 'La Constituyente es inevitable para reconstituir el Estado," reseña de discurso por Luisana Colomine, *El Universal*, Caracas, 08/08/98, p. 1-18.

6 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela" 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, a cargo del Prof., Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltá di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181.

II. LA PROPUESTA SOBRE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN 1992

Por mi parte, el planteamiento inicial sobre la necesidad de convocar una Asamblea Constituyente para buscar recomponer el sistema político, lo formulé públicamente a las pocas semanas del antes referido intento de golpe de Estado militar que motorizó Chávez Frías contra el gobierno del Presidente Carlos Andrés Pérez y contra la Constitución y la democracia; en un Foro público sobre la situación constitucional del país que se celebró en el Aula Magna de la Universidad de Los Andes, en Mérida, el 11 de marzo de 1992, al cual fui invitado para exponer sobre el tema de "*El Referendo y la Asamblea Constituyente.*"

Las ideas que expuse en dicho Foro, ya las había expresado públicamente unos días antes, el 1º de marzo de 1992, en declaraciones dadas al periodista Elías García Navas que fueron publicadas con el título "La Constituyente es la única salida a la crisis política..." en el diario *El Nacional* (p. D-2), con el siguiente texto:

> *"La democracia en Venezuela ha perdido legitimidad. El sistema político ha degenerado en una democracia de partidos, y el Estado es un Estado de partidos, donde estos han sido los únicos electores, mediatizando la voluntad popular. Ello ha provocado, en 30 años, la crisis institucional actual que nos coloca ante una disyuntiva final corroborada por los acontecimientos del 4F: o reconstituimos la legitimidad democrática o simplemente la democracia desaparece.*
>
> *Para reconstituir la democracia no hay otra salida que llamar al pueblo. El liderazgo político, para salvar la democracia, necesariamente debe apelar al pueblo y el pueblo -políticamente hablando- no es otro que el cuerpo de electores. La conformación inmediata del pueblo como constituyente es la única salida a la crisis de la democracia, para lo cual hay que convocar y designar una Asamblea Constituyente.*
>
> *Una Asamblea Constituyente o se forma al margen de la Constitución o se constituye conforme a ella. No hay otra alternativa. Al margen de la Constitución sería producto de un golpe de estado, y estamos a tiempo de evitarlo y reconstituir la democracia, mediante un pacto político constituyente, conforme a la Constitución.*

En Colombia, a pesar de que la Constitución no lo preveía, se aprovechó la elección presidencial de mayo de 1990 para proponer al pueblo elector una consulta sobre la necesidad de una Asamblea Constituyente, debido a la grave crisis de legitimidad democrática y de violencia del país. Se trató de una especie de referéndum no autorizado por la Constitución; una especie de "golpe de estado" electoralmente formulado que desembocó en la elección, siete meses después, de una Asamblea Constituyente, que luego sancionó una nueva Constitución en julio del 91, acordando la cesación del Congreso. En ese proceso colombiano debe recordarse que el presidente Gaviria asumió el liderazgo de la reforma constitucional.

En Venezuela, la situación es distinta. La Constitución prevé la salida, y esa es la de la reforma constitucional. Pero hay que advertir que de lo que se trata es de hacer una sola y certera reforma para prever la Asamblea Constituyente, por lo que debemos olvidarnos de los aislados y acumulados proyectos de enmienda que la Comisión Bicameral Especial ha venido elaborando en conciliábulos parlamentarios y partidistas, sin consulta popular.

Lo que interesa es darle legitimidad al sistema y para ello, conforme al artículo 246 de la Constitución, debe proponerse la inmediata reforma de la Carta Magna que permita la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

De acuerdo con la Constitución, la iniciativa de una reforma sólo puede partir de una tercera parte de los miembros del Congreso, por tanto, incluso si insensatamente algún partido no estuviese de acuerdo, el resto del espectro político -que ya se ha manifestado- podría tomar la iniciativa. En mi criterio, como el Presidente de la República parece que si comienza a darse realmente cuenta de la grave situación que atravesamos y de la precariedad de la sustentación de la democracia, él debería asumir el liderazgo del proceso y proponer formalmente la reforma.

También podría partir de la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas, en acuerdos tomados en no menos de dos discusiones por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea. Esta vía, por supuesto, es demasiado larga y complicada.

En todo caso, el papel del Congreso debe ser asumir la iniciativa de la reforma por todos los medios, porque conforme a la Constitución sólo el Congreso, que es la representatividad popular, puede salvar precisamente esa representatividad, es decir, la democracia misma.

Los pasos para la Constituyente serían los siguientes: una vez que una tercera parte de los miembros del Congreso asuma la iniciativa de la reforma, corresponde al Presidente del Congreso convocar a las Cámaras a una sesión conjunta con tres días de anticipación -por lo menos- para que se pronuncie sobre la procedencia de la reforma, teniendo que ser admitida la iniciativa por el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros.

En este momento, en la realidad política venezolana y conforme al cuadro político actual, los partidos tendrán que manifestar por última vez si quieren o no salvar la democracia. En mi criterio, la única vía de salvación es con la convocatoria inmediata al pueblo de la Asamblea Constituyente.

Una vez admitida la iniciativa, el proyecto respectivo debe discutirse de acuerdo al procedimiento ordinario de formación de las leyes, o sea, discusión en ambas Cámaras, y una vez que el proyecto sea aprobado debe someterse a referéndum en la oportunidad que fijen las Cámaras para que el pueblo se pronuncie en favor o en contra de la reforma.

Este procedimiento podría realizarse muy rápidamente, incluso en semanas. Lo único que se requiere es decisión política y liderazgo en la reforma, y que los partidos se den cuenta de que no es una enmienda más, sino un problema de sobrevivencia de la democracia. O se convoca al pueblo o desaparece la democracia.

En el caso concreto que se llegase a aprobar la reforma propuesta, debe preverse que el voto que se formule en el referéndum, que apruebe la reforma, debería pronunciarse también sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, de manera que con una sola consulta popular se apruebe la reforma de la Constitución y se convoque la Asamblea Constituyente. Así, podría ser electa este mismo año, en cuestión de meses, si los partidos políticos, se dan cuenta de que no queda mucho tiempo.

Esa Asamblea Constituyente tendría a su cargo en un tiempo perentorio no mayor de un año, sancionar una nueva Constitución […].

Al instalarse la Constituyente, la misma no suspende el funcionamiento de los órganos del Poder Público, pero en la nueva Constitución que se apruebe podría establecer todas las disposiciones transitorias que se juzgue conveniente, aunque afecte el funcionamiento de dichos órganos, pudiendo aprobar el cese del ejercicio de sus cargos e incluso podría convocar a unas elecciones anticipadas."

El tema sobre la necesidad de la Asamblea Constituyente lo seguí planteando en sucesivas declaraciones prensa,[7] e igualmente, lo expuse en diversas conferencias y exposiciones que durante todo el año 1992 tuve ocasión de dictar en diversos actos públicos a los cuales fui invitado.[8]

---

7 Entre la cuales se destacan, en los días siguientes de 1992, las siguientes: Allan R. Brewer-Carías, "La revolución nos arrollará si no admitimos que está en marcha," declaraciones a Antonio Grillet, *El Mundo*, Caracas, 04/03/92, p. 1; "Asamblea Constituyente es la salida más democrática," declaraciones a Milagros Durán, *El Nacional*, Caracas, 08/03/92, p. D-2; "Venezuela debe reconstituir su legitimidad democrática," entrevista con Teresa Delgado, *Diario Pueblo*, San Cristóbal, 29/04/92, p. A-8; "Inmediata convocatoria de la Asamblea Constituyente plantean grupos de la sociedad civil," reseña de documento, *El Universal*, Caracas, 15/03/92; "Hay que forzar convocatoria o una Asamblea Constituyente... ," reportaje de Rosita Caldera, *El Nacional*, Caracas, 20/05/92, p. D-4.

8 Entre la cuales se destacan, durante el mismo mes de marzo de 1992 las siguientes: Allan R. Brewer-Carías, "Sobre *La Asamblea Constituyente,"* Asociación Venezolana de Asambleas Legislativas AVAL, Salón de Escudos del Congreso, Caracas, 13/03/92; "Sobre *El Referéndum y la Asamblea Constituyente,"* en el Foro sobre la situación constitucional organizado por el Colegio de Ingenieros, Puerto Ordaz, 19/03/92; "Sobre *Descentralización, Crisis Política y Reforma Constitucional,"* en el V Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho*,* Maracaibo, 23/03/92; y Sobre *La Crisis Política y Asamblea Constituyente,* Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), Caracas, 25/03/92.

5. Entre la cuales se destacan, las siguientes: Allan R. Brewer-Carías, "Sobre *La Reforma Constitucional,"* en la Asamblea Legislativa del Estado Trujillo, Trujillo, 03/04/92; "Sobre *La Asamblea Nacional Constituyente,"* en la Cá-

El tema estaba en la opinión pública, habiendo respaldado la idea de regular la Asamblea Constituyente en una reforma constitucional, el Consejo Consultivo designado por el Presidente Pérez a raíz del intento de golpe de Estado;[9] habiendo llegando a ser incluida la figura en el Proyecto de Reforma General de la Constitución que motorizó el ex Presidente Rafael Caldera en el Congreso.[10]

La propuesta de proceder a la reforma puntual de la Constitución para regular la Asamblea Constituyente fue además asumida por el *Grupo de Estudios Constitucionales,* que organicé junto con Pedro Nikken, Carlos Ayala Corao, Gerardo Fernández, Gustavo Linares Benzo y Arnaldo Gabaldón, y otras personalidades como el Gobernador del Estado Zulia (Oswaldo Álvarez Paz), y el propio Fiscal General de la República (Ramón Escobar Salom), todos los cuales argumentaron sobre la necesidad de que se aprobara una reforma puntual de la Constitución para prever y regular la Asamblea Constituyente.[11]

---

tedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público*,* Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 20/04/92; "Sobre *La Asamblea Constituyente,"* Cámara Venezolano Americana, Caracas, 13/05/92; "Sobre la *Crisis del Estado de Partidos"* en el Ciclo sobre Instituciones Gubernamentales y Desarrollo*,* Comisión de Urbanismo, Concejo Municipal del Municipio Libertador, Metro de Caracas, Caracas, 14/05/92; "Sobre *La Constituyente. Una alternativa,"* CELARG, Caracas, 19/05/92; "Sobre *El Problema de la Reforma Constitucional",* en el Ciclo Actualidad Constitucional en Venezuela*,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 25/05/92; "Sobre la *Asamblea Constituyente*," en el *Foro sobre la Asamblea Constituyente,* Congreso Extraordinario de la Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal (AVECI), Mérida, 06/06/92; "Sobre la *Urgencia de convocar una Constituyente,"* Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), Caracas, 10/06/92; "Sobre la *Asamblea Constituyente"* en el Foro sobre el Poder Constituido y Constituyente, Celarg, Universidad Simón Bolívar, Caracas, 15/07/92.

9 Véase Consejo Consultivo de la Presidencia de la República, *Recomendaciones del Consejo Consultivo al Presidente de la República,* Caracas 1992, p. 15.

10 Congreso de la República, Comisión Bicameral para la Revisión de la Constitución, *Proyecto de Reforma General de la Constitución de 1961 con Exposición de Motivos,* Caracas, Marzo 1992, pp. 49 y ss.

11 Véase sobre todas esas referencias en Allan R. Brewer-Carías "Reflexiones sobre la crisis del sistema político, sus salidas democráticas y la convocato-

III. MI ENTREVISTA CON EL PRESIDENTE CARLOS ANDRÉS PÉREZ SOBRE EL TEMA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

En octubre de ese mismo año 1992, en medio de la acentuación de la crisis política, el Presidente Carlos Andrés Pérez, con quien debo precisar que no me unían vínculos políticos algunos, conociendo sin embargo mi opinión sobre el tema de la Asamblea Constituyente para la recomposición del proceso político del país, me invitó a reunirme con él en el Palacio de Miraflores para conversar sobre el tema. Acudí a la entrevista, y luego de expresarle mi estupor por lo que significaban los daños todavía visibles en las paredes de la antesala de su Despacho en el Palacio originados por el asalto de las tropas de los golpistas de febrero de ese año. Le expuse mi tesis, la cual había sido bien publicitada sobre la necesidad de convocar una Asamblea Constituyente, y le formulé la propuesta de que fuera él mismo, como medio incluso para buscar relegitimar su liderazgo y posición en el país, quien convocara una consulta popular para proceder luego a tomar la iniciativa para una reforma puntual de la Constitución, y así iniciar un proceso constituyente. Como yo tenía mis ideas bien estudiadas, antes de la entrevista había preparado un borrador de proyecto de decreto convocando a la consulta popular con la iniciativa para iniciar el proceso constituyente previa reforma de la Constitución, que le comenté, entregué y dejé al Presidente, explicándole su alcance.[12]

Ese borrador, tengo el convencimiento de que no debió haber salido nunca de la gaveta de su escritorio en el Palacio de gobierno, sin perjuicio de que el Presidente Pérez lo debe haber comentado a algunas personas, como fue el caso por ejemplo de su Ministro de la

---

ria a una Constituyente", en Allan R. Brewer-Carías (Coord.), *Los Candidatos Presidenciales ante la Academia*. *Ciclo de Exposiciones 10-18 agosto 1998,* Serie Eventos Nº 12, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998, pp. 9-66.

12 Véase las siguientes declaraciones de prensa que di sobre el tema: Allan R. Brewer-Carías, "Es legal exhortar a CAP que promueva consulta popular sobre su mandato," declaraciones a Gustavo Oliveros, *El Nacional*, Caracas, 24/10 /92, p. D-1; "Ninguna consulta al pueblo puede ser inconstitucional...," declaraciones a Edgar López, *El Diario de Caracas*, Caracas, 07/11/92, p. 6.

Defensa Fernando Ochoa Antich. Éste mismo me lo comentó días después en una reunión que sostuvimos en su casa con otros civiles, las cuales él solía organizar para intercambiar ideas sobre los acontecimientos en el país. Recuerdo que de entrada me dijo: "Te nos adelantaste!!" Como no entendí su exclamación, ni en qué había podido haberme adelantado a los militares, me explicó que el Presidente Pérez les había informado que tenía un proyecto de convocatoria a una consulta popular sobre su mandato y para iniciar la reforma constitucional para convocar la Asamblea Constituyente; idea que deduzco, por el comentario del Ministro, que por lo visto también ellos tenían en mente.

En todo caso, mi convencimiento de que el documento no había salido del escritorio del Presidente me lo confirmó el propio Presidente Pérez, a los pocos meses, en mayo de 1993, cuando atendiendo a una segunda invitación que me hizo, me reuní con él en su mismo Despacho en el Palacio de Miraflores. La situación política había cambiado dramáticamente en los meses transcurridos, y ya estaba en marcha el proceso de acusación en su contra ante el Congreso, la cual condujo a su remoción del cargo ese mismo mes de mayo, con los votos de su propio partido Acción Democrática. El Presidente Pérez quería conocer mi opinión sobre la situación en la cual se encontraba, habiéndole expresado yo mi criterio, que en ese momento, no tenía otra alternativa que no fuera defenderse ante el pueblo, es decir, apelar al pueblo que lo había elegido, recomendándole entonces que se separara temporalmente del ejercicio de la Presidencia nombrando un Ministro encargado, como lo permitía la Constitución, y saliera a la calle a defender a su gobierno y su actuación, frente a las acusaciones que se le hacían.[13]

Nada ocurrió. Tiempo después, un dirigente del partido Acción Democrática, alto miembro de la Fracción parlamentaria del mismo, me comentó de la existencia de un proyecto de decreto que tenía el Presidente Pérez para convocar una consulta popular o referendo sobre su gobierno y para iniciar un proceso constituyente -sin duda el que yo le había dejado en 1992-, y cómo ante la propuesta -¿amenaza?- del Presidente de proceder a dicha convocatoria, lo que ha-

---

[13] Véase mis declaraciones: Allan R. Brewer-Carías, "El Presidente debe separarse temporalmente del cargo...," declaraciones a Rosita Caldera, *El Nacional*, Caracas 10/05/93, p. D-4.

bía logrado había sido -aun cuando en definitiva por varios meses- el apoyo de su partido a su gobierno.

Así, el Presidente Pérez, en definitiva, había utilizado el proyecto que tenía en su gaveta, pero no para convocar la consulta popular, sino como una de las tantas cartas políticas que debió haber sacado en su momento para lograr el apoyo de los militares y de su partido a su gobierno después de la crisis de 1992. Ello, sin embargo, no duró mucho tiempo, pues con los votos de su mismo partido fue removido de la presidencia en 1993, y sometido a un proceso penal. El Gobierno de transición del Dr. Ramon J. Velázquez, se constituyó con el apoyo te todos los partidos, habiendo Fernando Ochoa Antich pasado de ser Ministro de la Defensa a ser Ministro de Relaciones Exteriores en dicho gobierno de transición.

IV. LA NECESIDAD DE REGULAR LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN LA CONSTITUCIÓN PARA PODER CONVOCARLA

No estando regulada la Asamblea Constituyente en la Constitución de 1961, como uno de los mecanismos para su reforma, resultaba indispensable establecer las reglas conforme a las cuales debía convocarse, quiénes la podían integrar, la forma de elección de sus miembros y las funciones específicas que se le debían atribuir, todo lo cual necesariamente tenía que incluirse en el propio texto constitucional, mediante una reforma puntual de la misma. Por eso, en la propuesta que yo había venido formulando públicamente desde marzo de 1992 -y en la que le dejé al Presidente Pérez en borrador de decreto-, se contemplaba la necesidad de una reforma puntual de la Constitución previa a la convocatoria de dicha Asamblea.

Es decir, la Asamblea Constituyente de la cual había estado hablando, en un régimen democrático regido por una Constitución como la de 1961, era un instrumento para recomponer el sistema político y plasmarlo en una nueva Constitución. No era una Asamblea Constituyente producto de un golpe de Estado o de una revolución, en el cual el poder revolucionario es el que fija las reglas para la Constituyente. Estábamos en un régimen democrático, regido por una Constitución que establecía los principios del Estado de Derecho, y era conforme a los mismos que planteábamos la necesidad de prever la Constituyente y convocarla para lograr un nuevo pacto político, sin exclusiones.

En este contexto, una Asamblea Constituyente tenía que elegirse conforme a unas reglas y para determinados cometidos, insertándose su funcionamiento, mediante normas precisas, dentro del funcionamiento democrático del Estado y de sus órganos los cuales, por supuesto, no se detenían.

Ese régimen de la Asamblea Constituyente, cualquiera que fuera, dentro del régimen democrático, tenía que estar establecido formalmente por la representación de la voluntad popular, es decir, conforme al artículo 246 de la Constitución, por el Congreso, mediante la inserción de dicho régimen en la Constitución a través de su reforma. No era admisible, bajo ningún punto de vista democrático, que las reglas para su convocatoria, integración, forma de elección de sus miembros y funciones las determinase exclusivamente el gobierno; ello no sólo era contrario a la Constitución sino un típico caso de usurpación de autoridad.

Frente a esta tesis constitucional, en el país tomó cuerpo la propuesta formulada por Hugo Chávez Frías, como candidato presidencial, durante toda la campaña electoral de 1998, de convocar a la Asamblea Nacional Constituyente mediante un referendo consultivo solo apelando a la voluntad popular conforme al artículo 4 de la Constitución que disponía que "la soberanía reside en el pueblo," como medio para refundar la República.

Esa propuesta respondió a la tesis del mal llamado "nuevo constitucionalismo" latinoamericano[14] que comenzó a difundirse en ese

---

[14] Véase un resumen de sus planteamientos en Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional," en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, IUS*, Nº 25, Verano 2010, Puebla, pp. 8-29, y la bibliografía allí citada; Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano," en la publicación de la Corte Constitucional de Ecuador para el Período de Transición, *El Nuevo Constitucionalismo en América Latina*, Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI, Quito 2010, pp. 9-44; y Francisco Palacios B., *Nuevo constitucionalismo participativo en Latinoamérica. Una propuesta frente a la crisis del Behemoth Occidental,* Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra 2012, 255 pp. Roberto Viciano Pastor estuvo en Venezuela en 1998 y fue asesor "secreto" de la Asamblea Constituyente en 1999, a requerimiento de la cual, según informó, dirigió a la misma un "Dictamen sobre el Anteproyecto de Constitución" del cual que

año, y que no fue más que puro "populismo constitucional,[15] que sostenía la tesis de que convocando al pueblo directamente mediante una consulta popular, sin atender a lo que dijera la Constitución, conformando por esa vía supuestas Asamblea Constituyentes "creadoras" se podía proceder a efectuar una reforma total de la Constitución.

Se trataba de dos posiciones claras, una que respondía a los más clásicos principios del constitucionalismo democrático moderno, y otra que -en mi criterio- era un salto hacia fórmulas populistas autoritarias, y que fue precisamente la que impulsaron en Venezuela un grupo de "asesores" españoles, sobre los cuales la periodista Maye Primera, expresó en 2016, entre otras cosas que:

> "Los juristas y politólogos españoles que desde hace casi tres lustros han asesorado a las Asambleas Constituyentes y a los Gobiernos de Venezuela, Ecuador y Bolivia son ahora el músculo intelectual de Podemos […] "*en Venezuela, la idea original de llamar a una constituyente para refundar el Estado es de Chávez*. Y Viciano [Pastor] y Martínez Dalmau dieron cierto apoyo y mucha asesoría. Llegaron a Caracas en 1999, en pleno debate constituyente y no fueron los ideólogos del proceso, pero sí aportaron muchas ideas que fueron incluidas en la Constitución," afirma a *El País* un abogado venezolano que trabajó con ambos durante la Asamblea Nacional Constituyente.
>
> Una vez vencido el mandato constituyente, los catedráticos de la Universidad de Valencia se convirtieron en asesores de la bancada *chavista* que aún domina el poder legislativo ve-

---

muchos Constituyentes nunca supimos. Véase lo que indicó en Roberto Viciano Pastor, "Presentación," en Asdrúbal Aguiar, *Revisión Crítica de la Constitución Bolivariana*, Libros El Nacional, Caracas 2000, p. 5.

15 Véase Allan R. Brewer-Carías, Nota del Editor sobre "Democracia, Populismo y Constitución," al libro *Elecciones y democracia en América latina: El desafío autoritario populista (Coloquio Iberoamericano, Heidelberg, septiembre 2019, homenaje a Dieter Nohlen),* (Editor: Allan R. Brewer-Carías), Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas 2020, pp. 13-25.

nezolano y en 2007, aconsejaron a Hugo Chávez cuando intentó llevar adelante un primer intento de reforma constitucional, que fue negada en un referéndum."[16]

Frente a ellos, sin la menor duda yo me encontré ubicado en la posición del "constitucionalismo clásico," que enseña que, en un Estado constitucional, la supremacía de la Constitución impone que todo se haga conforme a la Constitución y nada en contra de la misma; y quizás por ello, los mismos Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, me ubicaron en lo que consideraron como el "sector más conservador de la doctrina," que entendía y sigo en efecto entendiendo, que:

> "las asambleas constituyentes no están legitimadas para actuar contra la Constitución dada, con la que conviven. Se trata de la negación explícita de concepto de poder constituyente como poder primario, hasta el límite de definir la actuación constituyente como golpe de Estado."

Y así era, destacando Viciano y Martínez que:

> "Las críticas más conocidas en este sentido son las de Brewer-Carías en referencia a la asamblea constituyente venezolana de 1999, pero cuyo argumento bien podría aplicarse al caso colombiano de 1991 y al caso ecuatoriano de 2007. El autor plantea que las dos únicas opciones en América Latina son la democracia y el autoritarismo; avisa sobre el hecho de que "la crisis de la democracia que nos está afectando en muchos países latinoamericanos, muchas veces ha tenido su origen en la in-

---

16 Véase en el reportaje de Mayte Primera, "Asesores constituyentes. Juristas y politólogos españoles colaboraron con el Ejecutivo bolivariano de Venezuela," *El País*, el 17 de junio de 2014, en https://elpais.com/politica/2014/06/18/actualidad/1403055722_556213.html. Véase además, el reportaje: "Profesores españoles diseñan en la sombra la Venezuela de Chávez," en *PeriodistaLatino*, 25 de noviembre de 2007, en http://blogs.periodistadigital.com/periodistalatino.php/2007/11/25/profesores-espanoles-disenan-en-la-sombra; y el reportaje de Javier Chicote: "Chávez pagaba 7.000 euros al mes por cada asesor de la fundación CEPS. La ONG de Iglesias, Errejón, Monedero, Bescansa y Alegre gastaba en Caracas el 25 por ciento de los fondos," en *ABC.España,* actualizado 17 de febrero de 2015, disponible en https://www.abc.es/espana/20150217/abci-chavez-dinero-asesor-podemos-201502162145.html

comprensión del liderazgo partidista, que todo lo ha controlado, en introducir a tiempo las reformas necesarias para permitir la evolución de la misma sin traumas, rupturas o quiebras del régimen constitucional". Al respecto, advierte que "no hay que llegar a la incomprensión que tuvieron los partidos políticos en Venezuela en reformar a tiempo el sistema político, lo que condujo, en definitiva, a la producción de un golpe de Estado por una Asamblea Nacional Constituyente, que si bien fue electa, no tenía poder legítimo alguno para violar la Constitución, como lo hizo" [Brewer-Carías, Allan, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América Latina (con una Biblio verbi grafía del autor), Caracas, Editorial Jurídica Venezolana*, 2001, p. 47]."[17]

Y así fue y ha sido: antes y después de la experiencia venezolana de una Asamblea Constituyente convocada al margen de la Constitución. Siempre he considerado que la opción sigue siendo entre democracia y autoritarismo, y la práctica, lamentablemente por la destrucción provocada, me ha dado la razón: una Asamblea Constituyente en contra de la Constitución, como fue el caso de Venezuela, Ecuador y Bolivia condujo a la destrucción de la democracia en manos de regímenes autoritarios.

V. LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL PARA LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y LA CEGUERA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Para evitar esto, y precisamente para establecer el régimen de la Asamblea Constituyente con rango constitucional, fue que desde mayo de 1992, como antes se dijo, cuando el tema de la necesidad de convocar una Asamblea Constituyente dominó la discusión política, un grupo de organizaciones de la sociedad civil, entre ellas el Centro Educativo de Acción Popular al Servicio de las Organizaciones Comunitarias (CESAP), el antes mencionado *Grupo de Estudios Constitucionales,* la *Revista Sic* y particularmente quien fuera su Director, el Padre Arturo Sosa S.J., y la Fundación de Derecho Público; presentamos a consideración de la opinión pública y de

---

17 Véase Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional," en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México 2010, pp. 8-29.

todos los ciudadanos, como alternativa frente al proyecto de Reforma General de la Constitución que en ese momento estaba discutiendo el Congreso, un *Proyecto Alternativo de Reforma Constitucional relativo exclusivamente a la Asamblea Nacional Constituyente y su convocatoria inmediata*.

Todos teníamos el convencimiento de que una reforma constitucional como la que adelantaba el Congreso, sin convocatoria, consulta y participación del pueblo, no iba a resolver la grave crisis política que atravesaba el país,[18] que era precisamente una crisis de representatividad y de participación, que ahora se ha agravado.

Ello había originado la perdida de legitimidad democrática de las instituciones electas, que considerábamos podía recuperarse democráticamente en ese momento sólo mediante la convocatoria inmediata de una Asamblea Constituyente que reformulase el sistema político en su conjunto, y permitiera el surgimiento del nuevo liderazgo que el país requería; situación que posteriormente siguió persistiendo. Un referéndum sólo para aprobar una reforma constitucional como la que discutía el Congreso, al contrario, podía precipitar a un estruendoso fracaso de la democracia, por la abstención electoral que cualquiera podía vaticinar se produciría.

De allí el *Proyecto alternativo de Reforma Constitucional relativo a la Asamblea Constituyente y su inmediata convocatoria,* que presentamos el 7 de mayo de 1992 y que estimamos bien podría servir de base para lo que era necesario hacer, en 1998-1999, para convocar la Asamblea Constituyente. El proyecto buscaba agregar un nuevo artículo a la Constitución, que era el 250, el cual debía someterse a referendo para su aprobación, en los siguientes términos:

> *ARTICULO 250: 1. El Presidente de la República, la tercera parte de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la República, la tercera parte de los Gobernadores de Estado o de*

---

[18] Véase entre otras: Allan R. Brewer-Carías, "No hay que reformar la Constitución sino el sistema político en crisis," reportaje de Víctor Manuel Reinoso, *El Nacional*, Caracas, 26/05/92, p. D-16.; "La reforma llegó tarde," reseña de foro por María Isabel Párraga, *El Diario de Caracas*, Caracas, 16/07/92. "Dios nos ampare de la Reforma Constitucional que cocina el Congreso," reseña de conferencia por Norys Sarmiento Aponte, *El Siglo,* Maracay, 29/10/96, p. A-1

las Asambleas Legislativas, o el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral debidamente identificados ante los organismos electorales, podrán solicitar la celebración de un referéndum para la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, para la reforma integral de la Constitución.

2. La solicitud se formalizará ante el Consejo Supremo Electoral y el referéndum se convocará dentro de los sesenta días siguientes a dicha formalización.

3. Para la validez del referéndum se requerirá la concurrencia de más de la mitad de los electores inscritos. La aprobación de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyentes requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de los sufragantes. Aprobada la Convocatoria, se procederá a elegir a los miembros de la Asamblea, en el lapso comprendido dentro de los sesenta y noventa días siguientes. Las postulaciones de candidatos se deberán efectuar dentro de los treinta días siguientes de aprobada la convocatoria.

4. La Asamblea Constituyente tendrá carácter unicameral, y se instalará dentro de los quince días siguientes a la elección de sus miembros, en la fecha que fije el Consejo Supremo Electoral.

5. Los miembros de la Asamblea deberán llenar los requisitos que establece la Constitución para los diputados al Congreso de la República y gozarán de iguales inmunidades y demás prerrogativas.

6. La Asamblea Nacional Constituyente estará compuesta por miembros electos uninominalmente en circuitos electorales y por miembros electos nominalmente de una lista nacional. La Asamblea, así constituida podrá incorporar a la misma miembros designados por los anteriores electos.[…]

8. La Asamblea será depositaria de la soberanía popular y representará al pueblo en su conjunto. Sus miembros actuarán individualmente según su conciencia y no podrán estar ligados por mandatos expresos o instrucciones de ningún género.[…]

12. La Asamblea Nacional Constituyente no interrumpirá el funcionamiento de los Poderes Públicos, salvo lo que resulte de la nueva Constitución una vez promulgada. Sin embargo,

las Cámaras Legislativas no podrán, durante el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, enmendar o reformar la Constitución, ni legislar sobre materia electoral, de partidos políticos, de descentralización y transferencia de competencias del Poder Público, sobre la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas Nacionales, ni sobre las referidas al Poder Judicial y a la Corte Suprema de Justicia, hasta tanto sea promulgada la nueva Constitución […][19]

Con lo anterior se buscaba que para que una Asamblea Constituyente fuera convocada democráticamente en el marco de una Constitución que estaba vigente, como era entonces el caso, el régimen relativo a su integración y funcionamiento debía tener rango constitucional. De lo contrario, quedaba en los órganos del Estado el establecimiento de ese régimen, no teniendo ni el Ejecutivo ni el Legislador *status* de poder constituyente o carácter de representante del mismo.

Pero ni los senadores ni diputados al Congreso, ni los partidos políticos entendieron la gravedad de la crisis, y no pasó absolutamente nada en la materia, perdiéndose la oportunidad de convocar una Asamblea Constituyente conforme a la Constitución y en democracia, siguiendo el Congreso solo en el proceso de discutir la reforma general de la Constitución.[20]

La crisis política del sistema democrático seguía avanzando, razón por la cual, luego de haber ocupado el cargo de Ministro de Estado para la Descentralización en el gobierno de transición que se conformó cuando el Presidente Pérez fue removido de su cargo, presidido por Ramón J. Velázquez, en la Memoria que escribí para que se entregara al Congreso en 1994, dejé escrita mi apreciación del momento político en el cual estábamos, indicando lo siguiente sobre "*La Crisis: El fin del sistema de Estado de Partidos*".

---

[19] Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 64-69

[20] Yo mismo fui invitado ante la Comisión Especial del Senado sobre la reforma Constitucional, donde hice una exposición sobre *El destino de la Reforma Constitucional*, Comisión Especial del Senado, Caracas, 17/11/92.

"*en el transcurso de estos meses durante los cuales ejercí el cargo de Ministro de Estado para la Descentralización, tuve la oportunidad de estar presente, en Miraflores, junto a todos los Ministros, en el acto de participación que hicieron estas mismas Cámaras Legislativas, antes de la renovación de sus miembros, a través de sus Presidentes, al Presidente de la República, Dr. Ramón J. Velásquez, de haber finalizado las Sesiones Ordinarias del año 1993.*

Por primera vez me tocó presenciar, formalmente, aquél acto ritual de nuestra democracia, realizado en el Salón Sol del Perú del Palacio de Miraflores; y oyendo los discursos de los Presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados, reflexioné, afianzando mi convencimiento de que esas eran, no sólo las últimas Sesiones Ordinarias de las Cámaras del año 1993 y del período constitucional 1989-1994, que viene de culminar; sino que eran las últimas Sesiones Ordinarias de unas Cámaras Legislativas integrantes de un Congreso, representante de un sistema político propio de un Estado de Partidos, que ha concluido y que no vamos a tener más, en esa forma, ni en el corto ni en el mediano plazo. Ya no existe aquel Congreso dominado por tres o cuatro personas, bajo la férrea conducción de fracciones parlamentarias sujetas a directrices externas al aparato del Estado, ubicadas en los cuerpos directivos de los partidos políticos, que fue lo que caracterizó a nuestro régimen legislativo durante los últimos treinta (30) años. Ese Congreso no lo vamos a tener más en el futuro próximo, lo que está confirmado por la nueva composición de estas Cámaras Legislativas, como resultado de las elecciones efectuadas el 5 de diciembre de 1993.

Venezuela, desde hace unos años y particularmente en estos meses pasados, ha estado experimentando un proceso de cambio político, que ha venido conduciendo al desmoronamiento del sistema político propio de un Estado Democrático Centralizado de Partidos, que se agotó, el cual se había iniciado en los años cuarenta, particularmente a raíz de la Revolución de Octubre de 1945; y luego se consolidó a partir de la Revolución Democrática de 1958.

Los venezolanos, en los últimos años, hemos sido testigos de todos los signos posibles e imaginables de la crisis de ese sistema y del cambio que se ha estado operando. Ya es imposi-

ble, por tanto, que no tengamos clara conciencia de que ese sistema, que funcionó durante las últimas décadas, no es probable que se prolongue mucho más allá de los inicios de este nuevo período constitucional que está comenzando a partir de 1994. Por tanto, el Estado Democrático Centralizado de Partidos, que es el que caracterizó a la Venezuela democrática desde el año 1958, llamado también, pura y simplemente, el Estado de Partidos, terminó, estando nuestras instituciones en un proceso de transformación indetenible e irreversible.

En todo caso, los venezolanos tenemos como reto fundamental que este proceso de cambio y de transformación que se está operando en el país, se produzca en el marco del régimen democrático, pues lo que se está extinguiendo no es la democracia, sino el sistema político que se estableció para operar esa democracia, es decir, el sistema político democrático centralizado de partidos.

Tenemos que lograr que el régimen democrático continúe, -y ya el primer paso lo hemos dado con la realización del proceso electoral de diciembre de 1993-, pero bajo un nuevo sistema político, que debe ser, en sustitución del Estado Democrático Centralizado de Partidos, el de un Estado, *también, democrático, pero descentralizado y participativo. En tal sentido, uno de los factores fundamentales que ha contribuido y contribuirá aún más al agotamiento y extinción definitiva de ese modelo de Estado Democrático Centralizado de Partidos, precisamente es el proceso de descentralización política que se ha iniciado a partir de 1989, y al cual se refiere este Mensaje. En la descentralización y la participación políticas, está la esperanza, sin la menor duda, de la sobrevivencia de la democracia venezolana, pues bajo el esquema centralizado de partidos, la democracia no tendría posibilidad segura de continuar."*[21]

Con esa apreciación sobre la situación política y la necesidad de recomponer la legitimidad del sistema democrático, a partir de 1995 continué planteando la necesidad de la convocatoria de la Asamblea Constituyente previa reforma de la Constitución, tanto en declara-

[21] Véase *Informe sobre la descentralización en Venezuela. 1994, Mensaje del Ministro de Estado para la descentralización, Allan R. Brewer-Carías,* Ediciones de la presidencia de la República, Caracas 1994.

ciones públicas[22] como en conferencias y exposiciones, [23] advirtiendo siempre algo que era y sigue siendo definitivo en esta materia: una Asamblea Constituyente en democracia no es posible convocarla si no hay un acuerdo y un consenso político entre los actores de un determinado país.[24]

Esta había sido hasta ese momento la lección que resultaba del proceso constituyente colombiano del año 1990, que fue producto de un amplio acuerdo político, y que permitió, luego de una consulta popular y de una decisión judicial, la Convocatoria de una

---

[22] Véase las declaraciones en Allan R. Brewer-Carías, "Si no hay Constituyente habrá golpe de estado," entrevista con Ángel Velarde, *Ultimas Noticias*, Caracas, 18/02/95, p. 10. "El sistema democrático se tambalea ante la crisis," reportaje de Gisela Rodríguez V., *El Globo*, Caracas, 20/02/97, p. 10. "Urge cambiar todo el país," reseña de discurso por Ángel Suárez Morelo, *El Globo*, Caracas, 19/03/97, p. 4. "Ante la desilusión democrática debemos cambiar...," reseña de discurso por Rosaelena Ramírez P., *El Globo*, Caracas, 20/03/97, p. 15; "Hay que renovar las bases del sistema o la democracia se derrumbará," entrevista con Máximo Peña, *El Nacional*, Caracas, 20/09/98, p. D-1.

[23] Dichas conferencia fueron: Allan R. Brewer-Carías, "Sobre *Perspectiva Constitucional",* CELARG-ARCA, Caracas, 12/03/93; "Sobre la Asamblea Constituyente," en la *Mesa Redonda sobre Reforma Constitucional* en el IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 17/11/95; "Sobre la Asamblea Constituyente," en la *Mesa-Foro* sobre Perspectivas de la Reforma Constitucional, Caracas, 21/11/96; "Sobre *Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela"* en el Congreso Internacional sobre Procedimientos de Revisión Constitucional en el Derecho Comparado, Facultad de Derecho, Universidad de Urbino, Italia, 23 y 24/04/97.

[24] Véase mis declaraciones sobre ello en: Allan R. Brewer-Carías, "Sobre la Constituyente: Debe nacer de un amplio acuerdo nacional," entrevista, *El Nacional*, Caracas, 22/09/98, p. 1l. Véase además sobre "Acuerdo Nacional para la Constituyente..,." rueda de prensa con Oswaldo Alvarez P., reseña por Milena Vera Romero, *El Diario de Caracas*, Caracas, 23/09/98, p. 6; reseña por José Luis Carpio, *2001*, Caracas, 23/09/98, p. 7; reseña por Alejandro Botía, *Economía Hoy*, Caracas, 23/09/98, p. 5; reseña por Adriana Ramírez Pabón, *El Globo*, Caracas, 23/09/98, p. 6; reseña por Miriam Morillo, *Ultimas Noticias*, Caracas, 23/09/98, p. 10; reseña por Máximo Peña, *El Nacional*, Caracas, 23/09/98, p. D-1; reseña por María Yolanda García, *El Universal*, Caracas, 23/09/98, p. 1-14.

Asamblea Constituyente que sancionó la Constitución de 1991.[25] Esa, estimo, puede decirse que fue también la lección que se aprendió y que se reflejó en los acuerdos políticos que se lograron en Chile en el año 2019, los cuales originaron la reforma constitucional puntual que se hizo mediante la Ley 21.200 de julio de 1920 para regular la Convención Constitucional e iniciar el proceso constituyente de 2021.

En Venezuela, en cambio, no hubo voluntad política interés o consenso alguno en plantear el tema de regular una Asamblea Constituyente mediante una reforma puntual de la Constitución, para así poder convocarla.

VI. EL SURGIMIENTO DE LA PROPUESTA CONSTITUYENTE PRODUCTO DEL POPULISMO CONSTITUCIONAL

Y ese desinterés de los partidos fue lo que dio origen a que apareciera la antes comentada figura del "populismo constitucional"[26] producto del llamado "nuevo constitucionalismo"[27] con la propuesta, no de reformar la Constitución para regular y constitucionalizar

---

[25] Véase Allan R. Brewer-Carías, "El proceso constituyente y la Constitución colombiana de 1991, como antecedentes directos del proceso constituyente y de algunas previsiones de la Constitución venezolana de 1999," en Hernándo Yepes Arcila y Vanessa Suelt Cock (Editores), *La Constitución 20 Años después. Visiones desde la teoría y la práctica constitucional,* Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontifica Universidad Javeriana, y Fundación Konrad Adenauer, Bogotá 2012, pp. 67-114.

[26] Véase Juan Carlos Cassagne y Allan R. Brewer-Carías, *Estado populista y populismo constitucional. Dos estudios*, Ediciones Olejnik, Santiago, Buenos Aires, Madrid 2020. Véase igualmente lo expuesto en la Nota del Editor sobre "Democracia, Populismo y Constitución," al libro *Elecciones y democracia en América latina: El desafío autoritario – populista (Coloquio Iberoamericano, Heidelberg, septiembre 2019, homenaje a Dieter Nohlen),* (Editor: Allan R. Brewer-Carías), Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés bello, Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas 2020, pp. 13-25.

[27] Véase sobre Allan R. Brewer-Carías, *El "nuevo constitucionalismo latinoamericano" y la destrucción del Estado democrático por el Juez Constitucional. El caso de Venezuela*, Colección Biblioteca de Derecho Constitucional, Ediciones Olejnik, Madrid, Buenos Aires, 2018, 294 pp.

la Asamblea Constituyente, sino de utilizar las instituciones democráticas para asaltar el poder a través de una Asamblea Constituyente convocándola sin que estuviera prevista y regulada en la Constitución.[28]

Fue entonces que ante la desidia, desinterés o ignorancia del liderazgo y de los partidos políticos, la idea de la Asamblea Constituyente la asumió incluso como bandera política única, el golpista Hugo Chávez Frías, en ese momento como candidato presidencial, de manera que su campaña electoral durante todo ese año 1998 fue sólo plantear la necesidad de convocar una Asamblea Constituyente, sin reformar la Constitución, apelando únicamente a una consulta de la voluntad popular, para "refundar" la Republica.

Frente a esa propuesta no hubo reacción alguna por parte de los partidos políticos -a pesar de las propuestas que se habían formulado ante el propio Congreso, ante las directivas de los propios partidos políticos y ante el propio Presidente de la República-,[29] los cuales no entendieron ni el planteamiento que le habíamos hecho al respecto ni la gravedad de la crisis política,[30] quedando el tema en

---

[28] Sobre ello expresé lo siguiente: Allan R. Brewer-Carías, "Convocar a una Asamblea Constituyente sin reformar la Constitución es un salto al vacío," declaraciones a Elaine Alvarado Hernández, *El Mundo*, Caracas, 13/08/98, p. 2.; "No basta un referéndum para convocar la Asamblea Constituyente," declaraciones a Máximo Peña, *El Nacional*, Caracas, 10/08/98, p. D-4; "Artículo 4 no autoriza convocar la Asamblea," declaraciones a Luisana Colomina, *El Universal*, Caracas, 12/01/99, p. 1/15.

[29] Véase todas las referencias en Allan R. Brewer-Carías "Reflexiones sobre la crisis del sistema político, sus salidas democráticas y la convocatoria a una Constituyente", en Allan R. Brewer-Carías (Coord.), *Los Candidatos Presidenciales ante la Academia*. *Ciclo de Exposiciones 10-18 agosto 1998,* Serie Eventos Nº 12, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998, pp. 9-66. Véase, además, las declaraciones de prensa sobre ello: Allan R. Brewer-Carías, "Propuesta de la Constituyente," reseña de Marianela Palacios, *El Nacional* Caracas 29/08/98 p. D-1; reseña de Gregorio Salazar, *Economía Hoy*, Caracas, 31/08/98, p. 4; "Tema Constituyente es emotivo y electoral, reseña de conferencia por Antonio Núñez Aldazoro, *El Globo*, Caracas, 16/09/98, p. 4.

[30] Véase mis declaraciones a la prensa: Allan R. Brewer-Carías, "Partidos no entendieron necesidad de rehacer todo el sistema político..," rueda de prensa/reseña de Rafael Lujano, *Acción*, Trujillo, 10/06/99, p. 3.

una confrontación entre el candidato Chávez, que proponía convocar una Asamblea Constituyente sin reformar la Constitución, y el grupo de personas que sosteníamos que era necesaria la reforma puntual de la Constitución para poder regular una Asamblea Constituyente que estableciera sus estatutos, y así poder convocarla apropiadamente.

En particular, a título personal y en ejercicio del derecho de petición, el 24 de agosto de 1998 presenté Presidente y Vicepresidente del Congreso de la República, Dr. Pedro Pablo Aguilar y Dra. Ixora Rojas, respectivamente una comunicación con el siguiente texto:

"La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, cuya última reforma fue publicada en Gaceta Oficial Nº 5233 de 28-5-98, le atribuye al Presidente de la República en Consejo de Ministros, así como al Congreso de la República por Acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras, convocadas con 48 horas de anticipación a la fecha de su realización, por el voto favorable de las 2/3 partes de los miembros presentes, la iniciativa para convocar la celebración de un referendo con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional.

Estimo que no es necesario insistir sobre las características de la crisis política que actualmente vive el país y que se ha agudizado a partir de 1989. Si algunos tienen la experiencia política para captarlo son Uds. Tan es así que, precisamente, como consecuencia de dicha crisis, en 1992, se presentó al Congreso de la República un Proyecto General de Reforma Constitucional, para comenzar a transformar las bases institucionales del sistema. Dicho Proyecto, sin embargo, no sólo no fue considerado ni discutido por la anterior Legislatura, sino que tampoco lo fue por las Cámaras Legislativas electas al mismo tiempo de su elección como Presidente de la República en 1993.

En todo caso, durante los años transcurridos desde entonces, la crisis se ha agudizado por el deterioro progresivo de los partidos políticos, al punto de que, en un momento dado, meses atrás, en un año electoral como el actual, teníamos lo que sin duda fue una situación única en la historia política reciente: candidatos sin partidos y partidos sin candidatos.

Por otra parte, las manifestaciones en favor de la necesidad de un cambio, incluso radical, del sistema político, puede decirse que son una constante en todas las encuestas de opinión, al igual que el deseo de la conservación de la libertad y de la democracia. En igual proporción está, sin embargo, la desilusión respecto de las instituciones del Estado y de las organizaciones políticas.

Además, en todos los niveles de liderazgo político se tiene conciencia de la necesidad de un nuevo acuerdo, pacto o consenso político que asegure la gobernabilidad democrática en el futuro; el cual, los partidos políticos solos, ya no lo pueden lograr como lo hicieron hace cuarenta años en el Pacto de Punto Fijo, pues entre otros factores, ya no son los únicos actores del proceso democrático, como antes lo eran.

La democratización del país ha ampliado y diversificado el número de actores políticos, por lo que para un nuevo pacto constitucional que asegure la gobernabilidad democrática habría que hacer una convocatoria mucho más amplia. Precisamente por ello está el planteamiento que de nuevo hemos formulado, sobre la necesidad de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, -que no puede ser bandera ni de un candidato presidencial, ni de un partido, ni de individualidades aisladas, pues es de la democracia-, con el objeto de convocar a todos los nuevos y viejos actores políticos producto de la democratización del país, para reconstituir el sistema político.

Esta es, precisamente, una de esas decisiones de especial trascendencia nacional que conforme al citado artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, debería ser objeto de una consulta popular mediante un referendo. Por ello, en nombre personal como Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela, y como Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; y conforme a lo establecido en el artículo 67 de la Constitución que garantiza el derecho de petición, formalmente les solicito consideren someter al Congreso la decisión de tomar la iniciativa para convocar la celebración de un referendo, con el objeto de consultar a los electores sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

Dicho referendo podría realizarse en la misma oportunidad prevista para la elección de los Cuerpos Legislativos nacionales, el próximo 8 de noviembre, de manera que los nuevos Senadores

y Diputados electos, de resultar afirmativa la consulta popular, tendrían un ineludible e insoslayable mandato popular para proceder de inmediato a reformar la Constitución de 1961 y agregar un nuevo artículo consagrando la figura de la Asamblea Constituyente, para reformarla integralmente, de manera que la misma pueda convocarse durante el primer semestre del próximo año.

De acuerdo con el artículo 182 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la pregunta que en este caso se podría formular, en forma clara y precisa, reflejando los términos exactos del objeto de la consulta, de manera que los votantes puedan contestar con un "sí" o un "no", podría ser la siguiente:

> *"Por la democracia, ¿vota Ud. por la reforma constitucional para convocar una Asamblea Constituyente con representación de todas las fuerzas sociales y políticas de la República, integrada democrática y popularmente, para reformar integralmente la Constitución de la República?."[...]*

En caso de que Uds. acojan favorablemente esta petición y pudiera llegarse a una decisión positiva, para que el referendo propuesto pueda realizarse el próximo 8 de noviembre, conforme al artículo 184 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, la decisión tendría que adoptarse al menos 60 días antes de la celebración del referendo, es decir, varios días antes del próximo 8 de septiembre; en otras palabras, casi de inmediato.

Estoy consciente de que la presente es una petición política de un ciudadano más, relativa a un asunto cuya decisión corresponde exclusivamente a las Cámaras Legislativas en sesión conjunta o al Presidente de la República en Consejo de Ministros. La hago, sin embargo, por el convencimiento que tengo de que la crisis política que vivimos requiere para su solución democrática, ensayar nuevas salidas políticas democráticas, como la que les he planteado, la cual por supuesto, no va a resolver todos los problemas del país, como no ocurre con reforma política alguna. Esa es una falsedad que hay que enfrentar abiertamente.

El país se democratizó, sin duda, gracias al liderazgo político que asumió su conducción a partir de 1958; por ello creo que

una consulta popular como la propuesta, que sería la primera que se realizaría conforme a la nueva Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sólo daría beneficios a nuestra democracia, y en nada la perjudicaría."[31]

Una comunicación con texto similar le envié en la misma fecha al Presidente de la República, Dr. Rafael Caldera.[32]

La propuesta dio origen a un nuevo debate sobre el tema, readquiriendo actualidad planteamientos similares que se habían venido formulando por otras personas, en particular, por el Doctor Oswaldo Álvarez Paz y por el Diputado Enrique Ochoa Antich en la Cámara de Diputados el 30 de julio de 1998. Las Cámaras Legislativas, en sesión conjunta el día 27 de agosto de 1998, decidieron nombrar una Comisión Especial para estudiar el asunto, el cual sin embargo no se pudo discutir antes de que concluyeran las sesiones ordinarias el 3 de septiembre de 1998.

VII. ALGUNOS RECUERDOS DE MI PARTICIPACIÓN EN LA POLÉMICA CON CHÁVEZ SOBRE LA CONSTITUYENTE Y LAS REUNIONES CON SU ENTONCES MENTOR LUIS MIQUILENA

En medio de la polémica, habiendo yo tenido una posición pública que por lo demás, había sido bien publicitada respecto al tema de la Asamblea Constituyente y sobre cómo convocarla, en mi condición de Presidente de la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales* propuse a la Corporación que se invitara a todos los candidatos presidenciales a que expusieran ante la Academia sus idas sobre el Estado, lo que hicieron durante unas semanas del mes de septiembre de 1998. De todas las exposiciones que hicieron, para mi asombro, el único que tenía una idea clara de lo que quería como proceso

---

[31] Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 56-60.

[32] Véase las declaraciones que di a la prensa: Allan R. Brewer-Carías: "Sobre la Constituyente: Brewer solicita a Caldera convocar a referendo," reseña de texto por Luisana Colomine, *El Universal*, Caracas, 25/08/98, p. 1-16; "Sobre la Constituyente: Brewer pidió a Caldera referéndum para una Constituyente," reseña de texto por Milena Vera, *El Diario de Caracas*, Caracas, 26/08/98; "… Sobre la solicitud a Caldera referéndum para una Constituyente," declaraciones a Milena Vera, *El Diario de Caracas*, Caracas, 26/10/98.

constituyente y sobre la forma de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente era Hugo Chávez, particularmente porque esa había sido, materialmente, su única bandera política en toda su muy rápida campaña electoral. Ello explicaba el por qué, en el espectro de sus contrincantes en la campaña electoral, no encontró materialmente respuesta ni contradicción alguna, particularmente sobre la forma de convocarla.

En esos meses, en realidad una de las voces disidentes sobre su propuesta -si no la única expresada públicamente-, sobre la forma de convocar la Asamblea Constituyente, había sido la mía, no encontrando Chávez y sus seguidores contrincantes alguno entre los partidos políticos y los candidatos que participaban en la contienda electoral, con quién discutir, debatir o dialogar sobre el tema. Quizás, por ello, buscaron la forma de hablar conmigo.

Y ello lo hizo Luis Miquelena, quien era en ese momento el principal mentor político de Chávez, a través de un amigo mío de muchos años, Carlos Diez del Ciervo, quien sirvió de anfitrión en sendas reuniones en su casa con tal fin, realizadas en dos oportunidades en los meses de agosto y septiembre de 1998. En esas dos reuniones, discutimos sobre un proyecto de decreto que ya Chávez tenía preparado, de convocatoria de la Asamblea sin reforma previa de la Constitución, respecto del cual, por supuesto, expliqué mi desacuerdo y objeciones no habiendo posibilidad alguna de acuerdo conmigo.

Otras dos reuniones tuvieron lugar por invitación de Reinaldo Cervini, quien nos reunió en su casa a Miquelena y a mí, pero esta vez con otras personalidades del mundo político, y en la misma, por supuesto, tampoco hubo acuerdo: mi posición siguió siendo la de que era indispensable reformar puntualmente la Constitución para regular la Asamblea Constituyente y poder convocarla, incluso argumentando que bien podía proponerse que se agregarse en las elecciones parlamentarias de noviembre una pregunta que sirviera de consulta popular sobre la materia,[33] con el compromiso del Con-

[33] Véase lo que expuse en las entrevistas: Allan R. Brewer-Carías: "La tercera tarjeta" declaraciones a Luisana Colomine (LC), *El Universal*, Caracas, 11/08/98, p. 1-14; y "Propondrán incluir consulta sobre la Constituyente en las elecciones de noviembre, declaraciones a Alexander Duarte, *El Nacional*, Caracas, 24/08/98, p. D-3.

greso que resultare electo el 8 de noviembre de 1998, de proceder a desencadenar el proceso constituyente tomando la iniciativa de la reforma constitucional.

Pero, así como mi posición no cambió, tampoco cambió la de Chávez, que lo que quería era convocar "su" Constituyente, como él quería, como un medio, no para lograr consensos ni acuerdos, sino como un vehículo para asaltar el poder e imponer su proyecto autoritario.[34]

Como lo expresó Chávez ante la Academia, su propuesta era la de convocar por decisión presidencial, una vez electo, un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, solamente con base en el artículo 4 de la Constitución de 1961 que establecía, como todas las Constituciones desde 1811, que "la soberanía reside en el pueblo" y el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que regulaba los referendos consultivos, sin que el pueblo definiera previamente el estatuto de la misma mediante una reforma puntual a la Constitución. Mi criterio, en cambio, como antes he argumentado, era que para convocar una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución debía previamente reformarse ésta, conforme al procedimiento en ella prevista, y la reforma someterse a referendo aprobatorio en el cual el pueblo definiera el estatuto de la Asamblea Constituyente a convocar, para luego proceder a elegirla.

Chávez consideró, y así lo dijo ante la Academia, que decir que para "*llamar a referéndum y a Constituyente es necesario reformar la Constitución"* era un *"falseamiento constitucional" o un "fraude constitucional,"* y para fundamentar esta apreciación puso el ejemplo de:

---

[34] Al contrario, yo estimaba que la Constitución debía ser producto de un gran acuerdo entre las fuerzas del país. Véase Allan R. Brewer-Carías, "La nueva Constitución debe ser un tratado de paz," reseña de Oscar Castro Leal, *El Impulso*, Barquisimeto, 16/06/99, pp. A-1 y D-3; "Ningún político va a resolver la crisis terminal venezolana," declaraciones, *El Siglo,* Maracay 27/09/98; "Tenemos que identificar el precio a pagar por la paz ...," entrevista con Oscar Perdomo Marín y María Beneyto Dáger, *Ultimas Noticias*, Caracas, 03/01/99, pp. 8-9.

"Hitler con algunas reformas legales marchando sobre la legalidad, obviaron la necesidad constituyente y se instaló lo que vino después, lo que ya conocemos. Pinochet también, para evitar el camino constituyente que parecía adecuado para buscar una transición democrática, éste acudió a la trampa legalista *-ese término lo acuño yo-, es decir, vamos a navegar sobre las leyes, sobre la legalidad supuesta y obviemos la legitimidad*."

Con base en ello, Chávez hacía un llamado a discutir esto, pero "*convencido de que no es necesario quitarle ni agregarle ni una sola letra a la Constitución de 1961, para convocar un referéndum nacional que active la asamblea constituyente*," basándose para hacer esa afirmación en el texto del artículo 4 de la Constitución.

A ello le respondí a Chávez en mi exposición al final, al concluir la suya en la Academia, que si bien él había "*dicho que no es necesario quitarle una letra a la Constitución para convocar un referéndum para activar la idea de la Constituyente y eso es correcto,*" sin embargo, yo consideraba que "*luego de activada, y para convocar esa Asamblea, sí es necesario una reforma constitucional."*

Y agregué para finalizar mi exposición que

"*así como no hay que temerle a la Constituyente tampoco hay que temerle a la reforma constitucional; lo que hay es que darle al Congreso un mandato popular para que cumpla ese mandato político del pueblo a través de un referéndum. La idea no es nueva; un proyecto de Reforma Constitucional para prever la Constituyente y convocarla se elaboró, incluso, en mayo de 1992 como una respuesta a la Reforma General de la Constitución que se sacó como bandera contra la idea de la Constituyente. El proyecto no hay que buscarlo mucho, se lo he traído hoy y ahí está para la discusión, justamente de las ideas*."[35]

Y efectivamente le entregué a Chávez la propuesta de reforma puntual de la Constitución que yo había motorizado y enviado al Congreso.

---

[35] Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, Allan, (editor), *Los candidatos presidenciales ante la Academia,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998, pp. 96 ss.

Pero en realidad, Chávez buscaba un texto distinto, buscaba un proyecto de decreto distinto que él pensaba que se identificara con su propuesta, el cual sin embargo nunca había existido, al menos bajo mi autoría.

En su discurso ante la Academia, en efecto, Chávez mencionó que andaba buscando lo que consideró que podía ser un "precedente" respecto de su propuesta de convocatoria de una Constituyente sin reforma previa de la Constitución, indicando que tenía información de que:

> "*el ex presidente Carlos Andrés Pérez después del 4 de febrero habló de la necesidad Constituyente. Creo que algunas personas y algunas del Consejo Consultivo recomendaron llamar a Constituyente y llegó a redactarse, según tengo informaciones muy serias, un Decreto para que el Presidente Carlos Andrés Pérez convocase a referéndum, amparándose en el mismo Artículo 4 de la Constitución Nacional, cosa que no se hizo al fin aunque hay allí un precedente*." [36]

Chávez se refería, sin duda, al borrador del proyecto de decreto de convocatoria a una consulta popular por parte del Presidente Pérez, que yo le había entregado en 1992, después del intento de golpe de Estado que lideró el propio Chávez, y sobre cuya existencia pienso que quien le comentó a Chávez debió haber sido el general Fernando Ochoa Antich, quien como antes dije, me habló del conocimiento que del mismo tenía.

Ahora bien, de entrada debo decir que nada de lo que yo le planteé al Presidente Pérez en 1992, como proyecto para salir de la crisis provocada por un sangriento intento de golpe de Estado intentado por el propio Chávez contra el gobierno democrático, podía ser considerado como "precedente" para una propuesta que se formulaba en 1998, en pleno desarrollo de un proceso democrático electoral, competitivo y con garantías del Órgano Electoral, para renovar todos los órganos electos de los Poderes Públicos del país, y particularmente, para elegir los nuevos representantes del pueblo en el Senado y la Cámara de Diputados, quienes debieron ser los que tenían que iniciar el proceso constituyente.

---

[36] *Idem*.

Debo recordar de nuevo, como antes indiqué, que luego del fallido golpe de Estado, el país y el régimen democrático se encontraba en una coyuntura política totalmente distinta, la cual, ante la ceguera del Congreso, requería de una urgente y comprehensiva recomposición, para cuyo efecto -en mi criterio- no podía haber otra alternativa que no fuera la de convocar una consulta popular para iniciar el proceso constituyente mediando una reforma constitucional para definir el estatuto de la Asamblea Constituyente a elegir.[37] Esa fue mi opinión, que era conocida, pues la había expresado públicamente,[38] y la cual lamentablemente el liderazgo político del país no entendió.

Ese era el borrador al cual Chávez, seis años después, se refirió en su discurso ante la Academia, aun cuando sin conocer su contenido, pues como el mismo Pérez me lo expresó en 1993, el documento nunca salió de la gaveta de su escritorio en el Palacio de gobierno.

Por otra parte, dicho documento no hubiera podido servir de "precedente" alguno para la propuesta de Chávez en 1998 que buscaba convocar la Constituyente obviando la reforma constitucional. Además, en ese momento, si bien ya había aflorado la grave crisis

---

37 Véase las siguientes declaraciones de prensa que di sobre el tema: Allan R. Brewer-Carías, "Es legal exhortar a CAP que promueva consulta popular sobre su mandato," declaraciones a Gustavo Oliveros, *El Nacional*, Caracas, 24/10 /92, p. D-1; "Ninguna consulta al pueblo puede ser inconstitucional...," declaraciones a Edgar López, *El Diario de Caracas*, Caracas, 07/11/92, p. 6.

38 Véase las siguientes declaraciones que di a la prensa sobre ello: Allan R. Brewer-Carías, "La Constituyente es la única salida a la crisis política..." declaraciones a Elías García Navas, *El Nacional*, Caracas, 01/03/92, p. D-2; "La revolución nos arrollará si no admitimos que está en marcha," declaraciones a Antonio Grillet, *El Mundo*, Caracas, 04/03/92, p. 1; "Asamblea Constituyente es la salida más democrática," declaraciones a Milagros Durán, *El Nacional*, Caracas, 08/03/92, p. D-2; "Venezuela debe reconstituir su legitimidad democrática," entrevista con Teresa Delgado, *Diario Pueblo*, San Cristóbal, 29/04/92, p. A-8; "Inmediata convocatoria de la Asamblea Constituyente plantean grupos de la sociedad civil," reseña de documento, *El Universal*, Caracas, 15/03/92; "Hay que forzar convocatoria o una Asamblea Constituyente...," reportaje de Rosita Caldera, *El Nacional*, Caracas, 20/05/92, p. D-4.

del sistema político democrático de partidos, no había un gobierno enfrentando las secuelas de una insurrección militar, sino que lo que había era un proceso electoral con libre manifestación de criterios, en el cual, además, se iban a elegir los nuevos integrantes de las Cámaras Legislativas quienes, de tener clara la grave situación del sistema político, eran los llamados a tomar la iniciativa constituyente, como se les había propuesto.

Si estos senadores y diputados hubieran llegado a entender bien, luego de su elección, sobre la necesidad que existía de recomponer el sistema político para salvar la democracia, ellos eran quienes debieron, como representantes del pueblo, iniciar el proceso constituyente, y adelantarse a cualquier intento de hacerlo al margen de la Constitución. Por ello, el día 13 de noviembre de 1998, luego de que fueron electos los nuevos senadores y diputados al Congreso, declaré públicamente que entonces ya no era necesario ni siquiera pensar en la convocatoria de una Constituyente, pues el proceso constituyente lo tenía que asumir la representación plural de la Nación que había sido recién electa.[39] Recuérdese que en esa elección se reflejó con bastante exactitud el espectro político existente en el país, de manera que en la Cámara de Diputados, que quedó integrada por 207 diputados, los curules quedaron repartidos así: Acción Democrática: 61; Movimiento V República: 35; Copei: 26; Proyecto Venezuela: 20; Movimiento al Socialismo: 24; Otros partidos minoritarios: 41.[40] Si hubiera habido voluntad política de llegar a un pacto democrático para recomponer la democracia, el pluralismo de la Cámara garantizaba dicha posibilidad.

Pero los partidos políticos no entendieron o no quisieron entender el mensaje y sus diputados y senadores simplemente le dieron la espalda a la democracia, con lo cual Chávez, después que Miquele-

---

39 Véase las siguientes declaraciones de prensa que di al respecto: Allan R. Brewer-Carías, "Ya no hace falta convocar una Constituyente," declaraciones a Rodolfo Baptista, *El Universal*, Caracas, 13/11/98, p. 1-20; "Referéndum no es necesario," declaraciones a Ingrid Rojas, *El Mundo*, Caracas, 11/12/98; "Con el nuevo Congreso electo ya no es necesaria la Constituyente," declaraciones con Pedro Nikken a Máximo Peña, *El Nacional*, Caracas, 13/11/98, p. D-4

40 Véase los resultados de la elección en: https://es.wikipedia.org/wiki/Elecciones_parlamentarias_de_Venezuela_de_1998

na reaccionó contra mi propuesta de que el nuevo Congreso asumiera el proceso constituyente, como una "traición" de mi parte a la idea de la Asamblea Constituyente, una vez electo Presidente al mes siguiente, encontró el camino libre para convocar "su" Constituyente, a su manera, con la oposición sólo de algunos pocos que no estábamos vinculados a partidos políticos, de modo que en dicho mes de diciembre de 1998 sus seguidores comenzaron a presionar públicamente a la Corte Suprema de Justicia para que ésta mediante una interpretación, que se esperaba emitiera, se lo permitiera.

No puedo olvidar, entre esas presiones, la manifestación callejera que organizaron los seguidores del Presidente Chávez ante la sede de la Corte Suprema de Justicia en diciembre de 1998, a favor de la convocatoria de la Asamblea Constituyente sin reformar la Constitución, comandados por varios conocidos dirigentes quienes al presionar a la Corte, sin embargo, dirigieron sus ataques, entre otros, contra mi persona, con arengas en las cuales me identificaron como el "enemigo" de la propuesta de Chávez.

VIII. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA Y LA CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE POR CHÁVEZ

Y es que en efecto, en medio de esa polémica y discusión que se había desarrollado durante 1998, como se ha dicho, en octubre y diciembre de 1998 se presentaron ante la Corte Suprema de Justicias, sendos recursos de interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998 que regulaban el referéndum consultivo, formulándose a la Corte Suprema fundamentalmente dos preguntas: Primero: sí se podía convocar y realizar un referéndum consultivo sobre el tema de una Asamblea Constituyente; y, segundo, sí ésta se podía convocar sin antes reformar a la Constitución.

La Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, en sendas enjundiosas sentencias (Nos. 17 y 18) dictadas el 19 de enero de 1999, analizó todo lo que había que estudiar y exponer sobre el Poder Constituyente, así como sobre el alcance del derecho a la participación política, terminando con la respuesta a la primera pregunta que se le había formulado, indicando en forma obvia que efectivamente, si se podía convocar un referéndum consultivo sobre la propuesta de una Asamblea Constituyente pues ello era evidentemente una materia de alto interés nacional. Sin embargo, y lamentablemente, la Corte Suprema no respondió expresamente a la segunda

pregunta, es decir, si era posible, o no, convocar una Asamblea Constituyente sin reformar previamente la Constitución.[41] Analicé en detalle dichas sentencias y sus carencias apenas fueron publicadas, habiendo publicado sobre las mismas el libro: *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, editado para la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en los primeros meses de 1999.[42]

Ante la ausencia de decisión por parte de la Sala Político Administrativa sobre lo esencial de los recursos de interpretación, a lo que se suma la abstención de los diputados y senadores del Congreso recién electo en noviembre de 1998, y la falta de interés de los partidos políticos, [43] puede decirse que fueron en realidad la opinión pública y el inevitable proceso político subsiguiente los que resolvieron el asunto,[44] asumiendo el Presidente Chávez, recién electo en diciembre de 1998, al juramentarse en su cargo, la iniciativa de convocar un Asamblea Constituyente no prevista ni regulada en la Constitución. Y ello lo hizo, luego de jurar su cargo con la mano puesta sobre el texto de la Constitución de 1961, calificándola como Constitución moribunda. Sobre ello, apreció Alessandro Pace en su trabajo sobre "*Morte di una Costituzione*," que:

> "sin la intervención autorizada de la Corte Suprema, el Presidente Chávez, en el juramento prestado en el momento de asumir el cargo [el 2 de febrero de 1999], no habría osado hablar nunca de *Constitución. Moribunda."*

---

41 Véase el texto de la sentencia y su análisis en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

42 El texto de mis comentarios sobre dichas sentencias se publica en la segunda y tercera parte de este libro. En la cuarta parte se recogen los diversos estudios elaborados por otros profesores sobre las mismas.

43 Véase lo que expuse en declaraciones de prensa: Allan R. Brewer-Carías, "Partidos no entendieron necesidad de rehacer todo el sistema político," rueda de prensa/reseña de Rafael Lujano, *Acción*, Trujillo, 10/06/99, p. 3.

44 Véase específicamente la referencia al papel que jugó la prensa en el detonante constituyente en Carlos García Soto, "La Asamblea Nacional Constituyente de 2017 en su contexto histórico," en Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Compiladores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 87-92.

En todo caso, como lo había prometido, el primer acto político de Chávez al asumir la Presidencia en esa forma fue emitir el decreto No. 3 de 2 de febrero de 1999, convocando una Asamblea Constituyente que no estaba regulada en la Constitución.[45] En dicho decreto, además, resolvió convocarla dicha Asamblea conforme le vino en ganas; así de simple, es decir, conforme a los principios que él mismo estableció, por lo cual fue impugnado,[46] y a pesar de que fue obligado a reformarlo,[47] en definitiva se aseguró la mayoría absoluta y el control total de la Asamblea, en la cual, de 131 miembros constituyentes, sólo seis fueron no chavistas.

El proceso se interpretó, años después por algunos de los ideólogos más importante del "nuevo constitucionalismo" latinoamericano:

> "Cumpliendo con la promesa electoral,uno de los primeros actos de Hugo Chávez, tras la toma de posesión en febrero de 1 999, fue convocar un referendo para decidir sobre la activación directa del poder constituyente. A pesar de las discusiones doctrina-

---

45 Véase los comentarios sobre el decreto, que conformaron el texto de mi recurso de nulidad contra el mismo en Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la inconstitucional de la convocatoria a Referéndum sobre una Asamblea Nacional Constituyente, efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999" en *Revista Política y Gobierno,* Vol. 1, Nº 1, enero-junio 1999, Caracas 1999, pp. 29-92.

46 Véase al respecto mis declaraciones públicas en Allan R. Brewer-Carías, "Esto es un fraude," entrevista con Carlos Blanco, *Revista Primicia*, Nº 57, Caracas El Nacional, 02/03/99, pp. 5-10; "Allan Brewer Carías recurrirá contra la convocatoria del CNE," declaraciones a Edgar López, *El Nacional*, Caracas, 04/03/99, p. D-2; "No tiene sustentación lógica decisión de CSJ," declaraciones a Rosanna Marotta, *El Universal*, Caracas, 04/03/99, p. 1/15; "Cuestiona validez jurídica de la convocatoria a la Constituyente," entrevista con Irma Alvarez, *El Universal*, Caracas, 11/03/99.

47 Véase al respecto mis declaraciones públicas en Allan R. Brewer-Carías, "Sobre el proceso constituyente. El CNE trata de remendar el capote," declaraciones a Alcides Castillo, *El Nacional*, 26/02/22; "Chávez modificó el Decreto sobre el referéndum," declaraciones a Dorys Villarroel, *El Mundo*, Caracas, 17/03/99; "CNE también debe modificar la pregunta Nº 1 del referéndum," declaraciones a Ascensión Reyes R, *El Nacional*, Caracas, 21/03/99, p. D-5; "Gobierno Nacional se esfuerza por alcanzar una constituyente entubada...," declaraciones a Andreina Vargas, *Frontera*, Mérida, 07/05/99, p. 3-A.

> les al respecto -y de los vaivenes jurídicos-, finalmente la Corte Suprema de Justicia decidió que era procedente el cambio de la Constitución de 1961 sin respetar los dificultosos trámites que la misma Constitución incluía -con intervención del Poder Legislativo-, donde los partidarios de Hugo Chávez no contaban con mayoría y, por lo tanto. era inviable el cambio constitucional sino apelando directamente al poder constituyente. La sentencia, con fecha 19 de enero de 1999, y cuyo magistrado ponente fue Humberto J. La Roche, solucionó el problema de la forma más democrática: a través del reconocimiento de la consustancial naturaleza del poder constituyente."[48]

En realidad, la sentencia no había solucionado problema alguno, como tantos otros lo entendieron,[49] pues no resolvió lo que era la médula de lo que se le había pedido que interpretara, pues la Corte en su sentencia, a pesar de todas las consideraciones sobre el poder constituyente que realizó, *no* decidió que se podía convocar y elegir la Asamblea Constituyente sin reformar previamente la Constitución para regularla, que era lo que Chávez pretendía.

IX. EL NUEVO DEBATE: SOBRE LA ASAMBLEA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1961 Y SU SUPUESTO CARÁCTER DE PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Y allí comenzó otro debate político. A pesar de que esa Asamblea Constituyente convocada no estaba prevista en la Cons-

---

48 Véase Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "El proceso constituyente venezolano de 1999: su significado jurídico y político," en el libro *Refundación del Estado Nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina,* Universidad Nacional de Colombia, enero de 2009, p. 219. Véase además Rubén Martínez Dalmau, "El proceso constituyente venezolano de 1999: Un ejemplo de activación democrática del poder constituyente," Luis Salamanca y Roberto Viciano Pastor (eds.), El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela, Vadell Hermanos, Caracas 2004.

49 Por ejemplo, Matthew M. Taylor estimó al referirse al proceso de "Restricting judicial independence by the *de facto* route, 1998-2004," expresó que "el Tribunal Supremo de Justicia aceptó a regañadientes el referéndum que estableció la ANC," lo cual no es exacto. Véase Matthew M. Taylor, "The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustrations from Venezuela under Chávez," en *Journal of Latin American Studies*, No. 46, Cambridge University Press, 2014, pp. 229-259.

titución, la misma, sin embargo, en ningún caso podía ser electa en contra de la Carta Fundamental; es decir, no se podía acudir al principio de la soberanía popular para enfrentarlo al de la supremacía constitucional.[50]

Esa Asamblea Constituyente que se convocó en 1999, por supuesto, no era una Asamblea primigenia para la constitución de un estado como pudieron haber sido las que en todos nuestros países de América Latina existieron en la historia política del siglo XIX al constituirse las Repúblicas luego de la independencia de España, en situaciones en las cuales antes no había una Constitución previa, razón por la cual en su momento asumieron la totalidad de la soberanía. Tampoco se trataba de una Asamblea Constituyente producto de un golpe de Estado que hubiera barrido con la Constitución anterior y, por tanto, la misma asumía la soberanía popular.

En 1999, debido a que se trataba de una Asamblea Constituyente que se quería convocar en democracia, en un país donde existía una Constitución (la de 1961) que estaba vigente y que no perdía vigencia frente a la propuesta de la convocatoria y elección de la Constituyente; en ese contexto, si esa Asamblea Constituyente se convocaba, no podía ser en contra de la Constitución y, al contrario, debía estar sometida a ella.

Sobre ello, incluso, la propia presidenta de la Corte Suprema de Justicia de la época, Cecilia Sosa Gómez, sostuvo en declaraciones de prensa que, en su opinión, la Constitución de 1961 seguía vigente,[51] lo que implicaba, por tanto, que en definitiva, la convocatoria de una Asamblea Constituyente en democracia no podía significar que la misma suplantara al pueblo, ni podía significar que la Asamblea asumiera un poder originario que sólo el pueblo tenía. Pero había otros que opinaban lo contrario, como el mismo Hugo Chávez quien ante la propia Asamblea Constituyente

---

50 Véase Allan R. Brewer-Carías, "El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999", en la *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Nº 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56.

51 Véase las declaraciones de prensa en: *El Nacional*, Caracas 24 de enero de 1999, p. D-1; y *El Nacional*, Caracas 12 de febrero de 1999, p. D-1.

el día de su instalación, el 3 de agosto de 1999, en su discurso, denunció que sus "enemigos" pretendían:

> "quitarle poder a la Asamblea Nacional Constituyente; pretenden ahora refugiarse en una rebuscada hermenéutica jurídica para quitar le poder a la Asamblea Nacional Constituyente; pretenden que la Asamblea Nacional Constituyente sea un simple instrumento cualquiera para elaborar una Constitución […]. Nosotros declaramos […] el carácter originario […] y nadie podrá disminuir el carácter soberano de esta Asamblea, y así será consagrada ante la historia de nuestra patria."[52]

Tal como resumieron la situación dos de los ideólogos del "nuevo constitucionalismo" cuando constataron que "el primer problema que se planteó la Asamblea Nacional Constituyente, claramente pronosticado, fue la convivencia con los poderes constituidos y el carácter originario de la Asamblea Nacional Constituyente," es decir, sobre si tenía o no:

> "carácter originario, entendido como no sometimiento a la Constitución de 1961 y, por ende, a los poderes constituidos por esta Norma Fundamental. De reconocerse el carácter originario del conjunto de constituyentes, se desprendería la posibilidad de disolver a los poderes constituidos o de menguar sus posibilidades -como, de hecho ocurrió-, por lo que los grupos opositores no podrían usar los poderes constituidos para obstaculizar el proceso."[53]

En todo caso, después de su ambigua sentencia de enero de 1999, la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias dictadas con posterioridad durante el resto del primer semestre de ese año, buscó delimitar estos principios en relación con la Asamblea Constituyente, sentando el criterio de que la misma debía actuar conforme a la Constitución de 1961, razón por la cual no podía pretender asumir

---

52 Véase *Gaceta Constituyente*, Asamblea Nacional Constituyente, 3 de agosto de 1999, p. 4.

53 Véase Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "El proceso constituyente venezolano de 1999: su significado jurídico y político," en el libro *Refundación del Estado Nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina,* Universidad Nacional de Colombia, enero de 2009, p. 221

un "poder constituyente originario,"[54] ni podía en consecuencia someter a los poderes constituidos del Estado sus designios.

Pero como el mismo Chávez lo había expresado, él tenía otra idea y se la reiteró directamente a los magistrados de la Corte Suprema, en una bizarra y sorpresiva carta que les envió en abril de 1999, donde en definitiva les "confirmó" lo que él denominó como "el Principio de la exclusividad presidencial en la conducción del Estado," con lo que en definitiva les estaba indicando que la Asamblea Constituyente que ya él había convocado, funcionaría como él lo había dispuesto, sin que tuvieran importancia alguna las sentencias de la Corte.[55]

En un lenguaje críptico y enrevesado, eso fue en definitiva lo que les dijo, después de recordarles a los magistrados lo siguiente:

> Que él había prometido en su campaña electoral "abrir caminos mediante una Asamblea Constituyente originaria que permitiera transformar el Estado y crear el ordenamiento jurídico necesario a la democracia social y participativa;"
>
> Que "en respuesta a la esperada promesa electoral, la nación asumió el 6 de diciembre de 1998 su decisión política constituyente;"
>
> Que "la promesa electoral que espera ver cumplida el soberano hace eco en todas partes: la nación votó por la estructura de poderes que pudiere resolver eficazmente sus problemas y en

---

54 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La configuración judicial del proceso constituyente en Venezuela de 1999 o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción," en *Revista de Derecho Público*, Nº 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 453-514.

55 Además, como lo observó Matthew Taylor, "cualquier decisión judicial en contrario probablemente sería ignorada, creando un problema de cumplimiento: la corte prefirió una decisión […] requiriendo menos cambios jurisprudenciales, pero resolvió permitir tácitamente que prevaleciera el nuevo statu quo, por temor a que el incumplimiento lo hiciera aún menos relevante institucionalmente." Véase Matthew M. Taylor, "The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustrations from Venezuela under Chávez," en *Journal of Latin American Studies*, No. 46, Cambridge University Press, 2014, pp. 229-259.

ese campo psico-físico nació la idea de la Asamblea Constituyente originaria que permitiera refundar la República y restituir el estado de derecho constitucional y democrático;"

Que celebraba "infinito que la Corte Suprema de Justicia se encuentre en el camino de la revolución, leyendo su legislación; celebro que haya vislumbrado su desencadenamiento a partir de la Constituyente originaria convocada por decreto del 2 de febrero de 1999 para transformar el Estado y crear el ordenamiento jurídico que requiere la democracia directa y que los valores que ésta insufle deben ser respetados;"

Y todo, para terminar su exposición advirtiéndoles a los Magistrados, que "La Asamblea Nacional Constituyente debe ser originaria en cuanto personifica la voluntad general y colectiva de las muchedumbres nacionales como elemento esencial del Estado, superorganismo que, para sobrevivir en el escenario planetario debe estar en condiciones de hacerlo."[56]

Más claro no pudo haber sido Chávez con la Corte,[57] habiendo ratificado públicamente su pretensión, en su discurso en el acto de instalación de la Asamblea Constituyente el día 3 de agosto de 1999, después de la elección de sus miembros en julio de 1999, donde denunció que sus "enemigos" -entre los cuales no solo estábamos quienes nos opusimos públicamente a sus designios sino estaba ya la propia Corte- pretendían:

"quitarle poder a la Asamblea Nacional Constituyente; pretenden ahora refugiarse en una rebuscada hermenéutica jurídica para quitar le poder a la Asamblea Nacional Constituyente; pretenden que la Asamblea Nacional Constituyente sea un simple instrumento cualquiera para elaborar una Constitución […].

---

56 El texto de la famosa carta está disponible en: https://www.clublibertad digital.com/ilustracion-liberal/4/carta-de-hugo-chavez-a-la-corte-suprema-de-justicia-carlos-sabino.html

57 Véase sobre el enfrentamiento de la Presidenta de la Corte Suprema contra Chávez en la materia, en Allan R. Brewer-Carías, "Presentación" al *Libro Homenaje a la Dra. Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2021.

> Nosotros declaramos […] el carácter originario […] y nadie podrá disminuir el carácter soberano de esta Asamblea, y así será consagrada ante la historia de nuestra patria."[58]

Por ello, una vez que la Asamblea Constituyente constituida, la primera decisión política que adoptó y que se reflejó en su Estatuto aprobado días después, fue la de asumir, en contra de lo resuelto expresamente por la Corte Suprema de Justicia, el "poder constituyente originario."

Con ello, a partir de su instalación el 3 de agosto de 1999, puede decirse esa Asamblea Constituyente dio un golpe de Estado contra la Constitución de 1961.[59] Yo fui miembro de esa Asamblea, habiendo sido electo como constituyente independiente de la misma (con más de un millón doscientos mil votos). En tal carácter, me opuse a que la Asamblea asumiera carácter "originario," [60] habiendo

---

58 Véase *Gaceta Constituyente*, Asamblea Nacional Constituyente, 3 de agosto de 1999, p. 4.

59 Véase los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002

60 Véase mis declaraciones a la prensa sobre ello: Allan R. Brewer-Carías, "Asamblea originaria creará vacío legal," reseña de foro, *El Universal*, Caracas, 15/03/99; "Pretensión de desaparecer instituciones revela carácter profundamente antidemocrático," reseña de foro por Erika Polanco, *Cambio*, Mérida, 07/05/99, p. 3; "Constituyente no puede sustituir al pueblo...," declaraciones a Jesús Eduardo Brando, *El Globo*, Caracas, 27/07/99, p. 7; "Bases del referéndum establecieron que la constituyente no es originaria," declaraciones a Milagros Durán, *El Nacional*, Caracas, 01/08/99, p. D-5; "La ANC es representante del pueblo, pero no el Poder Originario," entrevista con Oscar Perdomo Marín, *Ultimas Noticias*, Caracas, 01/08/99, pp. 10-11; "Allan Brewer-Carías Constituyente," reportaje de Yajaira Andueza Leal, *Revista Bohemia*, Nº 1854, Caracas, 02/08/99, pp. 88-89; "Al país no le interesa una ruptura por insensatez de la ANC," declaraciones a Iraxis Bello, 2001, Caracas, 04/08/99, p. 7; "Poderes constituidos seguirán funcionando," declaraciones a Orlando Galofre A., *El Globo*, Caracas, 04/08/99, p. 4; "Sería un disparate disolver los poderes constituidos," reseña de Milagros Durán, *El Nacional*, 04/08/99; "Sobre el carácter no originario de la Asamblea," reseña de Alicia La Rotta Morán, *El Universal*, Caracas, 04/08/99, p. 1-8; "Sobre la ruptura del hilo constitucional," reseña de Eligio Rojas, *El Globo*, Caracas, 08/08/99, p. 3; "La ANC es representante del pueblo, pero

por supuesto salvado mi voto ante esa decisión, como lo salvé otras varias decenas de decenas de veces respecto de todas las decisiones con las cuales no estuve de acuerdo.[61]

X. LA RECETA DEL POPULISMO CONSTITUCIONAL

El procedimiento aplicado por Chávez fue convocar una Asamblea Nacional Constituyente no regulada en la Constitución, y en contra de ella, que asumiera el poder total y así suplantar al pueblo. Esa fue, y hay que recordarlo, una receta de "populismo constitucional" o "nuevo constitucionalismo" que le vendieron a Chávez el antes mencionado grupo de profesores españoles vinculados a la Universidad de Valencia, España, y a un Centro académico en el cual tuvo su origen el partido Podemos de ese país.

En una actividad soterrada que no fue conocida en el mundo académico venezolano del momento, el grupo hizo su actividad de difusión que, luego, continuaron en Ecuador, vendiéndole la idea a Rafael Correa, y en Bolivia, a Evo Morales. En todos esos países se repitió el mismo esquema, aplicándose la misma receta de una Asamblea Constituyente electa sin respaldo en la Constitución, que asumió el poder constituyente total, propinando un golpe de Estado contra de la Constitución y contra todos sus poderes constituidos.[62]

---

no es el Poder Originario," reseña de foro, *Ultimas Noticias*, Caracas, 01/09/99.

61 Véase todos los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* 3 tomos*,* Caracas 1999.

62 Véase los comentarios sobre esa influencia foránea en Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional, La demolición del Estado Democrático en Venezuela en nombre de un "nuevo constitucionalismo*," *y una Tesis "Secreta" de doctorado en la Universidad de Zaragoza,"* Ponencia preparada para las *Jornadas sobre* "*El papel de la Justicia Constitucional en los procesos de asentamiento del Estado democrático en Iberoamérica*," Universidad Carlos III de Madrid, octubre de 2018, Editorial Jurídica Venezolana International, 2018; y *El "nuevo constitucionalismo latinoamericano" y la destrucción del Estado democrático por el Juez Constitucional. El caso de Venezuela*, Colección Biblioteca de Derecho Constitucional, Ediciones Olejnik, Madrid, Buenos Aires, 2018, 294 pp.

En Venezuela, esa receta populista se aplicó a la letra y, por tanto, permitió el asalto al poder por los mismos militares que siete años antes lo habían intentado por la vía de un golpe militar.

En 1999, el asalto lo llevaron a cabo usando un instrumento democrático como fue la decisión de convocar esta Asamblea Constituyente, pero sin embargo, en contra de la Constitución, lo que les permitió controlarla a su antojo, y a lo cual contribuyó una gran abstención del 57.7% del electorado desencantado de la política. Con ello, una minoría, convertida en mayoría en la Asamblea, dio el golpe de Estado a través de una serie de actos de intervención de los poderes constituidos,[63] que se adoptaron rápidamente en un proceso que duró un mes:

Primero, al adoptar el Estatuto de funcionamiento de la Asamblea Constituyente, mediante el cual, como antes se dijo, la misma asumió el "poder constituyente originario," suplantando al pueblo y la soberanía popular.

Segundo, decidiendo en contra de la Constitución entonces vigente que todos los poderes públicos quedaban subordinados a la Asamblea, con la obligación de cumplir y obedecer todos los actos que ella dictare; decretando una subsiguiente reorganización de todos los poderes públicos constituidos.[64] La consecuencia de ello fue que las decisiones de la Asamblea Constituyente, en definitiva, quedaron fuera de control judicial pues una vez que la misma cesó, el Tribunal Supremo de Justicia nombrado por ella misma sentenció que dichos actos tenían un supuesto rango "supraconstitucional." Esta lección específica incluso fue seguida en Ecuador, al

---

63 Véase el comentario a todos los textos de dichos actos de intervención en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* Tomo I, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000*,* Caracas 1999.

64 A lo cual me opuse públicamente, además de en mis intervenciones y con mis votos salvados en la Asamblea. Véanse sobre lo expresado públicamente en Allan R. Brewer-Carías, "No se disolverán los poderes constituidos," declaraciones a Edgar López, *El Nacional*, Caracas, 17/03/99, p. D-1; "La Asamblea Nacional Constituyente no podrá eliminar poderes constituidos...," reseña de foro por Luis Alfonso Hernández, *El Carabobeño*, Valencia, 10/07/99, p. A-5 "Es errada reorganización del poder público, declaraciones a Marialcira Barbera", *El Diario de Caracas*, Caracas, 23/08/99, p. 4.

preverse en el propio estatuto de la Asamblea Constituyente en 2007 que los actos de esa Asamblea eran inmunes y no estaban sometidos a control.

Tercero, la Asamblea Constituyente se auto atribuyó potestades por encima de la Constitución entonces vigente de 1961, al punto de establecer expresamente en su Estatuto que la misma sólo estaría vigente en todo lo que no fuera contrario a lo que esa Asamblea decidiera.

Cuarto, la Asamblea Nacional Constituyente intervino el Congreso, cesó en sus funciones a los Diputados y Senadores de la Cámara de Diputados y del Senado que habían sido electos unos meses antes, y que eran representantes de unos partidos políticas que no tuvieron interés alguno en el proceso. [65] Ello provocó que luego el Congreso también fuera barrido inmisericordemente, como segunda víctima, tras la propia Corte Suprema de Justicia. La consecuencia de esta intervención fue que, en este caso, la función legislativa la asumió la propia Asamblea Constituyente, llegando incluso a "delegarla," en parte, a la Comisión Delegada del antiguo Congreso. Luego intervino las Asambleas Legislativas de los Estados de la federación, eliminándolas; y, además, intervino y delimitó las funciones de los Concejos Municipales. Por último, la Asamblea Constituyente suspendió las elecciones municipales. Es decir, la Asamblea Constituyente barrió con todos los poderes constituidos, minando las bases de la democracia.[66]

---

65 A lo que también me opuse públicamente, además de en mis intervenciones y con mis votos salvados en la Asamblea. Véanse sobre lo expresado públicamente en Allan R. Brewer-Carías: "Algunos iluminados son los que piensan que el Congreso debe ser eliminado," declaraciones a Miguel Di Nápoli, *El Regional*, Araure, 03/07/99, p. 2; "Sobre la intervención del Poder Legislativo 'Decreto desligitimado'," entrevista con Laura Weffer C., *El Mundo*, Caracas, 24/08/99.

66 Al contrario de reforzar la democracia, la Asamblea comenzó con su desmantelamiento. Véase mis declaraciones públicas sobre el tema en Allan R. Brewer-Carías, "Sería un fraude una Constituyente para acabar con la democracia...," declaraciones a Jesús Matheus Linares, diario *2001*, Caracas, 22/05/99, p. 8; "El fin de una Constituyente es mantener la democracia," reseña de Petra María Jiménez Rojas, *Notitarde*, Valencia, 10/07/99; "Propuestas a la Constituyente," reseña de Ibeth Vera Sulbarán, *El Espectador*, Valencia, 10/07/99; "Sería un fraude que la ANC acabara con la democra-

Quinto, la Asamblea decretó la intervención del Poder Judicial,[67] creando una Comisión de Emergencia Judicial, la cual barrió con la autonomía y la independencia de los jueces, los destituyó a mansalva, sin garantías algunas del debido proceso, nombrando jueces sustitutos sin concurso. La Corte Suprema de Justicia, incluso y lamentablemente, en un desafortunado y contradictorio Acuerdo del 23 de agosto de 1999 elaborado bajo la Ponencia de la magistrada Hildegard Rondón de Sansó, llegó a nombrar a uno de sus Magistrados (Alirio Abreu Burelli) para formar parte de esa Comisión de Emergencia Judicial.

Con ello, y sobre todo por su contradicción intrínseca, como lo denunció Cecilia Sosa con razón, presidenta de la Corte Suprema en su extraordinario Voto Salvado a dicho Acuerdo: la Corte en definitiva renegó de su propia jurisprudencia que había fijado la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, mostrando "su fragilidad y debilidad ante el Poder Político" advirtiendo que "deberá su precaria permanencia al Presidente de la República, que magnánimamente no ha ordenado su disolución."

---

cia...," declaraciones a Yosmar Poleo, diario *2001*, Caracas, 20/07/99, p. 10; "No hay democracia sin descentralización...," reseña de foro por Orlando Galofre, *El Globo*, Caracas, 20/07/99, p. 4; "Por una Constituyente racional...," reportaje de Danisbel Gómez Morillo, *El Mundo*, Caracas, 26/07/99, p. 6; "ANC debe ser el detonante para la transformación," declaraciones a Yosmar Poleo C., *Diario 2001*, Caracas, 13/08/99, p. 7.

67 A lo que, por supuesto me opuse públicamente, además de en mis intervenciones y con mis votos salvados en la Asamblea. Véanse sobre lo expresado públicamente en Allan R. Brewer-Carías: "Tocar la Corte Suprema de Justicia crearía un conflicto innecesario a nivel internacional," declaraciones a Iraxis Bello, diario *2001*, Caracas, 18/08/99, p. 10; "Cuestionamiento del carácter originario de la ANC para intervenir el poder judicial," reportaje de María Eugenia Delgado, *Revista Constituyente al Día* Nº 9, Caracas, Asamblea Nacional Constituyente, 20/08/99, p. 8; "Con la reforma del Poder Judicial se violaron tratados internacionales," declaraciones a Orlando Galofre Amador, *El Globo*, Caracas, 20/08/99, p. 4; "Con la reforma del Poder Judicial se violaron tratados internacionales," declaraciones a Alcides Castillo, *El Nacional*, Caracas, 20/08/99, p. D-1; "Sobre la intervención del Poder Judicial. Acuerdo contradictorio, reseña de Yeneiza Delgado y Cenovia Casas, *El Nacional*, Caracas, 25/08/99; Desacuerdo con la emergencia judicial," documento, *Revista Bohemia,* Nº 1859, Caracas, 06/09/99, pp. 73-76.

La Presidenta de la Corte, en definitiva, en dicho Voto salvado denunció que con el Acuerdo, la Corte Suprema, más que "sumisión al Estado de Derecho," había declarado su "sumisión a la Asamblea Nacional Constituyente"; y con ello, en definitiva, "al acatar el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, la Corte Suprema de Justicia se autodisuelve." Y sobre los magistrados les dijo, "el miedo a desaparecer" como tales,

> "y el ansia de colaborar con una mayoría que se ha arrogado todos los poderes fue más grande que la dignidad y la defensa de los valores fundamentales que el Derecho y la Democracia imponen a la Corte Suprema de Justicia."

Ante esa inadmisible injerencia, la Presidenta de la Corte renunció a su posición.[68]

Luego de este golpe de Estado constituyente, al mes siguiente la Asamblea pasó a elaborar el texto de la nueva Constitución y lo hizo en una forma como no debe hacerse un proceso de este tipo: sin tener un proyecto previo para discutir. Al contrario, la Asamblea nombró de su seno veinte comisiones de constituyentistas para que cada una de ellas elaborará un proyecto en los temas que les fueron asignados. Todas esas Comisiones elaboraron sus proyectos de manera aislada que en conjunto llegaron a tener más de 950 artículos, los cuales luego hubo que recomponer, integrar y armonizar en una Comisión constitucional que los redujo a 350 artículos, que son los que tiene la Constitución que al final fue sancionada, luego de haber sido discutida en pocos días durante el mes de noviembre de 1999.

---

[68] Véanse en torno al Acuerdo los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente,* Tomo I, *op. cit.,* pp. 141 ss. Véanse, además, los comentarios de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999,* Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal 2000*,* pp. 75 ss.

XI. COMENTARIOS SOBRE LA SUMISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE, MEDIANTE EL CONTRADICTORIO ACUERDO QUE ADOPTÓ SOBRE EL DECRETO DICTADO POR ÉSTA, FORMULADOS EN EL MISMO SENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Con fecha 6 de septiembre de 1999, en mi condición de miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, dirigí una comunicación al Presidente de la Comisión de Emergencia Judicial, con el objeto de formularle mis apreciaciones sobre el contenido del Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 23 de agosto de 1999, mediante el cual el Supremo Tribunal autorizó a uno de sus Magistrados para integrar esa Comisión, concediéndole el permiso que había solicitado.[69]

Expuse lo siguiente:

> "Respecto de dicho Acuerdo, el Segundo Vicepresidente de la Asamblea, Sr. Aristóbulo Izturiz ha señalado que con el mismo la Corte habría "*admitido y aceptado"* el Decreto de Reorganización del Poder Judicial dictado por la Asamblea el 24-08-99, (Véase en *El Universal*, Caracas 3-9-99, pág. 1-4).

Por su parte, el constituyente David de Lima, en relación al Acuerdo de la Corte, ha señalado lo siguiente:

> "Nosotros asumimos que la Asamblea es originaria y cuando la Corte *aceptó* el decreto de reorganización del Poder Judicial, *aceptó que la Constituyente es un poder originario*, entonces, sería una contradicción que apruebe o sentencie en contra de ese carácter y a su vez haya *aceptado un decreto* que expresa ese poder originario". (El Nacional, Caracas 5-9-99, pág. D-1).

Sobre el mismo Acuerdo de la Corte, el Constituyente Jorge Olavarría también ha señalado lo siguiente:

---

69 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente. Aportes a la Asamblea nacional Constituyente*, Tomo I, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 1999, pp. 142-154.

> "El que una mayoría exigua -de ocho a seis magistrados- de la Corte, abdicaran vergonzosamente de sus funciones y atribuciones, no convalida la usurpación de autoridad que hace nulos e írritos todos los decretos de la Asamblea Nacional Constituyente. El que ocho magistrados votaran un "Acuerdo" que tuvo el desparpajo *de aceptar todo lo que implica el Decreto de Reorganización del Poder Judicial*, alegando que lo hacían "independientemente de los vicios que puedan afectarlo", no los exime de su enorme responsabilidad histórica de haberle dado a esos vicios una apariencia de legalidad". (*El Nacional*, Caracas 5-9-99, p. H-5).

La opinión generalizada de los constituyentes, en consecuencia, puede decirse que atribuye al Acuerdo de la Corte efectos de aceptación del Decreto de Reorganización del Poder Judicial, destacando que cualquier decisión futura de la Corte, que pudiera encontrar vicios que afectan el Decreto -cuya salvedad, efectivamente puntualizó el Acuerdo-, estaría en contradicción con el texto de dicho Acuerdo.

Ahora bien, en realidad la contradicción de la Corte estaría en haber dictado el Acuerdo, permitiendo que uno de sus Miembros formara parte de la Comisión de Emergencia Judicial, después de haber dictado un conjunto de sentencias desde el 19-1-99 hasta el 21-7-99, cuyos principios se ratifican en el mismo Acuerdo.

Ello, en todo caso, lo que pone en evidencia es una contradicción inaceptable e incomprensible de la Corte que, sin embargo, en mi criterio, no puede conducir a considerar que haya habido aceptación, por la Corte, del contenido del Decreto de la Asamblea. Hay, en el Acuerdo, dos posturas contradictorias, y contradictorias se quedan, siendo la Corte, en el futuro, el único órgano llamado a superarla.

En efecto, insistimos, a pesar de que hay que reconocer que el Acuerdo de la Corte Suprema es totalmente contradictorio, de su texto no se puede deducir que la Corte haya "admitido y aceptado" el Decreto de la Asamblea; antes por el contrario, en el Acuerdo se dejan a salvo los vicios que pueda contener el Decreto y se reafirman tanto los límites que el pueblo fijó a la Asamblea como la naturaleza de la misma.

A los efectos de comprender adecuadamente la posición de la Corte Suprema, estimo indispensable referirme, en detalle, al contenido del Acuerdo así como a los votos salvados; Acuerdo cuyo texto fue redactado como Ponente, por la Magistrado Hildegard Rondón de Sansó y que contó para su aprobación con los votos de los Magistrados Iván Rincón Urdaneta, Alirio Abreu Burelli, Humberto La Roche, José Luis Bonnemaison, José Erasmo Pérez-España, Ángel Edecio Cárdenas, Antonio Ramírez Jiménez. Salvaron su voto los Magistrados Cecilia Sosa Gómez, Aníbal Rueda, Héctor Grisanti Luciani, Nelson Rodríguez García, Hermes Harting y Héctor Paradisi León.

1. *El Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia en relación con el Decreto de Reorganización del Poder Judicial*

Ante todo debe señalarse que el mencionado Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia del 23 de agosto de 1999, en relación con la Comisión de Emergencia Judicial dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, a pesar de la interpretación de la que ha sido objeto y de que tiene elementos contradictorios, puede también considerarse como una ratificación, por la Corte Suprema de Justicia, de los principios esenciales del Estado de Derecho y de los límites que tiene impuestos la Asamblea Nacional Constituyente por la voluntad popular expresada en el *Referéndum* del 25-04-99.

A. El Acuerdo comenzó reconociendo que la Asamblea Nacional Constituyente se formó mediante un proceso, producto de la dinámica de las transformaciones histórico-políticas, con unos *objetivos* concretos que fueron establecidos, en definitiva, en el *Referéndum* del 25 de abril al aprobarse las *Bases* que el Presidente de la República presentó al Consejo Nacional Electoral. Es decir, la Corte precisó que la Asamblea Nacional Constituyente tiene unos objetivos concretos establecidos en el mencionado *Referéndum.*

B. Por otra parte, la Corte Plena hizo suyos los pronunciamientos de la Sala Político Administrativa de la Corte, manteniéndose firme en su convicción de que dicha Asamblea no nació de un gobierno de *facto,* sino que surgió en un sistema de *jure* mediante un procedimiento al cual la Corte misma dio su respaldo. Es decir, la Corte Plena, al constatar que la Sala Político Administrativa había hecho varios y reiterados pronuncia-

mientos sobre la naturaleza de la Asamblea Nacional Constituyente y sobre las facultades que la misma posee, precisó que la misma había surgido de una interpretación de la Constitución de 1961 hecha por la Corte, que determinó que mediante el ejercicio del derecho a la participación se podía consultar al pueblo sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

C. La Corte Plena, en el Acuerdo, reconoció que la situación del Poder Judicial y los vicios que lo afectan habían sido una constante del debate político nacional, en el cual la Corte ha estado presente, habiendo además "establecido la Corte, los lineamientos básicos de las vías a través de la cuales debe producirse el saneamiento de esta rama del Poder Público", tal como lo revelaba el cuerpo de normas que habría aprobado la Corte en diciembre de 1996.

D. Seguidamente la Corte, al referirse al Decreto de Reorganización del Poder Judicial, constató que "independientemente de los vicios que puedan afectarlo" (es decir, dejando a salvo esos vicios posibles respecto de los cuales la Corte, no se pronunció), el texto del mismo es "un compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de proceder de inmediato a través de una Comisión de Emergencia Judicial a la revisión de los expedientes de los jueces y a su evaluación".

E. Sin embargo, la Corte Suprema estimó que la ejecución del proceso de reorganización judicial, en todo caso debe respetar principios fundamentales que Venezuela ha sostenido, no sólo en sus textos normativos, sino también a través de Acuerdos Internacionales que son parte del ordenamiento jurídico; principios que, entre otros, son los de "la tutela del derecho a la defensa, el de la racionalidad y proporcionalidad de las decisiones que se dicten, y el de la independencia y autonomía".

Es decir, la Corte precisó su criterio de que el proceso de reorganización judicial tiene que respetar principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, y entre ellos, la tutela del derecho a la defensa y la independencia y autonomía judicial.

Ello, sin duda, no puede ser interpretado en otra forma que no sea un rechazo a la potestad que la Asamblea se auto atribuyó de destituir o suspender "de inmediato" a los jueces; y a la intervención de la Asamblea, a través de la Comisión de Emer-

gencia Judicial, en las funciones del Consejo de la Judicatura que es el órgano constitucional garante de la independencia y autonomía.

F. El Acuerdo de la Corte, por otra parte, constituye una reafirmación del carácter supremo que la Corte tiene en el ámbito de la organización del Poder Judicial, lo que implica que la misma no está ni puede estar sometida a autoridad o poder alguno, ni siquiera el de la Asamblea. La Corte, sin embargo, señaló que no temía a las evaluaciones que se realizasen sobre sus actuaciones y sobre la conducta de sus integrantes, a cuyo efecto puso a disposición, se entiende, de la Comisión de Emergencia Judicial, "la documentación demostrativa de sus planes en curso para la modernización, eficacia y pulcritud del Poder Judicial".

G. La Corte Plena, por otra parte, reafirmó "como testimonio ante la historia", su sumisión al Estado de Derecho, lo que implica, por supuesto, el reconocimiento de la supremacía y vigencia de la Constitución de 1961, hasta que sea modificada por la nueva Constitución que se apruebe mediante *Referéndum aprobatorio,* pues la Asamblea surgió en un sistema de *iure*, mediante el *Referéndum consultivo* del 25 de abril de 1999, que la Corte respaldó.

La Corte *Plena*, además, reafirmó el principio de la colaboración entre los poderes públicos, razón por la cual ofreció "su colaboración *para el objetivo fundamental* perseguido por el Decreto de Emergencia Judicial"; que no es otro que la realización de la reforma del Poder Judicial. De ello no puede deducirse, en forma alguna, que la Asamblea hubiese avalado, apoyado, respaldado o admitido la tarea de la Comisión de Emergencia Judicial, sino sólo "el objetivo fundamental" perseguido por dicho Decreto.

H. Sin *embargo*, no puede dejar de destacarse que todo lo anterior aparece como contradicho en el último párrafo del Acuerdo, en el cual, como un ejemplo de la disposición de la Corte en el sentido de ofrecer su contribución para el objetivo fundamental perseguido por el Decreto de Emergencia Judicial, la Corte autorizó al Magistrado Alirio Abreu Burelli para que integrara la Comisión de Emergencia Judicial de la Asamblea, liberándolo temporalmente del ejercicio de sus funciones, concediéndose el permiso correspondiente que había solicitado.

2. *Los Votos Salvados al Acuerdo*

A. *El Voto salvado del Magistrado Héctor Paradisi León*

El Magistrado Paradisi salvó su voto al considerar que la Corte Suprema de Justicia no tenía atribución constitucional o legal alguna para formular el pronunciamiento contenido en el Acuerdo. Consideró que la Corte debió circunscribir su actuación a considerar el permiso solicitado por el Magistrado Burelli, con lo cual manifestó su conformidad; y que las motivaciones altamente políticas del Decreto de reorganización Judicial escapaban al análisis, de la Corte, "salvo su natural competencia para resolver eventuales impugnaciones que por razones de inconstitucionalidad se le planteen".

B. *Voto salvado del Magistrado Nelson Rodríguez García*

El Magistrado Rodríguez García, aún cuando manifestó no diferir del contenido del Acuerdo, expresó su disconformidad con la oportunidad de adoptarlo porque para el momento en el cual la Corte se estaba pronunciando, el Decreto de Reorganización del Poder Judicial no había sido publicado en la Gaceta Oficial.

C. *Voto salvado del Magistrado Hermes Harting*

El Magistrado Harting comenzó su voto salvado, señalando que compartía la necesidad de reorganizar el Poder Judicial aún cuando no basado en una solución disciplinaria, para luego reiterar su convicción, estrictamente jurídica, como ponente de las sentencias de la Sala Político Administrativa del 18-03-99, 23-03-99 y 13-04-99, "de la vinculación de la Asamblea Constituyente al espíritu de la Constitución vigente", lo cual permite y ha permitido la celebración del proceso constituyente,

> "sin ruptura constitucional, con la finalidad de transformar el Estado "en base a la primacía del ciudadano..." "la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que consolide el Estado de Derecho a través de un mecanismo que permita la práctica de una democracia social y participativa ...", y cuyo norte primario y fundamental es la elaboración de un nuevo Texto Constitucional".

Con fundamento en la anterior afirmación, el Magistrado Harting disintió del Acuerdo por considerarlo contradictorio,

pues luego de referirse a los pronunciamientos reiterados de la Corte sobre la naturaleza y las facultades de la Asamblea Nacional Constituyente a los cuales se adhirió, y postular que en la ejecución del proceso de reorganización judicial se deben respetar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y los derivados de Acuerdos Internacionales; concluyó apreciando que el referido Decreto de Reorganización del Poder Judicial, al asignar competencias y atribuciones a la Comisión de Reorganización Judicial en desmedro de las competencias establecidas a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de la Judicatura,

> "transgrede derechos como el de ser juzgado por sus jueces naturales y la garantía del debido proceso, consagrados en normas constitucionales, legales y Tratados Internaciones aprobados por nuestro país".

El Magistrado Harting, en su voto salvado, señaló además que coincidía plenamente en el objetivo fundamental perseguido por el Decreto de Reorganización Judicial, pues la Comisión de Reorganización Judicial podía ejercer funciones de planificación, organización y supervisión, pero no de ejecución. Adicionalmente, señaló estar absolutamente de acuerdo en la necesidad de evaluación de las actuaciones de los Magistrados de la Corte Suprema, lo que no consideraba contradictorio con la naturaleza de su autoridad, concluyendo con una exhortación a la Asamblea Nacional Constituyente como expresión de la voluntad popular, de velar por el mantenimiento de los cauces de un proceso de especial trascendencia nacional y siempre bajo la égida de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho.

D. *Voto salvado del Magistrado Héctor Grisanti Luciani*

El Magistrado Grisanti salvó su voto, por considerar que el Acuerdo era contradictorio, entre lo establecido en los artículos 1º y 4º del mismo, señalando que si la Corte había ratificado en relación con las funciones y facultades de la Asamblea Nacional Constituyente, que esta no había nacido de un *gobierno de facto* sino que había surgido en un sistema *de iure* mediante un procedimiento respaldado por la Corte, mal podía el Supremo Tribunal consentir que pudiera sometérselo a evaluación por parte de la Comisión de Emergencia Judicial, siendo como es la Corte, la autoridad suprema en materia judicial.

E. *Voto salvado del Magistrado Aníbal Rueda*

El Magistrado Aníbal Rueda salvó su voto, por considerar que la Corte Suprema carecía de facultad para pronunciarse sobre el Decreto de Reorganización del Poder Judicial de la Asamblea, considerando que la Corte sólo podía pronunciarse en los supuestos en los cuales las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente "fuesen atacados de inconstitucionalidad e ilegalidad". Consideró, en todo caso, que la Corte debía ofrecer su contribución para el objetivo fundamental del Decreto así como la autorización al Magistrado Abreu Burelli para integrar la Comisión de Emergencia Judicial

F. *Voto salvado de la Magistrado Cecilia Sosa Gómez*

La Magistrado Sosa Gómez, Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, salvó su voto, también, al considerar que existía una "enorme contradicción" en el texto del Acuerdo, que comenzaba por reconocer los pronunciamientos de la Sala Político Administrativa sobre el carácter de la Asamblea Nacional Constituyente que surgió en un sistema *de iure* y sobre el "alcance de las facultades otorgadas por el pueblo, a través del referendo", a la Asamblea, lo cual consideró:

> "incoherente con el propio propósito del Acuerdo, cuyo efecto fundamental pretende convalidar el Decreto de la Asamblea dirigido directamente a desconocer el Estado de Derecho en el cual ha nacido";

Acuerdo que terminó respaldando el contenido del Decreto de Emergencia Judicial, desconociendo rotundamente el contenido de las sentencias de la Sala Político Administrativa y:

> "los límites demarcados en las Bases que gobiernan el funcionamiento de la Asamblea y el Ordenamiento constitucional y legal, enteramente vigente y cuya garantía ha sido confiada a este Alto Tribunal".

La Magistrado Sosa consideró que la Corte había renegado de su propia jurisprudencia y desconocido su propia doctrina,

> "permitiendo que un acto de la Asamblea Nacional Constituyente, carente de todo sustento en el marco jurídico en el que hasta ahora nos habíamos desenvuelto -incluso para abrirle sin ningún temor las puertas a esa Asamblea-

enerve las facultades que el pueblo soberano, donde reside el único y verdadero poder originario, conferido a la referida Asamblea".

Consideró, además, la Magistrado Sosa, que a la Asamblea se la había autorizado para redactar un nuevo Texto Constitucional para un Estado Democrático, pero

> "no para intervenir o sustituir los poderes constituidos, erigiéndose en una suerte de "superpoder" donde se concentran todas las potestades públicas, como así lo ha pretendido y desde luego, logrado, con el respaldo del Acuerdo suscrito por la mayoría del seno de esta Corte, cuyo contenido deploro".

La Magistrado Sosa, además, señaló que la Corte, en el Acuerdo, había depuesto su condición de Máximo Tribunal, aplaudiendo la llegada de la Comisión que, por disposición del acto irrito de la Asamblea, tiene la obligación de evaluar a los jueces, realizar concursos de oposición, destituir jueces y oír las apelaciones que se presenten ante la Asamblea. En esa forma, consideró que la Asamblea se había arrogado atribuciones de poder constituido "y olvidó que debe responder sólo a lo que le pueblo soberano le autorizó" relegando la Constitución que aún nos rige, la cual consideró que había sido violentada y desconocidos abierta y flagrantemente, sus postulados. La Magistrado Sosa, de ello, concluyó que con el Decreto, la Asamblea había roto el equilibrio de la democracia, considerando que "sin una Constitución, simplemente no hay democracia".

La Magistrado Sosa consideró, también, que el Decreto de la Asamblea violaba los principios fundamentales a los cuales hizo referencia el Acuerdo de la Corte, particularmente la independencia y autonomía judicial, al permitirse que la Asamblea vulnerase y amenazase vulnerarlas, al arrogarse la facultad jurisdiccional para decidir apelaciones.

La Magistrado Sosa para formular las anteriores apreciaciones, partió del supuesto de que en el *Referéndum consultivo* del 25-4-99, el pueblo soberano sólo autorizó a la Asamblea para redactar una nueva Constitución, la cual continuará en vigencia hasta cuando sea sustituida "por la que en ejercicio de su labor debe diseñar", habiendo retenido el pueblo soberano "el derecho de aprobar esa nueva Constitución". De ello dedujo que la

Asamblea, al dictar el Decreto, se extralimitó en el mandato otorgado por el pueblo venezolano, que fijó unas *bases,* le estableció límites y controles que la Asamblea desconoce.

La Presidente de la Corte, en su voto salvado, manifestó su alarma de que la Corte no hubiese mostrado preocupación por el contenido del Decreto que porta la violación de los principios a que hace referencia el Acuerdo. Dicha contradicción la evidenció al formularse estas preguntas:

> -¿A qué independencia y autonomía judicial se refiere el Acuerdo de la Corte, si ha permitido con él, que la Asamblea Nacional Constituyente, vulnere y amenace vulnerarlas, al arrogarse la facultad jurisdiccional de decidir "las apelaciones" que los jueces interpongan ante ella cuando la Comisión decida su remoción?
>
> -¿En qué país organizado sobre las *bases* de un sistema democrático, de un sistema de libertades que propugna el equilibrio de los Poderes Públicos como su máxima expresión, se permite que un poder que no es el Poder Judicial, decida *apelaciones,* lo que significa instaurar juicios y ejercer por tanto típicas funciones jurisdiccionales?.

Finalmente, la Magistrado Sosa concluyó su voto salvado con esta apreciación general:

> "No es posible que la Corte Suprema de Justicia, declare su sumisión al Estado de Derecho, y en realidad se trata de su sumisión a la Asamblea Nacional Constituyente, a la cual -insisto- el pueblo soberano *no autorizó para realizar actos distintos a los de construir un nuevo Estado y diseñarlo en esa Constitución que todos los venezolanos esperamos".* Diseño que aún espera por el visto bueno con el *referendo* que tiene que realizarse, para que el pueblo, quien en definitiva detenta el poder soberano, apruebe esa labor. Esto permite reflexionar acerca del hecho, de si el pueblo venezolano que votó mayoritariamente se reservó aprobar o improbar ese proyecto constitucional que la Asamblea Nacional Constituyente deberá presentar al concluir los 180 días que le dio como plazo, ¿con qué autoridad esa Asamblea decreta y ejecuta actos que ese pueblo jamás podrá "aprobar o improbar?".

3. *Apreciación general sobre las contradicciones del Acuerdo*

El voto salvado de la Magistrado Sosa, puso en evidencia la enorme contradicción que existe entre los argumentos del Acuerdo relativos al Decreto de Reorganización del Poder Judicial, y la decisión tanto de autorizar a uno de sus Magistrados para formar parte de la Comisión de Emergencia Judicial, como de aceptar la evaluación de la Corte por parte de dicha Comisión. Dicha contradicción es evidente y proviniendo del máximo Tribunal de la República, considero que es totalmente inaceptable.

Sin embargo, ello no autoriza a considerar que la Corte, pura y simplemente haya "aceptado" el Decreto ni el carácter originario de la Asamblea y que haya, por tanto, abandonado la doctrina jurisprudencial que sentó la Sala Político Administrativa de la Corte entre el 19-1-99 y el 21-3-99. (Sobre ello véase Allan R. Brewer-Carías, Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente), Caracas, 1999).

La Corte, sin duda, incurrió en una contradicción al otorgar permiso al Magistrado Alirio Abreu Burelli para integrar la Comisión de Emergencia Judicial, lo que podría conducir a considerar que ha admitido la existencia del Decreto; sin embargo, de los considerandos contenidos en el Decreto más bien se deduce que la Corte no habría aceptado las decisiones que contiene en el sentido de que no las habría avalado. De ser ello así, los Magistrados que votaron a favor del Acuerdo debieron haberse inhibido de conocer de la acción de nulidad que se ha intentado contra el mismo, por violación de las bases del Referéndum del 25-4-99.

Sin embargo, como antes señalamos, la contradicción de la Corte sólo puede ser resuelta por la propia Corte y ello, sin duda, tendrá que hacerlo en la sentencia que debe dictar para resolver la referida acción de nulidad."

Ello, sin embargo, no lo hizo, y al contrario luego reconocería el carácter "supraconstitucional" de los actos de la Asamblea, con lo que quedó confirmada la apreciación final de la Presidenta de la Corte, de que con la aprobación de dicho Acuerdo, la Corte se había

"autodisuelto," lo que como se indicó, motivó su renuncia a la Presidencia de la Corte y a la Corte misma.

Ello fue lo que llevó a Matthew Taylor a expresar que la Presidenta de la Corte:

> "públicamente advirtió que la Corte simplemente se suicidó para evitar ser asesinada. Pero el resultado es el mismo: está muerta."[70]

Y así sería, en definitiva, siendo la Corte, al poco tiempo, la primera víctima de su contradicción, a manos de la Asamblea Constituyente.

XII. EL RESULTADO AUTORITARIO DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999

Como antes dije, yo fui miembro de la Asamblea y como tal intervine en la discusión de todas las decisiones y de todos los artículos de la Constitución; y al terminar la discusión y sanción de la Constitución, al momento de iniciarse la campaña electoral para el voto en el referendo aprobatorio de la misma fijado para el 15 de diciembre de 1999, publiqué un documento donde exponía las "razones por el voto **NO**"[71] es decir las razones para votar por el rechazo de la nueva Constitución, argumentando, entre ellas, que esa Constitución no era la que permitiría recomponer el sistema político en crisis, y más bien había resultado siendo una mesa servida para el autoritarismo,[72] mezclándose en ella el centralismo, el presidencialismo, el militarismo y el populismo de Estado.[73]

---

70 Véase Matthew M. Taylor, "The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustrations from Venezuela under Chávez," en *Journal of Latin American Studies*, No. 46, Cambridge University Press, 2014, pp. 229-259.

71 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Razones del voto NO en el referendo aprobatorio de la Constitución," en Debate *Constituyente (Labor en la Asamblea Nacional Constituyente),* Tomo III, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, 315-340

72 Véase mis declaraciones a la prensa sobre la materia: Allan R. Brewer-Carías, "Falta de soluciones a la crisis política pone en peligro a nuestra democracia," entrevista con Abelardo J Pérez Carapaica, diario *2001*, Caracas, 23/11/99, p. 9; "Yo no votaré por el SÍ," declaraciones, *El Sol de Maturín*, Maturín, 20/11/99, p. 2; "De ganar el 'SÍ' se abre la puerta del autoritaris-

Dije en efecto en dicho documento, entre otras cosas, lo siguiente:

> "La Asamblea Nacional Constituyente, creada por el referéndum del 25 de abril de 1999, tenía por misión elaborar una nueva Constitución para la República que transformara el Estado y creara un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa. Para ello se eligieron los miembros de la Asamblea el 25 de julio de 1999.
>
> Esa creación de la Asamblea y la elección de sus miembros, sin duda, respondió a las exigencias del momento constituyente que vive el país, producto de la crisis terminal del sistema político de Estado Centralizado de Partidos que había que cambiar, para permitir el perfeccionamiento y sobrevivencia de la democracia.

---

mo," declaraciones a Roselys Peña, *El Aragüeño*, Maracay, 02/12/99, p. 3; "Crisis política no se resolverá aunque gane el SÍ ó el NO," entrevista con Taynem Hernández, *El Universal*, Caracas, 02/12/99, pp. 1-1 y 1-14.

73 Véase mis declaraciones a la prensa sobre la materia: Allan R. Brewer-Carías, "Un modelo autocrático se cuece en la ANC," entrevista con Roberto Giusti, *El Universal*, Caracas, 20/09/99, p. 1-10; "La nueva Constitución no va a resolver ninguno de los problemas de Venezuela," declaraciones, *Reporte diario de la Economía*, Caracas, 02/12/99, p. 11; "El Estado está condenado a quebrar con Proyecto de Constitución..," declaraciones a Janeth Gutiérrez, *El Siglo*, Maracay, 02/12/99, p. A-5; "Con la nueva Constitución se acentúa el centralismo," declaraciones a Celina Sulbarán, *Diario de los Andes*, Mérida, 03/12/99, pp. 1 y 3; "Tenemos una Constitución de mentira y una entrada al autoritarismo," declaraciones a Erika Polanco, *Cambio,* Mérida, 03/12/99, pp. 1 y 2; "Proyecto de Constitución es una tentación autoritaria," declaraciones, *El Bolivarense*, Ciudad Bolívar, 06/12/99, pp. A-1 y A-8; *El Expreso*, Ciudad Bolívar, 06/12/99, p. C-1; "El No es un rechazo a las pretensiones militaristas y al exacerbado presidencialismo," reseña de foro por Ángel Ciro Guerrero, *Frontera,* Caracas, 06/12/99, pp. A-a y 3-c; "Constitución Bolivariana profundizará la corrupción," declaraciones a Aura Elisa Parra, *El Impulso*, Barquisimeto, 07/12/99, pp. A-1 y D-1; "Proyecto de Constitución establece las bases para un sistema autoritario," declaraciones a Beatriz Rojas, *El Carabobeño*, Valencia, 08/12/99, p. A-3.

Esa crisis del sistema de Estado Centralizado de Partidos, montado sobre el Centralismo Estatal y la Democracia de Partidos, en la cual estos han ejercido el monopolio de la participación y de la representatividad, exigía de la Asamblea su transformación en un sistema de Estado Descentralizado y Participativo, montado al contrario del que hemos tenido, sobre la descentralización política del Poder Público en el territorio y sobre la participación popular, para quitarle a los partidos el monopolio de la participación y representatividad democrática.[74]

En esto consistía la misión de la Asamblea: por una parte, transformar el Estado para hacerlo más democrático, desmontando el centralismo y construyendo un Estado descentralizado; y por la otra, crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, que incorporara a la sociedad civil al proceso político, económico y social y asegurara la participación de todos en la conducción del Estado.

Ahora bien, concluidas las sesiones de la Asamblea con la elaboración del Proyecto de Constitución y sometido éste a referéndum aprobatorio fijado para el 15 de diciembre de 1999, resulta necesario e indispensable determinar si dicho proyecto responde a las exigencias de transformación política determinadas en el referéndum del 25 de abril de 1999, y por sobre todo, si la "transformación del Estado" y el "nuevo ordenamiento jurídico" que se propone, contribuyen a superar la crisis del sistema de Estado Centralizado de Partidos y a estructurar, en su lugar, ese sistema de Estado Descentralizado y Participativo que permita el mantenimiento de la democracia.

La conclusión de dicha evaluación, evidentemente, es que el Proyecto de Constitución no asegura ni sienta las bases para asegurar dicha transformación del sistema político y, al contrario, consolida tanto el centralismo estatal imperante, dando

---

74 Véase sobre el tema que consideré debió haber sido el gran debate en la Asamblea, mis declaraciones, Allan R. Brewer-Carías, "El gran debate de la Constituyente será sobre descentralización," reseña de foro en la OEA, *Ultimas Noticias*, Caracas, 15/07/99, p. 6.

marcha atrás, incluso, al proceso de descentralización que se había iniciado en 1989; […]

En consecuencia, lo que era la tarea esencial de la Asamblea, consistente en perfeccionar la democracia mediante la transformación del Estado (de Estado Centralizado a Estado Descentralizado) y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa (de Estado de Partidos a Estado de participación), no se logró en el Proyecto de Constitución, habiéndose, en consecuencia, perdido una oportunidad histórica única, pues convocar a una Asamblea Nacional Constituyente en democracia, no es un hecho político común, más bien excepcionalísimo como lo demuestra nuestra historia político-constitucional […].

En cambio, el triunfo del SI en el referéndum conduciría a la aprobación de una Constitución que no sólo no contribuye a superar la crisis del centralismo del Estado y del Estado de Partidos, sino más bien la agrava, y con ello el peligro del derrumbe de la democracia; sino que sienta las bases constitucionales para el desarrollo de un autoritarismo político, montado sobre regulaciones que refuerzan el centralismo, el presidencialismo, el estatismo, el paternalismo de Estado, el partidismo y el militarismo. […]"

En efecto, en cuanto a la Constitución política en el Proyecto de Constitución, cuando se analiza globalmente, particularmente en los elementos antes mencionados, pone en evidencia un esquema institucional para el autoritarismo, que deriva de la combinación del centralismo de Estado, del presidencialismo exacerbado, de la partidocracia y del militarismo que constituyen los elementos centrales diseñados para la organización del Poder del Estado.

Esa no es la Constitución política que la democracia requería para su perfeccionamiento, y que al contrario, debía haber estado montada sobre la descentralización del poder, un presidencialismo controlado, la participación política y la sujeción de la autoridad militar a la civil. Con ese esquema no podemos estar de acuerdo, y de allí nuestro voto negativo el 15 de diciembre de 1999.

Por su parte, en cuanto a la Constitución social, en el Proyecto, al enumerar el elenco de derechos humanos y de garantías y obligaciones estatales, analizada globalmente, lo que muestra es un marginamiento de la sociedad y de las iniciativas particulares, haciendo recaer sobre el Estado todas las obligaciones imaginables, imposible de cumplir. Es una Constitución concebida para el paternalismo, lo que se traduce en populismo.

Esa no es la Constitución social que se requería para fundar una democracia social y participativa, para lo cual debió haber revalorizado la participación de todas las iniciativas privadas en los procesos educativos, de salud y de seguridad social, como actividades en las cuales tiene que existir una corresponsabilidad entre el Estado y la Sociedad.

Por último, el Proyecto de Constitución, en su componente de Constitución económica, completa el cuadro paternalista de la Constitución social, inclinando el régimen constitucional hacia el Estado en lugar de hacia la iniciativa privada, originando un estatismo exagerado, con el riesgo de multiplicación de una voracidad fiscal incontrolable concebida para aplastar al contribuyente, al cual no se protege constitucionalmente.

Esa no es la Constitución económica que se requería para fundar la política de desarrollo económico que requiere el país, que tiene que apuntar hacia la creación de riqueza y empleo y que el Estado es incapaz de lograr sin la decisiva participación de las iniciativas privadas, que lejos de ser perseguidas, deben ser protegidas e incentivadas."[75]

---

[75] El texto fue publicado en el libro: Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea nacional Constituyente), Tomo III (18 octubre – 30 noviembre 1999)*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 315-340. El texto puede igualmente consultarse en Allan R. Brewer-Carías, *Proceso Constituyente y Asamblea Constituyente 1999*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI, Fundación de Derecho Público, Caracas 2014, pp. 1.043 1.058

Por ello, lideré junto con los otros constituyentes de oposición la campaña por el voto "No" en el referendo,[76] en el cual, sin embargo, se terminó aprobando el proyecto de Constitución.

Sin embargo, y lamentablemente el tiempo me dio la razón,[77] pues la de 1999 ha sido una Constitución que en definitiva condujo a todo lo que se anunciaba, siendo un texto lleno de declaraciones floridas y principios dispuestos sin embargo para no ser cumplidos.

Y así, las violaciones a la misma incluso comenzaron antes de que hubiera sido publicada (30 de diciembre de 1999), mediante la adopción por la propia Asamblea, la cual ya había cesado en sus funciones luego de que la Constitución fuera aprobada por referéndum por el pueblo (15 de diciembre de 1999), de un régimen constitucional transitorio que resultó ser una "Constitución paralela" a la aprobada.

---

76 Véase las reseñas de prensa sobre ello: "Constituyentes de la oposición unen esfuerzos para campaña por el NO: rueda de prensa con Franceschi, Olavarría y Fermín," reseña por José Luis Carrillo, *Abril*, Caracas, 17/11/99, pp. 1 y 5; reseña por Lorena Martínez Michelena, *El Diario de Caracas,* Caracas, 17/11/99, pp. 1 y 10; reseña por Jesús Matheus Linares, *2001*, Caracas, 17/11/99, p. 10; reseña por Exequíades Chirinos, *Economía Hoy*, Caracas, 17/11/99, p. 5; reseña, *El Globo*, Caracas, 17/11/99, pp. 1 y 6; reseña, *El Impulso* Barquisimeto, 17/11/99, pp. A-1 y D-4; reseña por Laura Weffer Cinfuentes, *El Mundo*, Caracas, 17/11/99, p. 2; reseña por Edgar López, *El Nacional*, Caracas, 17/11/99, p. A-1 y D-2; reseña por Jhonatan Pérez, *El Nuevo País*, Caracas, 17/11/99, pp. 1 y 6; reseña por Oswaldo Silva, *Panorama*, Maracaibo, 17/11/99, pp. 1-1 y 1-16; reseña por Soreida Rodríguez, *El Siglo*, Maracay, 17/11/99, pp. A-1 y B-17; reseña por Jesús Valente, *El Tiempo*, Puerto La Cruz, 17/11/99, pp. 1 y 7; reseña por Ernesto Villegas P. , *El Universal*, Caracas, 17/11/99, p. 1-1; reseña por Reuters, *La Verdad*, Maracaibo, 17/11/99, pp. A-1 y A-6; «... Presidente Chávez debe entender que este país no es de su propiedad," reseña por José Luis Carrillo, *Abril*, Caracas, 23/11/99, p. 4; declaraciones a Roselena Ramírez, *El Globo*, Caracas, 23/11/99; y reseña por María E. Rodríguez, *El Impulso*, Barquisimeto, 23/11/99.

77 Véase lo que vaticiné en 1999: Allan R. Brewer-Carías, "Chávez recogerá lo que sembró," entrevista con María Victoria Pérez, *Revista Elite,* Caracas, Nº 3817, 17/08/99, pp. 8-9; "Crítica al presidente Chávez por 'militarizar' a Venezuela," reseña de foro en la OEA, Reuters, *2001* Caracas 15/07/99 p. 20; *El Diario de Caracas*, Caracas, 15/07/99.

Este Estatuto constitucional transitorio dictado el 22 de diciembre d 1999, que no fue aprobado por el pueblo, materialmente suspendió la aplicación de la nueva Constitución, de manera que mediante el mismo, además, se decretó la remoción de todos los titulares de los órganos del poder público, nombrándose sus nuevos titulares, incluyendo al Tribunal Supremo de Justicia, sin siquiera cumplir los requisitos que exigía la nueva Constitución que se ignoró; habiendo sido ese Tribunal el que luego legitimó los actos constituyentes otorgándoles rango supra constitucional.[78]

En esa forma y desde ese momento se sentó la pauta de una Constitución que simplemente no se ha cumplido, y que incluso suelen blandear los funcionarios del régimen en declaraciones públicas, cada vez que se refirieren a la misma. Cada vez que eso sucede, se puede estar seguro de que la misma no está siendo aplicada. En fin, la Constitución de 1999, producto del populismo constitucional, durante los últimos veinte años ha sido inmisericordemente violada y desperdiciada, sin que exista órgano alguno que haya podido controlar o detener esas violaciones, porque el primer acto de la Asamblea Constituyente populista que asaltó el poder, como se dijo, fue precisamente controlar y someter al Poder Judicial y nombrar un Tribunal Supremo de Justicia que -en definitiva- ha sido el primer instrumento para afianzar el autoritarismo de Venezuela.

XIII. ALGUNAS LAS LECCIONES DEL PROCESO VENEZOLANO CON REFERENCIAS AL PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE INICIADO EN 2021

Esa es la realidad del proceso constituyente venezolano de 1999, siendo el resultado una Constitución llena de principios y de declaraciones que hacen que cualquiera que la lea aisladamentee pueda considerarla como una "maravillosa" Constitución, pero que lamentablemente no se cumple y nunca se ha cumplido, y que no tiene forma de ser controlada.

---

78 Véase en general sobre el tema, Allan R. 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*, No. 6, Editorial Iustel, Madrid 2009, pp. 52-61. Véase igualmente Allan R. Brewer-Carías, *Reforma constitucional y fraude a la Constitución 1999-2009,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999.

Estos son, por tanto, en mi criterio, los elementos fundamentales de las lecciones que hay que aprender de la experiencia venezolana; elementos que luego se siguieron con nefastas consecuencias propias del populismo constitucional en Ecuador, Bolivia e incluso se intentaron ejecutar en Honduras.

Esa tendencia, sin embargo, más reciente y afortunadamente hasta ahora, se ha podido contener por ejemplo en el caso chileno, donde en alguna forma puede decirse que se han tenido en cuenta las lecciones de la experiencia venezolana, para evitarlas y no repetirlas. Y ello, en los siguientes aspectos:

Primero, al haberse acordado convocar una Convención Constitucional, reformando previa y puntualmente la Constitución mediante la aprobación por plebiscito de la Ley 21.200 de 24 de diciembre de 2019[79] para regular en su texto a la Convención Constitucional, que fue lo que en 1998 propusimos en Venezuela, pero que no se logró. En Chile, en cambio, sí supieron hacerlo, frenando la tendencia populista, partiendo ante todo de la necesidad de reformar la Constitución para regular la Convención Constitucional lo que tuvo su origen en la iniciativa contenida en el proyecto de reforma constitucional que propuso en 2017 la entonces Presidenta Michelle Bachelet.[80]

Luego, segundo, al haberse logrado mediante un acuerdo político global que todas las corrientes políticas suscribieron después de las crisis políticas que tuvieron que enfrentar antes del proceso constituyente, el cual se materializó en la suscripción del llamado "Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución" de 15 de noviembre de 2019.[81] Todos los partidos del oficialismo, la oposición, y la mesa técnica, elaboraron y llevaron adelante la propuesta de reforma constitucional y eso originó la sanción de la antes mencio-

---

79 El texto de la Ley sometido a plebiscito está disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/detalle_cronograma?id=f_cronograma-5

80 Véase los comentarios al proyecto en Allan R. Brewer-Carías, "Sobre la Asamblea Nacional Constituyente y el dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional," en *Una nueva Constitución para Chile. Libro homenaje al profesor Lautaro Ríos Álvarez,* Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2018, pp. 69-96.

81 El texto del Acuerdo está disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf

nada Ley 21.200 para la reforma constitucional que es la que rige la existencia y funcionamiento de la Convención Constitucional de 2021. En esa forma el Estatuto de la Convención se constitucionalizó y no quedó a la voluntad del convocante de la misma como ocurrió en Venezuela,

Tercero, como consecuencia de ello, al haber acordado que la Convención Constitucional estuviese constitucionalmente regulada en Chile, y bien regulada, ello resultó ser la garantía de que no puede haber discusión sobre si la Constitución actual sigue vigente o no durante las sesiones de la Convención. Evidentemente que sí sigue vigente, y la Convención Constitucional está sujeta a un marco bien preciso dentro de la Constitución.

Esa regulación constitucional de la Convención Constitucional, a raíz de la aprobación popular de la Ley 21.200 puede considerarse, globalmente, como la mejor garantía contra el populismo constitucional, particularmente al establecerse expresamente los siguientes aspectos, que demuestran que se aprendieron las lecciones del proceso venezolano, evitando su repetición:

En primer lugar, que la Convención Constitucional tiene por misión única elaborar y sancionar un nuevo texto constitucional. Esa es su misión, eso era lo que nosotros queríamos fuera la misión de la Asamblea Constituyente de 1999 en Venezuela, y no fue así, pues la misma usurpó las funciones de los diversos órganos del Estado, en particular del legislador. En el caso chileno, en cambio, se dice expresamente que la Convención Constitucional "no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes" (art. 135).

En segundo lugar, la Convención Constitucional en Chile está sometida a la Constitución y a las leyes vigentes, disponiéndose expresa y textualmente en la misma, que "mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución […], esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla" (art. 135). En cambio, en Venezuela, la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 barrió literalmente con la Constitución del año 1961.

En tercer lugar, en el caso chileno a raíz de la reforma constitucional derivada de la Ley 21.200 se dispuso expresamente en la Constitución que la Convención Constitucional no es soberana, no

puede asumir la soberanía, no sustituye al pueblo ni puede abrogarse su soberanía. En el texto constitucional se establece, en efecto, que "mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece." En consecuencia, incluso, el mismo texto constitucional dispone que "Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución" (art. 135).

En cuarto lugar, en Chile, a raíz de la reforma constitucional de la Ley 21.200, se estableció que la nueva Constitución no afecta a las autoridades constituidas, es decir, "no podrá poner término anticipado al período de las autoridades electas en votación popular, salvo que aquellas instituciones que integran sean suprimidas u objeto de una modificación sustancial" (art. 138). Lo que ocurrió en Venezuela fue radicalmente distinto, pues una vez culminada su tarea, la Asamblea Nacional Constituyente no cesó y continuó a mansalva barriendo con todos los poderes públicos, eliminando y cesando a todos los funcionarios electos. De esto en Chile se aprendió la lección, y se reguló que las autoridades electas como principio conservan su potestad, salvo que se trate de órganos estatales que se eliminen.

Y por último, en quinto lugar, en el caso chileno, en la reforma constitucional a raíz de la Ley 21.200 se establecieron los mecanismos de control necesarios para asegurar que la Asamblea en su funcionamiento se ajuste a lo prescrito en la Constitución; lo que no existió en Venezuela, donde la Asamblea Constituyente de 1999 escapó a toda forma de control. En el caso de Chile, en cambio, en el artículo 136 constitucional se reguló expresamente la posibilidad de formular reclamos ante cinco ministros de la Corte Suprema por infracciones a las reglas de procedimiento aplicables en la Convención (vicios esenciales); aun cuando se excluyó todo tipo de reclamo "sobre el contenido de los textos en elaboración."

El artículo 136 reformado por la Ley 21.200, concluyó indicando que "ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera de lo establecido en este artículo," (art. 136) lo que implica, por supuesto, que toda actuación de la Conven-

ción Constitucional que no esté vinculada con las tareas que la Constitución le asigna, sí queda sujeta al control de constitucionalidad atribuido en la misma Constitución al Tribunal Constitucional.

Todos estos aspectos regulados en Chile le dan un marco de funcionamiento a la Convención Constitucional, dentro de la Constitución vigente, para la redacción de una nueva Constitución, respetando los principios del republicanismo y de la democracia (art. 135). Con todo esto, sin duda, en Chile puede decirse que se aprendió la lección de lo que no debía hacerse y que en cambio ocurrió en los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia.

Pero entre las lecciones del proceso venezolano, puede decirse que una de ellas lamentablemente no se aprendió a tiempo en Chile, y fue la de evitar la alta abstención en la elección de los convencionales constituyentes. En la misma tendencia de lo que ocurrió en Venezuela, donde solo votaron el 42.3% electores para elegir a los miembros constituyentes de la Asamblea Constituyente en 1999, pero agravado, en Chile solo votaron el 41.5 % de los electores para elegir los miembros convencionales de la Convención Constitucional.

Eso significó en Venezuela, en definitiva, que la mayoría en la Asamblea Constituyente estuvo en manos de unas minorías, que impusieron su voluntad al país, lo que lamentablemente podría igualmente ocurrir en Chile.

Afortunadamente, sin embargo, en Chile se aprendió otra lección derivada del caso venezolano y que puede contribuir a frenar los antes referidos efectos nocivos que resultaron de la abstención, y es que a diferencia del régimen en Venezuela, donde las propuestas en la Asamblea Constituyente se aprobaron con el voto de la mayoría de los constituyentes presentes en las sesiones de la Asamblea; en el caso de Chile, la reforma derivada de la Ley 21.200 establece expresamente la necesidad de que todas las decisiones de la Convención Constitucional deben adoptarse por "un quorum de dos tercios de sus miembros en ejercicio," precisándose que "la Convención no podrá alterar los quorum ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos" (art. 133).

Lo importante, en todo caso, es que en la Convención Constitucional chilena se respete y se haga respetar el marco constitucional que le dio origen, y que regula con todo detalle su funcionamiento, como producto de los acuerdos y consensos políticos que tuvieron

lugar para que se pueda sancionar una nueva Constitución que represente un verdadero y genuino pacto político de la sociedad para recomponer el sistema democrático.

Y para ello, por último, hay otra lección del caso del proceso constituyente de Venezuela que los chilenos también tomaron en cuenta al regular la Convención Constitucional. En Venezuela, la Constitución de 1999 fue aprobada en plebiscito por una minoría del país, es decir, por el 32% de los venezolanos con derecho a voto, en un referendo donde solo votaron el 44.4 % de los votantes, con una abstención de 55,62%.[82]

En Chile, en cambio, a los efectos de evitar que la nueva Constitución pueda ser aprobada por una minoría del país como ocurrió en Venezuela, con motivo de la reforma constitucional derivada de la Ley 21.200, en la Constitución se dispuso expresamente que en el plebiscito nacional constitucional que se efectúe con el objeto de que la ciudadanía apruebe o rechace la propuesta de nueva Constitución, el sufragio "será obligatorio para quienes tengan domicilio electoral en Chile." Ello busca evitar la abstención y que si la Constitución resulta aprobada, lo sea por la mayoría del país.

Lo importante en dicho proceso, en todo caso, es que se respete la Constitución, y la Convención Constitucional no caiga en la tentación autoritaria de usurpar el poder constituyente originario, que solo corresponde al pueblo, el cual se expresó en el plebiscito de aprobación de la Ley 21.200, al crear la Convención y establecerle sus límites.

New York, septiembre de 2021

---

82 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999,* Editorial Jurídica Venezolana, Ed. Arte, Caracas 2000, p. 13.

SEGUNDA PARTE

EL EQUILIBRIO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

A propósito de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 19 de enero de 1999*

(febrero 1999)

Allan R. Brewer-Carías

El tema de la convocatoria de una Asamblea Constituyente puede decirse que dominó el debate político electoral en Venezuela durante toda la campaña electoral presidencial de finales del año 1998, centrándose la discusión jurídica relativa a dicha convocatoria, en el tema constitucional de si resultaba o no necesario que dicho instrumento político estuviese previamente regulado en la Constitución, para poder convocarlo. Es decir, el punto de discusión fue cómo convocar una Asamblea Constituyente, en virtud de que la Constitución de 1961, que estaba vigente, no regulaba en su

---

* Publicado en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie estudios No. 53, Caracas 1999, pp.151 a 228. También publicado como "El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999", en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Nº 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56.

texto, como por ejemplo si lo hacían otras Constituciones modernas (la de EE.UU., por ejemplo), una Asamblea o Convención Constituyente como Poder Constituyente Instituido de revisión constitucional. Y como a partir de 2021 ha sido el caso en Chile.

El debate jurídico, en este caso, resulta inevitable y no porque se tratase de exquisiteces jurídicas, sino porque no estábamos en una situación de hecho, producto de una revolución violenta contra el Estado Constitucional, sino en una situación democrática de Estado de derecho, dentro de un orden constitucional preestablecido, que exigía que los cambios se constitucionalizaran.

De allí que el debate sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente se hubiera planteado en términos jurídicos: por una parte, se argumentó y argumentamos que en virtud del régimen del Estado Constitucional de derecho fundado en la democracia representativa que regulaba la Constitución de 1961, que gozaba de supremacía, era necesario regular previamente mediante una reforma puntual de la Constitución, la Asamblea Constituyente, para poder convocarla; por otro lado, se argumentó que en virtud de que la soberanía reside en el pueblo, éste, como Poder Constituyente siempre puede manifestar su voluntad y, por tanto, como consecuencia de un referéndum consultivo, se podía convocar la Asamblea Constituyente para la reforma de la Constitución, sin que fuera necesario reformar previamente la Constitución para regularla.

Esa discusión originó una polémica política, derivada en concreto de la propuesta que formuló en 1998 el entonces candidato presidencial Hugo Chávez Frías, de convocar una Asamblea Constituyente sin reformar la Constitución; propuesta a la cual nos enfrentamos quienes pensábamos que era indispensable regular en la Constitución dicha Asamblea como mecanismo de reforma constitucional, para después poder convocarla.

De ello resultaron, en definitiva, las dos posiciones antes mencionadas que quedaron absolutamente claras: por una parte, quienes sostenían y sostuvimos que derivado del principio de la supremacía constitucional, en el Estado Constitucional democrático de Derecho representativo la Constitución establecía los mecanismos para su revisión (reforma y enmienda) y al no regular la Asamblea Constituyente como medio para la reforma, para que ésta se pudiera convocar debía crearse y establecerse su régimen en el propio texto constitucional, mediante una reforma constitucional que le diese status constitucional; y por otra parte, había quienes soste-

nían, siguiendo la propuesta de Chávez, que derivado del principio de que la soberanía reside en el pueblo, 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 referéndum consultivo, era suficiente para que la misma se convocara y eligiera, y la misma acometiera la reforma constitucional, sin necesidad de que previamente se efectuase una reforma constitucional para regularla.

La importancia de la discusión, en todo caso, originó que se hubieran presentado dos recursos de interpretación ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de que el Supremo Tribunal de la República resolviera la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y determinara si era o no posible convocar a una Asamblea Constituyente como consecuencia de la realización de un referéndum consultivo sobre la materia sin que fuera necesario regularla previamente en la Constitución, mediante una reforma como Poder Constituyente Instituido.

La Corte Suprema de Justicia dictó dos sentencias el mismo día 19 de enero de 1999 (que identificamos en este estudio como Referéndum Consultivo I y Referéndum Consultivo II) mediante las cuales, si bien desde el punto de vista jurídico no resolvió abierta y claramente el conflicto, desde el punto de vista político dejó establecidos diversos argumentos que hubieran podido permitir resolverlo e, incluso, vaticinaban cual podría ser su decisión futura, en caso de que se volviera a plantear la cuestión ante la Corte, dependiendo de cual fuera la reacción de los Poderes Constituidos, en particular, del Congreso cuyos miembros venían de ser electos en noviembre de 1998; pero quienes en definitiva, como si estuviesen ausentes, ignoraron lo que estaba ocurriendo en el país, y nada hicieron.

Independientemente del debate político que surgió en torno al tema, es indudable la importancia que desde el punto de vista jurídico constitucional el mismo tenía y aún tiene, el cual por lo demás, no es nada nuevo. Se trata, en definitiva, del debate sobre el Poder Constituyente en el Estado Constitucional democrático representativo que de cuando en cuando 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.

El centro de la interpretación jurídica solicitada a la Corte Suprema, como se dijo, estuvo en el texto del mencionado artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que preveía la iniciativa del Presidente de la República en Consejo de Ministros; del Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras por el voto favorable de las 2/3 partes de los miembros presentes, o de un 10% de electores inscritos en el Registro Electoral:

> *"para convocar la celebración de un referéndum con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional".*

Ambos recursos de interpretación, uno intentado el 21 de octubre de 1998 y otro el 19 de diciembre del mismo año 1968, fueron resueltos, el segundo en la sentencia del caso Referendo Consultivo II, y el primero en la sentencia del caso de Refrendo Consultivo I. Esas sentencias, que desencadenaron el proceso constituyente de 1999, fueron las que originaron los comentarios críticos que a continuación se transcriben, escritos durante los días que siguieron a las sentencias, y publicados el 23 de febrero de 1999.[1]

I. LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA SOBRE EL REFERÉNDUM CONSULTIVO RELATIVO A LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE FECHA 19 DE ENERO DE 1999

1. *La sentencia Referéndum Consultivo II (Ponencia del Magistrado Héctor Paradisi)*

El primer recurso de interpretación fue introducido el 21 de octubre de 1998 por un grupo de jóvenes abogados, en su propio nombre, con el objeto de obtener la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Tal como lo resumió la Sala Político Administrativa en la sentencia *Referéndum Consultivo II* de 19 de enero de 1991 (Ponencia del Dr. Héctor

---

1 Como se dijo estos comentarios que se reproducen en su texto original, fueron publicados en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie estudios No. 53, Caracas febrero de 1999, pp.151 a 228.

Paradisi León) que resolvió el recurso, los solicitantes señalaron como fundamentación del mismo lo siguiente:

> "Que al respecto se han propuesto dos mecanismos relativos a la forma que debería ser convocado este tipo de órgano extraordinario de carácter supraconstitucional. Los defensores del primero sostienen la necesidad de una previa reforma constitucional en la cual se le diera cabida a la figura de la Asamblea Constituyente y se establezca la forma o los medios necesarios para su convocatoria, en virtud de que la misma no se encuentra prevista en el texto constitucional. Quienes sostienen la otra tendencia, coinciden en afirmar que sólo basta realizar un referendo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política para convocar la Asamblea Constituyente, sin que medie proceso de reforma o enmienda".

En opinión de los solicitantes, la norma objeto del debate "...sólo permite 'consulta' a los integrantes del cuerpo electoral nacional, sin que la opinión manifestada por dicho cuerpo pueda servir de fundamento a la convocatoria de una Asamblea Constituyente...", pues para ello sería necesaria la enmienda o reforma previa de la Ley Originaria, ya que estos son los únicos medios contemplados en el ordenamiento jurídico nacional para modificar válidamente la Constitución.

En razón de lo anterior, solicitaron a la Sala:

> "... establezca de manera cierta e indubitable la inteligencia y significado del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política a los efectos de conocer si con fundamento en dicha norma puede convocarse un Referendo que sirva de base para la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin que medie una Enmienda o Reforma de la Constitución".

Es decir, el recurso interpuesto no sólo perseguía que la Corte Suprema resolviera si conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, podía realizarse un referéndum consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, sino si efectuado el referéndum consultivo, podía convocársela sin que fuera necesaria una reforma previa de la Constitución que regulara la Asamblea Constituyente.

La Sala Político Administrativa en su sentencia del 19 de enero de 1998 (*Referéndum Consultivo II*), sin embargo, sólo se limitó a decidir el primer aspecto señalado, declarando que:

> "... si es procedente convocar a un referendo en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente, en los términos expuestos en este fallo".

En la sentencia se hizo referencia a la otra sentencia dictada por la Sala el mismo día 19 de enero de 1999 (*Referéndum Consultivo I*) con ponencia del Dr. Humberto J. La Roche, en el sentido de señalar que:

> "Esta conclusión se corresponde, en un todo, con el fallo publicado en esta misma fecha, con motivo del recurso de interpretación interpuesto por Raúl Pinto Peña, Enrique Ochoa Antich y Viviana Castro, en cuyo dispositivo se afirmó que a través del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política "... puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial transcendencia nacional distinta a las expresamente excluidas por la Ley... incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente".

Lamentablemente, por tanto, la Sala Político Administrativa en esta sentencia *Referéndum Consultivo II,* se limitó a interpretar el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, llegando a la conclusión obvia de que conforme a dicha norma si se puede efectuar un *referéndum consultivo* sobre "la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente".

Sin embargo, el aspecto que estimamos era esencial de la consulta, de si "con fundamento en dicha norma puede convocarse un Referendo que sirva de base para la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin que medie una Enmienda o una Reforma de la Constitución", no fue resuelto expresamente.

Sobre esto, en la parte motiva de la sentencia *Referéndum Consultivo II,* la Sala lo único que argumentó fue lo siguiente, con motivo de considerar la viabilidad jurídica de la consulta:

> "Ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso, tiene una especial transcendencia nacional, en la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que *los Órganos competentes del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad* de una Asamblea a los fines propuestos; o para que, *previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma* que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza".

En esta forma, en realidad, en esta sentencia, *Referéndum Consultivo II,* la Corte no resolvió la discusión constitucional que estaba planteada, sino que al contrario, la dejó abierta al señalar que efectuado el *referéndum consultivo* sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, ello sería factor decisivo para que los órganos *competentes* del Poder Público Nacional diseñaran los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente; o para que, previamente, dichos órganos del Poder Público Nacional tomaran la iniciativa de modificación de la Constitución para incluir la Asamblea Constituyente en el texto constitucional.

Es decir, la Sala Político Administrativa, en sus razonamientos, concluyó que para convocar una Asamblea Constituyente no bastaba una consulta popular (*referéndum consultivo*), sino que esta era sólo un factor decisivo, en primer lugar, para que los órganos del Poder Nacional (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) *competentes* diseñaran los mecanismos de convocatoria y operatividad de la Asamblea, lo que exige determinar, conforme a la Constitución y a las leyes, qué órganos del Poder Nacional tienen competencia para establecer el régimen de una Asamblea Constituyente, siendo la conclusión elemental que *ninguno;* y en segundo lugar, para que los mismos órganos del Poder Público Nacional tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea Constituyente, lo que conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución solo corresponde, según los casos, a los miembros de las Cámaras Legislativas o a las Asambleas Legislativas.

Es decir, en nuestro criterio, en su decisión, la sentencia *Referéndum Consultivo II,* no resolvió en forma clara y precisa la cuestión constitucional que se le había planteado.

2. *La sentencia Referéndum Consultivo I, (Ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche)*

El segundo recurso de interpretación fue introducido ante la misma Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 16 de diciembre de 1998, por miembros de la Junta Directiva de la Fundación para los Derechos Humanos (Fundahumanos), en el cual también solicitaron la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en concordancia con el artículo 4º de la Constitución, en relación con la posibilidad de una consulta popular (referéndum consultivo) sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente solicitándole a la Corte, como petitorio final:

> "... determine qué sentido debe atribuirse a las referidas normas, en cuanto a la posibilidad real o no de llevar a cabo dicha convocatoria a una Asamblea Constituyente".

Con relación al fondo del asunto objeto del recurso de interpretación, conforme lo resumió la sentencia, los directivos de la Fundación recurrente señalaron lo siguiente:

> "Existen dos posiciones en cuanto a la forma como deba convocarse la Asamblea Constituyente: Una Primera, propuesta por el Presidente Electo (la cual ha sido señalada ya anteriormente), quien considera que basta la convocatoria del referendo previsto en el artículo 181 de la LOSPP, para convocar la Asamblea Constituyente, en base al principio de soberanía contenido en el artículo 4 de la Constitución de la República que reconoce al pueblo como constituyente primario, y; una segunda que considera que el soberano también tiene a su vez una normativa prevista en la Constitución Nacional, que debe respetar para producir un referendo, en razón de que el artículo 4 de la Constitución de la República refiere su soberanía a los poderes constituidos, y que por lo tanto hace falta una reforma puntual de la Constitución de la República que cree la figura de la Asamblea Constituyente para llevar a cabo dicha convocatoria".

Concluyeron los solicitantes señalando que:

> "... sin pronunciarnos por ninguna de las dos posiciones antes enunciadas, consideramos que la propuesta del Presidente Electo se basa tanto en el artículo 181 de la LOSPP, como en el ar-

> tículo 4 de la Constitución (...) por lo que no sería lógico pronunciarse en relación a la viabilidad constitucional de esta propuesta interpretando sólo el primero de estos artículos (...) sino que debe incluirse forzosamente la interpretación también del artículo 4 de la Constitución de la República tal y como lo estamos solicitando".

La Sala Político Administrativa, al decidir sobre su competencia para conocer del recurso de interpretación que le fue interpuesto, en la sentencia (*Referéndum Consultivo I*), precisó el alcance del recurso, conforme a su propio criterio, en los términos siguientes:

> "Se ha interpuesto recurso de interpretación en relación con los artículos 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Partición Política y 4 de la Constitución de la República, a los fines de que la Sala emita pronunciamiento acerca del alcance de la primera de las normas invocadas, en el sentido de precisar si, a través de un referéndum consultivo, se puede determinar *la existencia de voluntad popular para un futura reforma constitucional* y, en caso afirmativo, si ese mecanismo 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".

Luego, en la misma sentencia, la Corte precisó la doble cuestión que ya hemos señalado y que estaba planteada en el recurso de interpretación:

> "Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso, el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica, o 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, en cuyo supuesto la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía".

Precisamente por ello, a pesar de que el recurso de interpretación se interpuso conforme al artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política respecto del artículo 181 de la misma Ley Orgánica, en virtud de que los recurrentes exigieron que la interpretación solicitada debía implicar su adecuación al artículo 4 de la Constitución, la Corte precisó que en todo caso de interpre-

tación de una ley, como acto de "ejecución directa de la Constitución", debía atenderse "en un todo a los principios fundamentales del orden jurídico vigente", debiendo tenerse en cuenta y conciliando la decisión "con el orden constitucional".

Es decir, la Corte consideró que "en nuestro Estado Constitucional de Derecho, fundado en la supremacía del estatuto constitucional" la interpretación de la Ley y de la Constitución,

> "...conducen a una interpretación constitucional -que no interpretación de la Constitución- en virtud de la cual se determina el alcance de la norma jurídica a partir de los principios y valores constitucionales, incluso más allá del texto positivo de ésta".

La Corte Suprema, en consecuencia, en este caso fijó la técnica interpretativa que utilizaría para resolver la cuestión planteada: interpretar el ordenamiento jurídico, más que interpretar la Ley Orgánica aisladamente, "combinando principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho".

El recurso fue decidido por sentencia de 19 de enero de 1999 (*Referéndum Consultivo I*), adoptando la Corte Suprema su decisión "de conformidad con el orden constitucional vigente (Preámbulo, artículo 4 y artículo 50), artículos 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y 42 ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia", con la siguiente declaración:

> "La interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referéndum 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, también se limitó a decidir que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en efecto, sí se puede realizar un referéndum consultivo, es decir, se puede consultar el parecer del cuerpo electoral sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

La verdad es que para decidir esto no era necesario producir tan extensa decisión, ni argumentar demasiado jurídicamente, integrando el ordenamiento jurídico, incluso la Constitución, pues es evidente que la convocatoria de una Asamblea Constituyente es una materia de especial trascendencia nacional conforme a lo indicado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. En consecuencia, nada nuevo dijo la Corte y menos aún resolvió y decidió en forma precisa y clara sobre el asunto que le fue planteado, es decir, en definitiva, si para convocar la Asamblea Constituyente bastaba el referéndum consultivo o era necesario reformar previamente la Constitución.

En realidad, sobre este asunto, en esta sentencia *Referéndum Consultivo I* la Sala, en la parte motiva de la misma, llegó a una conclusión similar a la ya comentada respecto de la sentencia *Referéndum Consultivo II*, al indicar que una vez efectuado un referéndum consultivo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política,

> "Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiera vigencia inmediata, *su eficacia solo 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".

De nuevo, con este párrafo, surge la misma perplejidad que con su equivalente en la sentencia *Referéndum Consultivo II,* en el sentido de que, conforme al criterio de la Corte Suprema, una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente no bastaría para convocarla y reunirla.

La consulta popular sólo sería un mandato político obligatorio, conforme al criterio de la Corte, para que los órganos del Poder Público *competentes* procedan 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 que estas modificaciones se efectúen, conforme al criterio de la Corte, es que la consulta popular sería efectiva.

El tema de los órganos del Poder Público *competentes* para implementar los resultados de la consulta popular, por supuesto, sigue siendo crucial, pues de acuerdo con la Constitución, que es parte del "orden jurídico vigente", el único órgano del Poder Público competente para efectuar las modificaciones necesarias al ordenamiento jurídico para establecer el régimen jurídico de la Asamblea Constituyente, es el Poder Constituyente Instituido, que combina la participación de los diputados y senadores y de las Cámaras Legislativas, con la participación del pueblo vía referéndum aprobatorio conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución.

Es decir, lejos de decidir con precisión la cuestión constitucional planteada respecto de la posibilidad constitucional de la convocatoria de una Asamblea Constituyente y de la necesidad o no de reformar previamente la Constitución, tanto la sentencia *Referéndum Consultivo I* como la *Referéndum Consultivo II,* dejaron abierta la discusión constitucional.

Sin embargo, tal era el deseo general que existía en el país por que la Corte pusiera fin a la discusión constitucional, que la opinión pública, reflejada en titulares, declaraciones, editoriales y noticias de prensa, ha estimado que con las mencionadas decisiones se habría legitimado el referéndum consultivo para convocar la Constituyente sin necesidad de reforma constitucional previa[2]. Lamentablemente, en estricto derecho, no fue así, a pesar de que nadie quiera saber de ello.

Sin embargo, si bien en las decisiones de las sentencias *Referéndum Consultivo I y Referéndum Consultivo II,* la Corte Suprema no resolvió definitivamente la discusión constitucional, sino que la dejó abierta, si debe señalarse que en la parte motiva de la sentencia *Referéndum Consultivo I,* la Corte hizo una serie de consideraciones sobre el Poder Constituyente y las revisiones constitucionales que tocan aspectos esenciales del constitucionalismo y que permiten vaticinar una posición jurídica futura en caso de nuevos conflictos, por lo cual estimamos necesario estudiarlas. En efecto, al dejar sentado esos criterios, la Corte indirectamente resolvió el conflicto, pues en caso de que efectuado el referéndum consultivo sobre la Constituyente se plantee de nuevo un conflicto

---

2 *El Nacional,* Caracas 21-01-99, p. A-4 y D-1; *El Universal,* Caracas 21-01-99, p. 1-2 y 1-3; *El Universal,* Caracas 20-01-99, p. 1-15

constitucional sobre el régimen de la Asamblea Constituyente, ya había suficientes elementos como para poder determinar cual sería el sentido de la futura decisión, así como los límites de la Asamblea Nacional Constituyente.

II. EL DILEMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La discusión jurídica que resulta de las posiciones antagónicas antes indicadas, por supuesto, no es nada nueva: se ha planteado a través de toda la historia del constitucionalismo moderno, el cual, precisamente, ha cimentado al Estado sobre dos pilares fundamentales: por una parte, el principio democrático representativo y por la otra, el principio de la supremacía constitucional. Así lo ha reconocido la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (*Referéndum Consultivo I*) de 19-1-99, al resolver un recurso de interpretación sobre el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, al señalar:

> "El Estado Constitucional venezolano cimienta su estructura y razón de ser en dos principios fundamentales: a) Por un lado, en la tesis de la *democracia* o "gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo"; b) por el otro, en el principio de la *Supremacía de la Constitución,* que coloca a ésta en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, lo cual obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella".

En cuanto al principio democrático, es indudable que en el constitucionalismo moderno se optó por el modelo de democracia representativa frente al modelo de democracia directa, la cual, por la práctica política y por imposibilidad histórica de implementación en sociedades complejas, nunca pudo establecerse, salvo en lo que leemos de la política en las ciudades griegas.

Desde el mismo nacimiento del constitucionalismo moderno, producto de las revoluciones norteamericana, francesa y latinoamericana de fines del Siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX, por tanto, la opción siempre fue y ha sido por la democracia representativa, que exige la actuación del pueblo soberano a través de sus delegados o representantes, los cuales siempre están limitados en su actuación, por decisión del pueblo soberano, al adoptar como Poder Constituyente la Constitución, a la cual deben someterse tanto los

Poderes Constituidos como el propio soberano. De esta renuncia a la democracia directa y del establecimiento de la democracia representativa, surge el principio de la limitación del poder mediante la Constitución, a la cual se erige como norma suprema que obliga a gobernantes y gobernados y, por supuesto, como globalidad de estos últimos, al propio pueblo soberano que con ella se auto limita al constitucionalizar su poder.

En este contexto de la democracia representativa, cuando el Poder Constituyente adopta la Constitución y constituye inicialmente el Estado, puede decirse que la actuación del pueblo soberano cesa y, en cierta forma, la soberanía popular se sustituye por la supremacía constitucional, de manera que incluso la reforma de la Constitución la ha de hacer el pueblo soberano conforme a los postulados que él mismo ha consagrado en la propia Constitución. Es decir, el pueblo soberano, al adoptar la Constitución como Poder Constituyente, de allí en adelante actúa conforme a las regulaciones que ha establecido en la Constitución, como Poder Constituyente Instituido, con poder de modificación o reforma de la Constitución.

Lo anterior, por supuesto, sólo es y ha sido válido en una situación de continuidad constitucional del Estado. En países que han tenido rupturas constitucionales, como el nuestro, a pesar de que, por ejemplo, las Constituciones de 1857, 1858, 1864, 1893, 1945, 1947 y 1953, preveían mecanismos para su reforma o modificación constitucional, las Asambleas Constituyentes de 1858, 1863, 1893, 1901, 1946, 1953 y 1958, producto de golpes de fuerza, asumieron el Poder Constituyente Originario, al margen de la Constitución precedente que había sido rota, para adoptar una nueva Constitución. En todos esos casos, el conflicto entre soberanía popular y supremacía constitucional se resolvió por la ruptura del hito constitucional y la emergencia, de hecho, del Poder Constituyente Originario, cediendo la supremacía constitucional ante la actuación del pueblo derivado de un hecho de fuerza.

Sin embargo, en la situación política actual de nuestro país, no estando en un régimen de gobierno de hecho, sino en un proceso de cambio democrático en el marco de una Constitución como la de 1961, también resulta indispensable resolver el conflicto político entre la soberanía popular que quiere manifestarse y la supremacía constitucional, lo que exige, por sobre todo, mantener el equilibrio entre ambos principios.

Si nos atenemos al sólo principio democrático de democracia representativa que está a la base del Estado Constitucional, el pueblo soberano sólo podría manifestarse como Poder Constituyente Instituido mediante los mecanismos de modificación constitucional previstos en la Constitución (art. 246). Sin embargo, de acuerdo con el criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia *Referéndum Consultivo I*:

> "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, para que el principio democrático no sea una mera declaración retórica, los procesos de cambio o transformación constitucional no deberían quedar reducidos a los que se prevean en la Constitución como norma suprema y fundamental.

Pero si nos atenemos 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 ha dicho 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 podría realizarse a través de los mecanismos de reforma o enmienda que prevea la misma Constitución que es, precisamente, obra de la soberanía popular.

Sin embargo, también de acuerdo al criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia, en la referida sentencia *Referéndum Consultivo I*,

> "... 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 vea corrosivamente afectado, las modificaciones a la Constitución sólo las podría realizar el pueblo a través de los mecanismos previstos en la propia Constitución.

Es claro, por tanto, cual era y es el dilema abierto en este momento histórico de Venezuela desde el punto de vista constitucio-

nal: o la soberanía popular es pura retórica si no puede manifestarse directamente fuera del marco de la Constitución; o la supremacía constitucional se vería corrosivamente afectada si se permitiera que el pueblo soberano, como titular del Poder Constituyente, pudiera modificar la Constitución fuera de sus normas.

La solución del dilema podría ser relativamente fácil en una situación de hecho, de ruptura constitucional: el pueblo, como Poder Constituyente puede manifestarse siempre, particularmente porque no existe el principio de la supremacía constitucional al haber sido roto el hilo constitucional.

Ello no ocurre así, sin embargo, en un proceso de derecho sometido a una Constitución. En efecto, no estando en una situación de hecho, sino de vigencia del orden constitucional, como sucede actualmente en Venezuela, el dilema planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional, frente a un proceso de cambio político incontenible como el que se está produciendo, no puede tener una solución que derive de la sola discusión jurídica, sino que necesaria y básicamente tiene que tener una solución de carácter político, pero guiada por el órgano del Estado Constitucional, al que corresponde la jurisdicción constitucional, es decir, a la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, la Jurisdicción Constitucional nació en la historia del constitucionalismo moderno como un instrumento sustitutivo de la revolución y del derecho de rebelión o resistencia del pueblo frente a los Poderes Constituidos. Es decir, en el constitucionalismo moderno, la única forma de resolver los conflictos político-constitucionales entre el pueblo y los gobernantes entre la soberanía popular y la supremacía constitucional e, incluso, entre los Poderes Constituidos, es precisamente mediante la decisión de Tribunales Constitucionales que eviten la revolución o la rebelión.

Por ello, las decisiones de los Tribunales constitucionales siempre son, además de jurídicas, políticas; y así tiene que ser cuando el orden constitucional no da mucho margen por si sólo, sin necesidad de interpretación judicial, para resolver los conflictos políticos.

Después de las elecciones de 1998, sin duda, en Venezuela nos encontrábamos en medio de un conflicto político-constitucional que debía resolverse o por la fuerza o por nuestro Tribunal constitucional; conflicto derivado, precisamente, del dilema entre, por una parte, la necesidad de que la soberanía popular se mani-

fieste para propiciar los inevitables y necesarios cambios político-constitucionales exigidos por el fin del sistema de Estado Centralizado de Partidos y, por la otra, la supremacía constitucional que exige someterse a los procedimientos de reforma y enmienda prescritos en la Constitución.

III. LA SOBERANÍA POPULAR Y EL ARTÍCULO 4° DE LA CONSTITUCIÓN COMO REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

1. *El principio histórico de la soberanía del pueblo manifestada sólo conforme a la Constitución de acuerdo con el principio de la democracia representativa*

A. El cambio político, la Constitución y la Asamblea Constituyente

Es indudable que, como ya lo hemos señalado anteriormente, el tema de la Asamblea Constituyente convocada en democracia y democráticamente, es un tema inédito en Venezuela, no sólo porque no es una institución regulada en la Constitución vigente, que es la voluntad del pueblo, sino porque todas las Asambleas Constituyentes que hemos tenido en nuestra historia constitucional han sido convocadas como resultado de una situación de hecho, consecuencia de una Revolución, de un golpe de Estado o de una guerra. Tampoco es una práctica general en el constitucionalismo moderno. Incluso, en aquellos países cuyas Constituciones regulan la figura de la Constituyente para la reforma general de la Constitución, como sucede con la Constitución de los Estados Unidos de América (artículo V), jamás se ha convocado tal instrumento y las modificaciones constitucionales se han realizado en los últimos dos siglos mediante simples enmiendas.

Después del proceso electoral de noviembre/diciembre de 1998, en el cual, sin duda, como lo hemos señalado repetida e insistentemente durante la última década, se dio inicio al cambio político que era y es inevitable e indetenible, afortunadamente dicho cambio político se ha iniciado democráticamente, mediante una elección popular. Ello nunca había ocurrido en el pasado, donde la incomprensión política del liderazgo siempre condujo a una ruptura constitucional para que pudiera iniciarse el necesario proceso de cambio.

Ahora, el cambio político iniciado democráticamente exige tanto el respeto a la voluntad popular como al propio texto constitucional que nos rige, que sigue teniendo supremacía.

La Constitución de 1961, inspirada en el texto adoptado por la Asamblea Constituyente de 1946-1947, fue sancionada por un Congreso que asumió el rol constituyente entre 1958-1961. Es ese el texto constitucional que nos rige y el que debe seguir rigiéndonos como expresión de la soberanía popular, hasta que sea modificado o cambiado conforme está expresado en su texto, que es la voluntad popular, o mediante el mecanismo de la Constituyente derivado del referéndum consultivo que se realice conforme a la interpretación que se deriva de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 19-01-99.

B. El Poder Constituyente Instituido por la Constitución de 1961

Por su parte, la Constitución prevé dos mecanismos para su revisión o modificación mediante el Poder Constituyente Instituido o de revisión: 1) la *reforma general,* que requiere de una iniciativa de un 1/3 de los senadores y diputados al Congreso o de la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas; de la admisión de su iniciativa por una mayoría calificada de las 2/3 partes de los senadores y diputados presentes; su sanción mediante discusión bicameral por las Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Diputados), y su aprobación por referéndum *aprobatorio* de la mayoría de los sufragantes de toda la República (art. 246); y 2) la *enmienda,* que requiere de una iniciativa sea de 1/4 parte de los miembros de alguna de las Cámaras Legislativas o de 1/4 parte de las Asambleas Legislativas; su sanción mediante discusión bicameral por las Cámaras Legislativas, y su ratificación por las 2/3 partes de las Asambleas Legislativas mediante Acuerdos aprobados por la mayoría absoluta de los miembros de las mismas (art. 245).

Es decir, la Constitución reguló con precisión el Poder Constituyente Instituido[3], es decir, el Poder Constituyente de revisión o modificación de la Constitución, el cual no atribuyó pura y simplemente a los Poderes Nacionales Constituidos, pues estos no pueden, por si solos, reformar la Constitución. Es decir, las normas relativas

---

[3] Véase lo expuesto en la Segunda Parte de este libro.

al Poder Constituyente Instituido son manifestaciones de la rigidez constitucional que impiden a los Poderes Constituidos efectuar las reformas constitucionales.

El Poder Constituyente Instituido de reforma, en efecto, se constituye y actúa, en primer lugar, cuando exista una iniciativa de miembros (Senadores y Diputados de las Cámaras Legislativas Nacionales o de las Asambleas Legislativas (Diputados); en segundo lugar, cuando se admita la iniciativa por la mayoría de 2/3 de los miembros (Senadores y Diputados) presentes de las Cámaras Legislativas Nacionales; en tercer lugar, cuando las Cámaras Legislativas sancionen la reforma mediante discusión bicameral; y en cuarto lugar, cuando se apruebe la reforma constitucional por el pueblo soberano mediante *referéndum aprobatorio*.

Esa fue la voluntad popular plasmada en la Constitución de 1961, adoptada por el Congreso Constituyente instalado en 1958, con el voto de las Asambleas Legislativas "en representación del pueblo venezolano". Como expresión de la voluntad popular, la Constitución sólo podría ser modificada acorde con dicha voluntad salvo que se tratase de una situación de hecho, ajena al derecho y al respeto debido a la Constitución. La Constitución está dotada de supremacía, pues es manifestación de la voluntad popular, y sólo la voluntad popular podría cambiarla o modificarla conforme a sus dictados.

La supremacía, además, es un derecho ciudadano. Siendo la Constitución manifestación de la voluntad popular, los ciudadanos tienen derecho a que su supremacía sea estrictamente respetada y a que sólo pueda ser modificada conforme a los dictados de la voluntad popular contenida en la misma Constitución. Conforme a la Constitución, por tanto, no sería posible, que algún Poder Constituido o que mediante cualquiera que sea otro medio distinto al previsto en la Constitución, esta pudiera ser revisada o derogada.

Frente a esta posición constitucional, sin embargo, se ha planteado el criterio de que como la soberanía reside en el pueblo, lo que no está en discusión, cualquier manifestación popular podría conducir a la reforma constitucional, lo cual indudablemente sería abiertamente contradictorio con el principio de la democracia representativa como sistema político de gobierno. En realidad, sólo la manifestación de la voluntad popular realizada conforme a los dictados de la Constitución podría conducir a su revisión o derogación; de resto, entramos en el terreno de los hechos, no del derecho. Sin

embargo, como se analizará más adelante, la Corte Suprema de Justicia, en sus decisiones del 19-01-99, admitió la posibilidad de otro mecanismo del Poder Constituyente de revisión constitucional, derivado de un referéndum consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

Antes de analizar dichas sentencias y sus consecuencias, sin embargo, debemos precisar los efectos de la previsión en el propio texto constitucional del Poder Constituyente Instituido dentro de la interpretación más ortodoxa de la Constitución. En efecto, como hemos señalado, a pesar de lo que han establecido todas las Constituciones de Venezuela desde 1811 al prescribir procedimientos precisos para su reforma, por sucesivos hechos (golpes de Estado, revoluciones o guerras) las Constituciones han sido revisadas, reformadas, reformuladas o rehechas en sucesivas oportunidades durante toda la historia de la República, mediante otros procedimientos.

Sin embargo, la diferencia con el momento presente es evidente: no estamos en una circunstancia de hecho, *sino de cambio democrático que se ha iniciado dentro de los canales de la Constitución.* En estas circunstancias, en principio, no podrían pensarse ni propugnarse otros cambios que no fueran conformes con la Constitución, pues estaríamos en el mundo de los hechos, y estos no tienen reglas. En ese mundo, cada cual tiene su versión y su acción, y se impone la política del más fuerte y no la de quien tenga la mayoría o la razón.

Por tanto, estando en este momento histórico en Venezuela, en un proceso de cambio político democrático, siempre hemos insistido en que éste debe ser constitucional, por la sencilla razón de que si no se adapta a la Constitución, nadie va a tener control de la situación y cada quien buscará imponer a los demás por vía de hecho, su voluntad, deseo o criterio.

En este sentido es que siempre hemos insistido en que la Asamblea Constituyente que necesitamos convocar en 1999 para recomponer el pacto político constitucional que asegure la gobernabilidad futura de la democracia, con la participación de todos los actores políticos de la sociedad democratizada y descentralizada de nuestros días, en sustitución del ya agotado Pacto de Punto Fijo de 1958; tenemos que hacerla ajustándonos a la Constitución; y como esta no la prevé, hemos considerado entonces que teníamos que regularla en ella, mediante una reforma exclusivamente dirigida a establecerla, junto con su régimen, el cual debía ser aprobado -como toda re-

forma constitucional- por el pueblo mediante un *referéndum aprobatorio*. El régimen constitucional de la Asamblea Constituyente debía ser establecido por las Cámaras Legislativas, es decir, la representación popular, y homologado por el pueblo mediante un *referéndum aprobatorio* por la mayoría de los sufragantes de la República. Este, sin duda, es el mecanismo previsto en la propia Constitución para convocarla, a fin de que, como instrumento político, formule un nuevo pacto político social constitucional que, en definitiva, conducirá a una reforma general de la Constitución.

Por ello, siempre señalamos que sin que se previera y regulase la Asamblea Constituyente en la Constitución, no era posible convocarla pues nadie estaba autorizado constitucionalmente para definir su régimen; ni el Congreso mediante Ley, ni el Ejecutivo Nacional mediante Decreto. 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 si 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.

C. La trayectoria histórica del artículo 4° de la Constitución

Como en uno de los recursos de interpretación que se formularon ante la Sala Político Administrativa se requería que el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio se analizara conforme a lo establecido en el artículo 4º de la Constitución, es conveniente, antes de comentar las implicaciones de las sentencias, precisar el significado real de dicha norma. En efecto, se había insistido en el criterio de que mediante un referéndum consultivo, no previsto en la Constitución sino en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y recurriendo a lo expresado en el artículo 4° de la Constitución, podría regularse a la Asamblea Constituyente, convocársela y ésta podía proceder a reformar la Constitución. Por ello es importante precisar el contenido del artículo 4° de la Constitución, que dice lo siguiente:

> "La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio por los órganos del Poder Público".

Esta norma la califica la Exposición de Motivos de la Constitución como "el principio básico" del sistema democrático y no significa otra cosa que lo que dice, por supuesto, leída completamente, y no sólo en su primera frase. El artículo 4º de la Constitución no se limita a decir que la soberanía reside en el pueblo, sino que agrega que este la ejerce mediante el sufragio por los órganos del Poder Público.

Es decir, es la norma básica del sistema democrático representativo que consagra la Constitución, y que exige que el pueblo actúe a través de los órganos del Poder Público, es decir, los órganos de los Poderes Constituidos que son los previstos y regulados en la Constitución, cuyos titulares son los representantes del pueblo soberano, electos mediante sufragio. La norma, por tanto, es una que tiene que leerse íntegramente, con sus tres componentes que constituyen sus frases: que la soberanía reside en el pueblo; que el pueblo ejerce la soberanía mediante el sufragio, en el sentido de elección de sus representantes que integran los órganos del Poder Público, que se especifican en la propia Constitución.

Este, por otra parte, ha sido el sentido de la norma del artículo 4 en toda nuestra historia constitucional. En efecto, el antecedente remoto de este artículo está en los artículos 143, 144 y 145 de la Constitución de 1811[4], ubicados en el Capítulo relativo a los "Derechos del hombre" en la sección "Soberanía del pueblo". Los dos primeros artículos indicaban lo siguiente:

> "*Art. 143*. Una sociedad de hombres reunidos bajo unas mismas leyes, costumbres y Gobierno forma una soberanía.
>
> *Art. 144*. La soberanía de un país, o supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad, reside, pues, esencial y originalmente en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de apoderados o representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución."

Con esta norma se inicia el Estado venezolano y la organización republicana de la sociedad, y de ella deriva la esencia de la democracia representativa: la soberanía reside en la masa general de los habitantes, en el pueblo, pero esa masa general o pueblo sólo puede actuar a través de sus representantes, que sólo pueden ser nombrados y establecidos conforme a la Constitución. Es decir, la organización republicana por la que optaron los fundadores del Estado Venezolano fue la de una democracia representativa, de manera que el pueblo o la masa general de los habitantes de este territorio solo puede manifestar su soberanía a través de los representantes previstos y regulados en la Constitución. Precisamente por ello, el artículo 145 de la Constitución de 1811 completaba el régimen del ejercicio de la soberanía del pueblo, precisando lo siguiente:

> *Art. 145.* Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido puede atribuirse la soberanía de la sociedad, que es imprescindible, inenajenable e indivisible en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del gobierno si no la ha obtenido por la Constitución.

---

4 Véase el texto de todas las Constituciones de Venezuela en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela,* Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997.

La Constitución de Angostura de 1819 recogió los mismos principios y en el Título 5º sobre "Del Soberano y del Ejercicio de la Soberanía", así

> *Art. 1º* La soberanía de la nación reside en la universidad de los ciudadanos. Es imprescriptible e inseparable del pueblo
>
> *Art. 2* El pueblo de Venezuela no puede ejercer por sí otras atribuciones de la soberanía que la de las elecciones ni puede depositarla toda en unas solas manos. El poder soberano estará dividido para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial."

En este texto de 1819, en consecuencia, encontramos la misma precisión de la democracia representativa como sistema político, en el sentido de que el pueblo sólo puede ejercer su soberanía mediante representantes electos; agregándose otro principio esencial de nuestro constitucionalismo, que es el de la separación de poderes, en el sentido de que no se puede depositar la soberanía en unas solas manos, estando necesariamente dividido el poder soberano en tres órganos del Poder Público. Esto implica un rechazo constitucional a toda figura de una Asamblea que asuma la totalidad del Poder soberano y que no respete el principio de la separación orgánica del mismo, como garantía de la libertad.

Luego del interregno de la República de Colombia, al reconstituirse el Estado venezolano como Estado independiente y autónomo en 1830, se recogió el mismo principio antes señalado, así:

> *"Art. 3.* La soberanía reside esencialmente en la nación y no puede ejercerse sino por los poderes políticos que establece esta Constitución.
>
> *Art. 7.* El pueblo no ejercerá por si mismo otras atribuciones de la soberanía que la de las elecciones primarias ni depositará el ejercicio de ella en una sola persona.
>
> *Art. 8.* El Poder Supremo se dividirá para su administración en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Cada Poder ejercerá las atribuciones que le señala esta Constitución, sin excederse de sus límites respectivos."

En esta forma, de nuevo, quedó precisado con absoluta claridad el principio democrático de la representatividad, en el sentido de que si bien la soberanía reside esencialmente en el pueblo, éste no puede ejercerla sino por los poderes políticos que establece la propia Constitución.

El texto de la Constitución de 1830, siguió el espíritu de la Constitución de la República de Colombia de 1821 y el de los textos de 1811 y 1819. En efecto, la Constitución de la República de Colombia de 1821 dispuso, lo siguiente:

> "*Art. 2.* La soberanía reside esencialmente en la Nación. Los magistrados y oficiales del gobierno, investidos de cualquier especie de autoridad, son sus agentes o comisarios y responsables a ella de su conducta pública."
>
> *Art. 10.* El pueblo no ejercerá por sí mismo otras atribuciones de la soberanía que la de las elecciones primarias; ni depositará el ejercicio de ella en unas solas manos. El Poder Supremo estará dividido para su administración en legislativo, ejecutivo y judicial".

Es decir, en todos estos textos constitucionales de 1811, 1819, 1821 y 1830, el principio de que la soberanía reside en el pueblo estaba consagrado conforme al principio de la democracia representativa, en el sentido de que el pueblo no puede ejercer la soberanía sino a través de los poderes públicos establecidos en la propia Constitución.

En consecuencia, el pueblo sólo puede actuar conforme a la Constitución, para elegir sus representantes, como titulares de órganos del poder supremo separados en Legislativo, Ejecutivo y Judicial con lo cual, además del principio constitucional de la representatividad, siempre se consagró el de la separación orgánica de poderes, y la proscripción de que el pueblo pueda llegar a depositar el ejercicio de la soberanía en una sola persona o institución.

En la Constitución de 1857 se siguió la misma tradición constitucional, al establecerse que:

> "*Art. 2*. La soberanía reside en la Nación y los Poderes que establece esta Constitución son delegaciones de aquella para asegurar el orden, la libertad y todos los derechos."

A tal efecto, el artículo 6 precisa que:

> *Art. 6*. El Poder Público se divide para su administración en Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Municipal. Cada uno de estos poderes ejercerá las atribuciones que le señalan la Constitución y las leyes, sin excederse de sus límites."

En la Constitución de 1858, los anteriores principios se recogieron en diversas normas así:

"*Art. 2* La soberanía reside esencialmente en la Nación.

Art. 7 El gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo.

Art. 8 El pueblo ejerce la soberanía directamente en las elecciones e indirectamente por los poderes públicos que establece esta Constitución.

Art. 9 El poder público se divide en Nacional y Municipal."

Estas disposiciones desaparecieron del texto constitucional a partir de la Constitución de 1864 y durante todo el período histórico correspondiente al Estado Federal (1864-1901), organizado como Estados Unidos de Venezuela, precisándose, sin embargo, el principio de que el gobierno de los Estados de la Federación debía organizarse conforme a los principios de gobierno popular, electivo, federal, representativo, alternativo y responsable.

Así sucedió con los textos constitucionales de 1874, 1881, 1891 y 1893.

Los principios relativos a la soberanía del pueblo y su ejercicio, sin embargo, se retomaron en la historia constitucional a partir de la Constitución de 1901, que reformó sustancialmente el sistema político y la forma federal del Estado, con la cual se dio inicio al período histórico del Estado centralizado autocrático (1901-1945).

En efecto, en la Constitución de 1901 se establecieron las siguientes normas:

"Art. 21 La soberanía reside esencialmente en el pueblo, quien la ejerce por medio de los Poderes Públicos para garantía de la libertad y del orden.

Art. 22 El pueblo no gobierna sino por medio de sus mandatarios o autoridades establecidas por la Constitución y las leyes.

Art. 26 El gobierno de la Unión es y será siempre republicano, democrático, electivo, federal, representativo, alternativo y responsable.

Art. 27. El ejercicio de la soberanía se confiere por el voto de los ciudadanos o de las corporaciones que tienen la facultad de elegir los Poderes Públicos, al tenor de esta Constitución, sin

que sea potestativo a ninguno de estos Poderes arrogarse la plenitud de la soberanía.

Art. 29. El Poder Público se distribuye entre el Poder Federal y el Poder de los Estados, en los límites establecidos en esta Constitución".

De estas normas resulta el restablecimiento expreso de los principios centrales del constitucionalismo del primero de los períodos histórico políticos de la República, que derivan del sistema democrático representativo y del ejercicio de la soberanía por el pueblo exclusivamente mediante la elección de representantes que integran los órganos del Poder Público, que debe estar separado para garantizar la libertad y el orden, y con la proscripción a cualquiera de los Poderes de arrogarse la plenitud de la soberanía.

En términos generales, estos principios que se restablecieron en el texto constitucional de 1901 se repitieron con sólo variaciones de forma, en las Constituciones de 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931. En la Constitución de 1936 se varió la redacción de la norma central antes indicada, señalándose lo siguiente:

"Art. 40. La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce por medio de los Poderes Públicos. Toda fuerza o reunión armada de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione así, comete delito de sedición o rebeldía contra los Poderes Públicos y serán castigados conforme a las leyes."

Este artículo se repitió en la Constitución de 1945, con la cual concluyó el período histórico constitucional del Estado autocrático centralizado.

Un nuevo cambio político se produjo a partir de la Revolución de Octubre de 1945 y de la Constitución de 1947, la cual, sobre la materia, sentó los principios que hoy nos rigen en el mismo sentido que los precedentes. Así, en el texto de 1947 se dispuso lo siguiente:

"Art. 79. La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio y por órgano de los Poderes Públicos."

Esta norma tuvo idéntica redacción en la Constitución de 1953 (art. 38) con la variante de que en lugar de decir en la frase final "por órgano de los Poderes Públicos" dice "por órgano del Poder Público", el cual, el artículo 40 de dicho texto, "distribuyó entre el Poder Municipal, el de los Estados y el Nacional". En todo caso, es

la misma norma que está en el artículo 4º de la Constitución vigente, con la variante de que la última frase reza "por los órganos del Poder Público".

En consecuencia, el artículo 4º de la Constitución, como lo dice la Exposición de Motivos, es el principio básico del sistema democrático adoptado en toda nuestra historia republicana, que es la democracia representativa, la cual exige que la soberanía, que sin duda reside en el pueblo, sólo puede ejercerse mediante el sufragio, es decir, el derecho a votar y a ser electo que regulan los artículos 110 a 112, y por los órganos del Poder Público que de acuerdo a la Constitución son los órganos del Poder Nacional (que se regulan en los artículos 138 y siguientes); del Poder de los Estados (Poder Estadal) que se regulan en los artículos 19 y siguientes; y del Poder Municipal, que se regula en el artículo 26 del Texto Fundamental y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

De lo anterior resulta que conforme al propio texto de la Constitución de 1961, para convocar y elegir los miembros de una Asamblea Constituyente, resultaba indispensable, entonces, regularla como un órgano del Poder Público, y sólo la Constitución puede hacerlo; y si se piensa que el sistema electoral que debe regir para su elección, debe ser, por ejemplo, uninominal, y apartarse del principio de la representación proporcional de las minorías, entonces también resultaría indispensable modificar el artículo 113 de la Constitución que consagra como derecho político, "el derecho de representación proporcional de las minorías". En consecuencia, la previsión de una Asamblea Constituyente y el sistema de su elección, ineludiblemente que debían tener rango constitucional, es decir, debían incorporarse al texto constitucional.

Precisamente por ello es que habíamos insistido en que el Congreso electo en noviembre de 1998 debía asumir su cuota parte de rol constituyente, participando en la reforma específica de la Constitución de 1961 para prever y establecer el régimen de la Asamblea Constituyente, de manera de proceder a su convocatoria. Consideramos, en consecuencia, que cualquier intento de proceder a convocar una Asamblea Constituyente sin que su régimen, como órgano del Poder Público, hubiera sido establecido constitucionalmente, sería violatorio de la Constitución y constituiría una vía de hecho para derogarla.

Ahora bien, es indudable que con la elección de noviembre de 1998 se inició en Venezuela un proceso constituyente, pues la mis-

ma reflejó el cambio político que se ha comenzado a operar en el país, lo que ha sido reconfirmado con la elección presidencial de diciembre de 1998. La votación presidencial, además, podía interpretarse como un mandato popular para que el Poder Constituyente Instituido, procediera a reformar la Constitución para crear la Asamblea Constituyente.

Esos hechos políticos, consideramos, tenían que interpretarse como lo que son: manifestaciones de voluntad popular que tenían que ser actualizadas constitucionalmente. Los Senadores y Diputados electos en noviembre de 1998, por tanto, estimamos que no podían ni debían tener otra alternativa ni actuación inmediata que la de iniciar el proceso constituyente, planteando la iniciativa de reforma constitucional para la previsión y regulación de la Asamblea Constituyente; y, por su parte, el gobierno electo y los partidos políticos que lo apoyaron, tenían y debían actuar conforme a la Constitución, en el sentido de que para convocar la Asamblea Constituyente había que regularla previamente en aquélla. El problema no era sólo de manifestación popular; era de orden constitucional pues el pueblo no puede actuar sino conforme a la Constitución; nunca contra la Constitución, pues ello sería una vía de hecho que, a la postre, atentaría contra los derechos y libertades del mismo pueblo.

Las anteriores consideraciones, por supuesto, estaban formuladas dentro de la más clara ortodoxia constitucional. Sin embargo, era evidente que la supremacía constitucional que la sustenta, estaba en pugna con la soberanía popular que podía derivarse de un referéndum consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

En esa pugna, alguno de los extremos debía ceder, el de la soberanía popular o el de la supremacía constitucional. Si privaba el primero podía surgir un Poder Constituyente Instituido de reforma constitucional distinto al regulado en el texto constitucional; si privaba el segundo, no podía convocarse una Asamblea Constituyente sin previamente regularla en la Constitución.

El conflicto era insoluble por la sola vía de la discusión e interpretación jurídicas, salvo por la Corte Suprema de Justicia; y ésta, al adoptar sus sentencias de 19-01-99, lo resolvió dando primacía a la soberanía popular, manifestada a través de un referéndum consultivo, sobre el principio de la supremacía constitucional que en este aspecto cedió, pero sólo en el sentido de que las normas constitucionales sobre la reforma constitucional están destinadas a los Pode-

res Constituidos pero no al Poder Constituyente manifestado en una consulta popular, de la cual puede surgir una nueva forma de reformar de la Constitución a través de una Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución.

2. *Las salidas establecidas por la Corte Suprema de Justicia para superar el conflicto constitucional*

En efecto, como se ha dicho, el 19 de enero de 1999, antes de instalarse las Cámaras Legislativas, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en la sentencia *Referéndum Consultivo I,* si bien se limitó a decidir que la consulta sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política era perfectamente legítima y constitucional, no habiendo resuelto expresamente el problema constitucional de si era o no necesaria la reforma constitucional previa que regulara la Asamblea Constituyente para poder convocarla; en el texto de la sentencia y, particularmente, en su parte motiva, sentó diversos criterios que permiten entender que en caso de un nuevo conflicto jurisdiccional, la Corte posiblemente se inclinaría a favor del principio de la soberanía popular por sobre el principio de la supremacía constitucional, siempre que la consulta popular, en sí misma permita configurar, como consecuencia de la voluntad popular, un régimen de la Asamblea Constituyente.

En efecto, la sentencia *Referéndum Consultivo I*, en virtud de que el recurso de interpretación exigía confrontar el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en concordancia con el artículo 4º de la Constitución, dedicó un Capítulo (IV) a analizar el "sentido y alcance del artículo 4º de la Constitución", cuya trayectoria histórica ya hemos analizado.

A. El principio democrático y la supremacía constitucional

En el referido Capítulo, la Corte comenzó por constatar que la Constitución de 1961, como cualquiera de las Constituciones rígidas contemporáneas (que son materialmente todas las del mundo, con excepción de la del Reino Unido y la de Israel), goza de supremacía, pues está "en el tope de la jerarquía normativa del país, de manera que su acatamiento está por encima de las leyes ordinarias". Esta Constitución de 1961 establece el *Estado Constitucional*, que conforme a la sentencia, y de acuerdo a lo que ya hemos destacado:

> "cimienta su estructura y razón de ser en dos principios fundamentales: a) Por un lado, en la tesis de la *democracia* o "gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo"; b) por otro, en el principio de la *supremacía de la Constitución,* que coloca a esta en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, lo cual *obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados* a someterse a ella".

En estos párrafos, la sentencia destaca las bases del sistema constitucional venezolano, propios de un Estado Constitucional democrático representativo, es decir, un Estado organizado por una Constitución que goza de supremacía y rigidez; conforme al régimen de la democracia que indudablemente es representativa, en contraste con la democracia directa que la praxis política dejó en la historia.

Eso significa, ni más ni menos, que la Constitución, como manifestación de la voluntad popular expresada como Poder Constituyente, es la norma suprema que obliga a los órganos del Poder Público, como Poderes Constituidos y a los ciudadanos, que sólo puede ser modificada conforme a sus propias normas (rigidez).

Formulado este planteamiento, la sentencia *Referéndum Constitucional II,* entonces señaló la doble cuestión que estaba planteada en el recurso de interpretación, y que es la tensión existente, por una parte, entre el principio de la *soberanía popular y de la democracia* y, por la otra, el principio de la *supremacía constitucional;* es decir, como dice la sentencia y ya lo hemos destacado, por una parte:

> "Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso, el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración *retórica"*;

y por otra parte,

> "o 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, en cuyo supuesto lo que se verá *corrosivamente* afectada será la idea de supremacía".

Después de realizar algunas citas doctrinales genéricas, la sentencia precisó el dilema así:

"El asunto planteado es el dilema de si la propia Constitución, le es dado 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".

De este dilema concluyó la Corte señalando que

"Pareciera ocioso indicar que la idea de supremacía deja de tener sentido cuando se considera que Poder Constituyente y Poder Constituido se identifican y que el Poder Constituyente es creado por la Constitución, en lugar de considerarse a la Constitución como obra del Poder Constituyente".

La verdad es que de estos párrafos no se entiende constitucionalmente la conclusión del dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional que plantea la Corte, pues la Constitución siempre es obra del Poder Constituyente que la sancionó, y fue ese Poder Constituyente el que organizó políticamente a la sociedad prescribiendo un régimen democrático representativo, en el cual el pueblo solo puede actuar mediante sus representantes conforme a la Constitución que es obra del Poder Constituyente.

Este, el Poder Constituyente, al dictar la Constitución, es el que ha resuelto subsumirse en el marco de una Constitución otorgándole supremacía y prescribiendo la forma de su modificación, que no se verifica en forma alguna, por los Poderes constituidos, sino por el Poder Constituyente Instituido en la propia Constitución que se manifiesta finalmente mediante un referéndum aprobatorio de la reforma constitucional (art. 246 de la Constitución), que implica la manifestación directa y final del pueblo soberano. No es acertado, por tanto, como lo hizo la Corte en la sentencia, confundir el Poder Constituyente Instituido de reforma de la Constitución con los Poderes Constituidos, los cuales no pueden reformarla en ningún caso.

B. El artículo 4º de la Constitución y el principio de la democracia representativa

Del planteamiento del dilema mencionado la Corte señaló en su sentencia que:

"La pregunta que se formula es si procede convocar a una revisión de la Constitución o si procede la convocatoria a un Poder Constituyente, a un poder soberano"; pasando luego a ana-

lizar el artículo 4º de la Constitución, respecto del cual señaló que conforme los criterios interpretativos tradicionalmente expuestos:

> "consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que este no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del poder público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio".

Es decir, la Corte en su sentencia, al referirse al artículo 4º de la Constitución lo interpreta conforme a lo que consagra, que no es otra cosa que el principio de la democracia representativa conforme al cual el pueblo soberano solo puede actuar mediante sus representantes electos.

C. La democracia directa

Pero frente a este principio constitucional, la Corte, en su sentencia, se refirió sin embargo al principio de la democracia directa señalando que:

> "Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce".

De esta apreciación sobre la democracia directa o participativa, que contrasta con el principio de la democracia representativa que adopta la Constitución, la Corte continuó su argumentación sobre la posibilidad que tiene el pueblo de manifestarse directamente y no a través de representantes, en la forma siguiente:

> "De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer *sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación.* La Constitución ha previsto a través de sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse.

> Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de funciones del Estado específicamente consagrados en el texto fundamental (funciones públicas), se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares, no constituye un impedimento para *su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes.* Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo".

Conforme a este razonamiento de la Corte, resulta entonces, sin duda, la posibilidad de efectuar un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente; pero no resulta posibilidad alguna de que mediante una consulta se pueda regular y convocar una Asamblea Constituyente no prevista ni regulada en la propia Constitución, que acometa la reforma constitucional, pues, precisamente, es la Constitución *la que regula expresamente* que la reforma constitucional debe realizarse por el Poder Constituyente Instituido mediante la participación de representantes electos integrantes de las Cámaras Legislativas y la aprobación de la misma por el pueblo mediante un referéndum aprobatorio (art. 146 de la Constitución).

Precisamente, en este supuesto de reforma de la Constitución, estamos en presencia de un caso en el cual, conforme lo indica la sentencia, el pueblo soberano, al sancionar la Constitución mediante sus representantes, reguló mediante *previsión expresa* la forma para la realización de la reforma constitucional a través de sus delegados y de un referéndum aprobatorio.

De manera que, en este caso, conforme a lo que señala la Corte, si bien la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente puede hacerse; sin embargo, la misma, si se convoca, no tendría autoridad constitucional para reformar la Constitución, pues en forma expresa ésta regula cómo puede reformarse por el Poder Constituyente Instituido.

Se insiste, conforme al criterio de la Corte, que la soberanía popular podría manifestarse directamente "cuando *no existe previsión expresa* de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de

representantes"; por lo que, en sentido contrario, cuando existe previsión expresa de la norma constitucional sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes, no podría manifestarse directamente dicha soberanía popular.

Precisamente, en relación con la reforma constitucional, el artículo 246 establece en forma expresa cómo ha de manifestarse la soberanía popular a tales efectos, previendo la participación de los representantes electos (Senadores y Diputados) que integran las Cámaras Legislativas y la participación directa del pueblo soberano mediante un referéndum aprobatorio de la reforma constitucional.

Por tanto, en esta parte de la motivación de la sentencia *Referéndum Consultivo I*, lejos de deducirse que se podría modificar la Constitución vía una Asamblea Constituyente no prevista en la misma como consecuencia de una consulta popular, en realidad resulta lo contrario.

IV. LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SUFRAGIO Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Una de las innovaciones de la reforma de la Ley Orgánica del Sufragio de 1998, que incluso afectó su denominación, fue la inclusión de un Título (VI) *sobre los Referendos* "con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional" (art. 181).

Con anterioridad, la Ley Orgánica de Régimen Municipal había previsto un Referéndum Consultivo sobre la revocatoria del mandato de los Alcaldes, cuando hubieran sido suspendidos en el ejercicio del cargo al improbarse la Memoria y Cuenta de su gestión (art. 69); y además, había regulado en forma general el Referéndum municipal a los fines de la consulta de las Ordenanzas u otros asuntos de interés colectivo (art. 175). Por su parte, la Ley de Casinos y Bingos estableció también una consulta popular para autorizar la instalación de los primeros en determinadas zonas turísticas.

Adicionalmente, la Constitución regula el referéndum aprobatorio de la reforma constitucional "para que el pueblo se pronuncie en favor o en contra de la Reforma" (art. 246, ord. 4º), no previendo en ninguna otra parte la figura del referéndum.

En esta forma, en relación con la reforma constitucional, la Constitución regula expresamente el referéndum aprobatorio como parte del ejercicio del Poder Constituyente Instituido; y el planteamiento político que ha estado en el centro del debate jurídico constitucional y que se le planteó a la Corte Suprema para su solución, fue el de dilucidar si mediante un referéndum consultivo se podía consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente y si ello bastaba para convocarla sin que su régimen debiera estar previamente consagrado en la Constitución.

1. *La supremacía constitucional y la regulación del Poder Constituyente Instituido*

El derecho ciudadano más importante y esencial en el constitucionalismo moderno, ya lo hemos señalado, es el derecho a la supremacía constitucional, es decir, el derecho de todo ciudadano a que la Constitución, que es la norma suprema de la sociedad, se respete por todos. Ese es uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, que ha provocado el desarrollo progresivo de mecanismos de protección y defensa de la Constitución, en particular, las acciones de inconstitucionalidad y amparo y las acciones contencioso administrativas.

Toda violación de la Constitución, en definitiva, es una violación de la voluntad popular, que ningún país democrático puede tolerar. La Constitución, en el republicanismo democrático moderno, es la expresión de la voluntad del pueblo, que sólo el pueblo, conforme a sus dictados, puede cambiar.

En Venezuela, el pueblo, como Poder Constituyente y mediante sus representantes, se dio una Constitución, la de 1961. Esa Constitución establece que sólo puede ser reformada conforme a los dictados de ese Poder Constituyente, es decir, conforme a lo indicado en sus artículos 245 y 246, relativos a las enmiendas y a las reformas constitucionales.

La Constitución no prevé otro mecanismo de reforma general de su texto -esa es la expresión de la voluntad popular- distinto al procedimiento de reforma regulado en su artículo 246, que atribuye la iniciativa de la misma a los Senadores y Diputados del Congreso de la República, aprobada por las 2/3 partes de los mismos; su discusión y adopción a la Cámara del Senado y a la Cámara de Diputados como colegisladores, y su sanción definitiva mediante *refe-*

réndum aprobatorio, es decir, votación popular con una mayoría de los sufragantes.

En esta forma, conforme a la Constitución, el pueblo, mediante sus representantes constituyentes, en 1961 determinó que la reforma general de dicho texto sólo se podía hacer en un proceso constituyente instituido donde el pueblo tiene que manifestarse en *dos formas:* mediante sus representantes, en el Congreso; y mediante un *referéndum aprobatorio* de la nueva Constitución.

La consecuencia de ello es que todo intento de efectuar una reforma constitucional apartándose del procedimiento constituyente antes indicado, constituiría una violación de la voluntad popular expresada en la Constitución. Esta no admite que se pueda reformar trastocándose la voluntad popular.

Un *referéndum aprobatorio,* como el regulado en la Constitución, después que el Congreso -que está constituido por representantes electos popularmente- adoptase la reforma constitucional, no podría ser sustituido en forma alguna por un *referéndum consultivo,* que no es más que eso, una consulta, regulada en la Ley Orgánica del Sufragio (art. 181). Nadie, ni siquiera poder constituido alguno, *tiene el poder,* conforme a la Constitución, para transformar un *referéndum consultivo* establecido en una Ley, en un procedimiento constitucional.

En tal sentido es que se ha planteado que mediante un *referéndum consultivo* convocado conforme a la Ley Orgánica del Sufragio, se podría consultar al pueblo sobre si quiere o no una Asamblea Constituyente para reformular el sistema político y sancionar una nueva Constitución, y que si la consulta arroja una votación favorable, ello bastaría para convocarla y atribuirle el Poder Constituyente. Siempre consideramos que ello no era posible constitucionalmente, pues para que la soberanía popular manifestada en un *referéndum consultivo* se materialice en la convocatoria de una Asamblea Constituyente, el *régimen de la Constituyente* tenía necesariamente que estar consagrado con rango constitucional. Es decir, sólo la Constitución podría establecer el carácter de dicha Asamblea (unicameral o bicameral); la forma de elección (uninominal, plurinominal, por cooptación, por representación corporativa); las condiciones de elegibilidad de los constituyentistas, las condiciones de postulación de los mismos (por firmas abiertas, por partidos políticos, por grupos de electores), la duración de su mandato y sus funciones y poderes, particularmente en relación con los Poderes Cons-

tituidos (Congreso, Corte Suprema de Justicia, Poder Ejecutivo, Poderes estadales, Poderes municipales).

En nuestro criterio, por tanto, siempre consideramos que no bastaba un *referéndum consultivo* para que pudiera convocarse una Asamblea Constituyente, pues el régimen de la misma no podía ser establecido por los Poderes Constituidos, ni por Ley del Congreso, ni por Decreto Ejecutivo.

El referéndum consultivo lo que significaría es, sólo, la manifestación de voluntad del pueblo dirigida al Poder Constituyente Instituido para que pudiera proceder a regular la Constituyente en la Constitución, y poder convocarla. Por consiguiente, el Poder Constituyente Instituido -como consecuencia de dicho mandato- debía ser el encargado de reformar la Constitución para regular la Constituyente, conforme al procedimiento previsto en el artículo 246; reforma que debe someterse a referéndum aprobatorio.

En consecuencia, consideramos que todo intento de convocar una Asamblea Constituyente, basado en una consulta popular (referéndum consultivo), sin que interviniera la representación popular recién electa constituida en el Congreso, y sin que interviniera el pueblo mediante un referéndum aprobatorio como Poder Constituyente Instituido, de acuerdo con la Constitución, sería una violación de la misma y, en consecuencia, del derecho ciudadano a su supremacía constitucional.

Por tanto, como se ha dicho, la Constitución no prevé que se pueda convocar una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución conforme al artículo 4º del propio texto. Es cierto que esa norma señala que "la soberanía reside en el pueblo" pero agrega "quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público". De ello resulta, como se ha dicho, que para que esta norma pudiera entrar en aplicación, era necesario que la Constitución misma regulase a la Asamblea Constituyente como un órgano del Poder Público, en ese caso del Poder Constituyente Instituido y, además, estableciera cuál es el régimen del sufragio para que el pueblo elija sus representantes en la Asamblea.

Por ello, estimamos siempre que un referéndum consultivo sobre la Constituyente no conducía a otra cosa que a materializar una manifestación de voluntad, por el pueblo soberano, constitutiva de un mandato político y popular dirigido a los órganos del Poder Público, particularmente al Poder Constituyente para que asumiera,

conforme a la Constitución, su reforma para regular la Constituyente, es decir, para establecer el régimen de la Asamblea Constituyente como un mecanismo de reforma constitucional. Siempre consideramos que nadie más tenía el poder constitucional ni la competencia para regular dicho régimen, el cual no podía derivar de un referéndum consultivo, pues se distorsionaría el funcionamiento del Poder Constituyente Instituido que regula la Constitución.

Esto, incluso, deriva de los propios razonamientos de las sentencias *Referéndum Consultivo I y II*. En efecto, como se ha dicho, la sentencia *Referéndum Consultivo I* precisa con claridad, sobre el referéndum consultivo regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que:

> "Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiere *vigencia inmediata,* (se refiere a la voluntad popular manifestada a través de la consulta), *su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos,* se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada".

Es decir, la consulta popular debe considerarse en forma inmediata como la manifestación del pueblo, (vigencia), pero conforme al criterio de la Corte, ello no basta para considerar que tiene eficacia si la consulta conduce a una reforma del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, la eficacia de la manifestación de la voluntad popular sólo se produce cuando mediante los mecanismos legales o constitucionales se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el referéndum consultivo. Un ejemplo aclara el planteamiento de la Corte: se puede convocar a un referéndum consultivo sobre el establecimiento de la pena de muerte en el país; ello tendría vigencia inmediata, como consulta popular, pero no tendría efectividad sino hasta tanto el Poder Constituyente Instituido reforme el artículo 58 de la Constitución que no sólo regula el derecho a la vida como inviolable, sino que prohíbe el establecimiento de la pena de muerte. En este sentido la eficacia del referéndum consultivo solo procedería cuando se hiciese la reforma constitucional; como lo dijo la Corte:

> "...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".

Por supuesto, las modificaciones al orden jurídico para hacer eficaz la voluntad popular manifestada en el referéndum, sólo pueden adoptarse por los órganos del Poder Público que tengan constitucional y legalmente *competencia* para hacer las reformas. Dicha competencia, en ningún caso, podría derivar del propio referéndum consultivo, a menos que se persiga delegar el Poder Constituyente Originario en un órgano de los Poderes Constituidos, lo que sería atentatorio con el principio democrático de la soberanía popular.

En la sentencia *Referéndum Consultivo II,* como ya se ha dicho, se insiste en este mismo argumento, pero específicamente referido al referéndum consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, al destacarse que ello tiene especial transcendencia nacional

> "... en la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los Órganos *competentes* del Poder Público Nacional diseñen en los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que, previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza".

En esta decisión, sin embargo, se abren dos posibilidades concretas para que el referéndum sobre la Asamblea Constituyente adquiera eficacia. En primer lugar, que los órganos competentes del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos. En este caso, por supuesto, lo importante es determinar si algún órgano del Poder Público Nacional (Ejecutivo o Legislativo) tiene *competencia* para "diseñar los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente" a los fines de reformar la Constitución. La respuesta evidentemente que es negativa, pues conforme al ordenamiento jurídico vigente, ningún órgano del Poder Público tiene competencia para ello y menos aún cuando los mecanismos de convocatoria de una Asamblea Constituyente con seguridad comportan, modificaciones a la Constitución. Este sería el caso, por ejemplo, del establecimiento de un sistema puramente uninominal para la elección de los constituyentistas, lo que implicaría la reforma del artículo 113 de la Constitución que consagra el derecho político a la representación proporcional de las minorías.

Pero en segundo lugar, la sentencia *Referéndum Consultivo II* planteó la alternativa, como *consecuencia de la consulta popular*

sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, de que previamente los órganos del Poder Público Nacional (se refiere al Congreso) tomen la iniciativa de enmienda o de reforma de la Constitución que incluya la figura de la Asamblea Constituyente.

No se olvide que conforme al mencionado artículo 246 de la Constitución, la reforma constitucional una vez sancionada por las Cámaras como cuerpos colegisladores, se debe aprobar mediante *referéndum aprobatorio.* Ninguna norma autoriza en la Constitución, a cambiar dicho régimen por un *referéndum consultivo*, cuyo texto -el de la consulta- se formule sin una sanción previa por los representantes del pueblo en el Congreso, y que sea producto de la sola voluntad del Ejecutivo Nacional.

Nada, por tanto, impide que se convoque a un *referéndum consultivo* para consultar al pueblo sobre el tema de la convocatoria a una Constituyente; en cambio, en la Constitución, nada se regula para que una reforma constitucional se derive de una consulta popular, sin que su texto haya sido discutido y sancionado por las Cámaras que integran el Congreso y luego sancionado mediante *referéndum aprobatorio*.

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, ha señalado que las normas constitucionales relativas a la reforma constitucional no atan al Poder Constituyente manifestado mediante un referéndum consultivo, de lo que deriva la posibilidad de que mediante este se pueda estructurar otra vía para la reforma de la Constitución, mediante una Asamblea Constituyente, no prevista expresamente en ella.

2. *La interpretación de la Corte Suprema sobre el referéndum consultivo y la reforma constitucional*

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia *Referéndum Consultivo I,* dedicó un Capítulo (V) a la "técnica interpretativa de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política", cuyo artículo 181 fue objeto del recurso de interpretación intentado. Conforme al criterio de la Corte:

> "Ello se circunscribe a determinar si de conformidad con dicha norma, puede convocarse a un referéndum consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente".

Al precisar sus consideraciones sobre este tema, la Corte puntualizó que el "análisis interpretativo" que haría, "versa sobre la convocatoria a referéndum" y nada más; precisando que la interpretación que realizó no versa ni se refiere "a consulta plebiscitaria", sobre lo cual agregó:

> "En realidad, si bien ambas figuras tienden a confundirse teóricamente, mientras el referéndum se refiere a un texto o proyecto, el plebiscito tiende a ratificar la confianza en un hombre o gobernante" (Cfr. Leclerq, Claude, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnels,* París 3ème Edition, p. 137).

La Corte, en esta forma, deslindó los conceptos y precisó el mecanismo de participación política que regula el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que queda reducido a un referéndum consultivo, que como se ha dicho antes, tiene por objeto consultar la opinión del pueblo sobre una decisión, que, por supuesto, normalmente está plasmada, en proyecto por escrito. Por eso, la Corte señaló que el referéndum consultivo se refiere a un texto o proyecto, que es el que debe someterse a consulta.

En cuanto al plebiscito, no sólo se traduce en un voto de confianza "a un hombre o gobernante" como lo dijo la Corte, sino que su carácter nunca es consultivo sino decisorio, con el plebiscito se le pide al pueblo que decida; con el referéndum consultivo se le pide al pueblo su opinión sobre una decisión que debe adoptar el órgano del Poder Público que formula la consulta[5]. Hechas estas precisiones y analizado el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la Corte concluyó señalando que de dicha norma se desprende:

> "la consagración jurídica de la figura del referéndum consultivo como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales".

---

[5] En la historia reciente debe recordarse el plebiscito convocado por el Presidente Marcos Pérez Jiménez, en noviembre de 1957, solicitando el pronunciamiento del pueblo con un si o un no, para continuar en ejercicio de la Presidencia.

Al constatar que la duda planteada por los solicitantes del recurso de interpretación "viene fundamentalmente referida al aspecto sustancial del referéndum consultivo"; con el objeto de determinar:

> "... si la materia objeto del mismo podría estar referida a la voluntad popular de reformar la Constitución mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente";

y luego de analizar las materias que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política no pueden someterse a referéndum, la Corte concluyó señalando que:

> "... el principio general en materia de participación democrática radica en que la globalidad de los asuntos de especial trascendencia nacional puede ser consultado a través de este mecanismo".

Sin embargo, a renglón seguido, la Corte hizo el razonamiento ya referido anteriormente en varias oportunidades, de que el resultado del referéndum consultivo no tiene efectos de inmediato, sino:

> "... sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada".

Es decir, el referéndum consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente puede hacerse y adquiere vigencia, pero no sería eficaz para reformar la Constitución sino una vez regulada dicha Asamblea en la propia Constitución o en otro instrumento acorde con la consulta popular como mecanismo político del Poder Constituyente Instituido para hacer la reforma general.

Si bien el razonamiento lógico de la sentencia conduciría a la primera conclusión, la misma puede interpretarse también en el segundo sentido, dada la consideración que hizo sobre la distinción entre Poder Constituyente y Poderes Constituidos.

3. *Las precisiones de la Corte sobre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos*

En efecto, en el Capítulo relativo a la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, a renglón seguido de la consideración anterior sobre la eficacia de la consulta popular, la Corte Suprema en su sentencia *Referéndum Consultivo I* entró a realizar consideraciones sobre el Poder Constituyente, señalando lo siguiente sobre el Poder Constituyente Originario:

> "El Poder Constituyente Originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional. En este orden de motivos, la idea del Poder Constituyente presupone la vida nacional como unidad de existencia y de decisión. Cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, estamos en presencia del Poder Constituido. En cambio, lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de los poderes constituidos es función del Poder Constituyente. Este no debe confundirse con la competencia establecida por la Constitución para la reforma de alguna de sus cláusulas. La competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto, es Poder Constituyente Instituido o Constituido, y aun cuando tenga carácter extraoficial, está limitado y regulado, a diferencia del Poder Constituyente Originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido".

Distinguió así la Corte, en su sentencia, tres conceptos esenciales del constitucionalismo moderno. En primer lugar, la del Poder Constituyente Originario el cual, a decir verdad, en los Estados Constitucionales estables solo se manifiesta una vez, al constituirse el Estado, como "potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional".

En ese caso, como lo dijo el Abate Sieyès el 20 de julio de 1789 ante el Comité Constitucional de la Asamblea revolucionaria,

> "El poder constituyente todo lo puede... No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le pudiera (plugiera) adoptar"[6].

Así concebido, el Poder Constituyente originario es *supra leges* y queda *legibus solutus*, fuera de toda limitación. Es un hecho que persiste al derecho que dicho poder crea y ordena en una Constitución.

---

[6] Véase la cita en Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente,* Madrid, 1988, p. 28.

Sin embargo, este Poder Constituyente Originario, en el mundo contemporáneo, es una mera representación histórica. Ese fue el que asumieron las Asambleas coloniales norteamericanas para crear, *ex novo,* Estados soberanos y ese fue el que asumió la Asamblea Nacional francesa con la Revolución, para transformar radicalmente el Estado francés. Así también fue el Congreso General de las Provincias de Venezuela, cuando organizó la Confederación de Venezuela en 1811 y antes, así fueron las manifestaciones de los Cabildos Capitales de las Provincias de la Capitanía General de Venezuela que adoptaron las Constituciones Provinciales.

Pero una vez constituidos los Estados modernos, el Poder Constituyente Originario, así concebido, difícilmente aparece de nuevo, salvo que sea como manifestación *fáctica,* producto de una revolución y, por tanto, de situaciones de hecho.

Por ello, no es frecuente que ni siquiera después de una ruptura constitucional en un país constituido, se active en forma absoluta e inmediata el Poder Constituyente Originario. Así resulta de la práctica constitucional de nuestro país donde, a pesar de las rupturas constitucionales, las Asambleas o Congresos Constituyentes de 1830, 1858, 1863, 1893, 1901, 1904, y 1946 nunca se conformaron *legibus solutus,* pues siempre tuvieron los limites derivados del principio republicano y de la conservación del ordenamiento jurídico precedente en todo lo no modificado por la nueva Constitución que se adoptaba.

En todos los casos, además, el Poder Constituyente originario se constitucionalizó al adoptarse la Constitución, y el principio de la representación democrática condicionó su ejercicio. Como lo ha destacado Pedro de Vega al comentar las ideas de Sieyès:

> "Al ser la Nación un ente abstracto, que sólo puede expresar su voluntad a través de representantes, la potestad constituyente sólo podrá actuarse a través del mecanismo de la representación. El poder constituyente deja de ser entonces el poder en el que el pueblo directamente participa, como titular indiscutible de la soberanía, para convertirse en el poder de las Asambleas en las que la Nación delega sin competencias"[7].

---

7 Véase Pedro De Vega, *op. cit.* p. 32.

Esto condujo, incluso, a que en Europa se pasara inconvenientemente de la Soberanía Nacional a la Soberanía y absolutismo de los Parlamentos, principio que sigue rigiendo en la Constitución del Reino Unido (el de la Soberanía parlamentaria por delegación del pueblo).

Ahora bien, como principio, en el Estado Constitucional, una vez aprobada la Constitución, el Poder Constituyente Originario desaparece, se subsume en la Constitución, se constitucionaliza, y ese texto adquiere supremacía, regulándose usualmente el Poder Constituyente Instituido, como mecanismo para reformar o modificar la Constitución.

Distintos al Poder Constituyente Originario y al Poder Constituyente Instituido, son los Poderes Constituidos; estos son el producto de la voluntad del Poder Constituyente manifestada a través de la Asamblea, están sometidos esencialmente a la Constitución y no pueden modificarla.

Ahora bien, en cuanto al Poder Constituyente Instituido, es decir, el poder de modificar la Constitución, este es el resultado constitucional de la tensión que deriva de los dos principios señalados que son pilares del Estado Constitucional, ya comentados: el principio de la democracia representativa y el principio de la supremacía constitucional, y que se encuentra inserto en el constitucionalismo desde la primera Constitución de la República Francesa de 1791, que estableció:

> "La Asamblea Nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescindible de cambiar su Constitución, sin embargo, considerando que es más conforme al interés nacional, usar únicamente por los medios expresados en la propia Constitución del derecho de reformar los artículos que, según la experiencia, se estime deben ser cambiados, establece que se procederá a ello por medio de una Asamblea de revisión"[8].

En consecuencia, es de la esencia del constitucionalismo moderno tanto el concepto de Poder Constituyente Originario como el de Poder Constituyente Instituido para reformar la Constitución, distintos al de los Poderes Constituidos, los cuales no pueden re-

---

[8] Art. Primero, Título VII, Véase en Jacques Godechat (ed), *Les Constitutions de la France, depuis 1789*, París 1979, p. 65-66.

formar la Constitución y se encuentran sometidos a ésta. Por ello, tiene razón la Corte Suprema cuando en la sentencia *Referéndum Consultivo I* expresa que:

> "En este sentido, se observa que el hecho de estar enmarcado históricamente el Poder Constituyente en la normativa constitucional no basta para entenderlo subrogado permanentemente al Poder Constituido.
>
> Pretender lo contrario, o sea, que las facultades absolutas e ilimitadas que en un sistema democrático corresponden por definición a la soberanía popular puedan ser definitivamente abdicados en los órganos representativos constituidos, equivaldría, en palabras de BERLIA: "que los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana para convertirse en los representantes soberanos de la nación". (Cfr. BERLIA, G. "*De la Compétence Constituante*" en *Revue de Droit Public,* 1945 p. 353, citado por Pedro DE VEGA en *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, p. 231)".

De ello resulta, por tanto, que el Poder Constituyente tanto Originario o Instituido no puede quedar subrogados a los Poderes Constituidos; y que si bien el Poder Constituyente Originario corresponde al pueblo, éste es el que, como tal, tiene facultades absolutas e ilimitadas; no así sus representantes electos en una Asamblea Constituyente, los cuales no pueden confundirse con el propio pueblo soberano, ni la Asamblea Constituyente puede ser comprendida en forma alguna con el Poder Constituyente Originario.

4. *El Poder Constituyente Instituido y la reforma constitucional*

Por último, en el Capítulo de la sentencia *Referéndum Consultivo I* relativo a la "técnica interpretativa de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política", la Corte Suprema entró a hacer algunas consideraciones sobre la reforma constitucional confundiendo lamentablemente, el Poder Constituyente Instituido con los Poderes Constituidos. En efecto, la Corte señaló:

> "Nuestra Carta Magna, no sólo predica la naturaleza popular de la soberanía, sino que además se dirige a limitar los mecanismos de reforma constitucional que se atribuyen a los Poderes Constituidos, en función de constituyente derivado.

> Así, cuando los artículos 245 al 249 de la Constitución consagran los mecanismos de enmienda y reforma general, está regulando los procedimientos conforme a los cuales el Congreso de la República puede modificar la Constitución. Y es por tanto, a ese Poder Constituido y no al Poder Constituyente, que se dirige la previsión de inviolabilidad contemplada en el artículo 250 eiusdem.
>
> De allí, que cuando los poderes constituidos propendan a derogar la Carta Magna a través de "cualquier otro medio distinto del que ella dispone" y, en consecuencia, infrinjan el límite que constitucionalmente se ha establecido para modificar la Constitución, aparecería como aplicable la consecuencia jurídica prevista en la disposición transcrita en relación con la responsabilidad de los mismos, y en modo alguno perdería vigencia el Texto Fundamental."

Ante estas afirmaciones debe dejarse muy claramente establecido que conforme a la Constitución, es incorrecto decir que la reforma constitucional se atribuya a "los Poderes Constituidos, en función de poder constituyente derivado".

Al contrario, en la Constitución se distingue, con toda precisión, entre los Poderes Constituidos (de los cuales forman parte, en particular, a nivel nacional, el Congreso o a nivel estadal, las Asambleas Legislativas), y el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional que no se puede confundir con aquellos. Una cosa es constatar que algunos Poderes Constituidos, en alguna forma, participen en el Poder Constituyente Instituido de reforma constitucional; y otra es decir que el Poder Constituyente Instituido de reforma constitucional se atribuye a los Poderes Constituidos, lo cual no es correcto.

En efecto, el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional, conforme al artículo 246 de la Constitución, funciona como proceso complejo, con la participación de las siguientes instituciones: los representantes populares electos; las Cámaras Legislativas Nacionales; y el pueblo directamente mediante referéndum aprobatorio.

En efecto, en la reforma constitucional, por ejemplo, *primero,* deben participar los miembros del Congreso, es decir, los Senadores y Diputados electos. Son estos, a títulos de representantes populares individualmente considerados, los que pueden tener la iniciativa

para la reforma constitucional, siempre que sumen al menos una tercera parte de los miembros del Congreso. En sentido similar la iniciativa de la reforma también puede partir de los diputados de las Asambleas Legislativas, considerados individualmente como representantes populares, siempre que adopten acuerdos en cada Asamblea, con no menos de dos discusiones, por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea, y siempre que se manifiesten la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas.

Segundo, en el Poder Constituyente Instituido también deben participar las Cámaras Legislativas, es decir, el Senado y la Cámara de Diputados, las cuales en sesión conjunta convocada con tres días de anticipación por lo menos, deben pronunciarse sobre la procedencia de la iniciativa, la cual solo será admitida por el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes;

Tercero, una vez admitida la iniciativa, el proyecto respectivo se debe comenzar a discutir en la Cámara señalada por el Congreso, y se tramitará con la participación, en el Proceso Constituyente Instituido, de las dos Cámaras, según el procedimiento establecido en la Constitución para la formación de las Leyes, quedando excluidos los procedimientos de urgencia; y

Cuarto, por último, en el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional, también participa el pueblo soberano al cual debe someterse el proyecto de reforma constitucional aprobado para que mediante referéndum aprobatorio, se pronuncie en favor o en contra de la reforma, de manera que la nueva Constitución se declarará sancionada si fuere aprobada por la mayoría de los sufragantes de la República.

Como se puede apreciar, por tanto, no es cierto que la Constitución atribuya al Congreso de la República (Poder Constituido) la potestad de poder modificar la Constitución; y tampoco es cierto que la reforma constitucional se atribuya a los Poderes Constituidos, en función de constituyente derivado; al contrario, se atribuye al Poder Constituyente Instituido en cuya formación participan, en un acto complejo, tanto los representantes electos popularmente considerados individualmente, como las Cámaras Legislativas Nacionales y el pueblo soberano mediante referéndum aprobatorio.

Siendo errada la premisa de la que parte la Corte al confundir el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional con los Poderes Constituidos, en nuestro criterio, es igualmente errada

la apreciación que formula en el sentido de que el artículo 250 de la Constitución sobre la inviolabilidad de la Constitución, solo estaría dirigido a los Poderes Constituidos y no al Poder Constituyente. Al contrario, mientras la Constitución esté vigente, el artículo 250 se aplica al Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional y es, conforme a los principios de la democracia representativa y de la supremacía constitucional, un freno a la aparición del Poder Constituyente originario, que solo podría manifestarse *de facto.*

Sin embargo, la Corte Suprema, en su sentencia *Referéndum Consultivo II,* continuó en su línea de razonamiento sobre el Poder Constituyente originario, no limitado y absoluto, señalando lo siguiente:

> "Sin embargo, en ningún caso podría considerarse al Poder Constituyente originario incluido en esa disposición (art. 250), que lo haría nugatorio, por no estar expresamente previsto como medio de cambio constitucional. Es inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente.
>
> Esta, indudablemente, es la tesis recogida por el propio constituyente de 1961, el cual, consagró normas reguladoras de la reforma o enmienda de la Constitución dirigidas al Poder Constituido y a un tiempo, incluso desde el Preámbulo, la consagración de la democracia como sistema político de la nación, sin soslayar, coherentemente, el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo.
>
> Ello conduce a una conclusión: la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla".

Tres aspectos deben destacarse de estos párrafos de la sentencia.

En *primer lugar,* la afirmación de que el Poder Constituyente no está regulado por las normas jurídicas que hayan podido emanar de los Poderes Constituidos. Ello es evidente y entendemos que nadie lo niega, pues sería contrario al principio de la soberanía popular. Sin embargo, una cosa es que el Poder Constituyente Originario no esté sometido a las normas jurídicas que puedan emanar de los Poderes Constituidos y otra es que el Poder Constituyente no

esté sometido a su propia obra, que es la Constitución. Lo primero nadie lo refuta, pero lo segundo es totalmente refutable pues sería contrario al principio de la supremacía constitucional. Una vez que en un país, el Poder Constituyente sanciona una Constitución, la constitucionalización del Estado y del orden jurídico implica que el texto es supremo y que, como lo afirmó la Corte en la misma sentencia "obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella" y los gobernados son, precisamente, el pueblo soberano que al sancionar la Constitución se autolimita y se somete a su propia norma. Como también lo dijo la Corte en el párrafo antes transcrito, es la soberanía popular la que se convierte en supremacía constitucional cuando aquélla lo decida a través de los mecanismos de participación previstos en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no es cierto que en la Constitución de 1961, las normas reguladoras de la reforma constitucional estén sólo "dirigidas al Poder Constituido". Constituyen, sin duda, manifestaciones de la rigidez constitucional que proscribe que la Constitución pueda ser modificada mediante la legislación ordinaria adoptada a las Cámaras Legislativas como Poder Constituido, pero no puede decirse que sólo están dirigidas a los Poderes Constituidos. Al contrario, esencialmente regulan al Poder Constituyente Instituido y constituyen una autolimitación que el Poder Constituyente Originario se ha impuesto.

Por ello, insistimos, la conclusión que se formula en el último de los párrafos transcritos de la sentencia es precisamente la manifestación de la autolimitación mencionada del Poder Constituyente Originario: la soberanía popular (Poder Constituyente Originario) se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla (soberanía popular, Poder Constituyente Originario) dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla (la soberanía popular).

Y así, efectivamente, cuando se sancionó la Constitución de 1961 el Congreso constituyente en representación de la soberanía popular, decidió ejercerla, y convertir el proceso de reforma constitucional, en supremacía constitucional.

En *segundo lugar,* debe mencionarse, de nuevo, la afirmación de la Corte de que los Poderes Constituidos pueden ejercer "de manera extraordinaria la función constituyente". Ello, se insiste, es incorrecto. De acuerdo con la Constitución, las Cámaras Legislativas como Poderes Constituidos, jamás ejercen ni ordinaria ni extra-

ordinariamente la función constituyente. Participan en el Poder Constituyente Instituido, como también participa el pueblo soberano al aprobar mediante referéndum aprobatorio la reforma constitucional. Pero de allí a atribuirle a los Poderes Constituidos la función constituyente hay una gran distancia.

En *tercer lugar,* debe destacarse la referencia que hizo la Corte al Preámbulo de la Constitución, como consagratorio de la democracia como sistema político de la nación, con el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo. Ello llevó a la sentencia a dedicarle un Capítulo (VI) al "Preámbulo de la Constitución", particularmente por lo que se refiere a la declaración relativa al orden democrático "como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos". El Preámbulo, sin duda, constituye expresión de un "proyecto político nacional", que es el de la democracia *representativa* plasmado en el artículo 4 del Texto Constitucional, la cual siempre debe conciliarse con el principio de la supremacía constitucional que informa todo el articulado de la Constitución.

Finalmente, de nuevo debe hacerse particular referencia al último párrafo de la cita anterior de la sentencia, *Referéndum Consultivo I,* donde se afirma, con razón, que "la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decida ejercerla".

De ello deriva, en *primer lugar*, el principio de autolimitación del Poder Constituyente Originario cuando adopta la Constitución, y convierte la soberanía popular en supremacía constitucional, lo que implica que el pueblo soberano debe también regirse por la Constitución que él mismo ha adoptado. En consecuencia, la Constitución de 1961 rige incluso para el pueblo, que es quien se ha impuesto la autolimitación de que la misma sea reformada, con su directa participación (referéndum aprobatorio), en el Poder Constituyente Instituido.

Pero en *segundo lugar,* el mencionado párrafo de la sentencia permite que en caso de que la soberanía popular se manifieste mediante los mecanismos jurídicos de participación, como un referéndum consultivo, a través del mismo pueda instituirse otra forma de reforma constitucional, cediendo allí el principio de la supremacía constitucional frente a la soberanía popular.

Este, en definitiva, fue el punto medular de la solución política que el máximo órgano jurisdiccional dio al conflicto que estaba planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional: aún cuando la Constitución no regula expresamente la Asamblea Constituyente como Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional, la misma puede ser convocada como resultado de una consulta popular realizada mediante referéndum consultivo regulado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; convirtiéndose entonces la soberanía popular, de nuevo, en supremacía constitucional.

5. *La consulta popular sobre la convocatoria a la Asamblea Constituyente como derecho inherente a la persona humana.*

Por último, debe hacerse mención al Capítulo VII de la sentencia *Referéndum Consultivo I*, en el cual la Corte se refirió, al "derecho a la participación" a los efectos de considerar que conforme al artículo 50 de la Constitución, el derecho a la consulta popular sobre la convocatoria al pueblo para una Asamblea Constituyente, es un derecho no enumerado o implícito, inherente a la persona humana.

Esta conclusión de la Corte deriva de la integración de la laguna constitucional originada en la no enumeración expresa de tal derecho, considerando en general, que:

> "El referéndum previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución".

Esta declaración de la Corte, sin duda, debe celebrarse porque es una muestra más de la progresión en la consagración de los derechos fundamentales, vía la aplicación del artículo 50 de la Constitución. Sin embargo, derivar que el derecho a la participación política es un derecho inherente a la persona humana quizás sea una exageración, porque no se trata de un derecho personal o individual, sino político o institucional. En realidad, puede decirse que la participación es de la esencia de la democracia por lo que la consulta popular, solo establecida recientemente en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, perfectamente puede considerarse como un derecho político inherente al ciudadano venezolano.

Por ello, sin duda, para que quede reconocido el derecho a la participación y para realizar un referéndum consultivo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio, no era ni es necesario realizar reforma constitucional alguna.

Ahora bien, la Corte, en su sentencia, considerar el referéndum como un derecho inherente a la persona humana, señaló que:

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

De este párrafo, sin embargo, de nuevo surge la observación que hemos ya efectuado: la reforma constitucional prevista en la Constitución no se atribuye al Poder Constituido como impropiamente se afirma, sino al Poder Constituyente Instituido en cuya conformación participan las Cámaras Legislativas, pero también participa el pueblo directamente mediante referéndum aprobatorio.

Por lo demás, y salvo esta precisión, la conclusión del párrafo es evidente: conforme al criterio de la Corte no es necesaria reforma constitucional alguna para que se pueda reconocer como derecho constitucional al referendo o la consulta popular sobre la convocatoria al pueblo para una Asamblea Constituyente. En realidad, ese no es ni era el problema; este resulta de la secuela de la consulta popular.

En efecto, una vez efectuado el referéndum consultivo, que conforme al artículo 182 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política deben contener:

> "la formulación de la pregunta en forma clara y precisa, en los términos exactos en que será objeto de la consulta, de tal manera que pueda contestarse con un "si" o un "no";

y si la mayoría (que habría que determinar si es sobre los electores o inscritos en el Registro Electoral o los votantes efectivos) la obtiene el "si" para la convocatoria a la Asamblea Constituyente

como lo ha dicho la Corte en las dos sentencias analizadas, ello tendría "vigencia inmediata" en cuanto a mandato popular obligatorio para los órganos del Estado. Ese mandato popular, sin embargo, en sí mismo no tendría eficacia, como lo afirmó la Corte en la sentencia *Referéndum Consultivo I,* sino

> "... cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé 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".

He aquí el problema jurídico, que queda por resolver y que dependerá de la forma cómo se haga la consulta popular o de la manera que se manifiesta la voluntad popular. Una vez que el pueblo, mediante el referéndum consultivo, se manifieste a favor de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, vendría ineludiblemente la tarea de establecer formalmente el régimen de la misma por los órganos del Poder Público Nacional *con competencia* para ello, los cuales deben, obligatoriamente, mediante los mecanismos legales *establecidos,* dar cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el referéndum.

Sin embargo, en el ordenamiento constitucional y legal vigente no hay atribución de competencia alguna, a órgano alguno del Poder Público Nacional, para establecer el régimen de una Asamblea Constituyente con poder para reformar la Constitución por una vía distinta a la de los artículos 245 y 246 de la Constitución.

Ese régimen no podría establecerse ni por una Ley del Congreso ni por un Decreto del Presidente de la República, salvo que en la consulta popular se pregunte expresamente sobre los diversos elementos que configuran dicho régimen (carácter, número de miembros, forma de elección, condiciones de elegibilidad, duración, mandato acorde con la Constitución vigente) y sobre el órgano del Poder Público que debe regular la Constituyente. Sin embargo, en dicho régimen no se podrían establecer condiciones de elegibilidad de los constituyentistas distintos a los previstos en el artículo 112 de la Constitución; ni un sistema electoral totalmente uninominal, por ejemplo, que no garantice el derecho a la representación proporcional de las minorías como lo prevé el artículo 113 de la Constitución.

Para establecer un régimen de esa naturaleza, indudablemente que, en la Constitución, la competencia la tiene el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional conforme al artículo 246 de la Constitución.

Precisamente, por este escollo jurídico, quizás, la sentencia *Referéndum Consultivo II,* expresamente se refirió a las dos vías que se abren para hacer efectivo el referéndum consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente:

La primera, es que "los órganos *competentes* del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente", por supuesto, conforme a los términos de la consulta. Para que esta primera vía sea factible, tendría que existir en el ordenamiento jurídico la atribución de *competencia* a algún órgano del Poder Público Nacional para establecer el régimen de una Constituyente para modificar la Constitución en una forma distinta a la prevista en los artículos 245 y 246 de la Constitución, y esa atribución no existe. La única posibilidad que quedaría, sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, sería que en la propia consulta popular no sólo se formularan las preguntas sobre el régimen de la Constituyente, sino se inquiriera al pueblo sobre el órgano del Poder Público que debe formalizar ese régimen, y siempre que el mismo no implique modificaciones a la Constitución vigente.

La segunda, como alternativa, es que previamente a la convocatoria efectiva de la Asamblea Constituyente, los órganos del Poder Público Nacional "tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea Constituyente"; lo cual resultaría necesario si el régimen de la Constituyente implicase reformas a la misma Constitución (por ejemplo, conforme a lo señalado, a los artículos 112 y 113).

La Corte, en definitiva, lo que resolvió fue la constitucionalidad del referéndum consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero no resolvió expresamente la constitucionalidad de su convocatoria sin que se establezca previamente su régimen mediante una reforma constitucional."

La ausencia de decisión de la Corte, sin embargo, en la práctica fue suplida por los titulares de primera página de los diarios nacionales de los días 20 de enero de 1999 y siguientes, los cuales 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 1961, que la regulara.[9]

[9] 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, rezó así: "No es necesario reformar la Constitución para convocar el referéndum" y el del día 22-01-99 rezó así: "La Corte Suprema no alberga dudas sobre la viabilidad de la Constituyente". Véase los comentarios coincidentes de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999,* UCAT, San Cristóbal, 2000, p. 63

TERCERA PARTE

LA CONFIGURACIÓN JUDICIAL DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999:

O DE CÓMO EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN ABRIÓ EL CAMINO PARA SU VIOLACIÓN Y PARA SU PROPIA EXTINCIÓN*

(2004)

Allan R. Brewer-Carías

En este estudio publicado en 2004, analicé de nuevo las sentencias dictadas por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 19 de enero de 1999, pero en el contexto global de la configuración judicial del proceso constituyente que se produjo durante toto el año 1999, analizando en conjunto además, las sentencias de la misma Sala Político Administrativa de 18 de marzo de 1999, 23 de marzo de 1999, 13 de abril de 1999, 17 de junio de 1999 y 21 de julio de 1999, todas dictadas en relación con el proceso constituyente. Todas estas sentencias se publicaron en el libro: Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas, 1999.

---

* Trabajo redactado y publicado en 2004, en la *Revista de Derecho Público* No. 77-80, enero diciembre 1999, Caracas 2004, pp. 453-514.

La Constitución de 30 de diciembre de 1999 fue elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente convocada por el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, luego de que la Corte Suprema de Justicia, mediante sendas sentencias de 19 de enero de 1999 (Caso *Referendo Consultivo I* y Caso *Referendo Consultivo II)*, dictadas en Sala Político Administrativa[1], admitieran la posibilidad de que mediante *referéndum consultivo,* el pueblo pudiera "crear" dicha instancia política no prevista ni regulada en la Constitución de 1961, para revisar la Constitución. Con esta sentencia, por demás ambigua, se inició entonces formalmente el proceso constituyente en Venezuela de 1999, el cual, a pesar de los esfuerzos que haría posteriormente la propia Corte Suprema, desbordó los límites que intentó ponerle, asumió un carácter originario que el pueblo no le había dado, dio un golpe de Estado interviniendo los poderes constituidos del Estado, y terminó con la propia Corte Suprema que le había dado nacimiento. La sentencia de 19 de enero de 1999, por tanto, fue la primera página de la sentencia de muerte del propio Poder Judicial de la República.

La Sala Político Administrativa que fue la que dictó dichas sentencias, en esos casos, al resolver los recursos de interpretación de la norma de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política sobre el referéndum consultivo, sin duda, actuó como juez constitucional, dado que a la vez interpretó el artículo 4 de la Constitución que regula soberanía popular. El juez constitucional, ante todo, es un guardián de la Constitución y su supremacía; y como tal, sus decisiones son jurídicas y políticas, pero siempre ajustadas al texto constitucional.

No debe olvidarse que la propia justicia constitucional nació en la historia del constitucionalismo moderno como un instrumento sustitutivo de la revolución y del derecho de rebelión o resistencia del pueblo frente a los poderes constituidos[2]. Es decir, en el consti-

---

1 Véase el texto de esta sentencia, así como de todas las otras dictadas durante 1999, y los comentarios a la misma en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente,* Caracas, 1999, pp. 15 a 114. Véase también en *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, enero diciembre 1999, Editorial Jurídica Venezolana (impresa en 2004).

2 Véase en este sentido, Sylva Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution,* Yale University, 1990, p. 113.

tucionalismo moderno, la única forma de resolver los conflictos político-constitucionales entre el pueblo y los gobernantes, entre la soberanía popular y la supremacía constitucional e, incluso, entre los poderes constituidos, es precisamente mediante la decisión de tribunales constitucionales que eviten la revolución o la rebelión.

Por ello, las decisiones de los jueces constitucionales siempre son, además de jurídicas, políticas; y así tiene que ser cuando el orden constitucional no da mucho margen por si sólo, sin necesidad de interpretación judicial, para resolver los conflictos políticos.

Después de las elecciones de 1998, sin duda, en Venezuela nos encontrábamos en medio de un conflicto político-constitucional que debía resolverse por la fuerza o por el juez constitucional; conflicto derivado, precisamente, del dilema entre, por una parte, la necesidad de que la soberanía popular se manifestase para propiciar los inevitables y necesarios cambios político-constitucionales exigidos por el fin del sistema de Estado centralizado de partidos y, por la otra, la supremacía constitucional que exigía someterse a los procedimientos de reforma y enmienda prescritos en la Constitución.

La ocasión para resolver el conflicto la tuvo la Corte Suprema de Justicia con motivo de sendos recursos de interpretación que se presentaron ante su Sala Político-Administrativa, a los efectos de decidir si era constitucionalmente posible pasar a la convocatoria y elección de una Asamblea Nacional Constituyente, como consecuencia de un referendo consultivo a tal fin efectuado conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sin la previa reforma de la Constitución que regulara dicha Asamblea, como poder constituyente instituido.

La Corte Suprema de Justicia en las sentencias dictadas el 19-1-99[3], si bien desde el punto de vista jurídico no resolvió abierta y claramente el conflicto[4], desde el punto de vista político dejó establecidos diversos argumentos que desatarían fuerzas constituyentes

---

3 Véanse los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente, cit.,* pp. 25 a 53 y en en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 56 a 73.

4 Véase en sentido coincidente, Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999,* UCAT, San Cristóbal, 2000, pp. 54, 56, 59.

que por más esfuerzos posteriores que la Corte haría por controlarlas, no sólo no lo lograría, sino que pagaría con su propia existencia la ambigüedad inicial. Las presentes notas tienen por objeto, precisamente, analizar las sentencias dictadas por de la Corte Suprema que configuraron el proceso constituyente desde las del 19 de enero de 1999 hasta la del 16 de octubre de 1999.

I. LA BANDERA ELECTORAL (1998) DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y LOS OBSTÁCULOS CONSTITUCIONALES PARA CONVOCARLA

La posición voluntarista del Presidente de la República electo en diciembre de 1998, de convocar la Asamblea Nacional Constituyente como había sido su bandera electoral, en efecto, presentaba un escollo constitucional que lucía como insalvable: la institución de una Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de revisión constitucional, no estaba prevista ni regulada en el texto de la Constitución de 1961, la cual establecía expresamente sólo dos mecanismos para su revisión, que eran la enmienda y la reforma general. Una Asamblea Constituyente cuando no es producto de una guerra ni en general de una ruptura fáctica del orden constitucional, para poder ser convocada tiene que estar regulada constitucionalmente, como lo está ahora en la Constitución de 1999.

Por tanto, a comienzos de 1999, aún bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la única forma de poder convocar una Asamblea Constituyente era mediante una interpretación constitucional de la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional para, precisamente, evitar una confrontación entre la soberanía popular y la supremacía constitucional. Y ello ocurrió mediante las antes mencionadas ambiguas sentencias de 19 de enero de ese año, con las cuales finalmente se permitió la elección y constitución de una Asamblea Nacional[5] en democracia y sin ruptura constitucional. El golpe de Estado, en realidad, lo daría la propia Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999, al irrumpir contra la

[5] Véase sobre la Asamblea Nacional Constituyente convocada bajo la vigencia de una Constitución y, por tanto, sin rompimiento del hilo constitucional en Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional,* Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 90 y ss.

Constitución vigente en ese momento, que era la de 1961[6], y al intervenir los poderes constituidos sin autoridad alguna para ello, incluyendo la propia Corte Suprema que le había dado nacimiento, la cual terminó siendo eliminada.

A comienzos de 1999, en todo caso, y después del triunfo electoral del Presidente Chávez, por la falta de disposición del liderazgo político mayoritario del Congreso que también había sido electo en noviembre de 1998 en asumir el proceso de cambio constitucional[7], la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente quedó en manos y bajo el exclusivo liderazgo del Presidente electo. Y fue entonces con motivo de su toma de posesión de la Presidencia de la Presidencia de la República el 2 de enero de 1999, cuando entonces se inició la batalla legal por encauzar el proceso constituyente dentro del marco de la constitucionalidad, de manera que la necesaria convocatoria de la Asamblea se hiciese sin la ruptura constitucional que había caracterizado las Asambleas Constituyentes en toda nuestra historia.

La Constitución venezolana de 1961, como se dijo, no preveía la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución y recomponer el sistema político democrático. Por ello, en diciembre de 1998 y en enero de 1999, 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[8]. Se trataba, en definitiva de un conflicto constitucional entre supremacía constitu-

---

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

7. Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp. 78 y ss.

8. 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,* Editorial Ex Libris, Caracas, 2001, pp. 3-23.

cional y soberanía popular que había que resolver[9], y sólo el juez constitucional podía hacerlo.

Pero lo cierto es que aún antes de que se pudiera asumir que la Corte había resuelto el conflicto, el Presidente electo fue quien optó por la segunda vía, 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. En el ínterin, además, y apoyado por la popularidad que en ese momento tenía, formulaba amenazas y ejercía públicamente presiones indebidas ante la Corte Suprema de Justicia en apoyo de su propuesta.

Para diciembre de 1998, en efecto, la Corte Suprema 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, incluso directamente de parte del propio Chávez,[10] fue precisamente la emisión de las dos sentencias indicadas por la Corte Suprema, el 19 de enero de 1999,[11] dos semanas antes de la toma de posesión de su cargo por el Presidente de la República, en las cuales si bien la Corte no resolvió expresamente lo que se le había solicitado interpretar, glosó ampliamente en forma teórica la doctrina constitucional sobre el poder constituyente, desencadenando así el

---

9. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp.153 a 227; Allan R. Brewer-Carías, "El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999, en la *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Nº 3, 1999, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, pp. 31-56. Sobre el Poder constituyente y la soberanía popular, véase Ricardo Combellas, *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,* Mc Graw Hill, Caracas, 2001, pp. 6 y ss.

10 Véase las declaraciones de prensa que di sobre ello: "Expresiones de Chávez atentan contra independencia del Poder Judicial," declaraciones a Marbella Mora Newman, *Cambio* Mérida, 14/02/99 p. 3; "Chávez atenta contra la dependencia de autonomía del Poder Judicial," declaraciones a José Ramón Villalobo," *Frontera*, Mérida, 14/02/99, p. 3-A.

11 Véase el texto de esas sentencias, en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento... cit.*, pp. 25 y ss.

proceso que luego no pudo ni contener ni limitar, costándole como se dijo, su propia existencia.

II. EL DILEMA ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA OMISIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN RESOLVERLO

En todo caso, en el dilema que existía en ese momento político entre supremacía constitucional y soberanía popular, la solución del mismo en medio de la crisis política existente, como hemos dicho, sólo podría resultar de una interpretación constitucional que diera la Corte Suprema; y ello fue, precisamente, lo que se concretó en las sentencias mencionadas del 19 de enero de 1999. De ellas, se dedujo que se podía convocar un *referéndum consultivo* sobre la Constituyente, la cual en definitiva se podía crear mediante la sola voluntad popular al margen de la Constitución de 1961[12].

El dilema que enfrentó la Corte Suprema consistió entonces en dilucidar cuál principio de los dos que constituyen los dos pilares fundamentales que rigen al Estado Constitucional, debía prevalecer: o el principio democrático representativo o el principio de la supremacía constitucional, lo que en todo caso exigía que se mantuviera el equilibrio entre ambos[13]. En ese dilema, si la Corte se atenía al sólo 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 (art. 246). Sin embargo, de acuerdo con el criterio expresado

---

12. Véase el texto de las sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente, op. cit.,* pp. 25 a 53; y en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 56 a 73; véanse los comentarios a dichas sentencias en ese mismo libro, pp. 55 a 114 y en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional, op. cit.,* pp. 153 a 228.

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,* UCAT, San Cristóbal, 2000, pp. 53 y ss; Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 Janvier 1961.* Thése Docteur de l'Université Panthéon Assas, (Paris II), Paris 2001, pp. 366 y ss.

por la Corte Suprema de Justicia en su mencionada sentencia Caso *Referendo Consultivo I*:

> "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, 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, obra de la soberanía popular.

Sin embargo, también de acuerdo al criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia, en la referida sentencia Caso *Referendo Consultivo I*,

> "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 la 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 no existe el principio de la supremacía constitucional al haber sido roto el hilo constitucional.

Ello sin embargo, no ocurría así en un proceso constituyente de derecho sometido a una Constitución. En efecto, no estando el país, 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 del Estado constitucional, al que correspondía la Jurisdicción constitucional, es decir, a la Corte Suprema de Justicia.

En todo caso, en la discusión jurídica que se había abierto en el país, para enfrentar el mismo dilema, habían quedado claras dos posiciones: *por una parte*, la de quienes sostenían y sostuvimos 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 *status* constitucional; y *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, 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 trata, 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.

La Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, como se ha dicho, en la misma fecha 19 de abril de 1999 resolvió en sendas sentencias dos recursos de interpretación (*Referéndum Consultivo I*, Ponente: Humberto J. La Roche y *Referéndum Consultivo II*, Ponente: Héctor Paradisi) sobre el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en concordancia con el artículo 4º de la Constitución, en relación con la posibilidad de una consulta popular (referendo consultivo) sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente en los cuales se solicitó a la Corte, como petitorio final:

> "Determine qué sentido debe atribuirse a las referidas normas, en cuanto a la posibilidad real o no de llevar a cabo dicha convocatoria a una Asamblea Constituyente."

Con relación al fondo del asunto objeto del recurso de interpretación, conforme lo resumió la sentencia *Referéndum Consultivo I*, los directivos de la Fundación recurrente plantearon lo siguiente:

> "Existen dos posiciones en cuanto a la forma como deba convocarse la Asamblea Constituyente: Una Primera, propuesta por el Presidente Electo (la cual ha sido señalada ya anteriormente), quien considera que basta la convocatoria del referendo previsto en el artículo 181 de la LOSPP, para convocar la Asamblea Constituyente, en base al principio de soberanía contenido en el artículo 4 de la Constitución de la República que reconoce al pueblo como constituyente primario, y; una segunda que considera que el soberano también tiene a su vez una normativa prevista en la Constitución Nacional, que debe respetar para producir un referendo, en razón de que el artículo 4 de la Constitución de la República refiere su soberanía a los poderes constituidos, y que por lo tanto hace falta una reforma puntual de la Constitución de la República que cree la figura de la Asamblea Constituyente para llevar a cabo dicha convocatoria".

Concluyeron los solicitantes señalando que:

> "Sin pronunciarnos por ninguna de las dos posiciones antes enunciadas, consideramos que la propuesta del Presidente Electo se basa tanto en el artículo 181 de la LOSPP, como en el artículo 4 de la Constitución (...) por lo que no sería lógico pronunciarse en relación a la viabilidad constitucional de esta propuesta interpretando sólo el primero de estos artículos (...) sino

que debe incluirse forzosamente la interpretación también del artículo 4 de la Constitución de la República tal y como lo estamos solicitando".

La Sala Político Administrativa, al decidir sobre su competencia para conocer del recurso de interpretación que le fue interpuesto, en la sentencia Caso *Referendo Consultivo I* precisó el alcance del recurso, conforme a su propio criterio, en los términos siguientes:

> "Se ha interpuesto recurso de interpretación en relación con los artículos 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Partición Política y 4 de la Constitución de la República, a los fines de que la Sala emita pronunciamiento acerca del alcance de la primera de las normas invocadas, en el sentido de precisar si, a través de un referendo consultivo, se puede determinar *la existencia de voluntad popular para una futura reforma constitucional* y, en caso afirmativo, si ese mecanismo 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".

Luego, en la misma sentencia, la Corte precisó la doble cuestión que ya hemos señalado y que estaba planteada en el recurso de interpretación:

> "Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso, el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica, o 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, en cuyo supuesto la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía".

Precisamente por ello, a pesar de que el recurso de interpretación se interpuso conforme al artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política respecto del artículo 181 de la misma Ley Orgánica, en virtud de que los recurrentes exigieron que la interpretación solicitada debía implicar su adecuación al artículo 4 de la Constitución, la Corte precisó que en todo caso de interpretación de una ley, como acto de "ejecución directa de la Constitución", debía atenderse "en un todo a los principios fundamentales del orden jurídico vigente", debiendo tenerse en cuenta y conciliando la decisión "con el orden constitucional".

Es decir, la Corte consideró que "en nuestro Estado constitucional de derecho, fundado en la supremacía del estatuto constitucional" la interpretación de la ley y de la Constitución:

> "Conducen a una interpretación constitucional -que no interpretación de la Constitución- en virtud de la cual se determina el alcance de la norma jurídica a partir de los principios y valores constitucionales, incluso más allá del texto positivo de ésta".

La Corte Suprema, en consecuencia, en este caso fijó la técnica interpretativa que utilizaría para resolver la cuestión planteada: interpretar el ordenamiento jurídico, más que interpretar la Ley Orgánica aisladamente, "combinando principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho".

En todo caso, en la sentencia *Referéndum Consultivo I*, después de realizar algunas citas doctrinales genéricas, la Corte precisó el dilema que tenía que resolver, así:

> "El asunto planteado es el dilema de si la propia Constitución, le es dado 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".

De este dilema concluyó la Corte señalando que:

> "Pareciera ocioso indicar que la idea de supremacía deja de tener sentido cuando se considera que poder constituyente y poder constituido se identifican y que el poder constituyente es creado por la Constitución, en lugar de considerarse a la Constitución como obra del poder constituyente".

La verdad es que de estos párrafos no se entiende constitucionalmente la conclusión del dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional que planteó la Corte, pues la Constitución siempre es la obra del poder constituyente que la ha sancionado; y fue ese poder constituyente el que organizó políticamente a la sociedad prescribiendo un régimen democrático representativo, en el cual el pueblo sólo podría actuar mediante sus representantes conforme a la Constitución que es obra del poder constituyente.

Este, el poder constituyente, al dictar la Constitución, era el que ha resuelto subsumirse en el marco de una Constitución otor-

gándole supremacía y prescribiendo la forma de su modificación, la cual no se verifica en forma alguna, por los poderes constituidos, sino por el poder constituyente instituido en la propia Constitución de 1961, que se manifiesta finalmente mediante un referendo aprobatorio de la reforma constitucional (art. 246 de la Constitución), que implicaba la manifestación directa y final del pueblo soberano. No era acertado, por tanto, como lo hizo la Corte en la sentencia, confundir el poder constituyente instituido de reforma de la Constitución con los poderes constituidos, los cuales no podían reformarla en ningún caso.

Pero al final, en la decisión Caso *Referendo Consultivo I*, que la Corte Suprema adoptó "de conformidad con el orden constitucional vigente (Preámbulo, artículo 4 y artículo 50), artículos 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y 42 ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia", lo que la Corte hizo fue formular esta declaración:

"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, en efecto, sí se podía realizar un referendo consultivo, para consultar el parecer del cuerpo electoral sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

La verdad es que para decidir eso no era necesario producir tan extensa decisión, ni argumentar demasiado jurídicamente, integrando el ordenamiento jurídico, incluso la Constitución, pues era evidente que la convocatoria de una Asamblea Constituyente era y es una materia de especial trascendencia nacional conforme a lo indicado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participa-

ción Política. En consecuencia, nada nuevo dijo la Corte y menos aún resolvió y decidió en forma precisa y clara sobre el asunto que le había sido planteado, es decir, en definitiva, si para convocar la Asamblea Constituyente bastaba el referendo consultivo o era necesario, además, reformar previamente la Constitución.

En realidad, sobre este asunto, tanto en la sentencia Caso *Referendo Consultivo I* como en la Caso *Referendo Consultivo II*, 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,

> "Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiera vigencia inmediata, *su eficacia sólo procedería* cuando, mediante los *mecanismos legales establecidos se dé 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".

De este párrafo, sin duda, surgía una perplejidad en el sentido de que lo que derivaba de la afirmación de la Corte Suprema, era que una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente no bastaba para efectivamente convocarla y reunirla. La consulta popular sólo sería un mandato político obligatorio, conforme al criterio de la Corte, 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 de una revisión constitucional (reforma o enmienda), era que la consulta popular sería efectiva.

El tema de los órganos del Poder Público *competentes* para implementar los resultados de la consulta popular, por supuesto, entonces se convertía en crucial, pues de acuerdo con la Constitución, que es parte del "orden jurídico vigente", el único órgano del Poder Público competente para efectuar las modificaciones necesarias al ordenamiento jurídico para establecer el régimen jurídico de la Asamblea Constituyente, era el poder constituyente instituido (Reforma constitucional), que combinaba la participación de los diputados y senadores y de las Cámaras Legislativas, con la participa-

ción 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 y de la necesidad o no de reformar previamente la Constitución, tanto la sentencia Caso *Referendo Consultivo I* como la Caso *Referendo Consultivo II,* dejaron abierta la discusión constitucional.

Como ya lo hemos analizado detenidamente con anterioridad y, además, en otro lugar[14], la Corte Suprema de Justicia, al dictar su nada precisa y más bien ambigua decisión del 19 de enero de 1999[15], abrió 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 constitucional[16].

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 su propia extinción.

Esa sentencia, en medio de su ambigüedad, a pesar de estar plagada de citas de todo tipo, de libros viejos y nuevos, sin mucho concierto, de consideraciones generales sobre el significado del poder constituyente originario y derivado, totalmente innecesarias, salvo para originar confusión e interpretaciones variadas; y de precisiones sobre el derecho ciudadano a la participación política como inherente a la persona humana; no llegó a resolver lo esencial de la interpretación que le había sido requerida.

---

14 Véase Allan Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente,* Caracas 1999.

15 Véase el texto íntegro de la sentencia en *idem,* pp. 25 a 53 y en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 56 a 73.

16 Véase Jesús María Casal, "La apertura de la Constitución al proceso político", en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas 2000, pp. 127 y ss.

A la Corte se le había consultado mediante un recurso de interpretación en relación con las normas sobre referendos de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, sobre si para convocar una Asamblea Constituyente era o no necesario reformar previamente la Constitución de 1961, para regularla en su texto. La Corte Suprema, sin embargo, sólo dijo que se podía consultar al pueblo, mediante referendo, sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero nada dijo sobre si para convocarla debía o no previamente reformarse la Constitución de 1961 para regular dicha institución en la misma.

La ausencia de decisión de la Corte, sin embargo, como hemos dicho, en la práctica fue suplida por los titulares de primera página de los diarios nacionales de los días 20 de enero de 1999 y siguientes, los cuales 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 1961, que la regulara[17].

En ese momento, la euforia de los que de ello derivaron un "triunfo" jurídico[18], y la incredulidad y duda de otros, que no en-

---

17 *El Nacional*, Caracas 21-01-99, p. A-4 y D-1; *El Universal*, Caracas 21-01-99, p. 1-2 y 1-3; *El Universal*, Caracas 20-01-99, p. 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, rezó así: "No es necesario reformar la Constitución para convocar el referéndum" y el del día 22-01-99 rezó así: "La Corte Suprema no alberga dudas sobre la viabilidad de la Constituyente". Véase los comentarios coincidentes de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente, cit.,* p. 63.

18 Ello se deducía de la propia Exposición de Motivos del Decreto Nº 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

contraban la "decisión" que anunciaba la prensa en el texto de la sentencia, impidieron precisar con exactitud el contenido de la misma. La verdad es que, como lo advertimos en su momento[19], eso no había sido lo que había decidido la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de su Sala Político Administrativa del 19 de enero de 1999. La Corte, en efecto, como hemos dicho anteriormente, 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 reformarse previamente la Constitución de 1961, la cual no preveía la existencia de dicha Asamblea.

La Corte, como ya lo hemos analizado anteriormente, resolvió claramente sólo la primera pregunta, pero simplemente, *no se pronunció sobre la segunda*.

Esto lo confirmó *ex post facto* con claridad, la magistrado Hildegard Rondón de Sansó en su voto salvado a la sentencia de la Corte Plena de 14-10-99 (Caso *Impugnación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo*) al afirmar que en aquella sentencia de 19-01-99, la Sala:

> "Únicamente se limitó a establecer la posibilidad de consulta al cuerpo electoral sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente sin reformar la Constitución".

---

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* Nº 36.634 de 02-02-99).

19 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente, cit.,* pp. 66 y ss. Véase además, lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela,* UNAM, México 2002, pp. 85 y ss.

Es decir, la sentencia se limitó a señalar que para realizar un referendo sobre el tema no era necesario reformar previamente la Constitución; pero la Sala no se pronunció sobre si luego de realizada la consulta refrendaria, para poder convocar efectivamente la Asamblea Nacional Constituyente, que no estaba regulada en norma alguna, como mecanismo para la revisión constitucional, debía o no reformarse la Constitución de 1961 precisamente para regularla en ella como uno de dichos mecanismos.

> "Esta carencia, como se dijo, la suplió la "opinión pública" manifestada en los mencionados titulares de prensa antes mencionados, que seguramente se redactaron con él animo de querer expresar lo que en criterio de los periodistas debió haber sido lo que debía haber decidido la sentencia, que no lo fue. En todo caso, la prensa interpretó así lo que podía considerarse que opinaba y esperaba la mayoría opinante del país, pues de lo contrario, quizás en ese momento el país se encaminaba a un conflicto abierto de orden constitucional: la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, como lo quería y había prometido el recién electo Presidente de la República y como lo había formulado en su voluntarista Decreto Nº 3 de 2 de febrero de 1999, sin que la Constitución vigente para el momento (la de 1961) previera tal Asamblea y permitiera tal convocatoria. Ello hubiera constituido, en sí mismo, el golpe de Estado".

Por tanto, a pesar de que la sentencia no resolvió el problema jurídico que se le planteó, al suplir la opinión pública esa falsa, ninguna duda política quedó en la práctica, dejando entonces de tener mayor sentido todo planteamiento sobre la posibilidad constitucional o no, no sólo de la convocatoria al referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente, sino de su elección posterior para dictar una nueva Constitución en sustitución de la de 1961. La decisión de la Corte Suprema, sin decirlo, contribuyó a resolver fácticamente la controversia y así cesó del debate constitucional en tal sentido, pasando la controversia constitucional a otros terrenos.

III. LA APERTURA DE LA "CAJA DE PANDORA"[20] CONSTITUYENTE POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Como se ha dicho, si bien en las decisiones de las sentencias Caso *Referendo Consultivo I y* Caso *Referendo Consultivo II,* la Corte Suprema no resolvió definitivamente la discusión constitucional, sino que la dejó abierta, si debe señalarse que en la parte motiva de la sentencia Caso *Referendo Consultivo I,* la Corte hizo una serie de consideraciones sobre el poder constituyente y las revisiones constitucionales que tocaron aspectos esenciales del constitucionalismo y que permitían vaticinar una posición jurídica futura en caso de nuevos conflictos, por lo cual estimamos necesario estudiarlas.

En *primer lugar*, la Corte Suprema trató el tema de la democracia directa. En efecto, al referirse al artículo 4º de la Constitución lo interpretó conforme a lo que consagraba, que no era otra cosa que el principio de la democracia representativa conforme al cual el pueblo soberano solo puede actuar mediante sus representantes electos. Pero frente a este principio constitucional, la Corte, en su sentencia, se refirió sin embargo al principio de la democracia directa, señalando que:

> "Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce".

De esta apreciación sobre la democracia directa, que la sentencia confundió con democracia participativa, que contrasta con el principio de la democracia representativa que adoptaba la Constitu-

---

20 De "Pandora" se dice que fue "la primera mujer, según el mito griego, que abrió una caja que contenía todos los males y estos se derramaron sobre la tierra", *Diccionario de la Lengua Española,* Real Academia Española, Vigésima segunda edición, Tomo 2, Madrid 2001, p. 1664. Y la "Caja de Pandora" se define como la "acción o decisión de la que, de manera imprevista, derivan consecuencias desastrosas", *idem*, Tomo 1, p. 391.

ción, la Corte continuó su argumentación sobre la posibilidad que tenía el pueblo de manifestarse directamente y no a través de representantes, en la forma siguiente:

> "De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer *sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación.* La Constitución ha previsto a través de sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse.
>
> Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de funciones del Estado específicamente consagrados en el texto fundamental (funciones públicas), se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares, no constituye un impedimento para *su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes.* Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo".

Conforme a este razonamiento de la Corte, resultaba entonces, sin duda, la posibilidad de efectuar un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente; pero no resulta posibilidad alguna de que mediante una consulta se pudiera "crear" y regular con rango constitucional y convocar una Asamblea Constituyente no prevista ni regulada en la propia Constitución, que acometiera la reforma constitucional, pues, precisamente, era la Constitución *la que regulaba expresamente* que la reforma constitucional debía realizarse por el poder constituyente instituido[21] mediante la participación de representantes electos inte-

---

[21]. De lo contrario ocurriría un fraude constitucional que, como lo definió G. Liet Veaux, ocurre cuando se produce la revisión de las cláusulas de revisión de la Constitución, con el fin de crear un nuevo órgano de revisión encargado de dictar una nueva Constitución; en "La fraude à la Constitution", *Revue du Droit Public*, París 1943, p. 143. *Cfr.* Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution… cit.,* p. 385.

grantes de las Cámaras Legislativas y la aprobación de la misma por el pueblo mediante un referendo aprobatorio (art. 146 de la Constitución). Precisamente, en este supuesto de reforma de la Constitución estábamos en presencia de un caso en el cual, conforme lo indicó la sentencia, el pueblo soberano, al sancionar la Constitución mediante sus representantes, reguló *expressis verbis* la forma para la realización de la reforma constitucional a través de sus delegados y de un referendo aprobatorio.

De manera que, en este caso, conforme a lo que señaló la Corte, si bien la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente podía hacerse; sin embargo, la misma, si se convocaba, no tenía autoridad constitucional para reformar la Constitución, pues en forma expresa ésta regulaba cómo podía reformarse por el poder constituyente instituido.

Se insiste, conforme al criterio de la Corte, la soberanía popular podría manifestarse directamente "cuando *no existe previsión expresa* de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes"; por lo que, en sentido contrario, cuando existía previsión expresa de la norma constitucional sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes, no podría manifestarse directamente dicha soberanía popular.

Precisamente en relación con la reforma constitucional, el artículo 246 establecía *en forma expresa* cómo había de manifestarse la soberanía popular a tales efectos, previendo la participación de los representantes electos (Senadores y Diputados) que integraban las Cámaras Legislativas y la participación directa del pueblo soberano mediante un referendo aprobatorio de la reforma constitucional.

Por tanto, en esta parte de la motivación de la sentencia Caso *Referendo Consultivo I*, lejos de deducirse que se podría modificar la Constitución vía una Asamblea Constituyente no prevista en la misma como consecuencia de una consulta popular, en realidad resulta todo lo contrario.

Conforme a la Constitución, el pueblo, mediante sus representantes constituyentes, en 1961 había determinado que la reforma general de dicho texto sólo se podía hacer en un proceso constituyente instituido, donde el pueblo tenía que manifestarse en dos formas*:* primero, mediante sus representantes, en el Congreso; y segundo, mediante un referendo aprobatorio de la nueva Constitución.

La consecuencia de ello era que todo intento de efectuar una reforma constitucional apartándose del procedimiento constituyente antes indicado, constituía una violación de la voluntad popular expresada en la Constitución. Esta no admitía que se pudiera reformar trastocándose la voluntad popular.

Un referendo aprobatorio, como el que regulaba en la Constitución, después que el Congreso -que estaba constituido por representantes electos popularmente- adoptase la reforma constitucional, no podía ser sustituido en forma alguna por un referendo consultivo, que no era más que eso, una consulta regulada en la Ley Orgánica del Sufragio (art. 181). Nadie, ni siquiera poder constituido alguno, tenía el poder conforme a la Constitución, para transformar un referendo consultivo establecido en una Ley, en un procedimiento de reforma constitucional.

En tal sentido es que se había planteado que mediante un referendo consultivo convocado conforme a la Ley Orgánica del Sufragio, se podría consultar al pueblo sobre si quería o no una Asamblea Constituyente para reformular el sistema político y sancionar una nueva Constitución, pero quedaba pendiente el tema de que si la consulta arrojaba una votación favorable, ello podía o no bastar para convocarla y atribuirle el poder constituyente. Siempre consideramos que ello no era posible constitucionalmente, pues para que la soberanía popular manifestada en un referendo consultivo se materializase en la convocatoria de una Asamblea Constituyente, el régimen de la Constituyente tenía necesariamente que estar consagrado con rango constitucional. Es decir, sólo la Constitución o una norma de rango constitucional podría establecer, por ejemplo, el carácter de dicha Asamblea (unicameral o bicameral); la forma de elección (uninominal, plurinominal, por cooptación, por representación corporativa); las condiciones de elegibilidad de los constituyentistas; las condiciones de postulación de los mismos (por firmas abiertas, por partidos políticos, por grupos de electores); la duración de su mandato; y sus funciones y poderes, particularmente en relación con los poderes constituidos (Congreso, Corte Suprema de Justicia, Poder Ejecutivo, Poderes estadales, Poderes municipales).

En nuestro criterio, por tanto, siempre consideramos que no bastaba un referendo consultivo para que pudiera convocarse una Asamblea Constituyente, pues el régimen de la misma no podía ser establecido por los poderes constituidos, ni por Ley del Congreso, ni por Decreto Ejecutivo.

El referendo consultivo lo que significaba era, sólo, la manifestación de voluntad del pueblo dirigida al poder constituyente instituido para que pudiera proceder a regular la Constituyente en la Constitución, y poder convocarla. Por consiguiente, el poder constituyente instituido -como consecuencia de dicho mandato- debía ser el encargado de reformar la Constitución para regular la Constituyente, conforme al procedimiento previsto en el artículo 246; reforma que debía someterse a referendo aprobatorio.

En consecuencia, consideramos que todo intento de convocar una Asamblea Constituyente, basado en una consulta popular (referendo consultivo), sin que interviniera la representación popular recién electa constituida en el Congreso, y sin que interviniera el pueblo mediante un referendo aprobatorio como poder constituyente instituido, de acuerdo con la Constitución, era una violación de la misma y, en consecuencia, del derecho ciudadano a su supremacía constitucional.

Esto, incluso, derivaba de los propios razonamientos de las sentencias Caso *Referendo Consultivo I y II*. En efecto, como se ha dicho, la sentencia Caso *Referendo Consultivo I* precisó con claridad, sobre el referendo consultivo regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que:

> "Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiere *vigencia inmediata,* (se refiere a la voluntad popular manifestada a través de la consulta), *su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos,* se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada".

Es decir, la consulta popular debía considerarse en forma inmediata como la manifestación del pueblo (vigencia), pero conforme al criterio de la Corte, ello no bastaba para considerar que tenía eficacia si la consulta conducía a una reforma del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, la eficacia de la manifestación de la voluntad popular sólo se producía cuando mediante los mecanismos legales o constitucionales se diere cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el referendo consultivo. Un ejemplo aclara el planteamiento formulado por la Corte: imaginémonos que hubiera podido convocarse a un referendo consultivo sobre el establecimiento de la pena de muerte en el país; ello tendría vigencia inmediata, como consulta popular, pero no tendría efectividad sino hasta tanto el poder constituyente instituido reformase el artículo 58 de la Constitución que no sólo regulaba el derecho a la vida como inviolable, sino que prohi-

bía el establecimiento de la pena de muerte. En este sentido, la eficacia del referendo consultivo solo procedía cuando se hiciese la reforma constitucional; como lo dijo la Corte:

> "Siguiendo los 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".

Por supuesto, las modificaciones al orden jurídico para hacer eficaz la voluntad popular manifestada en el referendo, sólo podían adoptarse por los órganos del Poder Público que tuvieran constitucional y legalmente *competencia* para hacer las reformas. Dicha competencia, en ningún caso podía derivar del propio referendo consultivo, a menos que se persiguiera delegar el poder constituyente originario en un órgano de los poderes constituidos, lo que hubiera sido atentatorio con el principio democrático de la soberanía popular.

En la sentencia Caso *Referendo Consultivo II,* como ya se ha dicho, se insistió en este mismo argumento, pero específicamente referido al referendo consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, al destacarse que ello tenía especial trascendencia nacional:

> "En la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los órganos *competentes* del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que, previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza".

En esta decisión, sin embargo, se abrieron dos posibilidades concretas para que el referendo sobre la Asamblea Constituyente adquiriera eficacia. En primer lugar, que los órganos competentes del Poder Público Nacional diseñasen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos. En este caso, por supuesto, lo importante era determinar si algún órgano del Poder Público Nacional (Ejecutivo o Legislativo) tenía *competencia* para "diseñar los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente" a los fines de reformar la Constitución. La respuesta evidentemente que era negativa, pues conforme al ordenamiento jurídico vigente, ningún órgano del Poder Público tenía competencia para ello y menos aún cuando los mecanismos de

convocatoria de una Asamblea Constituyente sin duda comportaban modificaciones a la Constitución. Este era el caso, por ejemplo, del establecimiento de un sistema puramente uninominal para la elección de los constituyentistas, lo que implicaba la reforma del artículo 113 de la Constitución de 1961, que consagraba el derecho político a la representación proporcional de las minorías.

Pero en segundo lugar, la sentencia Caso *Referendo Consultivo II* planteó la alternativa, como consecuencia de la consulta popular sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, de que previamente los órganos del Poder Público Nacional (se refería al Congreso) tomasen la iniciativa de enmienda o de reforma de la Constitución que incluyera la figura de la Asamblea Constituyente.

No se olvide que conforme al mencionado artículo 246 de la Constitución de 1961, la reforma constitucional una vez sancionada por las Cámaras como cuerpos colegisladores, se debía aprobar mediante referendo aprobatorio. Ninguna norma autorizaba en la Constitución, a cambiar dicho régimen por un referendo consultivo, cuyo texto -el de la consulta- se formulase sin una sanción previa por los representantes del pueblo en el Congreso, y que fuera producto de la sola voluntad del Ejecutivo Nacional.

Nada, por tanto, impedía que se convocara a un referendo consultivo para consultar al pueblo sobre el tema de la convocatoria a una Constituyente; en cambio, la Constitución nada regulaba para que una reforma constitucional sólo se derivase de una consulta popular, sin que su texto hubiera sido discutido y sancionado por las Cámaras que integraban el Congreso y luego sancionado mediante referendo aprobatorio.

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, señaló que las normas constitucionales relativas a la reforma constitucional no ataban al poder constituyente manifestado mediante un referendo consultivo, de lo que derivaba la posibilidad de que mediante este se pudiera estructurar otra vía para la reforma de la Constitución, mediante una Asamblea Constituyente, no prevista expresamente en ella.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia Caso *Referendo Consultivo I,* dedicó un Capítulo (V) a la "técnica interpretativa de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política", cuyo artículo 181 había sido objeto del recurso de interpretación intentado. Conforme al criterio de la Corte:

> "Ello se circunscribe a determinar si de conformidad con dicha norma, puede convocarse a un referendo consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente".

Al precisar sus consideraciones sobre este tema, la Corte puntualizó que el "análisis interpretativo" que hacía, "versa sobre la convocatoria a referendo" y nada más; precisando que la interpretación que realizó no versaba ni se refería "a consulta plebiscitaría", sobre lo cual agregó:

> "En realidad, si bien ambas figuras tienden a confundirse teóricamente, mientras el referendo se refiere a un texto o proyecto, el plebiscito tiende a ratificar la confianza en un hombre o gobernante (*Cfr*. Leclerq, Claude, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnels*, París 3ème Edition, pág. 137)".

La Corte, en esta forma, deslindó los conceptos y precisó el mecanismo de participación política que regulaba el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que quedaba reducido a un referendo consultivo que, como se ha dicho antes, tenía por objeto consultar la opinión del pueblo sobre una decisión que, por supuesto, normalmente estaba plasmada en un proyecto por escrito. Por eso, la Corte señaló que el referendo consultivo se refería a un texto o proyecto, que era el que debía someterse a consulta.

En cuanto al plebiscito, no sólo se traducía en un voto de confianza "a un hombre o gobernante" como lo dijo la Corte, sino que su carácter nunca era consultivo sino decisorio; con el plebiscito se le pedía al pueblo que decidiera; con el referendo consultivo se le pedía al pueblo su opinión sobre una decisión que debía adoptar el órgano del Poder Público que formulaba la consulta. Hechas estas precisiones y analizado el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la Corte concluyó señalando que de dicha norma se desprendía:

> "La consagración jurídica de la figura del referendo consultivo como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales".

Al constatar que la duda planteada por los solicitantes del recurso de interpretación "viene fundamentalmente referida al aspecto sustancial del referendo consultivo"; con el objeto de determinar:

> "Si la materia objeto del mismo podría estar referida a la voluntad popular de reformar la Constitución mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente".

Y luego de analizar las materias que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política no pueden someterse a referendo, la Corte concluyó señalando que:

> "El principio general en materia de participación democrática radica en que la globalidad de los asuntos de especial trascendencia nacional puede ser consultado a través de este mecanismo".

Sin embargo, a renglón seguido, la Corte hizo el razonamiento ya referido anteriormente en varias oportunidades, de que el resultado del referendo consultivo *no tenía efectos de inmediato*, sino:

> "Sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada".

Es decir, el referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente podía hacerse y adquiría vigencia, pero no era eficaz para reformar la Constitución sino una vez regulada dicha Asamblea en la propia Constitución o en otro instrumento acorde con la consulta popular como mecanismo político del poder constituyente instituido para hacer la reforma general.

Si bien el razonamiento lógico de la sentencia conducía a la primera conclusión, la misma podía interpretarse también en el segundo sentido, dada la consideración que hizo sobre la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos.

Pero en *segundo lugar,* la Corte Suprema en su decisión también hizo una serie de precisiones sobre el poder constituyente y los poderes constituidos, lo que daría origen a nuevas discusiones jurídicas posteriores.

En efecto, en su sentencia Caso *Referendo Consultivo I* señaló lo siguiente:

> "El poder constituyente originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional. En este orden de motivos, la idea del poder constituyente presupone la vida nacional como unidad de existencia y de decisión. Cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se dis-

> tribuye su funcionamiento, estamos en presencia del poder constituido. En cambio, lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de los poderes constituidos es función del poder constituyente. Este no debe confundirse con la competencia establecida por la Constitución para la reforma de alguna de sus cláusulas. La competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto, es poder constituyente instituido o constituido, y aun cuando tenga carácter extraoficial, está limitado y regulado, a diferencia del poder constituyente originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido".

Se refirió así la Corte, en su sentencia, uno de los conceptos esenciales del constitucionalismo moderno, el del poder constituyente originario el cual, a decir verdad, en los Estados constitucionales estables solo se manifiesta una vez, al constituirse el Estado como "potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional". Así concebido, el poder constituyente originario es *supra leges* y queda *legibus solutus*, fuera de toda limitación. Es un hecho que preexiste al derecho que dicho poder crea y ordena en una Constitución.

Sin embargo, este poder constituyente originario, en el mundo contemporáneo es una mera representación histórica. Ese fue, por ejemplo, el que asumieron las Asambleas coloniales norteamericanas para crear, *ex novo,* Estados soberanos y ese fue el que asumió la Asamblea Nacional francesa con la Revolución, para transformar radicalmente el Estado francés. Así también actuó el Congreso General de las Provincias de Venezuela, cuando organizó la Confederación de Estados de Venezuela en 1811 y antes, así fueron las manifestaciones de los Cabildos Capitales de las Provincias de la Capitanía General de Venezuela que adoptaron las Constituciones Provinciales.

Pero una vez constituidos los Estados modernos, el poder constituyente originario, así concebido, difícilmente aparece de nuevo, salvo que sea como manifestación *fáctica,* producto de una revolución y, por tanto, de situaciones de hecho y de rupturas constitucionales. Las Constituciones, en cambio, lo que reglan es el poder constituyente instituido o derivado, expresando la voluntad popular hacia futuro sobre cómo es que se puede reformar la propia Constitución, por ejemplo, a través de los procedimientos de reforma y de enmiendas.

En la Parte anterior de este libro he analizado con detenimiento las sentencias de los casos Referendo I y Referendo II, por lo que, para esta publicación, remito a lo ya dicho y en esta parte omitimos lo que ya está dicho sobre las sentencias, en relación con el poder constituyente originario y los poderes constituidos.

Lo que quedó claro de las sentencias fue que para que quedase reconocido el derecho a la participación y para realizar un referendo consultivo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio, no era necesario realizar reforma constitucional alguna; y que si efectuado el referendo consultivo, si la mayoría (que había que determinar si era sobre los electores inscritos en el Registro Electoral o los votantes efectivos) la obtenía él "si" para la convocatoria a la Asamblea Constituyente, como lo dijo la Corte en las dos sentencias analizadas, ello tenía "vigencia inmediata" *en cuanto a mandato popular obligatorio para los constituidos órganos del Estado*. Ese mandato popular, sin embargo, en sí mismo no tenía eficacia, como lo afirmó la Corte en la sentencia Caso *Referendo Consultivo I,* sino:

> "Cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé 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".

La Corte, en definitiva, como hemos dicho, lo que resolvió fue la constitucionalidad del referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero no resolvió expresamente la constitucionalidad de su convocatoria sin que se estableciera previamente su régimen mediante una reforma constitucional. Textualmente expresó una de dichas sentencias, al interpretar el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que fue la norma que constituyó el fundamento del Decreto, lo siguiente:

> "Se desprende así del texto aludido (Art. 181 LOSPP), la consagración jurídica de la figura del *referendo consultivo* como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales. De allí que la regla se dirija fundamentalmente a establecer las distintas modalidades para la iniciativa en la convocatoria de la *consulta* popular. (Sentencia Caso *Referendo Consultivo I* del 19-1-99, Ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche)".

En dicha sentencia se expresó, además, lo siguiente, a propósito del referendo consultivo:

> "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 Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria a una Asamblea Constituyente".

La otra sentencia de la Sala, de la misma fecha, señaló lo siguiente:

> "Sí es procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política *para consultar* la opinión mayoritaria respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente, en los términos expuestos en este fallo". (Caso *Referendo Consultivo II* del 19-1-99, Ponencia del Magistrado Héctor Paradisi)

Sin embargo, todos los argumentos de la motivación de las sentencias apuntaban a que, dependiendo de cómo se hiciera la consulta popular, se legitimase posteriormente el instrumento político de la Asamblea Constituyente convocada para reformar la Constitución, incluso sin que se produjese una reforma constitucional previa[22].

El paso inicial para dilucidar la situación, con el cual se abrió el proceso constituyente, como se dijo, lo dio el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, el día 2 de febrero de 1999, día de la toma de posesión de su cargo, lo que ocurrió sólo semanas después de la publicación de las sentencias comentadas de la Corte Suprema de Justicia. Con dicha sentencia, en definitiva, se abrió el camino para la estructuración de una tercera vía para reformar la Constitución de 1961, distinta a la Reforma General y la Enmienda previstas en sus artículos 245 y 246, como consecuencia de una consulta popular para convocar una Asamblea Constituyente[23].

---

22 La Corte Suprema de Justicia, en definitiva, como lo dijo Claudia Nikken, validó, de entrada, la decisión de iniciativa presidencial del Presidente electo, en *La Cour Suprême de Justice et la Constitution…, cit.,* p. 363.

23 Sobre el referendum consultivo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política como una ventana abierta para la convocatoria de una

IV. LA CONVOCATORIA AL REFERÉNDUM SOBRE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y LOS INTENTOS DE SECUESTRO DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POPULAR

Las sentencias de 19 de enero de 1999, en todo caso, fueron las que dieron pie para que el Presidente de la República, sin autorización constitucional alguna, en lo que fue su primer acto de gobierno dictado al tomar posesión de su cargo, el 2 de febrero de 1999, emitiera un Decreto convocando un "referendo consultivo" en el cual pretendía que el pueblo no sólo lo autorizara a convocar la Asamblea Constituyente sino que lo autorizara a él mismo y sólo él para definir la composición, el régimen, la duración y la misión de la Asamblea[24]. Se pretendía, así, que se produjera un 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. Así se pretendió confiscar el derecho a la participación política, cuyo reconocimiento judicial había sido precisamente, lo que había abierto la vía hacia el referendo consultivo sobre la Constituyente.

Por ello, la discusión sobre si era necesaria o no una reforma constitucional previa para convocar la Asamblea Constituyente, sin duda, después de las sentencias de enero de 1999, había cesado, habiéndose trasladado a otros dos aspectos: primero, sobre quién debía tomar la iniciativa de convocar al *referéndum consultivo* sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente: el Congreso o el Presidente de la República; y cuál debía ser el texto de la consulta popular para que el régimen de la Constituyente fuera el producto del Poder Constituyente Originario, es decir, de la manifestación de voluntad del pueblo mediante el ejercicio del derecho a la participación política a través de la consulta popular.

Pronto estos aspectos de la discusión serían enfrentados: el Presidente de la República, el día 02 de febrero de 1999, como se dijo, dictó el Decreto Nº 3 mediante el cual tomó la iniciativa de decretar "la realización de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente" (art. 1).

Asamblea Constituyente, véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional,* Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 95 y ss.

24 Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.634 de 02-02-99.

En esta forma, el primer aspecto de la discusión había sido resuelto, y el Congreso ni siquiera tuvo tiempo de comenzar a discutir el tema. Es decir, el Presidente de la República asumió la iniciativa de convocar al referendo.

Pero el segundo punto de la discusión no fue resuelto, pues conforme al criterio de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, el Poder Constituyente Originario (el pueblo) para crear una Asamblea Constituyente con el objeto de reformar la Constitución, mediante un *referéndum consultivo,* debía pronunciarse sobre los diversos aspectos que debían configurar el régimen de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, el Decreto Nº 3 del 02-09-99 no satisfizo estas exigencias y, al contrario, omitió toda referencia al régimen de la Constituyente, sustituyendo este aspecto por una solicitud al pueblo de delegación al propio Presidente de la República para regular, él sólo, "las bases del proceso comicial" en el que se debían elegir los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente[25].

En efecto, la primera pregunta que se proponía en el artículo 3º del Decreto, decía:

> "PRIMERA: ¿*Convoca usted* una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa?".

Por supuesto, en cuanto a la forma cómo se formuló la pregunta, lejos de ser una consulta al pueblo sobre una decisión que luego debía adoptar un órgano del Poder Público, conllevaba a que se pretendiera que fuera el mismo pueblo el que adoptase la decisión directamente; es decir, el que decidiera. La pregunta era ¿*Convoca usted* una Asamblea Nacional Constituyente.....?; lo que significaba que responder con un "sí", era decidir convocar la Asamblea. No se trataba de dar un voto favorable para que se la convocara conforme a un texto o proyecto que estableciera su régimen y que también debía ser objeto de la consulta, como lo dijo la Corte Suprema en las sentencias de 19-1-99, sino convocarla directamente.

---

[25]. Véase los comentarios críticos a este Decreto en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional, op. cit.,* pp. 229 a 254.

Por tanto, con la pregunta lo que se perseguía era que fuera el pueblo, directamente mediante referendo decisorio o plebiscitario, el que convocara la Asamblea Nacional Constituyente, pero sin que dicho órgano existiera, pues no estaba previsto en parte alguna y ni siquiera su creación se derivaba de la propia pregunta al pueblo; y sin que siquiera se estableciera la mayoría requerida para que la supuesta decisión de convocarla fuera considerada adoptada. Pero lo más grave de todo era que al momento de votar no sólo no existía la institución que se pretendía convocar, sino que no se sabía cuál podía ser su régimen o configuración.

Es decir, se le pretendía pedir al pueblo *que convocara* una institución que no existía pues no había sido creada y ni siquiera esbozada en un proyecto, lo que viciaba el acto en su objeto, por ser de imposible ejecución como lo establece el Artículo 19, ordinal 3º la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Simplemente nadie puede convocar una institución que no existe y eso es lo que se pretendía con la primera pregunta del Artículo 3º del Decreto. Por ello, en este caso, se desfiguraba así la noción de referendo consultivo, en abierta violación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

En cuanto a la forma como también se formuló la segunda pregunta para el referendo, en el artículo 3º, decía:

> "SEGUNDA: ¿*Autoriza usted* al Presidente de la República para que mediante un acto de gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?"

En este caso, se preguntaba ¿*Autoriza usted* al Presidente de la República...?, por lo que tampoco se estaba en presencia de un referendo consultivo, sino de un referendo también decisorio, por "autorizatorio", que tampoco preveía ni regulaba el ordenamiento jurídico.

En ese caso, responder con un "sí" significaba autorizar al Presidente de la República para que hiciera algo para lo cual no tenía competencia constitucional, sin que el pueblo siquiera le fijase algunos parámetros de actuación; lo que equivalía a hacerlo supuestamente depositario del poder constituyente originario, cuya expresión a través de una Asamblea Constituyente quedaba a su completa discreción "oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos" innominados y escogidos también a su arbitrio.

En relación con esta segunda pregunta del Artículo 3º del Decreto, debe señalarse que debiendo tratarse de un referendo consultivo, conforme a la interpretación que le dio la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia al Artículo 182 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el texto de la pregunta debió contener los elementos necesarios y fundamentales para poder configurar, como producto de la soberanía popular, el régimen de la Asamblea Constituyente para poder convocarla.

Al contrario, se pretendía que el pueblo *autorizase* al Presidente de la República para que mediante un "acto de gobierno" (término erróneamente utilizado, según la doctrina sentada por la Corte Suprema) fuera el que fijase "las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente", lo cual, además, desde el punto de vista lógico conforme a la pregunta, debía hacer *después de ser autorizado* por el referendo. Se pretendía así, que mediante un referendo decisorio no previsto en la Ley, el pueblo soberano renunciase a su derecho a participar y delegase o transfiriera al Presidente de la República, sólo, sin siquiera la participación del Consejo de Ministros, para que éste fuera el que fijase posteriormente al referendo, "las bases del proceso comicial" para elegir a los integrantes de la Asamblea Constituyente que constituía parte del régimen de la misma, es decir, las condiciones de elegibilidad, la forma de postulación y las condiciones para la elección. Con ello se pretendía trasladar el poder constituyente al Presidente de la República lo cual era inconstitucional, por no tener competencia para ello.

Pero volviendo a la primera pregunta prevista en el artículo 3 del Decreto Nº 3, al someterse a decisión del pueblo el convocar la Asamblea Nacional Constituyente, se precisaba que el objeto o propósito que tendría la que se convocara, si resultaba un "sí" mayoritario (sin saberse en qué proporción), sería la de "*transformar el Estado* y *crear un nuevo ordenamiento jurídico* que permitiera el funcionamiento de una democracia social y participativa".

De acuerdo con esta pregunta, por tanto, la Asamblea Constituyente que se pretendía convocar popularmente, tenía una misión distinta a la Asamblea Constituyente que conforme a la sentencia de la Corte Suprema del 19-01-99 podía resultar de un referendo consultivo, como un mecanismo para reformar la Constitución distinto a los regulados en los artículos 245 y 246 de la Constitución de 1961. La misión de la Asamblea Constituyente producto del dere-

cho a la participación, conforme a esas sentencias, era reformar la Constitución, por lo que mientras eso no ocurriera, continuaba vigente la Constitución de 1961 y con ella, el régimen de funcionamiento del Estado que ella establecía, es decir, del Poder Público conforme a la forma del Estado federal y a la separación orgánica de poderes. Ambas sentencias lo habían expresado sin que pudiera quedar duda alguna sobre su sentido, ni pretenderse que eran párrafos inexistente en ellas. Así, en la decisión de la Corte Suprema del 19-01-1999 (Caso *Referendo Consultivo I*) en la que fue ponente el Magistrado Humberto J. La Roche, se estatuyó:

> "Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiera vigencia inmediata, *su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé 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".

Por su parte, la sentencia Caso *Referendo Consultivo II* de la misma fecha cuyo ponente fue el Magistrado Héctor Paradisi, concluyó:

> "Ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso tiene una especial trascendencia nacional, en la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, *sería factor decisivo para que los Órganos competentes del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza".*

En consecuencia, era totalmente incompatible con una Asamblea Constituyente cuyo mandato era reformar la Constitución, la Primera Pregunta del artículo 3º del Decreto Nº 3 que pretendía que el pueblo, mediante referendo decisorio, convocara una Asamblea Nacional Constituyente pura y simplemente "con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico".

Ahora bien, el Decreto Nº 3, como acto administrativo que era, fue objeto de impugnación mediante diversas acciones contencioso-administrativas de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad que

se ejercieron por ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa. Dichas acciones, sin embargo, fueron declaradas inadmisibles por el Juzgado de Sustanciación de la Sala considerando que el Decreto del Presidente de la República convocando la realización del referendo, *no era un acto administrativo recurrible* por ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de que no producía "efectos externos". La Sala consideró que se trataba de una simple "solicitud" formulada por el Presidente ante el Consejo Nacional Electoral, órgano que conforme al artículo 184 de la misma Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, era al que correspondía poner fin al procedimiento administrativo correspondiente relativo a la convocatoria de los referendos. Es decir, era el que con su decisión de fijar la fecha de realización del mismo, una vez verificada que la "solicitud" cumplía con los requisitos legales, ponía fin a la vía administrativa y, en consecuencia, era el que podía ser revisado jurisdiccionalmente mediante un recurso contencioso electoral[26].

Independientemente de las críticas u observaciones que se podían formular a las decisiones del Juzgado de Sustanciación, al considerar que un Decreto presidencial de convocatoria de un referendo ordenando además las preguntas que debían formularse, no tenía efectos jurídicos "externos"; la consecuencia de la decisión fue entonces, y conforme con la doctrina sentada por el Juzgado de Sustanciación, la introducción por los interesados de sendas acciones de nulidad (con los mismos argumentos de derecho) pero esta vez contra la Resolución Nº 990217-32 del Consejo Nacional Electoral de 17-02-99 dictada en conformidad con el mismo Decreto Nº 3 del Presidente de la República, que a su vez había reproducido íntegramente su texto y había fijado la realización del referendo para el día 25-04-99. Una de dichas acciones de nulidad, fue la decidida por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18-03-99, mediante la cual el Supremo Tribunal, conforme a lo antes dicho, anuló la Segunda Pregunta de la convocatoria al referendo[27].

---

26 El primero de los autos del Juzgado de Sustanciación, en el sentido indicado, fue dictado el 02-03-99.

27 Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente,* Caracas 1999, pp. 169 a 185 y en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 73 a 83.

En efecto, el acto administrativo dictado por el Consejo Nacional Electoral el 17 de febrero de 1999, contenido en la Resolución Nº 990217-32[28], conforme a lo decidido por el Presidente de la República en el Decreto N° 3 antes mencionado, había resuelto:

> *"Primero:* Convocar para el día 25 de abril del año en curso, el referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, *de conformidad con el Decreto Nº 3 de fecha 2 de febrero de 1999 de fecha 02-02-99,* dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros".

Este acto administrativo,[29] ante todo, estaba viciado en su causa al fundamentarse en el mencionado Decreto Nº 3 de 02-02-99, el cual, al igual que la Resolución, era ilegal e inconstitucional pues violaba los artículos 3, 4, 50, 117 y 139 de la Constitución y los artículos 181 y 184 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; estaba viciado de desviación de poder; era ineficaz y de imposible ejecución, lo que lo hacía nulo conforme al artículo 19, ordinal 3º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; y, en definitiva, por configurarse, en sí mismo, como un instrumento que podía conducir a un fraude a la Constitución.

En efecto, la Resolución del Consejo Nacional Electoral, al ordenar que se realizase el referendo "de conformidad con el Decreto Nº 3 de fecha 02-02-99", es decir, tomando en consideración las bases establecidas en el mismo, no convocaba en realidad un referendo consultivo*,* que era el único que autorizaban los artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sino que desviando los poderes que derivaban de lo dispuesto en dichas normas, y contrariándolas, tanto el Presidente de la República en Consejo de Ministros como el Consejo Nacional Electoral, en definitiva, se habían valido de las normas que

---

28 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la inconstitucional convocatoria a referendo sobre una Asamblea Nacional Constituyente efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999", *Revista Política y Gobierno,* FUNEDA Vol. I, Nº 1, Caracas, Enero-Junio 1999, pp. 29 a 92.

29 Curiosamente dicha Resolución no fue publicada en la *Gaceta Oficial.* La referencia a la misma sólo aparece en las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral de marzo de 1999 publicadas en *Gaceta Oficial* Nº 36.669 de 25-03-99.

regulaban la figura del referendo consultivo en dicha Ley, pero para convocar un referendo decisorio, autorizatorio o plebiscitario, cuando ello no estaba autorizado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política[30].

Con motivo de la impugnación en vía contencioso administrativa de dicha Resolución del Consejo Supremo Electoral, en sentencia de la misma Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de fecha 18 de marzo de 1999 (Caso *Gerardo Blyde*), anuló la segunda pregunta que pretendía delegar en el Presidente dictar el Estatuto de la Constituyente contenida en el Decreto Nº 3 y en la consecuencial Resolución del Consejo Nacional Electoral Nº 990217-32 del 17 de febrero de 1999[31], considerando que ello violaba el derecho a la participación política de los ciudadanos al excluirlas del mecanismo del *referéndum consultivo*[32]. La Corte Suprema en dicha sentencia (Ponente Magistrado Hermes Harting), exigió, así, 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.

En efecto, en la sentencia, la Sala declaró *con lugar* el recurso que se había interpuesto contra la mencionada Resolución del Consejo Nacional Electoral y, en consecuencia, *anuló* la segunda pregunta destinada al *referendo* convocado, contenida en dicha Resolución[33]. Los argumentos en los cuales que se basó la Sala Político

---

30 Véase el texto del recurso de inconstitucionalidad que interpusimos ante la Corte Suprema en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional, op. cit.,* pp. 255 a 321.

31 Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, "Comentarios sobre la inconstitucional convocatoria a Referéndum sobre una Asamblea Nacional Constituyente efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999", en *Revista Política y Gobierno,* FUNEDA, Vol. I, Nº 1, Caracas, Enero-Junio 1999, pp. 29 a 92.

32 Véase los comentarios a la sentencia y el texto de la misma, así como de su aclaratoria, en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea.... op. cit.,* pp. 117 a 217 y en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 73 a 85.

33 Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 169 a 185.

Administrativa fueron que dado que la pregunta del referéndum era "sobre la conveniencia de instalar una Asamblea Nacional Constituyente", de acuerdo al derecho a la participación política que conforme a sus anteriores sentencias del 19-1-99, habían permitido que mediante un referendo consultivo se originase el mecanismo de la Asamblea Constituyente para reformar la Constitución; debía necesariamente procederse "a consultarse sobre aquellas reglas fundamentales que detallen su organización y régimen general". En consecuencia, al haber ignorado la pregunta segunda tales postulados, y

> "al pretender delegar, en el ciudadano Presidente de la República, la fijación de las bases del proceso comicial por el que se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente",

la Corte Suprema concluyó considerando que dicha pregunta segunda era inconstitucional,

> "por vulneración del derecho a la participación política implícito en el artículo 50 de la Constitución de la República, como derecho inherente a la persona humana, y así expresamente se declara".

En definitiva, sobre si debía o no garantizarse el derecho a la participación política en la formulación del "estatuto" de la Asamblea Nacional Constituyente (las llamadas bases comiciales), que el Presidente de la República había querido confiscar, al pretender que el pueblo le "delegara la potestad de formular, él solo, exclusivamente, dichas "bases", la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 18 de marzo de 1999, rechazó tal pretensión presidencial, anulando la Resolución Nº 990217-32 de 17 de febrero de 1999 del Consejo Supremo Electoral que reproducía las preguntas que el Presidente había formulado; o sea, consideró indirectamente que el Decreto del Presidente había sido inconstitucional como lo habíamos alegado y, en definitiva, ordenó que las mismas bases comiciales debían someterse a la consulta popular, y debían ser aprobadas por el pueblo.

En todo caso, la decisión de la Sala Político Administrativa obligó tanto al Presidente de la República como al Consejo Nacional Electoral a reelaborar la segunda pregunta del *referéndum,* en la cual se enumeraron las *bases comiciales* que regulaban el estatuto

de la Asamblea, que debían someterse a la consulta popular[34]. En cuanto al Presidente, éste, anticipándose quizás a lo que quizás ya sabía que venía en dicha decisión judicial, una semana antes tuvo el cuidado de emitir un nuevo acto administrativo[35] el cual, sin la menor duda, también era un Decreto (aún cuando sin ese nombre y sin número)[36] mediante el cual ordenó publicar en *Gaceta Oficial* una propuesta del Ejecutivo Nacional fijando las bases de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, para ser *sometida para la aprobación del pueblo en el referendo* convocado.

Con este Decreto, sin duda, el Presidente sin decirlo expresamente, había modificado el Decreto N° 3 de 02 de febrero de 1999, eliminando entonces la segunda pregunta que buscaba que se le delegara la fijación de las bases comiciales. Reconoció, así, el Presidente de la República el error constitucional que había cometido, como se había denunciado; y ello obligaba, por tanto, al Consejo Nacional Electoral a modificar la Resolución N° 990217-32 del 17-02-99, a los efectos de *incorporar a las preguntas del referendo* los elementos contenidos en las bases mencionadas que conformaban el régimen o estatuto de la Constituyente, y permitir así, al pueblo, ejercer su derecho a la participación.

El Presidente de la República, en esta forma, acogió las objeciones fundamentales que se le habían y que habíamos formulado respecto del Decreto N° 3 y de la Resolución del Consejo Nacional Electoral en cuanto a la no inclusión en las preguntas contenidas en dichos actos administrativos, de las bases del régimen de la Constituyente. Correspondía después al Consejo Nacional Electoral, modi-

---

34 Véase el texto de las bases propuestas por el Presidente en la "Orden" de 10-3-99 publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 36.660 de 12-03-99 y las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral Nº 990323-70 y 990323-71 de 23-03-99 (*Gaceta Oficial* Nº 36.669 de 25-03-99) y Nº 990324-72 de 24-03-99 (*Gaceta Oficial* Nº 36.672 de 30-03-99).

35 Véase el "Aviso Oficial" publicado en *G.O.* N° 36.658 de 10-03-99, que contiene la "orden" de: *Publicación de la propuesta del Ejecutivo Nacional que fija las bases de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, analizada en el Consejo de Ministros del 9 de marzo de 1999, la cual será sometida para la aprobación del pueblo en el referéndum convocado por el Consejo Nacional Electoral a celebrarse el 25 de abril de 1999.*

36 En los términos de los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

ficar la Resolución N° 990217-32 del 17-02-99 para que, con la autorización de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia conforme al artículo 239 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, se incorporase a las preguntas del referendo el régimen de la Constituyente, en la forma de consulta popular.

Por otra parte, debe destacarse que en la sentencia de 18-3-99, además, la Sala Político Administrativa argumentó y decidió que el referendo regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, era un referendo eminentemente consultivo, es decir, que tenía por objeto conocer la opinión o el parecer del pueblo sobre determinada cuestión o texto, y que, por tanto, con fundamento en dicha norma no se podía convocar un referendo autorizatorio y, por supuesto, tampoco un referendo decisorio.

Por ello, incluso, la Corte, al resolver y declarar la nulidad de la pregunta segunda del referendo, se refirió a la pregunta primera contenida en la Resolución que había sido impugnada, aún cuando la misma no había sido objeto de impugnación por el recurrente. Sin embargo, la Corte consideró que era:

> "Menester referirse a la primera de las preguntas formuladas que deberán responder los votantes, a fin de fijar el marco referencial e interpretativo bajo el cual ha de estudiarse la segunda pregunta";

y, en consecuencia, la interpretó acorde con la Constitución, derivando que en la misma -a pesar de su redacción- no se estaba convocando a un referendo decisorio, sino eminentemente consultivo.

Es decir, la Corte estableció clara y expresamente, a pesar de la forma de redacción de la misma, su carácter propio de un referendo consultivo. Señaló así la Corte, en relación con la primera pregunta, que:

> "Esa primera cuestión está dirigida a indagar sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente... Con tal iniciativa se pretende, entonces, *conocer la opinión* de los electores en cuanto a una materia, ciertamente, de especial trascendencia nacional: la conveniencia de convocar una Asamblea Nacional Constituyente";

Es decir, a pesar de que la pregunta, como estaba formulada: ¿*Convoca Ud.* una Asamblea Nacional Constituyente...? implicaba un referendo decisorio; la Corte Suprema lo interpretó en el sentido

de que el mismo era sólo de carácter consultivo, destinado a indagar o conocer la opinión de los votantes sobre la conveniencia o no de convocar la Asamblea Constituyente.

Por ello, la Corte insistió en que conforme a sus anteriores sentencias del 19-1-99, (Caso *Referendo Consultivo I y II*), lo que se podía realizar conforme a la Ley Orgánica del Sufragio, era un referendo para ser "consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional", por lo que concluyó señalando que:

> "Es perfectamente compatible con la anterior concepción *el interrogar al soberano si está de acuerdo* con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente..."

Más adelante, al analizar sus anteriores sentencias del 19-1-99, la Corte señaló que ese:

> "Ejercicio de soberanía no delegado encuentra su cauce precisamente en los mecanismos de participación política directa, el *referendo consultivo,* entre otros, como manifestación concreta que permite conocer de primera mano, *cuál es la opinión del* cuerpo consultado respecto a determinadas materias de evidente trascendencia nacional".

Por ello, en otra parte de la decisión, al hacer referencia a la anterior sentencia del 19-1-99 (Casos *Referendo Consultivos I y II*), la Corte señaló que:

> "Se circunscribió a determinar si de conformidad con el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política puede convocarse a un referendo consultivo*,* a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente".

En tal sentido, insistió la Corte en su sentencia:

> "Que un mecanismo de consulta directo, llamado a resolver sobre materias que no han sido previamente delegadas en representantes, debe preservar, mantener y defender como principal valor, el ser fiel expresión de la verdadera voluntad popular".

De ello concluyó la Corte en que:

> "Entonces, es indispensable, que formulada la pregunta sobre la conveniencia de instalar una Asamblea Nacional Constituyente, proceda a consultarse sobre aquellas reglas fundamentales que detallen su organización y régimen general".

Pero, además, sobre el carácter consultivo del referendo regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio, la Sala Político Administrativa en su sentencia del 18-3-99, insistió en lo siguiente:

> "El pronunciamiento de la Sala en fecha 19 de enero de 1999, se circunscribió a determinar si de conformidad con el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política puede convocarse a un referendo consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente. En aquella oportunidad la Sala se pronunció, dentro del análisis interpretativo solicitado, diferenciando la figura de referendo contenida en el precepto de la Ley electoral, del mecanismo de consulta plebiscitaria, estableciendo que el primero se refiere a la consulta sobre un texto o proyecto, en tanto que el segundo, esto es, el plebiscito, tiende a ratificar la confianza en un hombre o gobernante; y concluyó:
>
> > Se desprende así del texto aludido (artículo 181), la consagración jurídica de la figura del referendo consultivo como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales. De allí que la regla se dirija fundamentalmente a establecer las distintas modalidades para la iniciativa en la convocatoria de la consulta popular.
> >
> > Retomando, entonces, esta apreciación inicial en cuando a la naturaleza de la figura consagrada en la norma antes aludida, reitera la Sala, que dicho mecanismo reviste un *carácter eminentemente consultivo*, a diferencia de otras modalidades bajo las cuales se presentan consultas de tipo autorizatorio dirigidas a delegar en determinado funcionario o persona la realización de específicas tareas y gestiones".

Precisamente, por ello, por estar, "claro entonces el carácter consultivo del referendo previsto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política", la Corte Suprema al:

> "Dilucidar si la estructura de la segunda pregunta del Referendo fijado por el Consejo Nacional Electoral, por iniciativa del Presidente de la República, se ajusta o no a la figura consagrada legalmente",

concluyó señalando con toda precisión que:

> "Para la Sala, no cabe duda, que el planteamiento contenido en la cuestión segunda *no responde al referendo consultivo* que utiliza de fundamento".

En relación con dicho asunto, la Corte concluyó respecto de la mencionada segunda pregunta que:

> "Es evidente que, en modo alguno, se está sometiendo al criterio de los electores el examen sobre una materia determinada y específica, por el contrario lo que se persigue es que se delegue en una sola persona, la decisión sobre ese asunto, lo cual escapa al mecanismo consagrado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y así se declara".

De lo anterior deriva, por tanto, el carácter eminentemente consultivo del referendo regulado en los artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por lo cual no era posible conforme a dicha norma, convocar un referendo ni decisorio ni autorizatorio, sino solo consultivo.

Por ello, precisamente, la Corte anuló la segunda pregunta formulada para el referendo, que regulaba una consulta autorizatoria; y por ello, también, interpretó la primera pregunta redactada en la forma de un referendo decisorio, señalando que sólo podía tratarse de una consulta destinada a "indagar" el parecer o la opinión del pueblo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en el sentido de "interrogar al Soberano si está de acuerdo con la convocatoria" de la misma, lo que, significaba que, conforme al criterio de la Corte, a pesar de la redacción de la primera pregunta, nunca podía derivarse de una respuesta afirmativa de la misma, que se estaba convocando dicha Asamblea.

V. LOS INTENTOS POR RECOGER LOS "DEMONIOS CONSTITUYENTES" DESATADOS Y LA INEFECTIVIDAD EN DEFINIRLE LÍMITES A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE CONVOCADA CON FUNDAMENTO EN EL REFERENDO CONSULTIVO

La Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, además de haber dejado claramente establecido el carácter eminentemente consultivo del referendo regulado en los artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en su sentencia del 18-3-99 intentó precisar con toda claridad los límites de la Asamblea Constituyente que se podía convocar con fundamento en dicha norma y de acuerdo al derecho a la participación política que deriva del artículo 50 de la Constitución; y ello lo hizo al interpretar la pregunta primera del referendo convocado.

En efecto, la Sala en la misma sentencia que comentamos, dijo que:

> "La circunstancia de la posibilidad, por vía de ese mecanismo (referendo consultivo) convocado conforme a la Ley Orgánica del Sufragio de celebración de una Asamblea Constituyente, *no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la Constitución vigente, bajo cuyos términos se producirá su celebración, la alteración de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho."*

De ello se derivan los siguientes postulados en relación con la Asamblea Constituyente cuya celebración se convocó como resultado de un referendo consultivo del 25 de abril de 1999, y cuyos miembros se eligieron el 25 de julio de 1999:

En *primer lugar,* que la estructuración de la misma estaba vinculada al propio espíritu de la Constitución de 1961. Es decir, que la misma era resultado de la interpretación de la Constitución de 1961 y su estructuración tenía que responder al propio espíritu de dicho texto. La Asamblea, por tanto, no estaba autorizada para apartarse del texto de la Constitución de 1961 y mucho menos para violarlo.

En *segundo lugar,* que durante el funcionamiento y la celebración de la Asamblea Constituyente, seguía en vigor la Constitución de 1961, texto que limitaba la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente en el sentido de que no podía ser desconocido por la Asamblea.

En *tercer lugar*, que la celebración de la Asamblea Constituyente no significaba, en modo alguno, la alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho, es decir, de la organización del Poder Público tal como estaba regulado en la Constitución, tanto en su división vertical (Poder Nacional, Estadal y Municipal), como en la separación orgánica de poderes que existía en esos tres niveles, entre los órganos del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.

Lo anterior significaba entonces, que de acuerdo al criterio de la Corte Suprema, la Asamblea Constituyente cuyos miembros fueron electos como consecuencia del referendo consultivo del 25 de abril de 1999, no podía en forma alguna, durante su celebración y funcionamiento, desconocer, apartarse, suspender o derogar norma alguna de la Constitución de 1961.

Conforme a este postulado, la Sala Político Administrativa interpretó la forma genérica y ambigua del texto de la primera pregunta del referendo, precisando la "finalidad" o misión de la Asamblea en la siguiente forma:

En cuanto al cometido de "la transformación del Estado" a que se refería la primera pregunta, la Sala señaló que ello era:

> "En base a la primacía del ciudadano, lo cual equivale a la consagración de los derechos humanos como norte fundamental del nuevo Texto Constitucional;"

y en cuanto a la creación de "un nuevo ordenamiento jurídico", como cometido de la Asamblea, ello era con el objeto de:

> "Que consolide el Estado de derecho a través de un mecanismo que permita la práctica de una democracia social y participativa, debiendo la *nueva Constitución* satisfacer las expectativas del pueblo, y al mismo tiempo cumplir los requerimientos del derecho constitucional democrático, lo cual implica, esencialmente, el mantenimiento de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos."

De lo anterior se derivaba, por tanto, que la misión y finalidad esencial de la Asamblea Nacional Constituyente cuyos miembros fueron electos el 25 de julio de 1999, era producir un nuevo texto constitucional donde se reflejase la transformación del Estado y se creare un nuevo ordenamiento jurídico; es decir, que esa misión era para reflejarla en una nueva Constitución; y que en el cumplimiento de esa tarea de proyectar un nuevo texto constitucional, la Asamblea Constituyente debía darle primacía al ciudadano; consagrar los derechos humanos como norte del nuevo texto constitucional; consolidar el Estado de derecho a través de un mecanismo que permitiera la práctica de una democracia social y participativa; satisfacer los requerimientos del derecho constitucional democrático; y mantener los principios fundamentales del Estado democrático de derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos, lo que no era otra cosa que la distribución vertical del Poder Público (descentralización política y federalismo) y la separación orgánica de poderes.

En este sentido, la sentencia de la Sala reiteró que la futura Constitución, es decir,

> "El establecimiento de este naciente orden jurídico-político deberá responder -conforme al sentido que se infiere de la redacción de la pregunta- a que el texto constitucional respete, y aún estimule, el desarrollo de aquellos valores que insufla una "democracia social y participativa", en virtud del principio de progresividad a que está sometida la materia."

En consecuencia, la misión y los cometidos indicados en la primera pregunta del referendo consultivo sólo estaban destinados a guiar la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente en la elaboración del nuevo texto constitucional, como límites a la misma y, en ningún caso, podían dar origen a poderes de la Asamblea, durante su funcionamiento, que pudieran afectar o alterar las regulaciones de la Constitución de 1961. Por ello la Corte fue enfática al señalar que:

> "Es la Constitución vigente (1961) la que permite la preservación del Estado de derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta."

Es decir, lo que había permitido la creación y actuación de la Asamblea Nacional Constituyente convocada como consecuencia de un referendo consultivo efectuado el 25 de abril de 1999, era la Constitución que en ese momento estaba vigente, de 1961, la cual, además, permitía la preservación del Estado de derecho. Dicha Constitución de 1961, por tanto, no perdía vigencia alguna durante la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual debía encontrar en dicho texto el límite de su actuación, lo que significaba que los poderes constituidos, durante el funcionamiento de la Asamblea, debían continuar actuando conforme a la Constitución que estaba vigente, no pudiendo la Asamblea ni disolverlos ni asumir directamente sus competencias constitucionales. En consecuencia, la Asamblea Constituyente convocada en esta forma no podía legislar, ni gobernar, ni juzgar, funciones que sólo correspondían a las Cámaras Legislativas, al Presidente de la República y sus Ministros y a la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales de la República, respectivamente. Al final, sin embargo, hizo todo eso, sin constitucional autoridad alguna.

Como lo precisó la misma Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en la "aclaratoria" a la referida sentencia del 18-3-99, dictada el 23-3-99[37], calificando la afirmación como una "interpretación vinculante":

> "La Asamblea Nacional Constituyente, *por estar vinculada al propio espíritu de la Constitución vigente* (1961), está limitada por los principios fundamentales del Estado democrático de derecho."

La Asamblea Nacional Constituyente cuya convocatoria se había permitido realizar por las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia, conforme a las sucesivas decisiones de esta, por tanto, comenzaba a ser definida como una institución limitada, sometida a la Constitución de 1961 cuya interpretación le había dado origen, y sin posibilidad de tener el carácter de poder constituyente originario, el cual en democracia sólo el pueblo lo puede ejercer.

Ahora bien, una vez dictada la sentencia de 18-03-1999, anulándola segunda pregunta del artículo 3º del Decreto presidencial Nº 3 del 02-02-99 que ya había sido derogada por el acto administrativo (Decreto sin número) dictado por el propio Presidente de la República, en Consejo de Ministros el 10-03-99; sin embargo, la misma pregunta antes había sido reproducida en la Resolución del Consejo Nacional Electoral que fue el acto impugnado en el juicio de nulidad que concluyó con la sentencia de la Corte Suprema del 18-03-99, y fue la que fue anulada por la Corte, con la orden al Consejo de reformular dicha pregunta, examinando las mencionadas bases y decidiendo sobre su incorporación a las preguntas del referendo consultivo.

En tal sentido, y en cumplimiento al mandato judicial recibido, el Consejo Nacional Electoral, en nuestro criterio, debió haber examinado cada una de las referidas bases. Pero no lo hizo, y reprodujo literalmente la nueva propuesta del Presidente de la República, incurriendo en nuevas inconstitucionalidades.

En efecto, en las mencionadas *bases comiciales,* el Consejo Nacional Electoral había incorporado la base octava tal como venía

---

37. Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente,* Caracas 1999, pp. 186 a 188 y en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 83 a 85.

(Décima) de la propuesta presidencial[38], en la cual se había incluido una frase que calificaba a la Asamblea "como poder originario que recoge la soberanía popular".

Debe destacarse que ello, a su vez, había sido objeto de impugnación ante la Sala, siendo *anulada dicha frase* por la propia Corte mediante una nueva sentencia del 13 de abril de 1999[39], dictada en ejecución de la anterior, en la cual la Corte precisó 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, como los que pretendía el Presidente en su proyecto[40].

Pero ello, por supuesto, no fue pacíficamente aceptado. La Asamblea que debía convocarse e integrarse conforme a los criterios de la Corte Suprema era para reformar la Constitución de 1961, la cual quedaría derogada cuando se aprobara por referéndum el nuevo texto constitucional. Pero mientras ello ocurriera, el tema de discusión era si la Asamblea podía adoptar "actos constitucionales", o actos constituyentes al margen de la Constitución de 1961 que era la que estaba en vigencia y la que, conforme a la doctrina de la Corte Suprema, le había podido dar nacimiento. En otras palabras, como hemos dicho, se trataba de determinar si la Asamblea tendría carácter de poder constituyente "originario" o si sería un órgano que

---

38 *Décimo:* Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, *como poder originario que recoge la soberanía popular,* deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.

39 Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea... op. cit.,* pp. 190 a 198, y en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 85 a 90.

40 Véase sobre las Bases comiciales propuestas por el Presidente de la República y la decisión de la Corte Suprema ordenando se reformulase la Base Comicial Octava, que comtemplaba el carácter originario de la Asamblea Nacional Constituyente, véase Alfonso Rivas Quintero, *Derecho Constitucional,* Paredes Editores, Valencia-Venezuela, 2002, pp. 98 y ss., 104 y ss.

sólo tendría la misión de elaborar una nueva Constitución como resultaba de las bases comiciales sometidas a aprobación popular el 25-04-99.

Debe señalarse que a pesar de lo poco precisa que fue la Sala Político Administrativa en su decisión de 19-01-99, algunos de los Magistrados que la habían adoptado intentaron precisar, *ex post facto*, en pleno funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente que ya había sido electa en julio de 1999, en sendos Votos Salvados que presentaron a la sentencia de la Corte Suprema en Sala Plena de 14-10-99 (Caso *Impugnación del Decreto de la Asamblea Constituyente de Regulación de las funciones del Poder Legislativo*), que en la mencionada sentencia de enero de 1999 y en otras posteriores, nada se había dicho sobre un pretendido carácter de poder constituyente originario de la Asamblea Constituyente cuya consulta refrendaria se había autorizado judicialmente.

En su voto salvado a la sentencia, el magistrado Hermes Harting señaló, en efecto, que las sentencias de 18-03-99, 23-03-99 y 13-04-99, las cuales en su criterio no contradecían la sentencia de 19-01-99, en relación con los poderes de la Asamblea, que:

> "Patentizan la naturaleza de la Asamblea Nacional Constituyente como procedimiento o mecanismo extra-constitucional, *limitado exclusivamente* a la redacción de una nueva Constitución, y cuya *derivación de la Constitución de 1961* lo vincula infragablemente al cumplimiento de los requerimientos del derecho constitucional democrático."

La magistrado Hildegard Rondón de Sansó, por su parte, también en voto salvado, al calificar a la sentencia del 19-01-99 como "el punto de partida de todo el proceso constituyente" -y así había sido-, consideró que la sentencia había reconocido que:

> "El deseo de lo que se denominara "el soberano" de transformaciones básicas del sistema, podría canalizarse en una modalidad diferente a la prevista en la Constitución vigente, como lo es la manifestación mayoritaria de su voluntad de cambio, a través de un referendo."

Pero las más importantes precisiones sobre el significado de lo que lo que había sido realmente decidido en esta materia en la sentencia del 19-01-99, (Caso *Referendo Consultivo I*), provinieron del Magistrado ponente de la misma, Humberto J. La Roche, quien consideró que las citas y referencias que a la sentencia de la cual

había sido Ponente, que se hacían en la sentencia de la Sala Plena del 14-10-99, habían tergiversado el contenido de aquélla, pretendiendo utilizársela indebidamente como fundamento de este fallo. Señaló el magistrado La Roche que:

> "La confusión reside esencialmente no sólo en considerarla en su verdadero contexto sino en atribuir a la Asamblea Nacional Constituyente el *poder soberano que reside en el pueblo y sólo en este*, el cual, aunque puede ejercerlo a través de representantes ordinarios como el Congreso de la República, o extraordinarios como la Asamblea Nacional Constituyente, *jamás se desprende de él* o en otros términos, identificando las nociones de poder constituyente y Asamblea Constituyente…".

El magistrado La Roche, en esta misma línea, insistió en lo siguiente:

> "Conviene observar que precisamente, *siendo el pueblo el titular de la soberanía* en el marco del Estado democrático de derecho, *su poder -el constituyente- es el único verdaderamente originario*. En consecuencia, tanto *los poderes constituidos* ordinarios como incluso la propia Asamblea Constituyente -*poder constituido extraordinario*- está conformada por quienes también determine el soberano, *reflejo del Poder Público derivado o delegado*."

Estas precisiones que hizo el magistrado La Roche en octubre de 1999, en realidad, eran las que hubiera necesitado el texto mismo de la primigenia sentencia de 19 de enero de 1999, y que debían haber estado incorporadas en su texto, en aquel momento antes de que se abriera la "Caja de Pandora" constituyente. Si allí se hubiese expresado esta posición con claridad por el propio magistrado La Roche, quien había sido su ponente el 19-01-99, el país se hubiera ahorrado múltiples controversias interpretativas y desviaciones sobre el proceso constituyente. Pero diez meses después ya era demasiado tarde, pues ya la Asamblea Nacional Constituyente había dado el golpe de Estado al intervenir todos los poderes constituidos violando la Constitución de 1961. En todo caso, era tan tarde que el magistrado La Roche tuvo que conformarse con salvar su voto a la sentencia citada de la Corte en Pleno de 14-10-99, lamentablemente en relación con uso, con interpretaciones diferentes, que se habían hecho de la sentencia de la cual había sido ponente el 19-01-99, cuya imprecisión había sido la causa de la misma. En su Voto Salvado, en efecto, el magistrado La Roche señaló lo siguiente en torno

al criterio expuesto en la sentencia de 14-10-99, que no compartía, sobre el pretendido carácter de poder constituyente originario de la Asamblea Nacional Constituyente:

> "A los fines de concluir que la Asamblea Nacional Constituyente es un órgano superior al régimen constitucional vigente, dado su pretendido carácter originario, el fallo del que se disiente cita de manera reiterada la referida sentencia de la Sala Político Administrativa de fecha 19 de enero de 1999. No obstante, las facultades y la naturaleza jurídica que en la nombrada decisión de la Sala se consideran inmanentes al poder constituyente, esto es, *al pueblo* como máximo soberano, la sentencia de la Corte en Pleno *las atribuye al órgano elegido* por ese soberano como su representante para ejercer el máximo poder de organización político-jurídica, lo cual es, a todas luces diferente."

Por supuesto que se trataba de asuntos diferentes, pero ello no había quedando claro del texto de la sentencia de 19-01-99; si ese poder constituyente originario correspondía únicamente al pueblo, y nunca a una Asamblea Constituyente integrada por representantes electos del pueblo, como lo expresó el magistrado La Roche en el 14 de octubre de 1999, hubiera quedado expreso en su Ponencia del 19-01-99, la discusión sobre el carácter de poder constituyente originario de la Asamblea Nacional Constituyente, jamás se hubiera planteado en los términos que dominaron la discusión en el país.

Pero no fue así; al contrario, desde el momento en el cual que se dictó la sentencia del 19-01-99 de la Sala Político Administrativa, la discusión sobre ese supuesto carácter de poder constituyente originario y soberano de la propia Asamblea Nacional Constituyente, que defendía con ardor desafiante el Presidente de la República, se había abierto. La creación de la Asamblea como consecuencia de la sentencia, en todo caso, abría el camino del proceso constituyente sin necesidad de reformar la Constitución. El propio Presidente de la República, por ello, realizó intentos por otorgarle a la Asamblea Nacional Constituyente algún poder constituyente de carácter originario.

Como se ha dicho, el Consejo Supremo Electoral, mediante Resolución Nº 990323-71 de 23 de marzo de 1999[41], en cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 18 de marzo de 1999 antes indicada, resolvió establecer las "bases comiciales para el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente a Celebrarse el 25 de abril de 1999", las cuales, en definitiva eran el "estatuto" de la Asamblea que debía someterse a la votación en el referendo. Por ello, el Consejo, sumiso como siempre a la voluntad presidencial, como se dijo, copió las "bases" que el Presidente había publicado días antes[42], anticipándose a la sentencia de la Corte, entre las cuales se establecía el carácter de la Asamblea Nacional Constituyente, *como poder originario que recoge la soberanía popular".*

Con esta propuesta de "base comicial" que, como se dijo, recogía en su totalidad lo que el Presidente de la República había propuesto y publicado, por supuesto se volvía a plantear la discusión sobre el "tema pendiente" del carácter de poder constituyente originario o derivado de la Asamblea Nacional Constituyente que se iba a elegir.

La referida "base comicial" que pretendía atribuir a la Asamblea Nacional Constituyente carácter de "poder constituyente originario", como se dijo, fue cuestionada ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, y este alto Tribunal, mediante sentencia de fecha 13 de abril de 1999[43] declaró inconstitucional la frase "como poder originario que recoge la soberanía popular" ordenando su eliminación de las "bases" con fundamento en los siguientes argumentos:

---

41 *Gaceta Oficial* Nº 36.669 de 25-03-99. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela,* UNAM, México 2002, pp. 155 y ss.

42 "Propuestas del Ejecutivo Nacional", *Gaceta Oficial* Nº 36.660 de 12-03-99. Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela,* UNAM, México 2002 en nota 117, pp. 147 y ss.

43 Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela,* UNAM, México 2002, pp. 162 y ss. y en esta *Revista,* pp. 85 a 90.

> "Resulta incontestable que el contenido de la base comicial identificada bajo el literal octavo -reproducida en la Resolución Nº 990323-71 del 23 de marzo de 1999, e incorporada posteriormente a la segunda pregunta del Referendo Consultivo, por remisión ordenada en la Resolución Nº 990324-72 del 24 de marzo de 1999, ambas dictadas por el Consejo Nacional Electoral-, y específicamente en lo referente a calificar la Asamblea Nacional Constituyente *como poder originario que recoge la soberanía popular, está en franca contradicción con los principios y criterios vertidos en la sentencia pronunciada por esta Sala el 18 de marzo de 1999, y su aclaratoria del 23 de marzo de 1999*, citados anteriormente, induciendo a error al electorado y a los propios integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, si el soberano se manifestase afirmativamente acerca de su celebración, en lo atinente en su alcance y límites."

La Corte Suprema de Justicia advertía, así, que una frase de ese tipo no sólo podía inducir a error a los electores, quienes podían pensar que votando afirmativamente en el referendo podían estar atribuyéndole a la Asamblea Nacional Constituyente el poder soberano que sólo puede tener el propio pueblo, no siendo la soberanía delegable; sino que también podía inducir a error a los propios miembros de la Asamblea Nacional Constituyente que resultasen electos si el referendo aprobaba las bases comiciales, quienes podían llegar a pensar que la Asamblea podía ser detentadora de un poder constituyente originario, sin sujeción a norma alguna, lo cual no era correcto constitucionalmente hablando.

Precisamente para evitar que se produjera tal error, la Corte Suprema había ordenado que se quitara de la "base comicial octava" impugnada la expresión cuestionada de que supuestamente la Asamblea podía considerarse "como poder originario que recoge la soberanía popular".

No podía entonces haber duda alguna sobre el tema, el cual había sido resuelto expresamente por la Corte Suprema en dicha sentencia, la cual, además había sido dictada en ejecución de la sentencia de fecha 18 de marzo de 1999. La Sala Político-Administrativa determinó con precisión el carácter *no originario* de la Asamblea eliminando la referida frase, teniendo como base para ello los postulados señalados en esta última decisión, en la cual precisó, además, la misión y finalidad de la Asamblea Nacional Constituyente, y determinó la necesaria vigencia de la Constitución de 1961 durante la

actuación de la misma. Sobre esto, tampoco podía haber duda alguna, quedando expresado por la Corte, en la citada decisión del 18-03-99, como ya hemos indicado, lo siguiente:

> "La circunstancia de la posibilidad, por vía de ese mecanismo, de celebración de una Asamblea Nacional Constituyente, no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la *Constitución vigente,* bajo cuyos términos se producirá su celebración, la alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho."

Así mismo, la Sala señaló que:

> "Es la *Constitución vigente la que permite* la preservación del Estado de derecho y *la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente*, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta."

Por tanto, la Asamblea Nacional Constituyente se debía configurar como un instrumento de revisión constitucional y nada más, cuyo producto (la nueva Constitución), incluso, sólo podía entrar en vigencia cuando posteriormente fuera aprobada por el pueblo en referendo. La Asamblea, por tanto, ni siquiera tenía potestad para poner en vigencia la nueva Constitución, precisamente porque no tenía carácter de poder constituyente originario, quedando sujeta a la Constitución de 1961, por lo cual no podía afectar el funcionamiento de los órganos constitucionales constituidos del Poder Público.

Como consecuencia de la decisión de fecha 13 de abril de 1999, la Corte Suprema de Justicia ordenó al Consejo Supremo Electoral, la publicación del nuevo contenido de la "base comicial octava", el cual, con la corrección impuesta por la Corte se publicó mediante Aviso Oficial; sólo cuatro días antes de la fecha del referendo[44].

En el referendo del 25 de abril de 1999, por tanto, resultó aprobado el texto de la "base comicial octava", *con la corrección anotada*, en la siguiente forma:

> *"Octava:* Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, ésta deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nues-

---

44 *Gaceta Oficial* Nº 36.684 de 21-04-99.

tra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos."

Pero conforme a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en otra sentencia posterior, la Nº 639 de 3 de junio de 1999 dictada con motivo de la impugnación de la "base comicial tercera" indicada en la Resolución Nº 990323-70 de 23 de marzo de 1999 del Consejo Supremo Electoral; una vez aprobadas en referendo, las bases comiciales pasaron a ser "una decisión del cuerpo electoral que aprobó convocar a una Asamblea Nacional Constituyente".

Conforme a este criterio, las bases comiciales debían considerarse como una manifestación del pueblo, al aprobarlas en el referendo, en ejercicio de su soberanía. Se trataba de una materia que había sido objeto de una consulta popular y que había sido aprobada por el pueblo. Como tal decisión del pueblo, la Corte, en esta sentencia, consideró inadmisible la acción de nulidad que había sido intentada contra la mencionada "base comicial", por considerar que "la misma ha sido asumida como una decisión propia del cuerpo electoral, en ejercicio del poder constituyente". Esa "expresión popular" a juicio de la Corte, se había traducido "en una decisión de obligatorio e inmediato cumplimiento", pues poseía "validez suprema", situándose el ejercicio del poder constituyente originario sólo en el pueblo, al aprobar en el referendo las referidas bases comiciales.

En efecto, la Corte estimó que el pueblo, como "cuerpo electoral", al expresarse en el referendo, había actuado como "poder constituyente", por supuesto de carácter originario, capaz de adoptar decisiones con "validez suprema".

Estas bases comiciales, por tanto, se podían considerar como de rango constitucional, al haber emanado directamente de la voluntad del pueblo expresada mediante referendo. Por ello, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en sentencia del 14 de octubre de 1999, dictada con motivo de la impugnación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo, al analizar los mecanismos de reforma constitucional previstos en la Constitución de 1961 (arts. 245 y 246) e invocar lo que la propia Corte ya había resuelto en Sala Político Administrativa, en la sentencia de 19 de enero de 1999, con motivo

de la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sobre el referendo consultivo sobre la Asamblea Constituyente, dijo que la Corte Suprema:

> "Arribó a la conclusión de que, en ejercicio del derecho de participación a través de referendo, *se podía consultar al pueblo sobre la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente*. Según se desprende de las citadas sentencias existe un *tercer mecanismo constitucional para modificar la Constitución*. Tal mecanismo no es otro que el de la convocatoria, por parte del pueblo -quien detenta la soberanía y no la pierde por el hecho de delegarla- a una Asamblea Nacional Constituyente. La Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de junio de 1999, tiene definido su régimen fundamental en las preguntas y bases comiciales consultadas en el referendo del 25 de abril de 1999. Esas bases por haber sido aprobadas en ejercicio de la soberanía popular son de *similar rango y naturaleza que la Constitución*."

En esta forma, la Corte Suprema reconoció rango constitucional similar al de la Constitución de 1961, al contenido de las bases comiciales que se aprobaron por referendo el 25 de abril de 1999, donde se regulaba una Asamblea Nacional Constituyente expresamente *sin carácter de poder constituyente originario*, la cual ni siquiera podía poner en vigencia la nueva Constitución que sancionara, sino que ésta debía ser aprobada por el propio pueblo mediante referendo, quien se había reservado ese poder originario.

Ahora bien, conforme a dichas bases comiciales con validez suprema, el Consejo Supremo Electoral, sin embargo, dictó las "Normas para la Elección de Representantes a la Asamblea Nacional Constituyente"[45] mediante Resolución Nº 990519-154 de 19 de mayo de 1999, en la cual partió del *falso supuesto* de:

> "Que las bases comiciales contenidas en la Resolución Nº 990323-71 de fecha 23 de marzo de 1999 y publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* Nº 36.669 de fecha 25 de marzo de 1999, contenidas en la segunda pregunta del Referendo Consultivo Nacional, celebrado el 25 de abril de 1999, *quedaron aprobadas por el soberano*."

---

45 *Gaceta Oficial* Nº 36.707 de 24-05-99.

Esta afirmación, en realidad, era completamente falsa, por lo que el Consejo Supremo Electoral, con esta Resolución, le mintió al país, pues en el referendo consultivo no se aprobaron las bases comiciales tal como aparecieron publicadas en la *Gaceta Oficial* de 25 de marzo de 1999, ya que la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en su sentencia de fecha 13 de abril de 1999, antes comentada, había introducido la corrección de anular y eliminar una frase de la base comicial octava, precisamente la que rezaba "como poder originario que recoge la soberanía popular".

Como consecuencia de ello, las bases comiciales que se habían aprobado en el referendo del 25-04-99 habían sido las "corregidas", publicadas en la *Gaceta Oficial* Nº 36.684 del 21-04-99, cuatro días antes de su realización, y no las publicadas en la *Gaceta Oficial* Nº 36.669 del 25-03-99, como con toda falsedad, rayana en la mala fe, lo afirmó el Consejo Nacional Electoral en su Resolución comentada del 19-5-99.

En todo caso, tan no se concebía a la Asamblea Nacional Constituyente como un poder constituyente originario que sólo puede corresponder al pueblo, que en la base comicial novena, como se dijo, se indicó expresamente que la Constitución que elaborara la Asamblea Nacional Constituyente, para entrar en vigencia también debía ser aprobada por el pueblo mediante referendo aprobatorio. Es decir, fue voluntad del pueblo, manifestada expresamente en el referendo de 25 de abril de 1999 como poder constituyente originario, la que prescribió que tal poder constituyente originario continuara en el pueblo, disponiendo que sólo el pueblo podía poner en vigencia la nueva Constitución, no otorgándole tal potestad a la Asamblea, la cual, en consecuencia, sólo quedó como poder constituyente derivado aún cuando de carácter extraordinario, con la sola misión de elaborar un texto constitucional en el cual se plasmara la transformación del Estado y se creara un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, como lo señalaba la pregunta primera del referendo del 25 de abril de 1999, que luego de sancionado por la Asamblea, para que entrara en vigencia, debía ser aprobado por el pueblo mediante referendo.

Pero la discusión del tema del poder constituyente originario como atributo de la Asamblea Nacional Constituyente puede decirse que no llegó a cesar, a pesar de las decisiones de la Corte Suprema. En efecto, incluso debe destacarse la nueva inconstitucionali-

dad derivada del desacato del Consejo Nacional Electoral en cumplir la orden judicial que derivaba de la anulación de la Resolución Nº 990217-32 en relación al carácter "originario" de la Asamblea

En efecto, el Consejo Nacional Electoral, como consecuencia de la anulación parcial de su Resolución Nº 990217-32 por la Corte Suprema de Justicia, dictó una nueva Resolución, Nº 990323-70 de 23 de marzo de 1999, en la cual, materialmente, reprodujo las bases fijadas por el Presidente de la República para la realización del referendo, tal como se habían publicado[46].

Como se señaló, el abogado Gerardo Blyde había acudido de nuevo a la Sala Político Administrativa solicitando la ejecución de la sentencia anulatoria del 18-3-99, con fundamento, entre otros aspectos, en que la base comicial décima propuesta por el Ejecutivo, y reproducida por el Consejo Nacional Electoral, desacataba el fallo de la Corte del 18 de marzo de 1999, cuando le atribuía "carácter originario" a la futura Asamblea Nacional Constituyente.

La Sala Político Administrativa, en respuesta a este requerimiento, dictó la sentencia de 13 de abril de 1999 (Ponencia del Magistrado Hermes Harting)[47], en la cual observó que ciertamente, el Consejo Nacional Electoral había omitido pronunciamiento expreso acerca del examen que debió haber efectuado, de acuerdo a la orden contenida en la citada sentencia, y que originó la Resolución Nº 990323-70 del 23 de marzo de 1999, tanto de la mencionada base, como de la establecida en el literal undécimo, de la referida "propuesta" del Ejecutivo Nacional.

Agregó la Sala:

> "Sin embargo, la circunstancia de haber dictado dicho ente, el mismo 23 de marzo de 1999, la Resolución Nº 990323-71, a través de la cual estableció las bases comiciales para el referendo consultivo a celebrarse el 25 de abril de 1999, incluyendo literalmente el contenido de las referidas bases, modificando únicamente su numeración, a saber: literales octavo y noveno,

---

46 Véase los comentarios en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela,* UNAM, México 2002, en nota N° 118, pp. 150 y ss. y en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 85 a 90.

47 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 190 a 198.

revela, a juicio de esta Sala, la conformidad del órgano electoral, vale decir, la aceptación implícita de aquellas proposiciones, tal y como fueron presentadas por el Ejecutivo Nacional."

Ahora bien, la base comicial designada bajo el literal octavo reza textualmente:

"Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, *como poder originario que recoge la soberanía popular,* deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.

Sobre este particular, en la sentencia dictada por esta Sala el 18 de marzo de 1999 se expresó con *meridiana claridad* que la Asamblea Constituyente a ser convocada, "... no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la Constitución vigente, bajo cuyos términos se producirá su celebración, la alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho...", y que "...En consecuencia, es la Constitución vigente la que permite la preservación del Estado de derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta....

A su vez, en el fallo aclaratorio del 23 de marzo de 1999, emanado de esta Sala, se ratificó claramente la naturaleza vinculante de tal criterio interpretativo, referido a la primera pregunta del referendo consultivo nacional 1999, y cuyo contenido debía fijar el marco referencial y alcance de la segunda pregunta del mismo."

Por todo lo anterior, la Corte Suprema consideró que resultaba incontestable que el contenido de la base comicial identificada bajo el numeral octavo -reproducida en la Resolución Nº 990323-71 del 23 de marzo de 1999, e incorporada posteriormente a la segunda pregunta del referendo consultivo, por remisión ordenada en la Resolución Nº 990324-72 del 24 de marzo de 1999, ambas dictadas por el Consejo Nacional Electoral-, y específicamente, en lo referente a calificar la Asamblea Nacional Constituyente *"como poder*

originario que recoge la soberanía popular", estaba en franca "contradicción con los principios y criterios" vertidos en la sentencia pronunciada por esta Sala el 18 de marzo de 1999, y su aclaratoria del 23 de marzo de 1999,

> "Induciendo a error al electorado y a los propios integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, si el soberano se manifestase afirmativamente acerca de su celebración, en lo atinente a su alcance y límites."

En consecuencia, de lo anterior, la Sala Político-Administrativa concluyó su sentencia del 13 de abril de 1999, resolviendo, en ejecución de su precedente sentencia fechada 18 de marzo de 1999, la eliminación de la frase "*como poder originario que recoge la soberanía popular*", y, por tanto, corrigiendo el texto de la base comicial octava, en la forma siguiente:

> "Se reformula la base comicial *octava* para el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente a realizarse el 25 de abril de 1999, en los términos siguientes:
>
> *Octavo: Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, ésta deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos."*

Quedó en esta forma abierto el proceso constituyente en el país, mediante la celebración del referendo consultivo que se efectuó el 25 de abril de 1999, en el cual se consultó al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, con una misión y unos límites específicos fijados por el mismo pueblo al responder afirmativamente a las preguntas y las bases comiciales que conforman su estatuto.

En dicho referendo, votaron 4.137.509 de los 11.022.936 electores registrados con una abstención electoral del 62.2%. La votación "*sí*" representó un 92,4% y la votación "no" un 7,6%[48].

Conforme a las bases comiciales, la Asamblea Nacional Constituyente fue electa el 25 de julio de 1999 y quedaba sometida a las normas supraconstitucionales que derivaban del *poder constituyente originario* (el pueblo) que se había expresado en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999. Durante su funcionamiento debió respetar la vigencia de la Constitución de 1961, la cual sólo debió perder dicha vigencia cuando el pueblo soberano, es decir, el poder constituyente originario se pronunciará aprobando, mediante posterior referendo aprobatorio, la nueva Constitución que elaborase la Asamblea, tal como se precisó en la base comicial novena del referendo de 25 de abril de 1999.

VI. LOS INTENTOS TARDÍOS DE LA CORTE SUPREMA EN PRETENDER SOMETER EL PROCESO CONSTITUYENTE A LA CONSTITUCIÓN DE 1961

Lo anterior significaba entonces, que, de acuerdo al criterio de la Corte Suprema, la Asamblea Constituyente cuyos miembros se eligieron como consecuencia del *Referéndum Consultivo* del 25 de abril de 1999, no podía en forma alguna durante su celebración y funcionamiento, desconocer, apartarse, suspender o derogar norma alguna de la Constitución de 1961.

Conforme a este postulado, la Sala Político Administrativa interpretó la forma genérica y ambigua del texto de la *Primera Pregunta del Referéndum,* precisando la "finalidad" o misión de la Asamblea en la siguiente forma:

En cuanto al cometido de "la transformación del Estado" a que se refiere la *Primera Pregunta,* la Sala señaló que ello era:

> "en base a (*sic*) la primacía del ciudadano, lo cual equivale a la consagración de los derechos humanos como norte fundamental del *nuevo Texto Constitucional*;"

---

48 Véase José E. Molina V. y Carmen Pérez Baralt, "Procesos Electorales. Venezuela, abril, julio y diciembre de 1999" en *Boletín Electoral Latinoamericano,* CAPEL-IIDH, Nº XXII, julio-dic. 1999, San José, 2000, pp. 61 y ss.

y en cuanto a la creación de "un nuevo ordenamiento jurídico", como cometido de la Asamblea, ello era con el objeto de:

> "que consolide el Estado de Derecho a través de un mecanismo que permita la práctica de una Democracia Social y Participativa, debiendo la *nueva Constitución* satisfacer las expectativas del pueblo, y al mismo tiempo cumplir los requerimientos del Derecho Constitucional Democrático, lo cual implica, esencialmente, el mantenimiento de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos."

De lo anterior se derivaba, por tanto, que la misión y finalidad esencial de la Asamblea Nacional Constituyente cuyos miembros fueron electos el 25 de julio de 1999, *era producir un nuevo texto constitucional donde se reflejase la transformación del Estado y se crease un nuevo ordenamiento jurídico;* es decir, que esa misión era para reflejarla en una nueva Constitución; y que en el cumplimiento de esa tarea de proyectar un nuevo texto constitucional, la Asamblea Constituyente debía darle primacía al ciudadano; consagrar los derechos humanos como norte del nuevo texto constitucional; consolidar el Estado de Derecho a través de un mecanismo que permitiera la práctica de una democracia social y participativa; satisfacer los requerimientos del Derecho Constitucional Democrático; y mantener los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos, lo que no es otra cosa que la distribución vertical del Poder Público (descentralización política y federalismo) y la separación orgánica de poderes.

En este sentido, la sentencia de la Sala reiteró que la futura Constitución, es decir,

> "el establecimiento de este naciente orden jurídico-político deberá responder -conforme al sentido que se infiere de la redacción de la pregunta- a que el texto constitucional respete, y aún estimule, el desarrollo de aquellos valores que insufla una "Democracia Social y Participativa", en virtud del principio de progresividad a que está sometida la materia."

En consecuencia, la misión y los cometidos indicados en la *Primera Pregunta* del *Referéndum Consultivo* sólo estaban destinados a guiar la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente en la elaboración del nuevo texto constitucional, como límites a la

misma, y en ningún caso podían dar origen a poderes de la Asamblea, durante su funcionamiento, que pudieran afectar o alterar las regulaciones de la Constitución de 1961. Por ello la Corte fue enfática al señalar que:

> "es la Constitución vigente la que permite la preservación del Estado de Derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta."

Es decir, lo que permitió la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente convocada como consecuencia del *Referéndum Consultivo* efectuado el 25 de abril de 1999, fue la Constitución de 1961, la cual además, permitía la preservación del Estado de Derecho. Dicha Constitución de 1961, por tanto, no perdía vigencia alguna durante la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual encontraba en dicho texto el límite de su actuación, lo que significaba que los Poderes Constituidos, durante el funcionamiento de la Asamblea, debían continuar actuando conforme a la Constitución de 1961, no pudiendo la Asamblea ni disolverlos ni asumir directamente sus competencias constitucionales. En consecuencia, la Asamblea Constituyente convocada en esta forma no podía legislar, ni gobernar, ni juzgar, funciones que sólo correspondían a las Cámaras Legislativas, al Presidente de la República y sus Ministros y a la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales de la República, respectivamente.

Como resultó de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia antes indicadas, el proceso constituyente venezolano, al contrario de lo que sucedió con todas las experiencias constituyentes del pasado en la historia política de país, no fue producto de una ruptura constitucional con ocasión de una guerra, un golpe de Estado o una Revolución, sino de la interpretación dada por el máximo Tribunal de la República a la Constitución de 1961 y de la voluntad popular expresada, como *Poder Constituyente Originario,* en el *Referéndum Consultivo* del 25 de abril de 1999. La ruptura constitucional la provocó la propia Asamblea nacional Constituyente al violar la Constitución de 1961, al asumir poderes constituyentes originarios, violando las bases comiciales que, como lo había resuelto la Corte Suprema, tenían rango supraconstitucional.

La Corte Suprema de Justicia en otra sentencia del 21 de julio de 1999 con ocasión de resolver un recurso de interpretación intentado por los Candidatos Nacionales a la Asamblea Nacional Consti-

tuyente (Caso: *Alberto Franceschi, Jorge Olavarría y Gerardo Blyde*), acerca del régimen jurídico que regía el proceso electoral, había destacado el carácter *de jure* del proceso constituyente, señalado que:

> "Lo novedoso -y por ello extraordinario- del proceso constituyente venezolano actual, es que el mismo no surgió como consecuencia de un suceso fáctico (guerra civil, golpe de estado, revolución, etc.), sino que, por el contrario, fue concebido como un "Proceso Constituyente de Iure" esto es, que se trata de un proceso enmarcado dentro del actual sistema jurídico venezolano."[49]

La consecuencia de lo anterior estaba en que la Asamblea Nacional Constituyente no sólo derivó "de un proceso que se ha desarrollado dentro del actual marco del ordenamiento constitucional y legal", sino que en su actuación estaba sometida al orden jurídico establecido por la voluntad popular en el *Referéndum* del 25 de abril de 1999, expresada en el conjunto de normas que derivaron de las preguntas del *Referéndum* y de las *Bases Comiciales* aprobadas en el mismo, y que la misma Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes mencionada "por su peculiaridad e importancia", catalogó "como *normas de un rango especial*"; y en anterior sentencia del 3 de junio de 1999 (Caso *Celia María Colón de González*)[50] consideró como una "expresión popular" que "se tradujo en una *decisión de obligatorio cumplimiento, pues posee, validez suprema*", es decir, de rango supraconstitucional. Dicha sentencia se cita, además, en la de 17 de junio de 1999 en la cual se declaró *sin lugar* el recurso contencioso administrativo de anulación que había sido ejercido por un conjunto de ciudadanos contra un artículo de la Resolución N° 990519-154 del 19-05-99 del Consejo Nacional Electoral, que había negado la posibilidad de incluir símbolos, signos, siglas o colores que identificasen a los candidatos a la Asamblea Nacional Constituyente postulados por organizaciones políticas[51].

---

49 Véase el texto en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 104 a 110.

50 Véase el texto en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 90 a 93.

51 Véase el texto en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 104 a 110.

La Asamblea Nacional Constituyente que se eligió el 25 de julio de 1999, en consecuencia, estaba sometida a las normas (Bases Comiciales) aprobadas en el *Referéndum Consultivo* del 25 de abril de 1999, que eran de obligatorio cumplimiento y de rango y validez suprema (supraconstitucional), como manifestación del poder constituyente originario que sólo corresponde al pueblo, conforme a las cuales no sólo se precisó la misión de la Asamblea, sino sus límites.

Sobre ello se pronunció además, la Corte Suprema de Justicia, como se ha señalado, en sus decisiones de 17 de junio de 1999[52]; y luego, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Nº 6 de 27 de enero de 2000, la cual señaló que las bases comiciales referidas "que fijaron los límites de actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, son de similar rango y naturaleza que la Constitución, como la cúspide de las normas del proceso constituyente", y además, que eran "supraconstitucionales respecto de la Constitución de 1961, lo cual no quiere decir que la Constitución estaba sujeta a estos, sino que se trataba de un ordenamiento no vinculado con las normas que rigen el Poder Constituyente"[53].

VII. DE CÓMO LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE ASUMIÓ EL CONTROL TOTAL DEL PODER, HACIENDO CASO OMISO A LAS DOCTRINAS DE LA CORTE SUPREMA QUE HABÍAN FUNDAMENTADO SU PROPIA CREACIÓN

Entre las bases comiciales establecidas y aprobadas en el referéndum consultivo del 25 de abril de 1999, en la *Base Comicial Tercera* se reguló el sistema para la elección de 131 constituyentes así: 104 constituyentes distribuidos en las 24 circunscripciones regionales correspondientes a las entidades políticas del territorio (Estados y Distrito Federal), 24 constituyentes en la circunscripción nacional, y 3 constituyentes en representación de los pueblos indígenas, que en Venezuela son muy exiguos desde el punto de vista de la población y presencia en la dinámica social.

---

52 Véase el texto de esas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea… op. cit.,* pp. 221 y ss., y en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., pp. 93 a 104.

53 Caso: *Milagros Gómez y otros*. Véase en *Revista de Derecho Público*, Nº 81, Caracas, 2000, p. 82.

Conforme a tal sistema, el día 25 de julio de 1999 se eligieron los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, resultando la Asamblea dominada por los 125 constituyentes electos con el directo y abierto del apoyo del Presidente Chávez, quedando configurada la "oposición" con sólo 6 constituyentes. Una Asamblea Constituyente conformada por una mayoría de esa naturaleza, por supuesto, impidió toda posibilidad de que se convirtiera 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. Fue, además, 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 sirvieron 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.

La Asamblea se instaló el 3 de agosto de 1999, teniendo su primera sesión plenaria formal el día 8 de agosto de 1999, en la cual se discutió su *Estatuto de Funcionamiento*, tal como lo exigía la *Base Comicial Octava* del *referéndum del 25 de abril de 1999.*

En dicha primera sesión plenaria, por supuesto, se planteó de nuevo la discusión sobre el pretendido carácter de poder originario de la Asamblea, en cual había sido descartado por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que le había dado nacimiento[54]. El único poder constituyente originario en el proceso constituyente era la manifestación popular del *referéndum del 25 de abril de 1999,* la

---

[54] Véase los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente),* Tomo I, (8 agosto-8 septiembre 1999), Caracas, 1999, pp. 15 a 39. Así mismo, en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates),* Asamblea Nacional Constituyente, (agosto-septiembre 1999), Caracas, 1999, pp. 6 a 13 de la sesión del 07-08-99.

cual adquirió rango supra constitucional[55], por lo que la Asamblea tenía los límites contenidos en las *bases comiciales* del mismo, a los cuales estaba sometida.

Sin embargo, prevaleció el criterio de la mayoría que quedó plasmada, contra toda la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, en el artículo 1º de los Estatutos con el siguiente texto:

> *"Artículo 1. Naturaleza y misión. La asamblea nacional constituyente* es la depositaria de la voluntad popular y expresión de su Soberanía con las atribuciones del Poder Originario para reorganizar el Estado Venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático. La Asamblea, en uso de las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público.
>
> Su objetivo será transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que garantice la existencia efectiva de la democracia social y participativa.
>
> *Parágrafo Primero*: Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea Nacional.
>
> *Parágrafo Segundo*: La Constitución de 1961 y el resto del ordenamiento jurídico imperante, mantendrán su vigencia en todo aquello que no colida o sea contradictorio con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente."[56]

En esta forma, la Asamblea se auto atribuyó carácter de "Poder Originario", asignándose a sí misma la atribución de poder "limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público", desvinculando dichas decisiones de la elaboración del Proyecto de Constitución. Como consecuencia de

---

55 Véase la sentencia de la Sala Constitucional Nº 6 de 25-01-2000, *Revista de Derecho Público*, Nº 81, Caracas, 2000, pp. 81-82.

56 Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates),* agosto-sep. 1999, pp. 144 de la sesión del 07-08-99. Véase el texto, además, en *Gaceta Oficial* Nº 36.786 de 14-09-99.

ello resolvió que "todos los organismos del Poder Público quedaban subordinados a la Asamblea" y en consecuencia, que estaban en la obligación de cumplir y hacer cumplir los "actos jurídicos estatales" que emitiera[57].

La Asamblea, además, se auto atribuyó potestades públicas por encima de la Constitución de 1961, la cual formalmente continuó vigente durante su funcionamiento, pero sólo en todo aquello que no colidiera o fuera contrario con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente. Se produjo, así, un golpe de Estado contra la Constitución de 1961, la cual fue desconocida por la Asamblea[58].

Posteriormente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, producto ella misma de los actos constituyentes de la Asamblea Constituyente, elaboraría la teoría necesaria para justificar la inconstitucionalidad, basándose en la doctrina del régimen de transitoriedad constitucional en una etapa previa a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la cual al decir de la Sala, habría comenzado "el 25 de abril de 1999, con la finalidad no sólo de discutir y aprobar una nueva Constitución, por medio de la Asamblea Nacional Constituyente, sino que según la Pregunta Primera del Referéndum Consultivo, la Asamblea se convirtió en un órgano para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa". La Sala Constitucional, de esta manera, *ex post facto*, justificó la reorganización de todos los Poderes Públicos que asumió la Asamblea el 12 de agosto de 1999 en violación de lo establecido en la Constitución de 1999, la cual, sin embargo, continuaba vigente[59]. La Sala Constitucional fue más precisa en cuanto a esta coexistencia de la Constitución de 1999 con actos de la Asamblea Nacional Constitu-

---

57. Véase Julio C. Fernández Toro, "Comentarios sobre los poderes de control político de la Asamblea Nacional previstos en la Constitución de 1999 sobre la actuación de los órganos de los otros poderes nacionales", en *Revista de Derecho Constitucional,* Nº 6 (enero-diciembre). Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 89-103.

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

59. Véase las sentencias de 28 de marzo de 2000 y Nº 1560 de 19 de julio de 2001, en *Revista de Derecho Público,* Nº 85-88, 2001.

yente que la violaban, al señalar en sentencia de 12 de diciembre de 2000, lo siguiente:

> "A partir de la aprobación de las bases comiciales y la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente surge una situación inédita en el constitucionalismo nacional. En una primera fase, hasta la promulgación de la actual Constitución, sin ruptura constitucional de ninguna especie, siguió vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961, coexistiendo con los actos que dictó la Asamblea Nacional Constituyente, en lo que contrariaren a dicha Constitución, adquirieron la categoría de actos constitucionales, ya que es el pueblo soberano, por medio de sus representantes, quien deroga puntualmente disposiciones constitucionales, creando así un régimen doble, donde como ya lo ha señalado esta Sala, coexistía la Constitución de 1961 con los actos constituyentes."[60]

La consecuencia de esta doctrina fue la consideración de que los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a la Constitución de 1961[61], y de que tenían "carácter supraconstitucional"[62], por lo que la coexistencia de la Constitución de 1999 con actos constituyentes afectó el funcionamiento del Estado, y los derechos de los titulares de los órganos constituidos. En efecto, no debe olvidarse que, en diciembre de 1998, conforme a lo establecido en la Constitución de 1961, el Presidente de la República, H. Chávez, había sido electo, así como los senadores y diputados al Congreso Nacional. También habían sido electos los gobernadores de los 23 Estados y los diputados de las Asambleas Legislativas estadales, así como los Alcaldes Municipales y los miembros de los Concejos Municipales de los 338 Municipios del país. Es decir, todos los titulares de los poderes públicos regulados en la Constitución, habían sido electos popularmente. Los otros titulares de los poderes públicos no electos, como los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General de la República, el Contralor

---

60 Sentencia Nº 1562 de la Sala Constitucional de 12-12-2000, *Revista de Derecho Público*, Nº 84, Caracas, 2000.

61 Véase sentencia Nº 6 de la Sala Constitucional de 27-01-2000, *Revista de Derecho Público*, Nº 81, Caracas, 2000, p. 95-96.

62 Véase sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 30-05-2000, *Revista de Derecho Público*, Nº 82, Caracas, 2000, p. 151.

General de la República y los miembros del Consejo Supremo Electoral, habían sido designados por el Congreso Nacional, como lo establecía la Constitución.

Por tanto, cuando se eligió e integró en julio de 1999 a la Asamblea Nacional Constituyente, en paralelo estaban funcionando los poderes públicos constituidos, los cuales tenían misiones distintas. La Asamblea había sido electa, conforme al referendo de abril de 1999, para diseñar la reforma del Estado y un nuevo ordenamiento para hacer efectiva la democracia social y participativa, 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, ni para violar la Constitución. No tenía carácter de poder constituyente originario, como expresamente lo había resuelto la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, como se dijo, en su primera decisión, que fue la aprobación de su Estatuto de Funcionamiento, la Asamblea Constituyente, dominada por la mayoría que respaldaba al Presidente y que había sido electa para su respaldo, se auto-proclamó como "poder constituyente originario", auto-atribuyéndose la facultad de "limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público" y estableciendo que "todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita la Asamblea"[63]. Ese carácter de poder constituyente originario le sería reconocido posteriormente, validando las decisiones, por la Sala Constitucional designada por la propia Asamblea Constituyente[64].

En esta forma, la Asamblea Nacional Constituyente se auto proclamó 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, había sido electa. La

---

63 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela, cit.*, pp. 207 y ss.

64 Véase sentencia Nº 179 de la Sala Constitucional de 28-03-2000, *Revista de Derecho Público*, Nº 81, Caracas, 2000, pp. 82-86.

Asamblea Nacional Constituyente que funcionó entre julio de 1999 y enero de 2000, por tanto, usurpó el poder público y violó la Constitución de 1961. En definitiva, dio un golpe de Estado, el cual como se dijo, fue justificado posteriormente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, al señalar expresamente que la Asamblea Nacional Constituyente había ejercido un poder constituyente originario[65], el cual, al contrario le había sido negado por la Corte Suprema de Justicia en 1999.

VIII. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE COMO INSTRUMENTO POLÍTICO PARA EL ASALTO AL PODER

En efecto, 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, se dedicó 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. Así, 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; decretó la regulación de las funciones del Poder Legislativo, eliminando tanto al Senado como a la Cámara de Diputados y a las Asambleas Legislativas. Además, intervino a los Concejos Municipales, suspendiendo, incluso, las elecciones municipales[66].

El primer período de funcionamiento de la Asamblea, por tanto, fue un período de confrontación y conflictividad política entre los poderes públicos y los diversos sectores políticos del país. El proceso constituyente, en esta etapa inicial, no fue un vehículo para el

---

65 La Sala Constitucional como se dijo, reconoció el "poder originario" de la Asamblea Nacional Constituyente y la "naturaleza constitucional" de los actos de la misma "por ser creación originaria de derecho". Véase por ejemplo, sentencia Nº 4 de 26-01-2000, *Revista de Derecho Público,* Nº 81, Caracas, 2000, p. 93-95 y sentencia Nº 1563 de 13-12-2000 en *Revista de Derecho Público*, Nº 84, Caracas, 2000.

66 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela, cit.*, pp. 213 y ss.

diálogo y la consolidación de la paz ni un instrumento para evitar el conflicto. Al contrario, fue un mecanismo de confrontación, conflicto y aplastamiento de toda oposición o disidencia y de apoderamiento de todas las instancias del poder. El proceso constituyente, por tanto, antes de ser un instrumento para la reducción del conflicto, acentuó la confrontación y contribuyó al dominio exclusivo del poder por parte de un solo partido político, el de gobierno, que respondía a las instrucciones del Presidente de la República. En definitiva, el proceso constituyente se utilizó para acabar con la clase política que había dominado la escena en las décadas anteriores.

En la primera etapa de su funcionamiento, como se dijo, la Asamblea pretendió asumir el rol de poder constituyente originario, reorganizando e interviniendo los Poderes Públicos, violando con ello las previsiones de la Constitución de 1961. El asalto al poder se evidenció en los siguientes actos y actuaciones:

En *primer lugar*, el 09-09-99, la Asamblea resolvió ratificar al Presidente de la República en su cargo "para el cual fue electo democráticamente el pasado 6 de diciembre de 1998", decretando recibir la juramentación del Presidente[67]. Nos abstuvimos de votar dicha propuesta, pues consideramos que la legitimidad del Presidente estaba fuera de discusión, no teniendo la Asamblea nada que decidir respecto del gesto del Presidente de poner su cargo a la orden de la Asamblea[68].

En *segundo lugar*, el 12-08-99, la Asamblea decretó la reorganización de todos los órganos del Poder Público, decisión respecto de la cual argumentamos oralmente sobre su improcedencia y salvamos nuestro voto, razonándolo negativamente[69].

En *tercer lugar*, el 19-08-99, la Asamblea decretó la reorganización del Poder Judicial, sobre lo cual manifestamos nuestro acuerdo con que la Asamblea debía *motorizar* las reformas inmedia-

---

67 Véase en *Gaceta Constituyente, cit.,* p. 3 de la sesión del 09-08-99.

68 Véase nuestra posición en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente,* Tomo I, *op cit.,* pp. 41 y 42*;* y en *Gaceta Constituyente, cit.* pp. 3 y 4 de la sesión del 09-08-99.

69 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente,* Tomo I, *op. cit.,* pp. 43 a 56; y en *Gaceta Constituyente, op. cit.,* pp. 2 a 4 de la sesión del 12-08-99. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* Nº 36.764 de 13-08-99.

tas e indispensables en el Poder Judicial, pero argumentamos oralmente y en voto negativo razonado, en contra de la forma de la intervención, que lesionaba la autonomía e independencia del Poder Judicial, con la creación de una Comisión de Emergencia Judicial que suplantara los órganos regulares de la Justicia[70].

En general, sin embargo, a pesar del texto del Decreto de la Asamblea, las medidas respectivas conforme a las reformas legislativas en la materia que habían sido aprobadas en 1998 se adoptaron por los órganos del Consejo de la Judicatura con el impulso político de la Comisión[71].

En *cuarto lugar*, el 25-08-99, la Asamblea dictó el Decreto de regulación de las funciones del Poder Legislativo, decisión mediante la cual materialmente se declaraba la cesación de las Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Diputados), cuyos miembros habían sido electos en noviembre de 1998, y se atribuía la potestad legislativa a la Comisión Delegada y a la propia Asamblea. Nos opusimos a este Decreto por considerarlo inconstitucional, por violar las *bases comiciales del referéndum del 25 de abril de 1999*, tanto oralmente como en el voto salvado negativo que razonamos por escrito[72]. Con posterioridad, sin embargo, y con la intermediación de la Iglesia Católica, el 9-9-99 la directiva de la Asamblea llegó a un acuerdo con la directiva del Congreso, con el cual, de hecho, se dejó sin efecto el contenido del Decreto, siguiendo el

---

70 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente,* Tomo I, *op. cit.,* pp. 57 a 73; y en *Gaceta Constituyente, op. cit.,* pp. 17 a 22 de la sesión del 18-08-99. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* Nº 36.782 de 08-09-99.

71 Lo insólito de la intervención del Poder Judicial, violando su autonomía y haciendo a casi todos los jueces unos dependientes del Poder, es que a finales de 2003 la referida Comisión continuaba funcionando en paralelo al Tribunal Supremo, órgano que no asumió su rol constitucional en cuanto al gobierno de la Administración de la Justicia. Dicha Comisión, y no el Tribunal Supremo, en efecto, fue la que en octubre de 2003 destituyó a los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

72 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente,* Tomo I, *op. cit.,* pp. 75 a 113; y en *Gaceta Constituyente, op. cit.,* pp. 12 a 13 y 27 a 30 de la sesión del 25-08-99 y pp. 16 a 19 de la sesión del 30-08-99. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* Nº 36.772 de 26-08-99.

Congreso funcionando formal, aún cuando precariamente, conforme al régimen de la Constitución de 1961[73].

En *quinto lugar*, el 26-08-99, la Asamblea decretó la suspensión de las elecciones municipales, que debían convocarse en el segundo semestre de 1999, a lo cual nos opusimos, no porque políticamente no debían suspenderse, con lo cual estábamos de acuerdo, sino porque para ello era necesario reformar la Ley Orgánica del Sufragio, lo que sólo correspondía a las Cámaras Legislativas. Argumentamos nuestra posición oralmente y salvamos por escrito nuestro voto negativo, razonándolo[74].

En consecuencia, durante el primer mes de funcionamiento de la Asamblea puede decirse que la primera etapa de la misma se dedicó a la intervención de los Poderes Constituidos, irrumpiendo contra la Constitución de 1961 que no había sido derogada ni sustituida, sin que en las Plenarias de la Asamblea se hubiese prestado fundamental atención a la elaboración del Proyecto de Constitución. Por tanto, la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, en las relaciones de poder, lejos de constituir un instrumento de conciliación e inclusión, fue un instrumento de exclusión y control hegemónico del poder. En efecto, 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 también al final, luego de aprobado popularmente el nuevo texto constitucional el 15 de diciembre de 1999, violándose esta vez, el nuevo texto aprobado.

Incluso, durante los 5 meses de funcionamiento que tuvo la Asamblea en la segunda mitad de 1999, puede decirse que todo el debate político del país giró en torno a la misma. La Asamblea se había constituido en el centro del poder, el Presidente la calificaba de "soberanísima" y la Corte Suprema de Justicia, al decidir sendos recursos de inconstitucionalidad contra actos de la Asamblea Constituyente de intervención de los poderes públicos constituidos, in-

---

73 Véase el texto del Acuerdo en *El Nacional,* Caracas, 10-9-99, p. D-4.

74 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente,* Tomo I, *op. cit.,* pp. 115 a 122; y en *Gaceta Constituyente, op. cit.,* pp. 7 a 8, 11, 13 y 14. Véase el texto en *Gaceta Oficial* Nº 36.776 de 31-08-99.

cluso del propio Poder Judicial, en una sentencia del 14 de octubre de 1999, que fue su propia sentencia de muerte, la Corte Suprema llegó a reconoció casi supuestos poderes "supraconstitucionales" a la Asamblea[75].

Como se ha dicho, violando abiertamente tanto la Constitución de 1961, que la Corte Suprema había considerado que continuaba vigente y que debía ser respetada por la Asamblea Nacional Constituyente (sentencia del 18 de marzo de 1999); como el contenido de la sentencia de la propia Corte Suprema que consideró que la Asamblea no podía tener carácter "originario" (sentencia del 13 de abril de 1999); así como la voluntad popular expresada como efectivo y único poder constituyente originario en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, según el criterio de la misma Corte Suprema; la Asamblea Nacional Constituyente se declaró a sí misma como poder constituyente originario y con potestad para apartarse de la Constitución de 1961 vigente en ese momento (derogarla, suspenderla, violarla) y para intervenir todos los Poderes constituidos pudiendo cesar el mandato popular de los mismos.

A partir de ese momento comenzó en el país un sistemático proceso de ruptura del orden constitucional, mediante la emisión de actos constituyentes, que lamentablemente luego fueron reconocidos como de rango constitucional, primero, por la propia antigua Corte Suprema de Justicia hasta que fue cesada, víctima de su debilidad y, luego, por el Tribunal Supremo de Justicia creado y dominado por el nuevo poder.

Todos los actos constituyentes o constitucionales dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, por supuesto, tuvieron como fundamento su propio Estatuto, dictado por ella misma, en el cual la Asamblea, ilegítimamente, se había auto-atribuido el carácter de poder constituyente originario; y nunca las bases comiciales aprobadas popularmente, que eran las únicas que podían tener rango constitucional e, incluso, supraconstitucional.

En primer lugar, fue la antigua Corte Suprema de Justicia, en una confusa sentencia del 14-10-99 (Caso *Impugnación del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de Regulación de las Fun-*

---

75 Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carías. *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela, op. cit.,* p. 233 y ss.

ciones del Poder Legislativo)[76] la cual cambiando el criterio sustentado en la sentencia de la Sala Político Administrativa de 18-03-99, desligó a la Asamblea de las previsiones de la Constitución de 1961, permitiendo que aquélla pudiera desconocerla, con lo que ilegítimamente "legitimó" el golpe de Estado que la Asamblea había dado al desconocer la Constitución de 1961.

IX. LA SUMISIÓN DE LA CORTE SUPREMA AL PODER CONSTITUYENTE DE LA ASAMBLEA Y LA CERTIFICACIÓN DE SU MUERTE A MANOS DE LA ASAMBLEA QUE HABÍA CREADO

Con fundamento, entonces, en este pretendido carácter de poder constituyente originario que la Asamblea Nacional Constituyente había asumido en su propio Estatuto, sin fundamento en las bases comiciales del referendo del 25-4-99 que le había dado origen; y que luego, el Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional se había encargado de otorgarle, olvidándose de sus funciones de juez constitucional; la Asamblea irrumpió contra el orden constitucional mediante diversos actos constituyentes que consolidaron el golpe de Estado contra la Constitución de 1961, que estaba vigente; y todo con la anuencia del nuevo Tribunal Supremo de Justicia.

Entre los actos constituyentes que dictó estuvo el "Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo", evidentemente contrario a lo que regulaba la Constitución de 1961, mediante el cual se eliminaba al Congreso y a las Asambleas Legislativas de los Estados; se cambiaba la estructura del Parlamento de bicameral a unicameral, y se intervenía la autonomía e independencia de los órganos del Poder Público que regulaba la Constitución).

Dicho Decreto fue impugnado ante la Corte Suprema de Justicia por el Presidente de la Cámara de Diputados, y esta en Sala Plena, y con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, en sentencia de fecha 14 de octubre de 1999 (Caso *H. Capriles Radonski*, *Decreto de Reorganización del Poder Legislativo)* resolvió el recurso declarando "improcedente la acción de nulidad intentada".

La Corte, con esta sentencia, se plegó al nuevo poder, avaló los desaguisados constitucionales que había cometido la Asamblea y,

---

[76] Véase el texto en la *Revista de Derecho Público,* No. 77-80, *cit*., 111 a 132.

con ello firmó su sentencia de muerte y la remoción de sus integrantes con excepción, por supuesto, del magistrado Urdaneta, Presidente ponente, quien luego siguió de presidente del nuevo Tribunal Supremo de Justicia.

En la sentencia, luego de unas confusas argumentaciones basadas en citas bibliográficas que, por supuesto incluyeron al Abate Sieyès, sobre el poder constituyente en la teoría y práctica políticas de la historia universal; y sobre la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, la Corte Suprema, en esta sentencia, concluyó observando que:

> "El poder constituyente no puede ejercerlo por sí mismo el pueblo, por lo que la elaboración de la Constitución recae en un cuerpo integrado por sus representantes, que se denomina Asamblea Constituyente, cuyos títulos de legitimidad derivan de la relación directa que exista entre ella y el pueblo."

Con este "descubrimiento" la Corte lo que hizo fue observar que la Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999 tenía como límites las bases comiciales aprobadas por el poder constituyente originario (el pueblo) mediante referendo, bases a las cuales la Corte, en la misma sentencia, le había reconocido "similar rango y naturaleza que la Constitución", y en las cuales se encomendó a la Asamblea "la elaboración de la Constitución", mas no su adopción o puesta en vigencia, que se reservó el pueblo como poder constituyente originario mediante referendo aprobatorio en la base comicial novena.

Sin embargo, en la misma sentencia, la Corte Suprema pasó de reconocerle a las bases comiciales "similar rango y naturaleza que la Constitución" (de 1961), a otorgarle rango "supraconstitucional". La Corte, en efecto, en la sentencia, luego de constatar las denuncias de inconstitucionalidad del Decreto impugnado, señaló:

> "Como puede observarse, la pregunta Nº 1 del referendo consultivo nacional aprobado el 25 de abril de 1999 y la base comicial octava del mismo referendo, *consagra la supraconstitucionalidad de sus prescripciones*, ya que en ningún momento remite a la Constitución de 1961 sino a la tradición de la cultura..."

Por supuesto, en esta línea de razonamiento, la Corte Suprema se encontraba con el escollo de la sentencia del 13 de abril de 1999, de la Sala Político Administrativa de la propia Corte Suprema, que

había ordenado eliminar de la base comicial octava, para evitar toda confusión, toda referencia al pretendido carácter originario del poder constituyente que ejercía la Asamblea, pero dijo lo siguiente:

> "Si bien la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de fecha 13 de abril de 1999, excluyó de la base comicial octava "como poder constituyente originario que recoge la soberanía popular", es claro que la Asamblea Nacional Constituyente, no es un poder derivado, pues su función de sancionar una nueva Constitución implica el ejercicio del poder constituyente, el cual no puede estar sujeto a los límites del orden jurídico establecido, incluyendo la Constitución vigente."

De lo anterior resulta una contradicción abierta de criterios. La Corte reconocía que la sentencia de 13 de abril había dejado claro que la Asamblea Nacional Constituyente *no era un poder constituyente originario* (que sólo el pueblo lo es), lo que conducía entonces a considerarla como un poder constituyente "derivado", regulado por el pueblo en las bases comiciales a las cuales le reconoció rango "supraconstitucional". La Corte dijo, en definitiva, que la Asamblea no era ni poder constituyente originario ni poder constituyente derivado. Entonces, ¿de qué se trataba? Si toda la bibliografía citada en la sentencia establecía esta dicotomía, debía ser una cosa o la otra, pero lo que no podía era no ser alguna de las dos.

La inconsistencia de la sentencia, en todo caso, condujo a la Corte Suprema, luego de citar párrafos sueltos de la antigua sentencia del 19 de enero de 1999, a cambiar su propio criterio establecido en la sentencia del 13 de abril de 1999 sobre la ausencia del carácter originario del poder constituyente otorgado a la Asamblea.

Debe señalarse que es cierto que la Asamblea no tenía más límites que los establecidos en las bases comiciales para sancionar una nueva Constitución; pero sólo para eso es que ello implicaba el ejercicio del poder constituyente: para elaborar el texto de una nueva Constitución la cual no se podía poner en vigencia con la sola voluntad de la Asamblea, porque ésta no tenía poder constituyente para ello. Por eso, las comparaciones que hizo la Corte en su sentencia, con el proceso de la Asamblea Constituyente de Colombia de 1991, eran totalmente impertinentes, pues en ese país, al contrario de lo que sucedió en Venezuela, la Constitución sí fue puesta en vigencia por la Asamblea Constituyente, sin aprobación popular.

En Venezuela, al contrario, el pueblo como poder constituyente originario, en las bases comiciales mencionadas se reservó la potestad de aprobar la Constitución mediante referendo aprobatorio posterior.

Sin embargo, incluso contrariando sus propias palabras (que la función de la Asamblea era "sancionar una nueva Constitución") la Corte Suprema en la sentencia, le atribuyó otras tareas (indefinidas) a la Asamblea así:

> "El cambio constitucional dirigido a la supresión de la Constitución *vigente*, es un proceso que, como tal, no se limita a la sanción de la nueva Constitución, sino al interregno durante el cual, la Asamblea Nacional Constituyente actúa dentro del contexto jurídico donde rige, transitoriamente, la Constitución anterior..."

Es decir, la Corte contradictoriamente reconoció en la sentencia la "vigencia" de la Constitución de 1961, así fuera "transitoriamente" hasta que se aprobara la nueva Constitución mediante referendo, y agregó luego, sin embargo, que:

> "El hecho de que la supresión de la Constitución actual se produce sólo cuando es refrendada y sancionada por el pueblo la Constitución nueva, el tiempo de vigencia de la primera no puede impedir ni obstaculizar el cumplimiento de la función de la Asamblea Nacional Constituyente que es la creación de un nuevo ordenamiento jurídico a que se refiere la pregunta Nº 1 del referendo consultivo nacional del 25 de abril de 1999. Si el cambio constitucional es un proceso, que se inicia con dicho referendo y si este proceso implica forzosamente la coexistencia de poderes (del poder constituido y la Asamblea Nacional Constituyente), los Estatutos de Funcionamiento de ésta, basados, como se ha dicho, en normas presupuestas o supraconstitucionales, deben definir el modo de esta coexistencia, siendo la Constitución de 1961, el límite del poder constituido, pero no el criterio de solución de las controversias que puedan ocurrir entre ambos poderes."

Es decir, la Corte Suprema cambió el criterio que había sentado en la sentencia del 18 de marzo de 1999, según el cual la Constitución de 1961 era un marco límite de la Asamblea cuya elección debía aprobarse por el referendo del 25 de abril de 1999; y pasó a señalar, ya en medio del proceso constituyente, que esa misma Cons-

titución de 1961 sólo era un límite a la actuación "de los poderes constituidos", pero no de la propia Asamblea Nacional Constituyente, cuya actuación pasaba a estar regulada por su Estatuto de Funcionamiento, que ella misma se había dictado, autoatribuyéndose "poder constituyente originario".

Como conclusión de estas contradicciones, sin más, la Corte Suprema, en su sentencia del 14 de octubre de 1999, afirmó que la pretensión de nulidad del "Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo", al violar la Constitución de 1961, era "improcedente":

> "Pues el fundamento del acto impugnado no puede ser la Constitución vigente, desde que la soberanía popular se convierte, a través de la Asamblea Nacional Constituyente, en supremacía de la Constitución, por razón del carácter representativo del poder constituyente, es decir, como mecanismo jurídico de producción originaria del nuevo régimen constitucional de la República, así se declara."

Con esta confusa declaración, de la que podía deducirse cualquier cosa por quien quiera que la lea, la Corte Suprema cambió los criterios que dieron origen al mismo proceso constituyente sentados por la misma Corte y, en definitiva, decretó su futura extinción. Sólo pasaron algo más de dos meses para que fuera cerrada y extinguida por la propia Asamblea Nacional Constituyente, precisamente en ejercicio de los "poderes" que la misma Corte le atribuyó a partir de esta sentencia.

Esta sentencia de la Corte en Pleno, en todo caso, fue objeto de severas criticas por parte de los siguientes Magistrados que salvaron su voto: Hermes Harting, quien había sido ponente de las sentencias de 18-03-99, 23-03-99 y 13-04-99 de la Sala Político Administrativa; Hildegard Rondón de Sansó; Belén Ramírez Landaeta; Héctor Grisanti Luciani, y Humberto J. La Roche, quien había sido el ponente de la sentencia inicial del proceso constituyente de 19-01-99.

El magistrado Harting insistió en la tesis de que la Asamblea Nacional Constituyente se había originado "en función de la Constitución de 1961, fuente de su nacimiento", por lo que estaba sujeta a la Constitución, lo que implicaba:

> "El no poder ejercer la Asamblea Nacional Constituyente potestades correspondientes a los Poderes del Estado, ni realizar actuaciones atribuidas específicamente a estos por la Constitución y las Leyes, ni siquiera invocando circunstancias excepcionales."

Sobre este mismo tema, la magistrado Hildegard Rondón de Sansó también fue precisa al afirmar que la Asamblea Nacional Constituyente

> "Está -ante todo- sujeta al sistema de la Constitución de 1961, al orden vigente y a las bases comiciales en el ejercicio y límites de su competencia."

Por ello, la magistrado Sansó consideró que la sentencia de 14-10-99 había tergiversado la base comicial octava al considerar que la Asamblea estaba exonerada del bloque normativo de la Constitución de 1961; afirmando que:

> "La posición supraconstitucional de la Asamblea Nacional Constituyente radica en la facultad de erigir instituciones futuras, diferentes del texto constitucional vigente: no en la facultad de violar las normas que rigen el sistema dentro del cual opera."

La magistrado Sansó también denunció el "flagrante desconocimiento" que evidenció la sentencia de un Acuerdo que había adoptado la Corte en Pleno, días antes, el 23-08-99, en el cual la Corte declaró que:

> "Se mantiene firme en su convicción de que dicha Asamblea no nació de un gobierno de facto, sino que surgió en un sistema de iure mediante un procedimiento al cual ella misma ha dado su respaldo."

Ahora bien, la acción de nulidad del Decreto que reguló la reorganización del Poder Legislativo se había fundamentado, entre otros aspectos, en la violación de la base comicial octava que la sentencia consideró como de rango y naturaleza constitucional e, incluso, supraconstitucional. Al declarar improcedente la acción sólo indicando que el Decreto no estaba sometido a la Constitución de 1961, pero sin confrontar su texto con la base comicial octava, la Corte en Pleno incurrió en denegación de justicia o quizás en absolución de la instancia, lo que fue destacado por los magistrados Humberto J. La Roche e Hildegard Rondón de Sansó en sus votos salvados.

La sentencia, en todo caso, fue dictada con un apresuramiento inconcebible; como lo destacó en su voto salvado la magistrada Belén Ramírez Landaeta:

> "La sentencia fue reformada y a menos de media hora de su distribución -violando el Reglamento de Reuniones de la Corte Suprema de Justicia en Pleno dictado por la Corte Suprema de Justicia en fecha 26 de noviembre de 1996- fue votada sin derecho a examinar, con la cordura requerida, el contenido de la misma."

Ello condujo, conforme al criterio de la magistrado Ramírez, a un "fallo lleno de errores, tanto formales como conceptuales" en cuya emisión, la Corte no ejerció "la virtud de la prudencia" ni tomó en cuenta la trascendencia que la decisión tenía "para el país y para la historia".

El apresuramiento por complacer al nuevo poder hizo a la Corte incurrir en los desafortunados desaguisados que sus propios Magistrados denunciaron en los votos salvados.

Por último, los magistrados Héctor Grisanti Luciani, Humberto J. La Roche y Belén Ramírez Landaeta, quienes también salvaron su voto, destacaron la omisión del fallo en considerar el contenido del Acuerdo que había sido firmado entre representantes del Congreso y de la Asamblea Nacional Constituyente el 09-09-99, mediante el cual materialmente se había dejado sin efecto la médula del Decreto impugnado, estableciéndose un sistema de cohabitación o coexistencia pacífica de las dos instituciones.

En todo caso, con el "Decreto de Regulación de las funciones del Poder Legislativo" se materializó jurídicamente el golpe de Estado dado por la Asamblea Nacional Constituyente, al violar la Constitución de 1961, extinguir un órgano constitucional constituido y electo como era el Congreso, intervenir sus funciones legislativas, limitar la autonomía de los Estados y Municipios y lesionar la autonomía de las Contralorías. La Asamblea Nacional Constituyente, como lo destacó la magistrado Rondón de Sansó en su voto salvado a la sentencia de la Corte en Pleno del 14-10-99, ciertamente había nacido a raíz de la sentencia de 19-01-99 como una Asamblea sometida a un "régimen de *iure*".

Por ello, al usurpar la autoridad del Congreso y violar la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente se constituyó a sí misma en un órgano bajo *régimen de facto,* actuando como una *Asamblea de facto,* al margen de la Constitución.

En esta forma, a partir de ese momento en adelante, se sucedieron diversos actos constituyentes que significaron la violación sistemática de la Constitución de 1961 y luego, de la propia Constitución de 1999.

Entre esos actos, también debe destacarse el adoptado de fecha 19 de agosto de 1999, cuando le tocó su turno al Poder Judicial, incluida la propia Corte Suprema de Justicia, mediante el cual la Asamblea Nacional Constituyente resolvió declarar "al Poder Judicial en emergencia" (art. 1º), creando una Comisión de Emergencia Judicial, que asumió el proceso de intervención [77].

Este Decreto tuvo la misma fundamentación que los anteriores: el ejercicio del poder constituyente originario supuestamente otorgado por éste a la Asamblea mediante referendo; el artículo 1º del Estatuto de Funcionamiento de la propia Asamblea y el artículo único del Decreto de la Asamblea que declaró la reorganización de todos los Poderes Públicos constituidos. Es decir, el fundamento del Decreto fue el que la propia Asamblea Constituyente se había construido a la medida, sin vínculo alguno con las normas supraconstitucionales como eran las bases comiciales aprobadas en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999[78].

---

77 *Gaceta Oficial* Nº 36.772 de 25-08-99 reimpreso en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08-09-99

78 En el debate ante la Asamblea, expusimos nuestra opinión y las objeciones a la forma como se procedía a la intervención de la justicia, señalando que: "Si bien la Asamblea Nacional Constituyente debe ser la instancia política para motorizar las reformas inmediatas al Poder Judicial, y para propender a la renovación de la Judicatura, ello no lo puede hacer directamente sustituyendo los órganos con competencia legal para ello, sino instruyendo, vigilando y haciendo el seguimiento de sus propuestas. De lo contrario, corremos el grave riesgo de desencadenar iniciativas indeseadas por violación de los Tratados Internacionales que obligan al Estado Venezolano a proteger la independencia judicial, la cual lejos de salvaguardarse, se lesiona abiertamente con el Proyecto de Decreto". Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente,* Tomo I, *op. cit.* p. 73.

En todo caso, el Decreto de Reorganización del Poder Judicial fue aprobado, atribuyendo a la Comisión de Emergencia Judicial amplias facultades de intervención del Poder Judicial, las cuales pueden resumirse así:

1. La proposición a la Asamblea de las medidas necesarias para la reorganización del Poder Judicial y "la ejecución de las aprobadas por la Asamblea de conformidad con su Estatuto de Funcionamiento" (art. 3,1).

2. La evaluación del desempeño de la Corte Suprema de Justicia (arts. 3,3 y 4).

3. La instrucción al Consejo de la Judicatura para la ejecución de sus decisiones (art. 3,4). Tanto el Consejo de la Judicatura como el Inspector General de Tribunales estaban obligados a acatar las instrucciones de la Comisión (art. 5), y la Comisión tenía la facultad de proponer a la Asamblea la sustitución de los Consejeros y del Inspector General de Tribunales (art. 5).

4. La destitución de cualquier funcionario judicial que obstaculizare su actividad o incumpliera sus instrucciones (art. 5).

5. La suspensión en forma inmediata a los funcionarios judiciales que tuvieran procedimientos iniciados por causas de corrupción (art. 6) y la destitución, también en forma inmediata, de jueces y funcionarios judiciales en caso de retardo judicial, de revocación de sus sentencias, de incumplimiento grave de sus obligaciones o que poseyeran signos de riqueza de procedencia no demostrada (art. 7).

6. La designación, a criterio de la Comisión, de suplentes o conjueces para sustituir a los jueces destituidos o suspendidos (art. 8).

El Decreto estableció que los jueces destituidos o suspendidos por la Comisión podían "apelar" de la decisión ante la Asamblea Nacional Constituyente (art. 9), con lo cual se pretendía convertir a la Asamblea en un órgano de alzada en el procedimiento administrativo.

Además, el Decreto destinó un conjunto de normas para regular la selección de jueces mediante evaluaciones y concursos públicos que, por supuesto, no se realizaron (art. 10 a 24).

En todo caso, la declaratoria de Emergencia Judicial tendría vigencia hasta que se sancionara la nueva Constitución (art. 32), sin embargo, fue prorrogada de hecho por más de un año, por la falta

del Tribunal Supremo de Justicia en asumir el gobierno judicial conforme a la competencia que le asignó la nueva Constitución de 1999 (art. 267). El Tribunal Supremo de Justicia, a partir de enero de 2000, fue así complaciente con la forma irregular de intervención del Poder Judicial, y se abstuvo deliberadamente de asumir sus propias funciones.

Con posterioridad a la aprobación del Decreto de Reorganización del Poder Judicial, se emitió por la Junta Directiva de la Asamblea otro Decreto complementario de la intervención del Poder Judicial denominado "Decreto de Medidas Cautelares Urgentes de Protección al Sistema Judicial". El mismo ni siquiera fue aprobado por la Asamblea, ni publicado en *Gaceta Oficial*, sino que fue dictado por la "Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente y la Comisión de Emergencia Judicial autorizadas por la Asamblea en una sesión extraordinaria del 7 de octubre de 1999". O sea, la Asamblea se permitió, incluso, "delegar" en su Junta Directiva el supuesto poder constituyente originario que había asumido, hecho clandestino del cual no tuvieron conocimiento ni siquiera los mismos constituyentes. En todo caso, lo insólito de esta "delegación" fue que la fecha de emisión del Decreto fue el mismo día 7 de octubre de 1999, y ese mismo día fue reformado[79], razón por la cual no se entiende el porqué de tal delegación ni el porqué no fue sometido a la consideración de la plenaria de la Asamblea para su adopción por ella.

En este Decreto, en todo caso, se ordenó la inmediata suspensión de jueces contra quienes pesaran siete denuncias o más, o que tuvieran averiguaciones penales abiertas (art. 1), siendo el objeto inmediato de la suspensión, como medida cautelar, la separación del cargo de los jueces y su sometimiento a procedimientos disciplinarios (art. 3). El Decreto ordenaba, además, la incorporación de los suplentes de los jueces suspendidos (art. 2). Por otra parte, el Decreto ordenó la suspensión de los Inspectores de Tribunales por conductas omisivas (art. 4) y facultó a la Inspectoría General de Tribunales para la designación de inspectores interinos (art. 5). Por último, el Decreto facultó a la Comisión de Emergencia Judicial -el mismo órgano que participó en su adopción- para extender las medidas dictadas a otras situaciones graves (art. 9). Este Decreto de

79 *Gaceta Oficial* Nº 36.825 de 09-11-99.

medidas cautelares, sin embargo, reguló un recurso contra las medidas ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (art. 10), buscando garantizar de alguna manera el derecho a la defensa que había sido olvidado en el Decreto anterior.

Contra las medidas que al efecto dictaron los órganos comisionados para ello, se recurrió ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que había sido creado por la propia Asamblea Nacional Constituyente luego de extinguir la antigua Corte Suprema de Justicia. Esta Sala en fecha 24 de marzo de 2000, dictó la sentencia Nº 659, (Caso *Rosario Nouel*), en la cual declaró que:

> "La Comisión de Emergencia Judicial, la Sala Administrativa del extinto Consejo de la Judicatura, así como la Inspectoría General de Tribunales ejercieron una competencia que les fue atribuida por la Asamblea Nacional Constituyente, y en consecuencia su competencia emanó de una *voluntad soberana."*

Esta vez fue la Sala Político Administrativa del nuevo y renovado Tribunal Supremo, que había sido creado el 22-12-99 por la propia Asamblea Nacional Constituyente en el Decreto sobre el "Régimen de Transición de los Poderes Públicos", la que en esta sentencia le atribuyó a las decisiones de la Asamblea, carácter de "voluntad soberana", es decir, directamente reconoció a la Asamblea la supuesta titularidad de la soberanía, lo que no tenía sentido, pues la única "voluntad soberana" que podía haber en el régimen constitucional era la que emanaba del pueblo, único titular de la soberanía, mediante el sufragio (elecciones) o votaciones (referenda).

En todo caso, con fundamento en estos Decretos se produjo la intervención del Poder Judicial, se destituyeron y suspendieron jueces, con precaria garantía al derecho a la defensa, se designaron suplentes e interinos sin sistema alguno de selección que no fuera la voluntad del designante, con lo cual, el Poder Judicial quedó signado por la provisionalidad, con su secuela de dependencia respecto del nuevo Poder, sin que se hubiera realizado concurso alguno para la selección de jueces[80].

---

[80] Casi dos años después, en agosto de 2001, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia admitían que más del 90% de los jueces de la República eran

El Decreto de Medidas Cautelares de Protección al Sistema Judicial fue impugnado por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia el 19 de noviembre de 1999, habiéndose decidido la causa por el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, pero en Sala Constitucional, mediante sentencia del 2 de noviembre de 2000 Nº 1320, (Caso *Gisela Aranda Hermida*), en la cual, al declarar la inadmisibilidad de la acción, consideró que el Decreto era:

> "Un producto del proceso constituyente recientemente vivido en Venezuela y que se encuentra dentro de los denominados actos constituyentes, respecto de los cuales esta misma Sala ha dejado sentado en anteriores oportunidades con fundamento en algunas sentencias pronunciadas por al entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno- que, al tener "(...) su régimen fundamental en las preguntas y Bases Comiciales consultadas en el Referendo del 25 de abril de 1999", tales actos "(...) son para el ordenamiento que rige el proceso constituyente, 'de similar rango y naturaleza que la Constitución' como la cúspide de las normas del Proceso Constituyente", concluyendo así que, "(...) habiendo sido asimilado el rango de las Bases Comiciales con el más alto escalafón de la jerarquía normativa en el proceso constituyente, es esta Sala Constitucional el Tribunal competente para decidir las acciones intentadas contra los actos de ejecución de dichas Bases..".

Se destaca de esta sentencia la insólita decisión de atribuir carácter de "acto constituyente" de igual rango y naturaleza que la Constitución, no ya a una decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, sino de su Junta Directiva y de una Comisión creada por la Asamblea. La complacencia al nuevo poder no encontró límites.

Por último, también como parte de la intervención del Poder Judicial, la Asamblea Nacional Constituyente, esta vez "en uso a la atribución a que se contrae el artículo 1º del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea y en conformidad con el artículo 1º del Decreto de Reorganización del Poder Judicial del 25 de agosto de 1999", dictó otro Decreto que confirió facultades a la Comisión de Emergencia Judicial "hasta el 16 de diciembre del presente año"

---

provisionales. Véase *El Universal*, Caracas 15-08-01, p. 1-4. En mayo de 2001 otros Magistrados del Tribunal Supremo reconocían el fracaso de la llamada "emergencia judicial". Véase *El Universal,* Caracas 30-05-01, p. 1-4.

(1999) para reglamentar el plan de evaluación de los jueces, determinar la permanencia o sustitución de los mismos y el régimen de selección y concursos (art. único)[81].

El resultado de toda esta intervención del Poder Judicial fue la designación indiscriminada de "nuevos" jueces sin concursos, muchos de los cuales quedaron dependientes del nuevo Poder que los había designado.

Pero lo más lamentable de todo este asalto al Poder Judicial, llevado a cabo por la Asamblea nacional Constituyente, con el cómplice silencio del la Corte Suprema, fue el Acuerdo adoptado por la propia Corte Suprema de Justicia de 23-08-99 y lo que produjo materialmente su "autodisolución".

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en fecha 23 de agosto de 1999, y con motivo de la decisión de la Asamblea de intervenir el Poder Judicial, adoptó un desafortunado Acuerdo[82], elaborado con ponencia de la magistrado Hildegard Rondón de Sansó, en el cual "fijó posición" ante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial dictado por la Asamblea Nacional Constituyente; y sobre la designación de uno de sus propios magistrados (Alirio Abreu Burelli) como integrante de la ilegítima Comisión de Emergencia Judicial; con lo cual, como lo expresó la magistrado Cecilia Sosa Gómez, quien hasta ese momento presidía la Corte Suprema, al salvar su voto: "Estimo que al acatar el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, la Corte Suprema de Justicia se autodisuelve."

Y así ocurrió, de hecho, tres meses después.

En efecto, en el Acuerdo, la Corte, sin duda ingenuamente y en un último intento de detener la avalancha inconstitucional que había provocado con sus imprecisiones, ratificó su "convicción" sobre el hecho de que la Asamblea Nacional Constituyente no había nacido "de un gobierno de *facto*, sino que surgió en un sistema de *iure* mediante un procedimiento al cual ella ha dado su respaldo"; y procedió a evaluar el Decreto "independientemente de los vicios que

---

81 *Gaceta Oficial* Nº 36.832 de 18-11-99.

82 Véanse nuestros comentarios sobre el Acuerdo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente,* Tomo I, *op. cit.,* pp. 141 y ss. Véanse, además, los comentarios de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente, cit,* pp. 75 y ss.

puedan afectarlo", lo cual resultaba a todas luces extraño, por sólo decir lo menos. No es concebible que un Tribunal Supremo que es juez constitucional pueda "evaluar" un acto estatal que sospecha viciado, independientemente de sus vicios, no pudiendo un Tribunal Supremo desdoblarse así, acomodaticiamente.

En todo caso, de esa "acéptica" evaluación, la Corte Suprema captó el compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de proceder de inmediato, a través de la citada Comisión, a la revisión de los expedientes de los jueces y a su evaluación. Consideró, además, la Corte, que la ejecución del proceso de reorganización judicial debía respetar los principios fundamentales del derecho a la defensa, de la racionalidad y proporcionalidad de las decisiones y de la independencia y autonomía del Poder Judicial, lo cual precisamente no se había hecho ni se garantizaba en el Decreto que evaluaba, ofreciendo sin embargo, "su contribución para el objetivo fundamental perseguido por el Decreto", para lo cual, aunque parezca mentira, autorizó al magistrado Abreu Burelli para integrar la Comisión, lo cual también, en forma increíble, fue aceptado por éste.

De nuevo, el lenguaje impreciso y ambiguo utilizado en el Acuerdo condujo a que varios Magistrados salvaran su voto. El magistrado Héctor Paradisi León estimó que el pronunciamiento de la Corte no respondía al ejercicio de sus atribuciones, dada las "motivaciones altamente políticas" del Decreto.

El magistrado Hermes Harting consideró contradictorio el Acuerdo, pues el Decreto de la Asamblea "transgrede derechos como el ser juzgado por sus jueces naturales y la garantía del debido proceso" al atribuir a la Comisión de Reorganización Judicial, en desmedro de las atribuidas a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de la Judicatura. Similares contradicciones, identificó el magistrado Héctor Grisanti Luciani. Finalmente, la magistrado Cecilia Sosa Gómez denunció la incoherencia del Acuerdo, al estimar que "Pretende convalidar el Decreto de la Asamblea dirigido directamente a desconocer el Estado de Derecho en el cual ha nacido".

Denunció, además, la Magistrada Sosa la contradicción del Acuerdo, pues al:

> Respaldar el contenido del Decreto de Emergencia Judicial dictado por la Asamblea, (la Corte) desconoce rotundamente no sólo el contenido de sus sentencias sino los límites demarcados

en las bases comiciales que gobiernan el funcionamiento de la Asamblea y el ordenamiento constitucional y legal, enteramente vigente y cuya garantía ha sido confiada a este Alto Tribunal.

Consideró, además, que la Corte, con el Acuerdo:

"Reniega su propia jurisprudencia, que fijó la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, y, consecuentemente, ha mostrado su fragilidad y debilidad ante el Poder Político y, deberá su precaria permanencia al Presidente de la República, que magnánimamente no ha ordenado su disolución."

La magistrada Sosa, sin duda, tenía claro el panorama futuro de la Corte, cuyos magistrados fueron removidos tres meses después por la propia Asamblea Nacional Constituyente. Por ello, denunció, además, que con el Acuerdo, la Corte había permitido que la Asamblea enervara las facultades que el pueblo soberano:

"Donde reside el único y verdadero poder originario", confirió a la Asamblea, pues a la Asamblea no se la había autorizado "para intervenir o sustituir los poderes constituidos, erigiéndose en una suerte de "superpoder" donde se concentran todas las potestades públicas."

Consideró que ello lo había logrado la Asamblea "con el respaldo del Acuerdo" cuyo contenido deploró.

Advirtió la magistrada Sosa que la Corte, "mediante un artilugio jurídico", se había sometido "a los designios de la Asamblea, aceptando que ella pueda sustituirse a la Corte Suprema de Justicia y al Poder Judicial, a través de una falsa colaboración". La Asamblea "no está por encima de la Constitución que le permitió existir" -dijo-, por lo que la Magistrado disidente denunció que, con el Decreto, la Asamblea:

"Se arrogó atribuciones del poder constituido, y olvidó que debe responder sólo a lo que el pueblo soberano le autorizó…; …ha violentado con esta actuación -validada por la Corte- esa Constitución, desconociendo abierta y flagrantemente sus postulados. Y, sin una Constitución simplemente no hay Democracia… con ese Decreto la Asamblea Nacional Constituyente rompió el equilibrio de esa Democracia."

La verdad es que ya lo había roto con anterioridad al haber perpetrado el golpe de Estado del cual el Decreto era una manifestación más, pero no la única. Finalmente, la magistrado Sosa denun-

ció que más que "sumisión al Estado de Derecho", la Corte con el Acuerdo, había declarado su "sumisión a la Asamblea Nacional Constituyente"; y con ello, en definitiva su disolución, como en efecto ocurrió tres meses después. Por último, la magistrado Sosa hizo esta definitiva afirmación, que patentizó la actuación de la Corte:

> "El miedo a desaparecer como Magistrados y el ansia de colaborar con una mayoría que se ha arrogado todos los poderes fue más grande que la dignidad y la defensa de los valores fundamentales que el Derecho y la Democracia imponen a la Corte Suprema de Justicia."

Basta glosar este voto salvado, tremendamente crítico, para entender la naturaleza del acto de sumisión de la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Nacional Constituyente. La magistrado Sosa, el mismo día del Acuerdo, renunció a su condición de Magistrado; y poco tiempo después, como se dijo, la mayoría de los otros Magistrados fueron sacados inmisericordemente de sus cargos, por el nuevo poder que ellos contribuyeron a entronizar, y del cual fueron sus primeras víctimas.

Como resulta de todo lo anteriormente expuesto, el proceso constituyente venezolano de 1999, institucionalmente comenzó a raíz de la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 19-1-99, en la cual fundamentándose en la consideración del derecho a la participación política como un derecho inherente a la persona humana, el Supremo Tribunal abrió la vía para que mediante referendo, la soberanía popular se manifestara para establecer un tercer mecanismo de revisión constitucional, distinto a la reforma y a la enmienda que regulaba la Constitución de 1961, consistente en la elección de una Asamblea Nacional Constituyente que cumpliera tal tarea.

Las sentencias de la Sala Político Administrativa que siguieron a las de 19-1-99, de marzo y abril de 1999[83], dejaron claramente sentado el criterio de que la Asamblea Nacional Constituyente, que se originaría del referendo del 25-4-99, surgía al calor de la interpretación de la Constitución de 1961, quedando sometida a la mis-

---

[83] Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente, cit.,* pp. 25 a 55; 169-198; 223 a 250.

ma y a las bases comiciales (estatuto de la Constituyente) que se aprobaran en el referendo. Estas bases comiciales, como manifestación de la voluntad popular, es decir, del pueblo como soberano poder constituyente originario, adquirieron entonces rango constitucional (naturaleza igual y similar a la Constitución).

La Asamblea Nacional Constituyente, así, se configuraba como un instrumento para la revisión constitucional y nada más. Se trataba de un poder constituido que, aunque extraordinario, no podía usurpar la autoridad de los poderes constituidos ordinarios (los regulados en la Constitución de 1961) y, por supuesto, no podría tener carácter alguno de "poder constituyente originario" que sólo tiene el pueblo.

El intento del Presidente de la República y del Consejo Supremo Electoral de pretender incorporar a las bases comiciales una expresión que buscaba atribuir a la Asamblea algún poder constituyente originario en la base comicial octava, fue debidamente frustrado por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 18-3-99, en la cual ordenó eliminar de la base comicial octava la frase que calificaba a la Asamblea "como poder originario que recoge la soberanía popular".

En todo caso, las imprecisiones y ambigüedades de las sentencias de la Sala, comenzando por las de 19-1-99, habrían de costarle caro, porque apenas se instaló la Asamblea Nacional Constituyente electa el 25-7-99, al aprobar su Estatuto de Funcionamiento, como se ha dicho, se autoatribuyó el carácter de "depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía, con las atribuciones del poder originario".

Atrás quedaron los esfuerzos imprecisos de la Sala Político Administrativa. Con esta decisión se produjo un golpe de Estado, es decir, la asunción por un órgano constitucional de la potestad de desconocer la Constitución que en ese momento estaba vigente; auto atribuyéndose la facultad, supuestamente:

> "En uso de las atribuciones que se le son inherentes, para limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conformen el Poder Público."

De poder constituido extraordinario, la Asamblea decidió convertirse a sí misma en poder constituyente originario, usurpándoselo al pueblo, violentando su voluntad expresada en la Constitución que estaba vigente de 1961. En esta forma, se autoatribuyó el poder de

desconocerla y violarla a su antojo y medida, al someter a todos los órganos del poder constituido ordinario a su voluntad. Precisamente fue por ello que en el Estatuto de Funcionamiento, la Asamblea dispuso que:

> "Todos los organismos del Poder Público quedan sometidos a la Asamblea Nacional Constituyente, y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea."

En cuanto a la Constitución de 1961, que era el texto vigente, como se ha dicho, la Asamblea resolvió que la misma, así como el resto del ordenamiento jurídico imperante:

> "Mantendrán su vigencia en todo aquello que no colida o sea contradictorio con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente."

La Asamblea así, se auto atribuyó potestad constituyente para modificar la Constitución de 1961, no mediante la elaboración de un nuevo proyecto de Constitución que luego debía ser aprobado por el pueblo mediante referendo, sino directa e inmediatamente durante su funcionamiento mediante los llamados actos constituyentes, todo lo cual violaba las bases comiciales que habían sido aprobadas por el referendo, que habían dado origen a la propia Asamblea, a las que luego la Corte Suprema le atribuiría carácter supraconstitucional.

Con la aprobación del Estatuto de Funcionamiento, como hemos dicho, sin duda, la Asamblea dio un golpe de Estado contra la Constitución, desconociéndola, lo cual la Corte Suprema de Justicia no fue capaz de corregir. La Corte, quizás, creyó que podía salvarse de la guillotina constituyente, y como siempre sucede en estos procesos, fue la primera cabeza que rodó.

La Corte Suprema de Justicia, en efecto, fue llamada a pronunciarse sobra la violación, por el Decreto de regulación de las funciones del Poder Legislativo dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, de las bases comiciales que se habían aprobado en el referendo del 25-4-99; pero la Corte en un acto de denegación de justicia, se abstuvo de considerar tal violación. Esta técnica de avestruz se produjo con la sentencia de la Corte Plena del 14-10-99, que lejos de corregir la usurpación de autoridad realizada por la Asamblea, "legitimó" la inconstitucionalidad.

Por ello, en los actos constituyentes posteriores, la Asamblea Nacional Constituyente siempre invocaría, precisamente, esta sentencia para ejercer sus pretendidos poderes de desconocer la Constitución. En todo caso, el primero de estos actos fue, también precisamente, el acto constituyente del 22-12-99, que destituyó a los propios Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que eliminó a la propia Corte y que creó, en su lugar, un Tribunal Supremo de Justicia, con nuevas Salas, designando a su gusto a los nuevos Magistrados. Muy pocos de la antiguos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia aparecieron en el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, pero uno que sí apareció seguro fue el Magistrado Presidente, Iván Rincón, ponente de la desafortunada sentencia de la Corte Plena del 14-10-99.

En todo caso, posteriormente, sería el Tribunal Supremo de Justicia creado el 22-12-99 por la propia Asamblea Nacional Constituyente e integrado por Magistrados afectos al nuevo poder, el que convalidaría todas las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente adoptadas al margen y desconociendo la Constitución de 1961, admitiendo una supuesta "supremacía de la Asamblea Nacional Constituyente como poder constituyente".

En efecto, la sentencia N° 4 de 26 de enero de 2000 (Caso *Impugnación del Decreto de Régimen de Transición del Poder Público*), en esta forma, la Sala Constitucional del nuevo Tribunal Supremo de Justicia declaró improcedente el recurso, señalando expresamente que:

> "Dado el *carácter originario del poder* conferido por el pueblo de Venezuela a la Asamblea Nacional Constituyente, mediante la pregunta N° 1 y la base comicial octava del referido referendo consultivo nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y por tanto, *la no sujeción de este poder al texto constitucional* vigente para la época…"

Posteriormente, el mismo Tribunal Supremo de Justicia en la misma Sala Constitucional consideró los actos de la Asamblea Nacional Constituyente como de naturaleza "supraconstitucional". Así lo señaló en la sentencia de 21 de enero de 2000 con motivo de otra impugnación del Decreto sobre "Régimen de Transición del Poder Público"; y de nuevo en otra sentencia con el mismo objeto de 20 de junio de 2000 (Caso *Mario Pesci Feltri*), en la cual la Sala Constitucional señaló que:

> "Las normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente tienen un fundamento supraconstitucional respecto de la Constitución de 1961 y constitucional respecto de la de 1999."

Hasta ese momento, lo que se había considerado como de carácter supraconstitucional era únicamente la voluntad popular expresada en el referendo del 25 de abril de 1999; ahora, el Tribunal Supremo "equiparaba" los actos de la Asamblea, que era un órgano representativo del pueblo, a los del propio pueblo y reconociéndole tal igual carácter, se derivaba, entonces, que la Asamblea podía modificar la propia voluntad popular, lo cual era una aberración constitucional.

La misma Sala Constitucional, posteriormente, agregó lo siguiente al considerar la denuncia de violación por el "Decreto de Régimen de Transición del Poder Público", de la Asamblea, del artículo 262 de la Constitución de 1999:

> "Esta Sala una vez más sostiene que la Asamblea Nacional Constituyente, como órgano del poder originario y en ejercicio de la competencia que es inherente a la organicidad de ese poder originario, podía dentro de la segunda etapa de transitoriedad antes referida -además de dictar, abrogar, derogar o modificar normas-, disponer la integración provisional de las nuevas estructuras políticas creadas por el nuevo Texto Fundamental, en aquello no definido de manera expresa por dicho cuerpo de normas."

Posteriormente, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo consolidó el carácter de "poder constituyente originario" de la Asamblea Nacional al dictar la sentencia N° 180 de 23 de marzo de 2000 (Caso *Allan R. Brewer-Carías y otros, impugnación del Estatuto Electoral del Poder Público*), en el cual señaló entre otros aspectos, bajo la ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, lo siguiente:

> "Desde el 25 de abril de 1999, comenzó un régimen transitorio cuya finalidad no sólo era discutir y aprobar una nueva Constitución, por medio de la Asamblea Nacional Constituyente sino que según la pregunta 1° del Referendo Consultivo, la Asamblea se convirtió en un órgano con potestad para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social

y participativa. Ese régimen transitorio finalizó con la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pero dentro de este devenir, la Asamblea Nacional Constituyente decretó, el 12 de agosto de 1999 (publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 36.764, del 13 de agosto de 1999) la reorganización de todos los Poderes Públicos y reformó las funciones del Poder Legislativo.

Durante este régimen transitorio, estuvo vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961, en lo que no colidiese con el régimen jurídico que creaba la Asamblea, ya que ésta ejercía en forma originaria el poder constituyente, por ser emanación del pueblo soberano, y por tanto, no existía norma superior preestablecido por encima de sus determinaciones, lo cual fue reconocido por sentencia de fecha 14 de octubre de 1999, emanada de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia. Así, las normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente tuvieron un fundamento supraconstitucional con respecto a la Constitución de la República de Venezuela de 1961, y conforman un sistema de rango equivalente a la Constitución, pero de vigencia determinada, con respecto a la Constitución que elaboraba. Tal sistema, nacido de un poder constituyente e indivisible, situado por encima de las ramas del Poder Público, está destinado a regir toda la transitoriedad, hasta el momento en que los Poderes Públicos sean electos e inicien el ejercicio de sus competencias; es decir, que su teleología, consiste en "*la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas en la Constitución aprobada*" (artículo 3 del decreto que creó el Régimen de Transición del Poder Público, publicado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999)."

Así, progresivamente, el juez constitucional, de "guardián de la Constitución", que debía ser, primero representado en la Corte Suprema de Justicia por su ingenuidad al abrir la "Caja de Pandora" constituyente y llegar a someterse a la propia Asamblea Nacional Constituyente; y luego, representado en el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, creado por dicha Asamblea cuando extinguió a la Corte Suprema, y que ha sido el instrumento para la consolidación del autoritarismo; pasó a ser el amanuense de la Constitución del guardián, y durará en sus funciones hasta que le sirva y no le estorbe.

CUARTA PARTE

OTROS ESTUDIOS Y COMENTARIOS SOBRE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE 19 DE ENERO DE 1999

I. JUAN M. RAFFALLI ARISMENDI

"Reconocimiento judicial del proceso constituyente y sus consecuencias,"

Publicado en *Revista Política y Gobierno*. Vol. 1, N° 1, "Poder Constituyente y Reforma de la Constitución". Ed Torino. Caracas 1999, pp. 7-28

(1999)

INTRODUCCIÓN

Hemos llegado finalmente al punto donde no se podía correr más. Como hombres de leyes y ganados a la defensa de la vida democrática y civilizada, repudiamos la violación al derecho formal. Nos resulta naturalmente reprochable el desconocimiento del imperio de la Ley, por muy impopular e injusta que en ocasiones aparente ser. Preferimos en definitiva un mal gobierno a una revolución exitosa. Pero qué hacer cuando no hay salida; qué hacer cuando la inmensa mayoría de los ciudadanos siente que los mecanismos naturales de enmienda y reforma constitucional no han resultado efectivos para que los receptores del poder público impulsen los cambios profundos que la colectividad reclama insistentemente desde hace varios años; y por el contrario más bien ha sido utilizados como herramientas para impedir esos cambios. Qué hacer con el divorcio indiscutible entre el Poder Público, sus instituciones y el

ciudadano común. Bienvenida la ley que tenga la respuesta y más aún el Tribunal que ordene su ejecución. Las dudas que aún nos quedan se anidan precisamente en la posibilidad -para nosotros aún factible- de renovar efectivamente el liderazgo nacional y levantar con la misma buena Constitución que tenemos, una nación nueva.

I. DUDAS RAZONABLES

Particularmente nos encontramos entre el numeroso grupo de venezolanos, que para noviembre de 1999, sosteníamos que un proceso constituyente, al menos en ese momento, no podía ser calificado como absolutamente legítimo, aunque sí hemos reconocido desde siempre la supremacía del soberano sobre cualquier norma escrita cuando, muy excepcionalmente se hace inevitable romper el cauce de la forma legal para dejar brotar el poder originario con fines de proteger valores y derechos humanos fundamentales, concretamente la dignidad y la libertad de las personas, cuando ellas son oprimidas por sistemas o actos de gobierno, no democráticos, autoritarios o arbitrarios.

Destacábamos en nuestro ensayo "Revolución, Constituyente y Oferta Electoral" que la Constitución de 1961 no es la causa de los males de Venezuela y que, por el contrario, si sus disposiciones y principios fundamentales se hubieran cumplido cabalmente, la situación sería otra, sin dejar de resaltar que gran parte del descontento popular que venimos padeciendo, con mucha mayor intensidad desde el año 1997, tiene su origen en carencias educativas profundas y en la grave crisis económica que vivimos como consecuencia de la caída brutal de los precios del petróleo y otros factores que han desequilibrado la economía mundial, cuyas primeras y peores víctimas son los países con menos disciplina fiscal y más deuda[1].

---

[1] Raffalli, Arismendi. Juan M: *Revolución, Constituyente y Oferta Electoral*: "No podemos dejar de citar en este punto, al varias veces mencionado maestro de derecho constitucional Maurice Hauriou[1], quien sostiene con toda claridad que solo debe revisarse la Constitución cuando hay una crisis constitucional, cuando hay una crisis política extrema que la justifique. Insistimos en resaltar que, en Venezuela, más que una crisis de instituciones políticas, existe una grave crisis de actores políticos y una grave crisis económica, ninguna de las cuales, en nuestro parecer, tiene su origen ni su solución en el texto constitucional. Todo lo anterior sin dudas hace tambalear lo cimientos

Ubicábamos también para finales de 1998, como otro gran factor que cernía para entonces dudas sobre un proceso constituyente, la inconveniente concurrencia del mismo con el debate electoral, pues uno podía contaminar al otro, como en efecto ocurrió. A tal punto fue así, que más de un actor político llegó a sugerir que el resultado electoral del seis de diciembre de 1999, representaba una señal tan clara de que el pueblo quería convocar una Asamblea Nacional Constituyente, que no se requería ninguna otra consulta posterior. Esta posición obviamente carece de todo Fundamento jurídico y político pues no es sustentable cambiar las bases del Estado y las relaciones de poder con el ciudadano, presumiendo voluntades.

Sin embargo hoy, luego de presenciar el desplome estruendoso del liderazgo tradicional en los partidos políticos más sólidos y representativos, es decir, Acción Democrática y Copei; hecho que se hizo patente y casi bochornoso en los últimos días de la campaña electoral; luego de concretarse triunfo abrumador de Hugo Chávez Frías quien precisamente había atentado contra el orden constitucional por actos de fuerza en 1992 y cuya única bandera electoral constante y visible, fue la convocatoria a una Asamblea Constituyente; y todo ello adicionalmente aderezado con lo más importante, el sentimiento colectivo que desde el mes de diciembre hasta hoy se ha consolidado como un clamor nacional constituyente; nos ha obligado a la inmensa mayoría de quienes dudamos de la legitimidad del proceso constituyente, a reconocer como inevitable y popularmente legítima la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Al momento de escribir este artículo (1° de marzo de 1999), las posibilidades de convocar a una consulta popular que apruebe la convocatoria a esa Asamblea Nacional Constituyente son tan elevadas que parece bastante remoto que esa consulta no se dé. Puede sufrir algún traspié debido al apresuramiento del Presidente de la República por razones políticas, al publicar su Decreto número tres, de fecha 2 de febrero de 1999, relativo a la convocatoria del referéndum consultivo, en una forma no precisamente ajustada a los más elementales criterios de la democracia participativa y a la Ley

---

de legitimidad de una operación constituyente que suprima la Constitución vigente, sea democrática o revolucionaria, desde el punto de vista de su necesidad y utilidad."

Orgánica del Sufragio y Participación Política, así como tampoco a la Constitución vigente y a la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de enero de 1999 que lo hicieron posible y a las cuales nos referiremos en los próximos capítulos de este trabajo.

Importantes y reputados juristas han acudido a la Corte Suprema de Justicia, algunos a la Sala Plena, otros a la Político-Administrativa, a solicitar la nulidad del Decreto número 3, por lo que respecta a las dos interrogantes que se formularán al soberano. Las polémicas preguntas dicen así:

> *"Artículo 3º: El instrumento de votación contendrá las siguientes preguntas que serán contestadas con un 'si' o un 'no':*
>
> *PRIMERA: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?*
>
> *SEGUNDA: ¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?"*[2]

La médula de los recursos es similar. Por lo que respecta a la primera pregunta, la misma, a decir de los recurrentes, supone una desviación y abuso de poder e incluso un fraude a la Constitución; en cuanto a la segunda, hay concordancia en que su texto implica un plebiscito y no una consulta, por lo cual es inaceptable. Creemos, para esta fecha (1° de marzo), que la Corte tiene frente a sí suficientes argumentos de peso que la obligarían a anular el Decreto número 3 totalmente, con lo cual la continuación del proceso constituyente dependería de un nuevo Decreto ajustado al criterio de la Corte.

Sin embargo, y sin dejar de reconocer méritos a los prominentes abogados que acudieron en forma legítima y profesionalmente intachable a intentar sus respectivos recursos, a título personal o en

---

2 *República de Venezuela*. Decreto Presidencial N° 3 de fecha 2 de febrero de 1999.

representación de otras personas naturales o jurídicas, estimamos que cualquier decisión de la Corte Suprema de Justicia podrá ser un retraso necesario para dar certeza y organizar el proceso constituyente, el cual, por su dimensión política, luce hoy indetenible, a no ser que se produzca un sorpresivo "no" en la consulta popular. Esta misma percepción lleva incluso a la no descartable y ya conocida posibilidad de que la Corte trate desesperadamente de identificar una salida "salomónica" que le permita resolver los recursos sin entrar de lleno al fondo del asunto.

II. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DERECHO A LA REVOLUCIÓN

El ordenamiento constitucional de Venezuela, vigente desde enero de 1961, descansa sobre los principios fundamentales de supremacía, rigidez e imperatividad de la Constitución. El primero implica que la Constitución está por encima de todo acto material o jurídico y se aplica a todos, incluyendo al propio Estado y a quienes ejercen funciones de gobierno; el segundo principio supone que por su misma supremacía, la Constitución de la República no admite cambios por vías distintas a las establecidas expresamente en su texto; y el tercer principio implica que las normas constitucionales no requieren, ni dependen, de otros actos para ser aplicables y acatadas. Estos tres principios cobran vida y fuerza en una norma fundamental de su propio texto, se trata del artículo 250, único que conforma el Título XI de la Constitución de 1961, el cual se denomina "De la Inviolabilidad de la Constitución". Esa norma señala que la Constitución no perderá vigencia, ni dejará de cumplirse debido a actos de fuerza o por derogatoria ejecutada por medios que ella misma no contempla, incluso la norma obliga a todo ciudadano, investido o no de autoridad, a colaborar con el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Sin embargo, por primera vez en sus treinta y ocho años de vigencia, la Constitución de la República de 1961 ha perdido la protección que le brindan los tres principios o características antes señalados, para soportar sobre sí el peso de la misma fuerza que la creó. De esta manera, la historia política y jurídica de Venezuela, para bien o para mal, no podrá pasar por alto el día 19 de enero de 1999. Ese día, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político- Administrativa, riesgosamente reconoció la existencia y validez del Derecho a la Revolución al admitir que el soberano está por encima de la

supremacía constitucional por lo cual puede el pueblo ser consultado conforme a las normas de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para suprimir y transformar el texto de la Constitución, fuera de los mecanismos naturales de reforma y enmienda por parte del poder constituido que ella misma establece. Esta es la tesis de la autoconvocatoria sostenida en nuestro país por algunos autores como Ricardo Combellas y Victorino Márquez, quienes parten de la base de que el poder constituido puede representar un escollo tal para producir cambios políticos estructurales a partir del texto de la Constitución, que es necesario que el poder originario haga erupción y rompa incluso los causes que él mismo se impuso en la Constitución del 61.

Sobre esta posibilidad, el clásico autor de derecho constitucional venezolano, Ernesto Wolf, quien por cierto era oriundo de Basilea y no de Venezuela, escribió el siguiente texto hace cincuenta y cinco años, pero cuya pertinencia en el ambiente que vive Venezuela para los primeros meses de 1999, es incuestionable. Dice el autor:

> *"En la teoría del derecho público todavía encontramos a pesar del silencio de las constituciones acerca de esto, defensores del derecho a la revolución. Hostos escribe en 1888 que, si la constitución no lo dice, la ciencia constitucional debe considerar el derecho a la rebelión como derecho garantizado de la colectividad, reservado a ésta* ***como último recurso*** *'cada vez que los delegados de la soberanía alteran las condiciones constitucionales en que han aceptado el encargo de concurrir a la organización de la libertad por medio del derecho'. El catedrático católico francés Vareilles-Sommières escribe en 1889: 'La mayoría de los grandes teólogos admite, como nosotros, que la rebelión en un recurso supremo y lícito para los pueblos oprimidos'.*

Este concepto jusnaturalista no corresponde a la opinión general de los publicistas modernos, los cuales aceptan la opinión de Bluntschli quien dijo: 'La revolución se produce naturalmente cuando, habiendo contradicción entre las tendencias del pueblo y las instituciones**,** faltan medios legales para dar satisfacción a tales tendencias; **pero casi siempre aparece como una violación del derecho formal**'. Bluntschli habla aquí de la violación del derecho formal, lo que implica la idea de un derecho superior al derecho formal, que posiblemente no se viola por la rebelión." (Destacado agregado).

Precisamente ese derecho a la revolución, casi siempre atado a un proceso de rompimiento por la fuerza, no había sido reconocido en Venezuela en forma expresa por los más ilustres estudiosos del Derecho Constitucional moderno, y ello no obedece a un desconocimiento o ligereza profesional, sino más bien, a la inexistencia de un riesgo real, preocupante y palpable de ruptura revolucionaria, entre 1961 y el 27 de febrero de 1989, fecha ésta que para algunos representa el primer y más importante precedente del proceso constituyente actual al ocurrir el lamentable episodio conocido como 27-F, día en el cual irrumpió irreverente la fuerza popular de una forma nunca antes vista en nuestro país. Lo cierto es que, el 19 de enero de 1999, la afortunadamente inveterada situación de estabilidad constitucional, de solidez de los principios de supremacía e imperatividad de la Constitución, cambió totalmente, al igual que ocurrió en el año 1990 en Colombia[3]. El cambio consiste, como mencionamos, en el reconocimiento judicial de la supremacía de la voluntad popular sobre toda norma escrita, incluyendo nada menos que la Constitución de la República. Veamos en el próximo capítulo, cómo se concretó ese reconocimiento.

III. LAS SENTENCIAS DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA:

Las dos decisiones o pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia ocurrieron el mismo día. Una versó sobre un recurso de

---

[3] República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Citada por Combellas, Ricardo, *¿Qué es la Constituyente?* Ob. Cit. p 31-32: "Siendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, no los poderes constituidos pueden revisar sus actos..." "Como se ha comprobado históricamente, el constituyente no decide en el vacío, sino que recoge sus soluciones en lo que ha sido, lo que es y lo que debe ser la nación en una interpretación racional y responsable de su destino jurídico, político, económico y social..." "En pocas pero trascendentales palabras, el poder constituyente primario representa una potencia moral y política de última instancia, capaz aún en las horas de mayor tiniebla, de fijar el curso histórico del estado, insurgiendo como tal con toda su esencia y vigor creativos. Por esto mismo, sabe abrir canales obstruidos de expresión, o establecer los que le han sido negados o, en fin, convertir en eficaz un sistema inidóneo que, por factores diversos, ha llegado a perder vitalidad y aceptación."

interpretación interpuesto por la Fundación de Derechos Humanos de Venezuela (FUNDAHUMANOS); y la otra sobre una solicitud similar interpuesta por la Asociación Mundial de juristas y Estudiantes de Derecho (Miguel Mónaco Gómez y otros). Los ponentes fueron respectivamente los Magistrados Humberto J. La Roche y Héctor Paradisi León. Ambas decisiones, en nuestro parecer, tienen especial relevancia política, aún cuando su costo jurídico es muy elevado. No podía ser de otra forma, se trata precisamente de buscar explicaciones en el mundo de la ley a un conflicto que deviene del ámbito político.

Si bien ambas decisiones son muy importantes, nos centraremos en la dictada con ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche, pues ella contiene las precisiones más importantes y claras en cuanto a la supremacía del Poder Soberano (Constituyente) sobre el texto constitucional.[4] Veamos los párrafos pertinentes de la misma, con algunas referencias sobre sus costos jurídicos y beneficios políticos. Los destacados son nuestros.

> *"Está planteado en el presente recurso de interpretación una doble cuestión: Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso, el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica, o 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, en cuyo supuesto la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía****.*
>
> *Se dice que difícilmente cabrá otorgar a la Constitución el calificativo de Ley Suprema si sus obligadas y más elementales adaptaciones al cambio histórico no pueden ser previstas ni reguladas por ella misma. En otras palabras,* ***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****.*

---

[3] Wolf, Ernesto. *Derecho Constitucional Venezolano*. Tipografía Americana. Caracas. 1945. t II. Apéndice. p. 373, 379-380.

Pero ello no podrá hacerse sino en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como titular de la soberanía. A la inversa el poder de revisión, o Poder Constituido, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado.

El asunto planteado es el dilema de si a la propia Constitución, le es dado 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 un carácter absoluto e ilimitado.

***Pareciera ocioso indicar que la** idea **de supremacía deja de tener sentido cuando se considera que Poder Constituyente y Poder Constituido se identifican y que el poder Constituyente es creado por la Constitución, en lugar de considerarse a la Constitución como obra del Poder Constituyente**.*

*El artículo 4 de la Constitución de la República de Venezuela, según los criterios interpretativos tradicionalmente expuestos, consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que éste no puede ejercerla directamente, sino que lo hace a través de los órganos del poder publico a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio. **Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado**. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce*

El Poder Constituyente Originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional. En este orden de motivos, la idea del Poder Constituyente presupone la vida nacional como unidad de existencia y de decisión. Cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, estamos en presencia del Poder Constituido. En cambio, lo que organiza, limita y regula nor-

mativamente la acción de los poderes constituidos es función del Poder Constituyente. Este no debe confundirse con la competencia establecida por la Constitución para la reforma de alguna de sus cláusulas. La competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto, es Poder Constituyente Instituido o Constituido, y aun cuando tenga carácter extraoficial, está limitado y regulado, a diferencia del Poder Constituyente Originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido.

La Sala pasa a examinar la tesis del derecho a la consulta popular sobre la convocatoria al pueblo para una Asamblea Constituyente, entendido como un derecho no enumerado o implícito, tal como lo prevé el artículo 50 de la Constitución de la República. En efecto, esta norma prescribe que:

'La enunciación de los derechos y las garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos'.

Es importante destacar que el artículo 50 consagra expresamente la posibilidad de la laguna constitucional, en el sentido de que una exigencia al derecho, fundamentada objetivamente por las circunstancias sociales, políticas y económicas dadas, no encuentre satisfacción en la Constitución misma. Pero cuando el artículo 50 habla de derechos no enumerados o implícitos es la propia Constitución la que consagra la posibilidad de la laguna, no siendo ésta el resultado de una decisión del intérprete."

Una simple lectura de los párrafos que anteceden permite concluir que la Corte Suprema de Justicia de la República de Venezuela, en fecha 19 de enero de 1999, reconoció expresamente la supremacía del poder soberano y originario del pueblo, por encima del texto Constitucional que organiza el Estado, con base en el Preámbulo de la Constitución de 1961 y en sus artículos 4° y 50° eiusdem. Vale decir, en forma riesgosa y sin precedentes en nuestro país, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, **sin votos salvados**, ha admitido que cuando el pueblo así lo decida, puede revelarse contra el orden constitucional que mismo creó, incluso hasta el punto de destruirlo y sustituirlo por otro totalmente diferen-

te, dejando al poder constituido, potestades de mera "revisión" constitucional vía enmienda o reforma de la carta fundamental. Pasemos a analizar todo lo que este criterio conlleva.

1. Costo jurídico y riesgo futuro:

Si el fallo comentado supra se analiza desde la óptica estrictamente jurídica, encontraremos aseveraciones muy delicadas y situaciones inexplicables. De ellas, nos dedicaremos a citar los tópicos que a nuestro entender son los más relevantes y peligrosos:

a) Cuando se plantea el dilema central de la consulta, es decir, convertir el principio democrático en una "mera declaración o retórica"; o permitir al pueblo aprobar cualquier modificación del texto constitucional a riesgo de afectar la supremacía de la Constitución; la Sala parece haber olvidado que el mecanismo de reforma del texto constitucional previsto en su artículo 246 numeral 4, contempla un proceso de consulta popular, es decir, un mecanismo refrendario ad-hoc para la aprobación del texto constitucional, lo cual implica una vía de participación democrática indiscutible. Lo mismo podemos decir de los requisitos de aprobación a la iniciativa de reforma constitucional, que exigen la participación de los cuerpos deliberantes receptores del mandato popular, como son las Asambleas Legislativas de los estados y las Cámaras del Congreso de la República. ¿O será que los conceptos de participación y representatividad son excluyentes? La obvia respuesta negativa a esta interrogante reposa sobre el caso cuatro décadas de estabilidad que nos dejó la Constitución de 1961.

b) La Sala parte del principio evidente según el cual la soberanía que reside en el pueblo pues así lo establece el artículo 4° del texto Constitucional. Creemos que ello es así no porque lo reconozca la Constitución sino porque lo impone la razón. También señala la Sala que si bien puede el soberano **depositar** su poder soberano en los órganos del poder público mediante el sufragio; también puede ejercerlo directamente haciendo valer su voluntad frente al propio Estado, pues la **delegación** en el poder constituido no agota el poder originario del pueblo.

Es aquí imperioso resaltar que el sufragio no representa un mecanismo para depositar o delegar el poder soberano originario en los órganos del poder público; todo lo contrario, representa el "**ejercicio directo**" y más civilizado de ese poder para evitar, mediante los mecanismos de una democracia representativa, participativa, alter-

nativa y responsable, que el pueblo gobierne directamente; para evitar el poder de las masas o el gobierno de las hordas, recetas que al final siempre terminan cargadas de atropellos y en general una anarquía desmedida. Pensar que la "delegación" del poder soberano sólo es factible en cuanto a las funciones públicas, en nuestro parecer, es negar el carácter de ejercicio efectivo de la soberanía que en sentido amplio tiene el sufragio popular; sentido éste que inspira y da vida a la generalidad de las democracias más sólidas del mundo moderno.

c) La Sala considera en su fallo que la previsión de inviolabilidad consagrada en el artículo 250 de la Constitución, al cual nos hemos referido supra, como la norma que da efectividad plena a la supremacía e imperatividad constitucional, sólo se encuentra dirigido al poder constituido[5]. Ello, en nuestro parecer y con todo el respeto que nos merece la Sala, equivale a sostener que sólo quienes ejercen funciones públicas con potestades para enmendar o reformar la Constitución, pueden atentar contra su supremacía y su vigencia. Preguntamos entonces ¿no será posible que un grupo insurrecto, sea civil, militar, o mixto, pretenda dar al traste con la vigencia del texto constitucional? ¿Se puede sostener que sólo quienes ejercen el poder legislativo, pueden suprimir el texto de la carta fundamental y ello exclusivamente cuando se salen de los mecanismos naturales de reforma y enmienda previstos en los artículos 245 al 249 de la Constitución?

Las respuestas a estas interrogantes nos lucen tan obvias que

---

5 *República de Venezuela. Corte Suprema de Justicia. Sala Político-Administrativa*. Sentencia de fecha 19 de enero de 1999, ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche. "Así, cuando los artículos 245 al 249 de la Constitución consagran los mecanismos de enmienda y reforma general, está regulando los procedimientos conforme a los cuales el Congreso de la República puede modificar la Constitución. Y es por tanto, a ese Poder Constituido y no al Poder Constituyente, que se dirige la previsión de inviolabilidad contemplada en el artículo 250 eiusdem. De allí, que cuando los poderes constituidos propendan a derogar la Carta Magna a través de "cualquier otro medio distinto del que ella dispone" y, en consecuencia, infrinjan el límite que constitucionalmente se ha establecido para modificar la Constitución, aparecería como aplicable la consecuencia jurídica prevista en la disposición transcrita en relación con la responsabilidad de los mismos, y en modo alguno perdería vigencia el Texto Fundamental."

huelgan comentarios adicionales, nos basta apelar a nuestra memoria reciente (asonadas de 1992) y reiterar simplemente el mandato expreso del propio artículo 250 de la Constitución, según el cual, todos los ciudadanos investidos o no de autoridad, debemos hacer cuanto estuviera a nuestro alcance para restablecer la vigencia de la Constitución, si ella pierde su supremacía o su vigencia. Esta orden no distingue entre actos de fuerza, de gobierno, legislativos, o revolucionarios.

d) Como último tópico de los que creemos más relevantes de la sentencia que comentamos, resulta indispensable comentar que la misma, al igual que la dictada el mismo día con ponencia del Magistrado Dr. Héctor Paradisi León, consagran la viabilidad del mecanismo consultivo previsto en los artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política para consultar al pueblo soberano si desea suprimir el texto constitucional y sustituirlo por otro mediante la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Uno de los argumentos centrales de ambas decisiones, es que la consulta popular constituyente no se encuentra dentro de las materias expresa, absoluta y taxativamente excluidas por el artículo 185 eiusdem, es decir de las materias que por razones políticas no pueden ser consultadas por esa vía de consulta popular. Allí se ubican, entre otras, las materias presupuestarias, la revocación del mandato popular, la restricción o supresión de garantías y los conflictos de poderes, entre otras.[6] Nos preguntamos, ¿será entonces que el presupuesto de los estados y los asuntos propios de la vida municipal, son más importantes que la supremacía constitucional?

---

[6] ` *Congreso de la República de Venezuela*. Gaceta Oficial Extraordinaria n 5.200, del 30 de diciembre de 1997. Ley Orgánica del Sufragio y Participación Ciudadana. "Título VI de los Referendos. Artículo 185: "No podrán someterse a referendos nacionales, las siguientes materias: 1. Presupuestarias, fiscales o tributarias; 2. Concesión de amnistías e indultos; 3. Suspensión o restricción de garantías constitucionales; supresión o disminución de los derechos humanos; 4. Conflictos de poderes que deban ser decididos por los órganos judiciales; 5. La revocatoria de mandatos populares, salvo lo dispuesto en otras leyes; y, 6. Asuntos propios del funcionamiento de algunas entidades federales o de sus municipios".

Definitivamente la consulta o referéndum popular sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, excede en mucho el contenido de las materias que pueden someterse a consulta popular vía Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Precisamente las garantías constitucionales, la revocatoria del mandato y los conflictos de poderes, por encontrase directamente ligadas al orden constitucional, son materias excluidas en forma expresa y absoluta de la figura del referéndum consultivo previsto en dicha ley. No nos queda terreno entonces para entender cómo la supresión del texto constitucional y su sustitución por otro, sí puede ser objeto de esta consulta; nos viene a la mente el famoso adagio físico-jurídico según el cual "quien puede lo más, puede lo menos". Dicho en otras palabras, cómo es posible consultar al pueblo conforme a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política nada menos que sobre la sustitución de la Constitución, pero no así sobre asuntos municipales, presupuestarios, simples indultos o amnistías.

Para nosotros está muy claro que algunas novísimas normas de dicha Ley pueden ser aplicadas por analogía a una consulta popular constituyente, a falta de otras que regulen ese proceso en forma expresa, pero sin dudas el referéndum constituyente rebasa sus límites y exclusiones y se ubica más bien en la consulta ad-hoc prevista en el artículo 246 de la Constitución vigente aplicable a los casos de reforma constitucional.

En cuanto al riesgo que a futuro que implican ambos precedentes jurisprudenciales, nos preocupa profundamente que, como rédito de ambas decisiones, bajo la misma excusa de la supremacía popular sobre el imperio de la ley, y al amparo de estas mismas decisiones, puedan repetirse con peligrosa frecuencia, situaciones revolucionarias similares, lo cual llevaría al país a un ambiente de permanente inestabilidad y anarquía política y social. Independientemente de los beneficios políticos que luego comentaremos, nos preocupa profundamente que con la severa lesión que ha sufrido la integridad suprema de la Constitución, resulte afectada la representatividad como elemento central de una democracia sólida y estable que nos permita vivir civilizadamente en paz.

Para ilustrar sobre estos riesgos citamos con claridad la señal de alerta emitida por el clásico autor argentino J.A. González Calderón, quien para 1930 advertía:

> "Puede decirse que el derecho de revolución existe potencialmente, y debe ser ejercido **con extrema prudencia** por el

pueblo, porque será en todos los casos una verdad abonada por la experiencia que **es preferible un mal gobierno** -toda vez **que no conculque los derechos individuales y la Ley suprema** o comprometa la suerte del país- a la mejor de las revoluciones" [7] (Destacados agregados).

2. Beneficio político:

Sin restar un ápice de importancia a los costos jurídicos de las referidas sentencias dictadas, sin votos salvados, por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Adminitrativa el pasado 19 de enero de 1999, y el riesgo que a mediano y largo plazo, estos precedentes jurisprudenciales pueden representar, es preciso reconocer que en el ámbito político inmediato dichas decisiones representan sendas válvulas de escape a un ambiente de tensión e incertidumbre que podía traer consecuencias imprevisibles para la paz nacional hoy. Concretamente estas decisiones fueron "el tiro de gracia" para dar impulso al proceso constituyente, con lo cual, hasta los más conspicuos detractores del mismo, quedaron convencidos de su factibilidad de necesidad de introducir reformas en el ordenamiento constitucional vigente.

Lamentablemente las decisiones no fueron totalmente claras y la tensión política recrudeció, cuando el Presidente de la República, interpretando a su criterio las decisiones judiciales, pretendió tomar demasiado vuelo a título individual, dictando apresuradamente el precitado Decreto número 3, al cual ya nos referimos con suficiente amplitud y cuya suerte, al menos al escribir estas líneas, se desconoce. Las decisiones futuras de la Corte sobre la fijación del estatuto electoral y las funciones de la Asamblea, es decir, si será plenipotenciaria o sólo redactará un nuevo texto constitucional, serán sin duda de vital importancia para el curso fluido y pacífico del proceso constituyente, pero creemos que en ningún caso podrá aniquilarlo, pues el hoyo negro abierto el 19 de enero de 1999 por la propia Corte Suprema de Justicia, ha generado un ambiente de inminencia constituyente que mal podría ahora cerrarse el proceso y dejar al soberano sin expresarse sobre lo que, al menos "por ahora", se percibe como un clamor nacional.

---

7 González Calderón J.A. *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, 1930. p. 409.

IV. PROCESO SIN REGLAS

Si bien reconocemos las dos decisiones de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia a las que hemos hecho referencia, como catalizadores definitivos del proceso constituyente, es indiscutible que las mismas, al dejar el asunto dentro de los límites cortos del referéndum consultivo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; y al no establecer claramente las competencias para el desarrollo del proceso consultivo y las bases de convocatoria y atribuciones de una eventual Asamblea Nacional Constituyente, ha dejado el delicado proceso peligrosamente en el terreno de la incertidumbre, al menos hasta el momento de escribir estas líneas.

Las competencias o iniciativas para convocar un referéndum consultivo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, son indiscutibles. Pero quién debe fijar el estatuto electoral para elegir a la Asamblea; qué tipo de Asamblea Constituyente podríamos convocar, una plenipotenciaria como en Colombia o una Asamblea "constitucional" que se limite a crear una nueva Constitución; si debe exigirse un quórum mínimo para dar legitimidad a la consulta popular; y de ser así, cuál sería el límite y quién debe fijarlo; son algunas de las muchas interrogantes que no se han podido responder hasta hora, gracias al vacío jurídico que ha asumido la Corte Suprema de Justicia, como costo jurídico de dos decisiones con beneficios políticos. Esos delicados puntos se hubieran resolver con una sola norma que se incluyera dentro de la Constitución vigente, no para retrasar sustancialmente el proceso constituyente, sino para darle fluidez, seguridad y estabilidad.

De esta forma, en defecto de una norma rectora y reglas claras para el proceso, debemos esperar que sea la Corte Suprema de Justicia quien aclare la situación, al resolver los múltiples recursos de nulidad sobre el Decreto número 3 que representa la iniciativa del Presidente de la República para dar inicio al proceso. Insistimos, sin descartar que, por inviabilidad política de resolver el fondo, opte por una decisión "salomónica" que deje el proceso transitar el mismo curso que lleva hasta hoy, es decir, asumir sin bases sólidas para ello, la tesis según la cual, quien toma la iniciativa para provocar la convocatoria, es el competente para fijar las reglas del proceso de consulta constituyente y las funciones de la Asamblea.

Lo cierto es que, al menos hasta hoy, esta situación de vacío legal ha generado confusiones y conflictos serios pues se produce en una confusión entre las competencias naturales del Consejo Nacional Electoral, las atribuciones del Congreso de la República en esta materia previstas en la propia Constitución; y las competencias que se ha atribuido el Presidente de la República con base en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Concretamente dejó la Corte el asunto en el terreno de las contradicciones y la oscuridad procedimental, cuando en su decisión principal del 19 de enero de 1999, señaló:

> *"Aun cuando el resultado de la decisión popular adquiere vigencia inmediata, su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé 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."* (destacados agregados).

Pero por otra parte, apenas algunos párrafos más adelante, dejó sentado:

> "Cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, estamos en presencia del Poder Constituido. En cambio, lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de los poderes constituidos es función del Poder Constituyente. **Este no debe confundirse con la competencia establecida por la Constitución para la reforma de alguna de sus cláusulas**. La competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto, es Poder Constituyente Instituido o Constituido, y aun cuando tenga carácter extraoficial, está limitado y regulado, a diferencia del Poder Constituyente Originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido." *(destacados agregados).*

Con esta falta de precisión y consistencia, insistimos, deberemos esperar nuevos fallos de la Corte Suprema en ausencia de reglas claras que definan las competencias y formas mínimas que se deben seguir para consumar el proceso consultivo y la instalación y funcionamiento de una eventual Asamblea Nacional Constituyente.

Hacemos votos por que la Corte asuma esa responsabilidad sin aniquilar el proceso, pero también sin dejar de cumplir con la responsabilidad que le corresponde.

V. LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD

Hay absoluta claridad entonces en que, independientemente del reconocimiento de un derecho a la revolución por parte de cualquier órgano jurisdiccional, cuando estamos en presencia del ejercicio del Poder Soberano que emana directamente del pueblo, no hay cauce jurídico que pueda acorralar el proceso político. De esta manera el proceso constituyente se puede reconocer como legítimo o ilegítimo, más que legal o ilegal. Al respecto el autor *Gil y Robles* sostiene que, "solo cuando la revolución se propone un mal fin, o por malos medios prosigue un fin ilícito o licito, o cuando es innecesaria, inútil o perjudicial, puede decirse ilegítima. Y a contrario, desde lícita hasta gloriosa, será siempre que sea buena *ex integra causa*, esto es por el fin y por los medios, y se verifique por precisión inexcusable o para grandes, positivas y racionales conveniencias"[8].

A estas condiciones de legitimidad, hay que añadir la más importante e indispensable, se trata de lo que hemos llamado la "calidad de la decisión popular". Un proceso constituyente de corte revolucionario que pretenda suprimir el orden constitucional anterior no puede ser legítimo sin un acto de contundente aprobación popular y sin el respeto a los principios básicos de la democracia. Tampoco puede ser reconocida como legítima la operación constituyente, si su resultado atenta contra los valores superiores de cualquier Constitución. Según el contemporáneo autor español Gregorio Peces Barba,9 esos valores deben estar reflejados y respetados en todo texto constitucional bajo las siguientes premisas:

a) Soberanía.

b) Tolerancia.

---

8 Gil y Robles. *Derecho Político*, Citado por Fernández de Velasco y Calvo. *El derecho de revolución y la revolución conforme al derecho*, Madrid. 1914. P 16. Citado por *Wolf, Ernesto*. Ob. Cit. 379.

9 Peces-Barba, Gregorio. *Temas Claves de la Constitución Española. Los Valores Superiores.* Ed Tecnos. Madrid 1986. P 135.

c) Legitimación de los gobernantes por medio de elecciones periódicas por sufragio universal.

d) Sometimiento de los gobernantes y los gobernados a la ley, para poder ser libres respetando la libertad de los demás, jerarquía de las normas, control judicial de las decisiones de los gobernantes y responsabilidad por sus actos.

e) Separación de poderes, con residencia de la soberanía popular en el poder legislativo.

f) Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales

g) Pluralismo, que es un componente del valor libertad.

Considerando todo lo anterior, podemos concluir que, aun reconociendo que el proceso constituyente que encara Venezuela a principio de 1999, pareciera haber ganado espacio en el terreno de la legitimidad, al punto de ser reconocido por la mayoría de los ciudadanos como prácticamente el único mecanismo efectivo para lograr transformaciones profundas en las instituciones políticas del país, sus relaciones con el ciudadano y forjar un nuevo liderazgo, esa legitimidad todavía pende de dos índices fundamentales. Ellos son la existencia de una decisión popular que realmente refleje la voluntad del soberano; y la consumación de un proceso constituyente amplio, plural y democrático que respete los derechos fundamentales del hombre, es decir la libertad y la dignidad de las personas, así como también los valores supra constitucionales reconocidos hoy en todo un ordenamiento jurídico internacional.

VI. SOLO EL TIEMPO LO DIRÁ

Al momento de escribir estas líneas, todavía no hay certeza sobre la consumación del proceso constituyente y sus resultados. Solo el tiempo permitirá saber, a muy corto plazo, si el mismo llegará a feliz término o si será abortado con otras consecuencias y desenlaces políticos. De consumarse, tampoco hay certeza sobre la integración definitiva de la Asamblea Nacional Constituyente y principalmente sobre sus atribuciones, aún y cuando el Presidente de la República y los miembros de la Comisión Presidencial Constituyente,

han dicho claramente que se trataría de una Asamblea "originaria", es decir, con plenos poderes[10].

Por lo pronto sólo resta esperar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia; la decisión que tome el soberano en una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente; la elección de los miembros de esa Asamblea; y finalmente la actuación efectiva de ellos. Nuestro futuro, concretamente el país que tendremos en el milenio próximo a comenzar, depende hoy, primer día enero de 1999, de todas estas circunstancias. Por el bienestar de todos esperamos que cada quien asuma y cumpla su responsabilidad en esta delicada hora.

---

[10] Combellas, Ricardo: *El Universal*. Cuerpo 1°. Opinión. "La Constituyente Originaria": La constituyente que la abrumadora mayoría de los venezolanos (no abrigo duda de ello), vamos a convocar el próximo 25 de abril, es originaria, tal como lo explicita el decreto dictado por el presidente Chávez, a tenor de su iniciativa refrendaria, concretada el pasado 2 de febrero. ... Los venezolanos rechazamos una constituyente derivada, bautizada en el argot popular como 'bobalicona', 'zanahoria' y 'chucuta', al igual que una que abra el camino al poder despótico, arbitrario y autoritario... En primer lugar, la constituyente originaria, no tiene límites temáticos, todo lo puede, a diferencia de la derivada, cuya agenda es en principio prefijada por el poder constituido... En segundo lugar, su poder tiene un vigor y una jerarquía superiores al de los poderes establecidos, cuyas competencias puede restringir, e incluso, razón extrema, revocar y hasta disolver ... Por último, los actos promulgados por la constituyente originaria, sea cual sea su tenor y alcance, no están sujetos a control jurisdiccional alguno, por la sencilla razón de que su voluntad es política, expresión de la soberanía popular, que crea y modifica a su antojo el ordenamiento jurídico ... Por supuesto que el poder constituyente originario no es absoluto al estar limitado por tres factores: su base democrática, los derechos fundamentales (anteriores y superiores a cualquier configuración temporal de poder), y las condiciones existenciales del Estado (territorio, población y principio soberano), amén de que, como realidad histórico-concreta, estar condicionado por las normas supranacionales y el Derecho Internacional. ... Sí ansiamos un cambio profundo, que transforme radicalmente el sistema político y rediseñe la institucionalidad republicana. Esto sólo lo puede afrontar una constituyente originaria. Bienvenida entonces, y éxito a su ingente labor.

VII. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto nos permite nos permite extraer las siguientes conclusiones muy puntuales:

- Producto de una intensa campaña electoral construida sobre la oferta de una Asamblea Nacional Constituyente; la explotación extrema del descontento popular; y una profunda brecha entre la colectividad y las fuerzas políticas tradicionales que colapsaron en sus postrimerías; se ha desatado un proceso constituyente que, al menos para el momento de escribir estas líneas, se percibe indetenible e inevitable.

- La Corte Suprema de Justicia en sendas decisiones dictadas por la Sala Político-Administrativa, sin votos salvados, el 19 de enero de 1999, reconoció como constitucionalmente viable, convocar a una consulta popular para que el "pueblo", decida convocar a una Asamblea Nacional Constituyente que transforme el texto de la Constitución, sobre la base del procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

- Para ello, la Sala reconoció por primera vez en nuestro país que la soberanía popular originaria está por encima de la supremacía constitucional, por lo cual, además del poder de revisión que la propia Constitución contempla, asignado al poder constituido bajo los mecanismos de reforma y enmienda, el pueblo "directamente" puede ejercer su poder originario y transformar el texto de la Constitución. Ello por cuanto la representatividad democrática consumada por medio del sufragio, si bien implica una delegación o depósito de la soberanía popular en los gobernantes, no supone en ningún caso que el pueblo soberano se desprenda de su poder originario.

- Este reconocimiento judicial que afecta seriamente la supremacía e imperatividad de la Constitución, dejó como saldo político favorable que el proceso constituyente siga su curso sin salidas de fuerza o perturbaciones severas de la paz social, por cuanto permite canalizar el sentimiento colectivo según el cual, los mecanismos de reforma y enmienda previstos en la Constitución, lejos de permitir los cambios que la sociedad reclama, han sido utilizados para entorpecerlos, lo cual no deja otra alternativa que acudir al Poder Constituyente.

- Sin negar este beneficio político, las sentencias que comentamos cargan sobre sí con todo el peso de sus costos jurídicos y riesgos futuros. De ellos, los más delicados en nuestro parecer son dos: (i) Que se constituyan dichas decisiones en precedentes que permitan recurrir al poder soberano originario, con una frecuencia tal que propicie en el país un estado de anarquía, ingobernabilidad, e inestabilidad; y (ii) Validar e impulsar un delicado proceso constituyente, sin aclarar las competencias y procedimientos que deben regirlo, lo cual crea un peligroso vacío legal derivado de la insuficiencia de las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para encauzar un proceso que desborda, sobradamente, las materias que pueden ser sometidas a consulta popular por mediante esa Ley.

- Estimamos que difícilmente la Corte Suprema de Justicia, luego de estas decisiones, pueda dictar otras que afecten de manera importante la continuidad del proceso constituyente o el liderazgo que el Presidente ostenta sobre el mismo más por razones políticas que estrictamente jurídicas.

De esta forma los venezolanos nos aprestamos a comenzar el tercer milenio de la humanidad, enfrentado un delicado y riesgoso proceso constituyente que se percibe indetenible, pero que al mismo tiempo está cargado de incertidumbres de fondo y forma. Esperamos que sus saldos, si el mismos efectivamente se consuma, sean provechosos para consolidar en nuestro país la paz, la democracia, la libertad y la posteridad.

II. RAMÓN GUILLERMO AVELEDO*

"Sobre los riesgos de reformar la Constitución por un medio no establecido en ella (Visión del proceso constituyente venezolano de 1999)"

Publicado en el libro *El Nuevo derecho constitucional venezolano* (Coordinadores Jesús María Casal/ Alma Chacón Hanson), *Ponencias al IV Congreso de Derecho Constitucional en homenaje a Humberto J. La Roche*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000, pp. 31 a 60

(2000)

Otra nota característica de la historia política de los pueblos iberoamericanos es la falta de adhesión y acatamiento a los preceptos constitucionales en ocasiones violados impunemente, modificados de acuerdo con el interés momentáneo o el capricho político, cuando no dejados de lado, sin consideración a los medios de revisión previstos en los mismos textos.

Maurice Duverger

Somos demócratas, y por serlo, tenemos una regla segura: la Ley ¡La Ley! La Ley tiene dos caras Por una parte, es norma obligatoria para todos los ciudadanos; pero es también un instrumento de gobierno, y se gobierna con la Ley, con el Parlamento, y una democracia se disciplina mediante la Ley, que el Gobierno aplica bajo su responsabilidad

No se puede gobernar una democracia de otra manera.

Manuel Azaña

---

* Abogado. Diputado al Congreso de la República

I. RESUMEN

La Constitución venezolana ha sido sometida a modificación mediante procedimiento no establecido en ella, no obstante, su inviolabilidad, según la cual no pierde su vigencia si "fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone".

Antecede un intenso proceso político de varios años, a lo largo del cual un sector de venezolanos, inicialmente con acogida pública marginal, sostiene la conveniencia del camino finalmente asumido, alegando la ilegitimidad de los poderes públicos.

El debate político y jurídico acerca de si era necesario reformar la Constitución para crear la Asamblea Constituyente antes de convocarla, concluye con decisiones de la Corte Suprema de Justicia de enero de 1999 que abren esa posibilidad.

Predomina abiertamente en la doctrina, lo mismo que predominó en número y solidez en los argumentos del debate venezolano, la defensa de la Constitución porque así se protegen las finalidades de derechos humanos y libertades en estabilidad, paz y mediante instituciones. Una Asamblea Constituyente mal concebida es retroceso y no progreso.

Se ha invocado como precedente el caso colombiano, no obstante las obvias diferencias entre uno y otro ordenamiento jurídico y una y otra situación político-social y desatendiendo la sonora advertencia que deriva de sus escuálidos resultados.

Los riesgos implícitos en el camino escogido, luego de la sui generis autorización de la Corte, no han tardado en presentarse: Convocatoria presidencial a referéndum con diseño plebiscitario. Demandas e impugnaciones a ese decreto, y el máximo tribunal establece cauce bajo una premisa lógica: la Constitución de 1961 es la única vigente mientras no se sancione otra. Elegida la Asamblea Constituyente, el sector triunfador proclama que el resultado lo autoriza para desconocer y traspasar sus límites, tal y corno lo había señalado el Presidente de la República a raíz de la sentencia y en una campaña electoral en la cual contravino la Ley del Sufragio. Instalada la ANC, dicta un Estatuto y sendos decretos de "emergencia" judicial y legislativa. en contradicción con la jurisprudencia de la CSJ originando demandas de nulidad con relación a las cuales. Además, hay proyectos preparados por las comisiones, como el relativo a la "emergencia ejecutiva" que afecta a gobernadores y

alcaldes y la enorme confusión generada por las potestades que se atribuye la comisión constituyente en materia de disciplina de los jueces, suscitando las renuncias de las presidentas de la Corte y del Consejo de la Judicatura, y la tragicómica publicación y desmentido de listas de jueces sancionados o por sancionarse,

Todo ello sin contar la idea que de sí mismos tienen la ANC y sus miembros, y que proyectan a la comunidad; proposiciones improcedentes cuando no descabelladas, expectativas desmesuradas del público, debates aéreos y confusión generalizada. Muchos anuncios emitidos por constituyentes carecerían de credibilidad, y por lo tanto de influencia dañina, si estuviera claro el ámbito de su competencia, lo cual diluiría la autoimagen omnipotente.

El efecto es el predecible: inseguridad jurídica, incertidumbre, agudización de las tensiones y conflictos que han llegado hasta el enfrentamiento físico, inhibición de los órganos del poder público y debilitamiento de las leves, incidencia negativa ostensible en las inversiones, el empleo y la imagen internacional de la República.

II. PREVISIONES VENEZOLANAS PARA LA MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. LAS ENMIENDAS Y REFORMAS. INVIOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de la República de Venezuela puede modificarse por enmienda y por reforma general. siguiendo el procedimiento establecido para cada una y no podrá ser derogada por medio distinto al que ella dispone.

En 1958. un pronunciamiento de las Fuerzas Armadas con amplio respaldo civil derrocó la dictadura. La junta de Gobierno. poder de facto. sin embargo. en el propio Articulo 3 de su Acta Constitutiva, declaró la plena vigencia de la Constitución de 1953[1] y fue en su marco que, en decreto del 22 de febrero, creó la comisión redactora de la ley electoral. la cual habría de cumplir su cometido con un mandato de progresividad democratizadora, pues no ignoraban los gobernantes la orientación del texto fundamental “cuyos defec-

[1] *Compilación constitucional de Venezuela* (p. 583). Congreso de la República. Servicio Autónomo de Información Legislativa. Rodolfo F. Vilchez S. compilador, Caracas. 1996

tos y lagunas pueden ser corregidos y subsanados por las vías que el derecho establece".

Escoge esta opción un gobierno de hecho cuyo propósito es la apertura democrática, al sustituir a otro nacido de similar origen que había dictado una Constitución signada por la ilegitimidad y que, a su vez, había relevado el 24 de noviembre de 1948, a un régimen surgido de acción militar proclamada "revolucionaria", contra la Constitución vigente en 1945, el cual convocaría a la soberanía popular para la elección de una Asamblea Constituyente y, en cumplimiento de la carta por ésta dictada. el voto universal nombró presidente, Congreso, legislaturas y consejos municipales No es propósito de esta referencia analizar esas sucesivas impugnaciones e interrupciones del orden constitucional, sino dejar constancia de la decisión, acertada a mi modo de ver. del gobierno provisional surgido de los hechos de enero del cincuenta y ocho, según su propio razonamiento porque "es la forma más adecuada y breve para que la nación escoja sus representantes en los poderes públicos sin menoscabo de la armonía existente entre las distintas fuerzas políticas del país"[2] .

El Congreso elegido en diciembre de 1958, sobre la base constitucional y legal mencionada, procedió a reformar la Constitución y dictó la de 1961, la más duradera de nuestra historia republicana y, me atrevo a decir que, con todos los defectos de su imperio, la que más se ha cumplido. Por cierto, al dictar la nueva carta, el Congreso invoca directamente al pueblo y no su competencia según la Constitución de 1953, pero el procedimiento que ha empleado para la reforma es el establecido en los artículos 141, 142 y 143 de ésta.

Conocedor de la historia de nuestro país, en la cual la norma constitucional se ha devaluado, tanto por su incumplimiento como por la compulsión reformista, hija de la superstición constitucional o constituyente, y para garantizar la supremacía de la Constitución[3], tomó previsiones el constituyente del sesenta y uno en orden a distinguir el trámite de las enmiendas y reformas de la carta magna del correspondiente a la legislación ordinaria y a dejar establecida la inviolabilidad de aquella. La Constitución no es inmodificable. pero

---

2 Ver Oropeza, Ambrosio: *La Nuera Constitución Venezolana 1961* 2a. edición, (p. 174). Caracas 1971

3 Ver Andueza. José Guillermo: *El Congreso. Estudio Jurídico.* 2a. edición (p. 52). Ediciones del Congreso de la República. Caracas, 1973.

se la protege con procedimientos destinados a asegurar suficientes consensos y reflexiones, en el ánimo de ponerla a salvo de los antecedentes de nuestra accidentada vida institucional.

El Título X, De las enmiendas y reformas a la Constitución, no ata en materia de contenido o alcance de cada modalidad de iniciativa modificadora Se ha entendido que la enmienda representa un cambio de detalle, en ningún caso sustancial o amplio del texto y así se ha actuado en las dos introducidas en 1973 y 1983, aunque se refieran a asuntos de importancia como la modificación en las condiciones de elegibilidad para presidente y miembros del Congreso, y de la Corte en la primera y un procedimiento especial nuevo para la legislación, por citar solo uno de los cambios de la segunda.

Mientras tanto, a la reforma general se la supone más ambiciosa por su extensión y/o profundidad y de conformidad con ello se procedió en 1992 en el único intento reformista concretamente adelantado desde la vigencia del texto, y el cual tuvo dos discusiones en la Cámara de Diputados y una en el Senado. Aunque cabe anotar que a esa decisión se llegó como producto de los cambios experimentados en el clima político aquel año, pues con motivo de las tres errarías de su vigencia se había designado una comisión para la revisión de la norma fundamental y se hablaba de introducirle enmiendas. La reforma se prefirió porque exigía el pronunciamiento del soberano mediante referéndum.

En el caso de las enmiendas y reformas, las iniciativas rechazadas no pueden presentarse otra vez en el mismo periodo constitucional (Art. 247) y, a diferencia de las leyes ordinarias, el Presidente de la República no puede objetarlas (Art. 248) y no son aplicables las urgencias constitucional y reglamentaria (Art. 2.19).

Para la enmienda, se establece el procedimiento que sigue:

> "*Artículo 245*. Las enmiendas a esta Constitución se tramitarán en la forma siguiente:
>
> 1. La iniciativa podrá partir de una cuarta parte de los miembros de una de las Cámaras. o bien de una cuarta parte de Las Asambleas Legislativas de los Estados, mediante acuerdos tomados en no menos de dos discusiones por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea;

2, La enmienda se iniciará en sesiones ordinarias. pero su tramitación podrá continuar en las sesiones extraordinarias siguientes;

3. El proyecto que contenga la enmienda se iniciará en la Cámara donde se haya propuesto, o en el Senado cuando haya sido propuesta por las Asambleas Legislativas. y se discutirá según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de las leyes:

4. Aprobada la enmienda por el Congreso, la Presidencia la remitirá a todas las Asambleas Legislativas para su ratificación o rechazo en sesiones ordinarias, mediante acuerdos considerados en no menos de dos discusiones y aprobados por la mayoría absoluta de sus miembros;

5. Las Cámaras reunidas en sesión conjunta escrutarán en sus sesiones ordinarias del año siguiente los votos de las Asambleas Legislativas, y declararán sancionada la enmienda en los puntos que hayan sido ratificados por las dos terceras partes de las Asambleas:

6. Las enmiendas serán numeradas consecutivamente. y se publicarán de seguida de la Constitución. sin alterar el texto de ésta. pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia al número y fecha de la enmienda que la modifique."

Y para la reforma:

"*Artículo 246.* Esta Constitución también podrá ser objeto de reforma general, en conformidad con el siguiente procedimiento:

1. La iniciativa deberá partir de una tercera parte de los miembros del Congreso, o de la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas en acuerdos tomados en no menos de dos discusiones por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea:

2. La iniciativa se dirigirá a la Presidencia del Congreso. la cual convocará a las Cámaras a una sesión conjunta con tres días de anticipación por lo menos, para que se pronuncie sobre la procedencia de aquella. La iniciativa será admitida por el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes:

> 3. Admitida la iniciativa, el proyecto respectivo se comenzará a discutir en la Cámara señalada por el Congreso, y se tramitará según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de las leyes: y
>
> 4. El proyecto aprobado se someterá a *referéndum* en la oportunidad que fijen las Cámaras en sesión conjunta, para que el pueblo se pronuncie en favor o en contra de la reforma. El escrutinio se llevará a conocimiento de las Cámaras en sesión conjunta. las cuales declararán sancionada la nueva Constitución si fuere aprobada por la mayoría de los sufragantes de toda la República."

Leído lo cual, queda claro que existen dos posibilidades de modificación de la Constitución, en las cuales el papel del Congreso es fundamental pero no monopólico y cuyo procedimiento, distinto y más exigente que el de la legislación ordinaria, propicia consensos y consideración mis meditada. Al mismo tiempo, como el constituyente originario es el pueblo, titular de la soberanía, no pueden sus representantes en el Congreso y las legislaturas, realizar solos una reforma general a la Constitución, pues ella requiere del parecer favorable de la mayoría de los votantes en *referéndum*.

No conforme con ello, en combinación de idealismo y realismo, se instituyó la cláusula de inviolabilidad de la Constitución en el Título XI de la misma, cuyo único artículo reza:

> *"Artículo 250*. Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia, Serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y así mismo, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido al restablecer el imperio de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado."

Encaminadas a la misma finalidad de asegurar a la Constitución "una sólida estabilidad que la ponga al abrigo de las maquinaciones de los dictadores y de los excesos de los idealistas" -dice Oropeza- se tomaron dos previsiones, las de las normas de modificación de la Constitución y la que prescribe su inviolabilidad. "La inviolabilidad no significa inmutabilidad". sino estabilidad mediante la exigencia de requisitos democráticos para su revisión, Si hubiere una "derogación por vía revolucionaria", ésta no corresponderá a "las autoridades constituidas en conformidad" a la Constitución sino a "las que comandan la revolución". Pero allí se ha producido una ruptura del orden constitucional y no hay continuidad entre una legalidad y otra. Así,

> "en el momento en que el legislador de 1961 emprende la tarea de dar al país una verdadera constitución, no ignora el profundo descrédito en que se había caído por la facilidad con que los dictadores la cambian para satisfacción de sus miras personalistas, En consecuencia, el constituyente que dictó la nueva Carta debió hacerse cargo de esa infortunada circunstancia a fin de reintegrarle aquel carácter inderogable. en cierto modo sagrado que le es inherente en todos los países civilizados Era preciso sembrar en el espíritu del pueblo la idea y el sentimiento de que la Constitución. por ser precisamente la ley fundamental, está por encima de todas las leyes y de las contiendas políticas: que debe sobrevivir a todos los acontecimientos, afortunados o infelices, que van marcando la evolución del pueblo hacia metas superiores, que ella tiene la misión de reflejar y sancionar"[4].

Si esa siembra no se dio o no produjo la cosecha esperada, no es culpa de la Constitución, ni error en el camino escogido por el pueblo hacia la democracia, tampoco puede ser excusa para echar por la borda la estabilidad de las instituciones de la libertad.

III. LA PROPOSICIÓN DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

En 1990 el llamado "Frente Patriótico", entre cuyos miembros destacan Juan Liscano, Manuel Alfredo Rodríguez y Manuel Quijada. propone la convocatoria a una Constituyente de inmediato sin atender a lo establecido en el Título X de la Constitución, lo que

---

4 Oropeza, Ambrosio. Op. cit., pp. 147,148 *y* 149

para el doctor Arturo Uslar Pietri equivaldría a un golpe de estado. El Frente, como más adelante lo harán los partidarios radicales de la "vía directa", defiende la bondad del camino a la Constituyente que prescinde de la previsión constitucional, sobre la base de la "ilegitimidad" del Congreso para adelantar la reforma. En 1990 apenas han transcurrido meses desde la designación por el parlamento de la comisión revisora, así que el cuestionamiento no nace de la "falta de voluntad" reformista, sino de una "falta de legitimidad" inherente a las instituciones. En alguno de los proponentes es una vieja opinión, tanto que tres décadas antes le había motivado a participar en insurgencia armada contra el orden constitucional recién instituido.

En 1992, luego del intento de golpe militar de febrero, Eduardo Fernández plantea la salida constituyente a la grave crisis política en curso, En el seno de la comisión parlamentaria designada para la revisión del texto constitucional lo hará el 16 de marzo el Diputado Álvaro Silva Calderón, proponiendo reducir la reforma a la creación de la Asamblea y la consagración del *referéndum*, Ya lo había planteado el presidente Carlos Andrés Pérez el 6 del mismo mes y el 11 el Consejo Consultivo En la misma línea opinan el Grupo de Estudios Constitucionales de Brewer-Carías y el CESAP. Implícita o explícitamente, está claro que todos estiman que hace falta reformar la Constitución para dar base a la figura.

Desde Yare, los voceros del MBR-200 y desde los medios, en perseverancia, los del Frente Patriótico, insisten en la convocatoria inmediata de la Constituyente mediante referéndum.

En la campaña electoral de 1993 dos candidatos presidenciales, Oswaldo Álvarez Paz y José Antonio Coya prometen la convocatoria a una Constituyente sin mayor impacto en la ciudadanía. Durante la presidencia de Rafael Caldera, cíclicamente el primer mandatario replantea el tema de la reforma constitucional, Al comienzo del mismo, la fracción parlamentaria de Causa R, entonces nucleadora de quienes hoy siguen en sus filas y de quienes formaron el PPT, se opone a ella con el argumento de que debía convocarse a una Constituyente, Ya en la calle, Hugo Chávez hace de la Constituyente la promesa central de su aspiración de toma del poder. Hasta 1995 éste rechaza la vía electoral para coronar ese objetivo y le antepone la precondición de la Constituyente. Será entrado el año siguiente cuando asume la candidatura presidencial, con la Constituyente como consigna. Entre los candidatos a la Presidencia de 1998, solo Henrique Salas Römer se opone a ella francamente. mientras voce-

ros del mundo jurídico y político fuera del chavismo la defienden entusiastamente, dentro del orden constitucional.

La propuesta de una "Constituyente", así a secas, sin "Asamblea", se convierte en el centro de un debate que no es acerca de la reforma de la Constitución sino de la preservación o no del poder por parte de un liderazgo y la continuación de una situación de empobrecimiento que son fundamenta del marcado descontento. En el vocabulario de la opción política cuyas perspectivas triunfales crecen cada día, "Constituyente" parece un *code word* que sustituye a "Revolución" y que equivale a la toma del poder total.

Con el desarrollo de la campaña, en el seno del pueblo, "Constituyente" es "lo que Chávez promete". así que el apoyo al candidato comporta el apoyo a la promesa, sin que medie otra consideración. Sin embargo, el rechazo al candidato no necesariamente implica oposición a la "Constituyente". porque es denso el descontento con el status quo y no escasean los voceros no-chavistas que convienen en que es una salida.

Para unos, la Constituyente es un modo de reformar la Constitución y así introducir radicales cambios en el régimen político. Para otros, es el cambio en sí mismo, la esperanza, la revancha. Para los beneficiarios del respaldo de estos últimos, es una herramienta para desplazar un orden y asumir el control, sin necesidad de respetar la legalidad.

El Tcnel. (Ej) Hugo Chávez Frías triunfa en las elecciones de diciembre de 1998 y con él la idea de convocar a una Asamblea Constituyente. Subsisten los problemas jurídicos y políticos para viabilizar la promesa.

IV. ¿ES NECESARIO REFORMAR PREVIAMENTE LA CONSTITUCIÓN PARA CONVOCAR A UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE? EL DEBATE Y SUS INCIDENCIAS

La divisoria de aguas de esta polémica coincidió, en elevada proporción, con las preferencias político electorales de quienes participaron en ella Como ocurre en temas de Derecho Constitucional, la política tiene mucho que ver con la discusión. Lo tuvo con la diferencia de criterios e influyó, sin duda, en el desenlace, acaecido en el mes siguiente a las elecciones presidenciales y semanas antes de la toma de posesión del nuevo primer magistrado.

¡No hace falta! Responden a la pregunta los juristas partidarios de convocar la Asamblea Constituyente sin reformar previamente la Constitución. En este campo se significan los doctores Manuel Quijada, Tulio Alberto Álvarez y Hermann Escarrá.

El primero, antiguo propulsor de la idea desde el "Frente Patriótico", la sostiene en declaraciones y artículos de prensa, con profusa referencia al Abate Sieyès y al proceso constituyente de la República de Colombia. El carácter originario, insiste, es inherente a la noción de proceso constituyente, y de éste deriva la cualidad de no estar sometido a limitación alguna por el orden vigente.

Álvarez, en varias intervenciones públicas, respalda la viabilidad de la convocatoria sin reforma previa. Más cauteloso es en su libro acerca de la materia, al sopesar pros y contras de la institución en sí misma. Sin embargo, se pronuncia:

> "El mecanismo: La legitimidad que le da el hecho de su elección en el proceso de 1998 habilita al presidente de la República, en virtud de las Facultades implícitas a su cargo y la vigencia del artículo 49 de la Constitución de 1961 y el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para efectuar una convocatoria con el objeto de consultar al pueblo sobre la procedencia y conformación de una Asamblea Constituyentes".[5]

Su más importante matización, en la misma obra, a mi juico, se refiere a aquello que de la Asamblea puede esperarse:

> "La Asamblea Constituyente es un procedimiento más para modificar la Constitución. Como tal su objeto se agota en la aprobación de una nueva Constitución y no abarca los fines que se ha trazado la mayoría que propugna su convocatoria. Como ya lo hemos revisado. la Asamblea Constituyente como mecanismo ni siquiera garantiza la vigencia de la Constitución."

Escarrá Malavé, desde el debate electoral uno de los principales voceros en temas constitucionales del campo político de los partidarios de la convocatoria sin reforma previa, estima que este es ca-

---

5 Álvarez, Tulio Alberto: *La Constituyente. Todo lo que usted necesita saber*. Los Libros de El Nacional. Caracas, 1998.

mino es admisible apelando directamente a la soberanía popular. Más cuidadoso de las formas que varios de quienes comparten su acera en el debate, el profesor abona con sus argumentos la tesis de la "ilegitimidad del poder constituido":

> "el proceso constituyente, de por sí, es democrático. En cambio, sí es posible una reforma constitucional no democrática; es decir, la que emprendería el Congreso de la República, parte del poder constituido, manejado por las cúpulas partidistas. El poder constituyente originario. el que tiene su fundamento en la soberanía popular, no es susceptible de ser limitado por el poder constituido, pero sí requiere una fuente primaria de legitimidad. a través de la consulta popular".[6]

¡Sí hace falta! Reclaman otros juristas. Entre ellos, por la abundancia, consistencia y solidez de las intervenciones, sostenidas a lo largo del tiempo, destaca el profesor Ricardo Combellas. También citaremos por su especial lucidez, el trabajo del doctor Jesús María Casal H., presentado en noviembre de 1998, con ánimo de reflexión jurídica más que de participación en la controversia política y electoral; y, con características similares, el del catedrático zuliano Rafael Díaz Blanco.

El corazón de este razonamiento no es la defensa de una formalidad, sino un alegato de fondo que tiene que ver con las finalidades mismas del Derecho Constitucional. La ruptura del hilo constitucional trae riesgos, el desbordamiento de los cauces no es un avance para la sociedad Razones históricas, sociales. políticas y también jurídicas, desaconsejan un paso cuya necesidad no es absoluta y que no es objetivamente inevitable.

En 1993 Combellas comenta el planteamiento de convocatoria directa a la Constituyente formulado por el "Frente Patriótico" en 1990 como "un verdadero rompimiento del orden constitucional", dado su "carácter indubitablemente inconstitucional". Cita igualmente al maestro Rafael Pizani quien no acepta "la legitimidad de funcionamiento" y asocia. al recordar la inviolabilidad consagrada en el texto constitucional, la "legitimidad originaria de nuestro or-

---

[6] Declaraciones de H. Escarrá M. al diario *El Nacional,* publicadas el 2-9-98 y citadas por Álvarez en el libro arriba mencionado

denamiento jurídico y social- al "sostenido desarrollo democrático de la vida colectiva desde 1958, concebido y expresado en la Constitución del 61" por lo cual toda modificación constitucional "debe necesariamente sustentarse en una legitimidad de origen. que sólo puede suministrar inequívocamente la propia constitución como lo hace en su citado artículo 250". Tacha el estudioso los planteamientos del Frente. el MBR-200, "los partidarios de una constituyente integrada por grupos de la sociedad civil y la discutida tesis que considera que el Presidente de la República como jefe del estado puede convocar la constituyente" como "golpe de estado institucional" o "golpe civil".[7]

En 1995, el mismo especialista dirá:

> "Mientras, la convocatoria de una Asamblea Constituyente ha entrado de nuevo al debate público nacional. La Asamblea Constituyente no está contemplada como poder de reforma por la Constitución vigente. lo que plantea serias dificultades al Estado de Derecho. Hemos señalado que la Constituyente nunca debe convocarse fuera del marco del Estado de Derecho, es decir. que su viabilidad deriva de los alcances y limites que establece el Artículo 246 de la Constitución tiene un freno de contención en el Artículo 250 *ejusdem*, la llamada "maldición gitana". escudo de protección de nuestra ley fundamental. No puedo tampoco dejar de reiterar mi preocupación ante voces agoreras que proclaman la constituyente, sin la debida ponderación y análisis al servicio de objetivos subalternos. Estas voces se manejan con una visión mágica de la constituyente, bajo el espejismo de que a través de ella se enderezarán los problemas del país[8].

---

7 Combellas, Ricardo: "Retrospectiva de una frustración: Crisis política y reforma constitucional en el año 1992", en *El Derecho Constitucional en el umbral del Siglo XXI* (pp. 267, 268, 272 y 273) Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Valencia 2.3 y 4 11 93. Universidad de Carabobo-AVDC

8 Combellas, Ricardo: "Palabras del Presidente de la AVDC, en el acto de apertura del IV Congreso de Derecho Constitucional, Caracas 15-11-95, en *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano.* Vol, 1. KAS-CIEDLA-AVDC-COPRE. Caracas 1996

En 1998, cuando ya considera que "el Congreso perdió el autobús de la reforma constitucional", el mismo Combellas publica un libro dedicado íntegramente al tema,[9] al cual pertenecen las referencias que haremos enseguida. Aquí ratifica que la convocatoria a La Constituyente "debe viabilizarse institucionalmente, lo cual significa que tiene que atenerse al procedimiento de reforma general establecido en los artículos 246 y siguientes de la Constitución". Para agregar que, a la Constituyente, "debemos comenzar por incorporarla a la Constitución, y así autorizar su convocatoria. Cualquier otra vía de convocatoria significa ponerse al margen de la constitucionalidad un golpe al Estado de Derecho que rige la vida institucional del país", pues "sería muy triste, además de constituir un hecho de incalculables consecuencias, que se quebrante la- Constitución para convocar la constituyente" y expresa su acuerdo con Escovar Salón acerca de lo "absolutamente primordial" de encauzar cualquier salida dentro del marco constitucional, en línea con lo sostenido en su hora "con sabiduría y con habilidad suprema" por el presidente López Contreras.

A estas referencias de las páginas 9 y 34 del libro mencionado, siguen otras en el mismo sentido que no agregaré por razones de espacio, pero puede el interesado buscarlas en las páginas 35, 36, 92, 96, 97,100 y 106.

El joven y muy distinguido Jesús María Casal, en sus "Reflexiones sobre la Asamblea y el Poder Constituyente"[10], previene que una Constituyente "mal concebida seguramente agravaría nuestros problemas" y recuerda a Hauriou citado por Biscaretti di Ruffía en su noción de "dictadura constituyente". Se ubica ente quienes. desde "premisas iusnaturalistas o de una concepción valorativa del Derecho, se resisten a admitir la entera ajenidad jurídica del poder constituyente". Y sostiene,

> "la importancia de que, si prevalece en nuestro país la propuesta de convocar una asamblea constituyente, ésta sea incluida en los procedimientos de revisión de la Constitución contemplados en nuestra Carta Magna, mediante su reforma, pues

---

9 Combellas, Ricardo: "*¿Qué es la Constituyente? Voz para el futuro de Venezuela"* Panapo, Caracas. 1998.

10 Casal H., Jesús María: "Reflexiones sobre la Asamblea y el Poder Constituyente". en *Actas y Documentos.* 5-1, Caracas, 1999.

ello la perfilaría como un órgano deliberante *ad bac* cuyos poderes estarían circunscritos a lo previsto en la propia Constitución. Dicha asamblea se encontraría además sujeta, al menos en principio, al control de constitucionalidad encomendado al Máximo Tribunal."

Por su parte Díaz Blanco alega:

"Como es evidente. nuestra Constitución no incluye entre sus mecanismos de reforma la figura de la Asamblea Constituyente; de tal manera que, si deseáramos utilizar este procedimiento como fórmula de cambio constitucional, en principio será necesario modificar la actual Constitución para establecer la posibilidad de la convocatoria de este tipo de asamblea y regular todas las fases de tal procedimiento"[11].

En agosto de 1998, cerca de la finalización de las sesiones ordinarias correspondientes al período constitucional pasado. el presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Allan Randolph Brewer-Carías. se dirige a los presidentes de las cámaras legislativas del Congreso, solicitando que ese órgano proceda a convocar a un referéndum, para la misma fecha de las elecciones para senadores y diputados al próximo Congreso quienes. de resultar afirmativa la mayoría de los consultados, "tendrían un ineludible e insoslayable mandato popular para proceder de inmediato a reformar la Constitución de 1961" y así viabilizar la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

Y el 22 de enero de 1999. producidas ya las sentencias de la CSJ a las cuales me referiré a continuación y en vísperas de instalarse el nuevo Congreso, el Presidente saliente del poder legislativo Pedro Pablo Aguilar se dirige al Senador Arístides Beaujon a quien corresponderá la dirección de la comisión preparatoria de la instalación, para que el parlamento proceda de inmediato a reformar la Constitución añadiendo un nuevo artículo al Título X y una Disposición Transitoria Vigesimacuarta y al efecto se anexa anteproyecto elaborado por la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica cuyo

---

11 Díaz Blanco, Rafael: "La creación de una Asamblea Constituyente", en el IV Seminario sobre temas de Administración Pública: Reforma Constitucional, IRFES Maracaibo, 21-5 -98 Publicado en, *Notas y Documentos. NY* 52-53. Caracas. 1998.

director "el Dr. Carlos Leáñez Sievert consultó a miembros del Consejo Superior de Asesoría Jurídica que, como Ud. bien sabe, conforman un grupo de los juristas más respetables del país". Todo ello, porque estima el remitente que la decisión de la CSJ "obliga al Congreso de la República que se instala mañana a darle cumplimiento".[12]

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de enero de 1999

Ayúdenos la geometría para decir, desde la perspectiva del Derecho que el punto de inflexión de este debate está en las dos decisiones de la CSJ en Sala Político Administrativa del 19 de enero de 1999 con motivo de sendos recursos de interpretación. Es lógico en un Estado de Derecho que así ocurra. En su oportunidad expresé mi acatamiento al parecer del máximo tribunal porque esas son las reglas Sus Fallos son inapelables en Venezuela, ello no quiere decir que sea infalible

Al analizar el sentido y alcance del Artículo 4 de la Constitución[13], la decisión redactada por el Magistrado La Roche[14], tras recordar la supremacía de la Constitución, comenta que

> "pareciera ocioso indicar que la idea de supremacía deja de tener sentido cuando se considera que Poder Constituyente y Poder Constituido se identifican y que el poder Constituyente es creado por la Constitución, en lugar de considerarse a la Constitución como obra del Poder Constituyente."

Si la soberanía reside en el pueblo, ésta no se agota en la delegación, aprecia el sentenciador y por lo tanto "no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano".

---

12 Carta de Allan Randolph Brewer-Carias a Pedro Pablo Aguilar e Ixora Rojas del 24-8-98 y comunicación dirigida por el presidente del Senado Pedro Pablo Aguilar al senador Arístides Beaujón el 22-1-99.

13 Artículo 4° - La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público",

14 Sentencia de la CSJ, Sala Político-Administrativa. Magistrado ponente Dr. Humberto J. La Roche, sobre recurso de interpretación presentado por Raúl Pinto Peña, Enrique Ochoa Antich y Viviana Castro (19-1-99).

En cuanto a la Ley del Sufragio, previa constancia de que se refiere a referéndum y no a plebiscito, estima la Corte que si los de tipo consultivo previstos en el Artículo 181, se refieren a "decisiones de especial trascendencia nacional" y si el 185 establece las restricciones y entre ellas no se cuenta la materia en discusión, quiere decir que se aplica el principio general y que cualquier otro "asunto de especial trascendencia nacional puede ser consultado por este mecanismo". Aún, es la consecuencia concreta y práctica de su decisión y la disposición expresa de la Corte, uno que no está previsto en ninguna parte de nuestra legislación y que tiene capacidad de afectar a todos, sin excepción, los temas restringidos en el texto mencionado: fiscales, amnistías e indultos, garantías y derechos constitucionales, conflictos de poderes, revocatoria de mandatos y asuntos propios de entidades federales o sus municipios.

Ello sin contar que hay una diferencia entre "decisiones de especial interés nacional" y "amnios" que puedan recibir la misma calificación, puesto que las decisiones -con relación a las cuales se admite la consulta al soberano- pueden tomarlas los órganos del poder público si tienen competencia para ello y nadie tenía en Venezuela la facultad de decidir la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

Para agregar este párrafo, el cual dio lugar a la carta del presidente del Senado que arriba mencionamos,

> "aun cuando el resultado de la decisión popular adquiere vigencia inmediata, su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada. Todo ello siguiendo los procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder Público competentes en cada caso. Dichos órganos estarán obligados de proceder en ese sentido."

"Mediante los mecanismos legales establecidos" ¿cuál es el órgano competente para hacer "modificaciones jurídicas" en los procedimientos de reforma constitucional? El Congreso. Al votar afirmativamente la mayoría en el referéndum a él le nacía una obligación.

Igualmente, considera el sentenciador que es exclusivamente al Poder Constituido a quien se dirige la previsión de inviolabilidad del Are 250. Solo él está sometido al impedimento de derogar la

Constitución por "cualquier otro medio del que ella misma dispone", riesgosa interpretación "porque no siempre resultará evidente la distinción. en los hechos entre éste y el otro supuesto del artículo por acto de fuerza".

"Por lo demás, nada de lo dicho afecta al postulado de la plenitud hermética del orden jurídico", según esta sentencia.

Con razonamiento similar el Magistrado Héctor Paradisi León[15] responde al recurso de interpretación cuyo estudio le fue encomendado

> "que si es procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el Artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente, en los términos expuestos en este fallo."

En esos términos está, y ello también fue ignorado en el proceso político ulterior, esta consideración:

> "Ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso, tiene una especial trascendencia nacional, en la medida en que los resultados de una consulta popular corno la que se pretende, sería factor decisivo para que los órganos competentes del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que, previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza,

V. LA DOCTRINA PERTINENTE

El *Poder Constituyente* en R. Carré de Malberg, en su obra *Teoría General del Estado*[16].

---

15 Sentencia de la CSJ, Sala Político-Administrativa, Magistrado ponente: Dr Héctor Paradisi León. sobre recurso de interpretación presentado por Miguel José Mónaco Gómez; Yulena Sánchez Hoet, José Gregorio Torrealba Rodríguez, Daniel Caballero Ozuna, Xavier Córdoba Figallo y Xabier Escalante Eleguezábal (19-1-99).

16 Carré de Malberg, R. *Teoría General del Estado*, 2ª edición en español. Fondo de Cultura Económica, México, 1998

El clásico francés desarrolla consideraciones especialmente relevantes al tema que tratamos. Reproduciremos algunas de ellas por su valor esclarecedor.

"La cuestión del poder constituyente se resuelve por sí misma", la soberanía primaria antecede al Estado y hay que buscarla en el pueblo. En el origen del Estado está el hecho, no el derecho, pero el Estado ya constituido posee un orden jurídico. "Y no debe decirse que cualquier cambio de Constitución supone un nuevo pacto social", aquel "aunque sea radical o integral no cambia la persona jurídica del Estado, ni modifica esencialmente la colectividad que personifica, ni los sustituye por una nueva individualidad estatal, ni engendra una nueva nación."

> "Así pues, -recuerda a Esmein- el poder constituyente no tiene por qué ejercerse aquí con objeto de fundar de nuevo la nación y el Estado, sino que simplemente se limita a darle a un Estado. cuya identidad no se modifica y cuya continuidad tampoco se interrumpió por ello, una nueva forma o estatutos nuevos."

Cuando suceden movimientos revolucionarios o golpes de estado "sería pueril preguntarse" quien ejerce el poder constituyente, éste "caerá en manos del más fuerte" y la nueva Constitución "no se confeccionará" como había sido prescrito por la precedente. Son los predios del hecho y no del derecho, en cambio en "la reforma pacífica, regular, jurídica, en una palabra, de la Constitución vigente" "cualquiera que sea la importancia de este cambio institucional, sea total o parcial, habrá de operarse según las reglas fijadas por la misma Constitución que se trata de modificar". De donde se sigue que,

> "el principio de derecho que se impone en una nación organizada es que la creación de la nueva Constitución sólo puede ser regida por la Constitución antigua, la cual, en espera de su derogación. permanece aún vigente, de tal modo que la Constitución nueva nace en cierto modo de la antigua y la sucede, encadenándose con ella sin solución de continuidad."

Siempre hay una Constitución en vigor,

> "el argumento que consiste en hacer abstracción de todas las reglas constitucionales en vigor y en suponer una Constitución totalmente por crear es inconciliable con el concepto mismo de derecho constitucional Pues esta clase de derecho solo es con-

cebible en el marco de una Constitución preexistente; y fuera de la Constitución no subsiste sino el hecho."

Hay una especialidad del poder constituyente que lo inhibe de asumir otra función que hacer la Constitución. Tiene solo el poder constituyente y ninguno de los poderes que constituye. Por eso se elige a la asamblea destinada a ejercerlo por delegación del soberano por un tiempo breve, disposición preventiva pues "una vez que las Constituyentes se lanzan por la vía de la omnipotencia. se hace difícil moderarlas". Al respecto "es de temer que. provisionalmente y en espera de rehacer la Constitución, pueda apoderarse también del poder legislativo e incluso de otros poderes, degenerando así en asamblea todopoderosa y despótica".

"Una constituyente -observa- tenderá naturalmente a formarse una idea exagerada de su potestad En efecto, y por definición misma, al ser llamada a fundar todos los poderes, podrá sentir también la tentación de admitir que los contiene y los posee todos."

Su convocatoria, cree Carré de Malberg, "no carece de peligros".

La defensa de la Constitución en Roberto Blanco Valdés

El profesor español[17] cita a Le Chapelier, autor del proyecto de regulación de la reforma constitucional del 29 de agosto de 1791. al subrayar como característica de -toda Constitución sabia": contener "la voluntad y el medio de llegar a la más alta perfección", pero éste debe "ser empleado con circunspección". El procedimiento especial para la reforma es un medio jurídico y político de defensa de la Constitución y está ligado indisolublemente al control de la constitucionalidad. sin el cual la indefensión deriva de que lo inconstitucional no puede ser declarado como tal.

Por razonamiento lógico consecuente, hay que prevenirse ante cualquier vía de reforma constitucional que dificulte o impida el control de constitucionalidad, por los peligros que ella trae para

---

17 Ver en Blanco Valdés, Roberto, "*Introducción a la Constitución de 1978*" Alianza, Madrid, 1998 y "*El valor de la Constitución*" Alianza, Madrid, 1998.

los derechos, las instituciones y el orden todo que la Constitución tutela.

"Es afirmación pacífica con asentimiento científico generalizado" que en la médula de la teoría política de Occidente está la reflexión sobre la insoslayable necesidad histórica de controlar, frenar y dividir *el poder.* Mal podrá justificarse entonces y mucho menos prohijarse. el nacimiento de un poder que se considera a si mismo incontrolable por definición.

Interpretación progresista e inobservancia y perversión constitucionales en Linares Quintana[18]

Del tratadista argentino interesa su prevención frente a la *inobservancia* de la Constitución por razones típicamente políticas, la inobservancia consciente de Lowenstein y la perversión de las normas a través de su interpretación incorrecta "intencionada o no", pues ambas conducen "a la destrucción de la *Ley Fundamental*".

"La norma fundamental se interpreta con una finalidad ulterior específica: la de defenderla", cita a Eloy Merino Brito, interpretación que debe buscar conciliar el cuidado de la estabilidad y la seguridad con la apertura a la evolución y la transformación de la sociedad, sin perder de vista que "la finalidad última de la Constitución es asegurar la libertad, la dignidad y el bienestar del hombre en la sociedad, mediante limitaciones a la acción del poder público".

No puede la interpretación constitucional de enfoque progresista, tan necesaria para la vitalidad del sistema, confundirse con una forma terrible de inobservancia o perversión constitucional, máxime en el proceso definitorio de la reforma constitucional.

Al desarrollar su posición acerca de las limitaciones insuperables de la reforma constitucional Ayres Britto[19], establece distinciones entre las enmiendas y reformas asumidas por el poder constituido y los procesos constituyentes, La "reforma es entidad característicamente jurídica, y no suprapositiva". Aclara que la voz "poder

---

18 Linares Quintana, Segundo V: "*Tratado de interpretación constitucional",* Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998.

19 Ayres Britto, Carlos: "A reforma constitucional e sua intraspormivel limitabilidade" en *El Derecho Público de finales de Siglo. Una perspectiva iberoamericana* Fundación BBVCivitas, Madrid, 1997

constituyente" ha sido fuente de ambigüedad semántica porque tiene tres sentidos distintos: el poder normativo en si mismo; el pueblo, su titular, organizado en sociedad política; y el órgano singular que ejerce el poder de producción normativa El poder constituyente, con todo, no puede convivir con su obra, debe morir para que ella viva: sus límites son "condición y garantía de los atributos de unidad, coherencia y plenitud hermética del orden jurídico".

Especialmente valiosa resulta la reflexión de Dromi acerca del Constitucionalismo continuador[20], "Es muy peligroso en nuestro tiempo concebir Constituciones, que produzcan una ruptura de la lógica de los antecedentes, una discontinuidad con todo el sistema precedente".

> "Reformar la Constitución no es destruirla: por el contrario, retornar una Constitución es actualiza no es deshacer el camino andado, sino avanzar sobre él. Es más, a tal punto el Constitucionalismo del 'porvenir' debe cuidar este detalle. que los propios textos constitucionales prevén el procedimiento para poder realizar las modificaciones, Pues debernos admitir que las Constituciones no pueden expresar las necesidades de todos los tiempos."

Un valor nuevo del sistema jurídico, garante de esa continuidad histórica deseable, ha de ser la defensa del orden constitucional y de la democracia.

Finalmente. un comentario sobre Sieyès, un citado y recitado por los defensores del proceso que vivimos, principalmente en sus planteamientos de insurgencia contra el absolutismo, una monarquía que a la luz del *Contrato Social* roussoniano, "era ilegítima. ya que en ella era soberano no el pueblo en cuerpo. sino el rey, el cual usurpaba la voluntad general"[21], En *El Tercer Estado* anota Chevalier, se notan dos rasgos frecuentes en la literatura política revolucionaria del momento: "desprecio de la historia y culto al argumento numérico" y rezuma el doble sentimiento dominante de "odio a los privilegios y exaltación de los no privilegiados".

---

[20] Dromi, José Roberto: ¨El Constitucionalismo *del porvenir* La Reforma de la Constitución" en el mismo libro citado en 19.

[21] Chevalier, Jean Jacques: *Los grandes textos politicos* - 6a. edición Aguilar Madrid 1972.

Así como Sieyès tacha a los Estados Generales como "cuerpo constituido" y por ello le niega competencia para decidir sobre la Constitución, derecho que "corresponde a la nación sola -que para él es el Tercer Estado y excluye a los otros dos órdenes- independiente de cualquier forma y de cualquier condición", también dice (21-7-1789) que "No es necesario que los miembros de la sociedad ejerzan individualmente el poder constituyente, sino que pueden entregar su confianza a representantes que *sólo se reunirán para dicho objeto, sin poder ejercer por si- mismos ninguno de los poderes constituidos*"[22].

Cuando citan al llamado "oráculo de la ciencia constitucional", muy prestigioso diputado de Frejus, olvidan -¿cuidado o ignorancia? - su densa reflexión cuando, al decir de Blondel, "se había dado cuenta. bajo la Convención, de los excesos a los que podía conducir la omnipotencia de una única Asamblea". En sus *Escritos y Discursos de la Revolución*[23] constará que los poderes ilimitados son un monstruo en política y un inmenso error por parte del pueblo francés, que no debería volver a cometer en lo sucesivo'. Y "En efecto una idea fundamental fue establecida en. 1788: la división del Poder constituyente y los poderes constituidos (…) Sin embargo, naturalizada rápidamente en los espíritus, ha dado pábulo, como tantas otras verdades de nuevo cuño, a verdaderas estupideces". Después del Terror, se asentarán las aguas para ver con claridad.

VI. EL CASO COLOMBIANO ¿PRECEDENTE O ADVERTENCIA?

No hay nada malo en aprovechar la experiencia de otros, aunque viejo sea el dicho de que nadie escarmienta en cabeza ajena. Si en el proceso de recuperación democrática (p. ej. Brasil, las nacio-

---

22 Citado por Carré de Malberg en 16

23 Citado por Blanco Valdés en la segunda de sus obras mencionadas en 17. A propósito de la Revolución Francesa, no sobra recordar que en 1792 son el asalto a la Tullerías. la prisión de la familia real, la proclamación de la república, la rebelión comunera y la suspensión de la Asamblea, con el encumbramiento jacobino. En 1793 es decapitado Luis XVI y Dantón preside el Comité de Salud Pública, *se* abre la cortina del "Terror". Son ejecutados Marat, Felipe "Igualdad" y María Antonieta. En 1794 matan a Dantón y a Desmoulins y, finalmente, Robespierre es decapitado. Del bombo de la política. donde giran frenéticas las bolitas de las oportunidades, está a punto de salir el número del General Napoleón Bonaparte.

nes centroamericanas.) o en medio de crisis muy severas (p. ej. Colombia, Perú) se han vivido recientes reformas constitucionales, sea o no mediante constituyentes, es de sentido común prestar atención a sus vivencias, por lo que puedan tener de valor para nuestro propio aprendizaje.

En la cercanísima Colombia ello ocurrió. desembocando en la Constitución de 1991 cuya reforma ya ha sido planteada varias veces. La interpretación constitucional pro-oficialista venezolana se ha afincado en el precedente colombiano y ha contado una versión del mismo acomodado a su interés político. Y ya sabemos lo que significan las lecturas políticas de la historia, así como las contorsiones políticas del derecho.

En Colombia se convocó una Constituyente que no estaba en la Constitución. Si, pero ¿cómo sucedió? porque tampoco fue extrajurídico.

Luego del referéndum espontáneo de la 'séptima papeleta" en las elecciones del 11 de marzo de 1990, hijo de la ola de consternación por el asesinato de Luis Carlos Galán que alcanzó a los jóvenes, el presidente Virgilio Barco, utilizando el recurso del decreto de estado de sitio para el cual está autorizado por la Constitución, faculta al órgano electoral para que contabilice los votos de la consulta popular "en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional" (Decreto 927 del 3- 5-90) y ya en el poder el presidente César Gaviria Trujillo (Decreto 1926 del 248-90), quien había motorizado un acuerdo entre los principales factores políticos, decide la convocatoria a referéndum.

El Artículo 121 de la Constitución colombiana de 1886 atribuye al Presidente de la República "en los casos de guerra exterior, o de conmoción interior", la facultad de -declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella" Su esencia se ha mantenido en sucesivas reformas (Art. 33 del Acto Legislativo No 3 de 1910, 7 del reformador de 1914. 1 del 1 de 1960. 42 del No 1 de 1968 y 34 del No. 1 de 1979) y es un instituto, si atendemos a Díaz Arenas cuando analiza su trayectoria histórica "que se ha prestado para suprimir, lisa y llanamente la Constitución; para acabar con las garantías constitucionales y los derechos civiles y políticos;

para introducir una autocracia sin límites."[24] Y quien habla es un catedrático que respaldó, como consta en su obra escrita, el proceso constituyente colombiano e inclusive el visado jurídico que le expidió la Corte a la ruta que referimos.

Coincide con esto Navas Talero[25], pero lo aplica al caso en examen, al relacionar la disposición con las tensiones Congreso-gobierno en las tres décadas de federalización de Colombia hasta 1885; "de allí parte Caro para consagrar en la Constitución de 1886 una presidencia cuyo poder le permite, en ejercicio de las facultades extraordinarias que se le conceden, suplantar la misma Constitución, como ha ocurrido ahora con el Decreto 1926 de 1990".

El decreto 1926 es remitido por Gaviria a la Corte para que ésta se pronunciara acerca de su exequibilidad y dirige una operación política a lograr su objetivo. El Ministerio Público discutió la conexidad del acto con el alcance del Art. 121 constitucional. El supremo tribunal se consideró competente para conocer. estimó que había conexidad con los hechos generadores de la perturbación del orden público. No es suficiente para determinar la constitucionalidad del decreto, considerarlo a la luz del Art. 121 y 13 del plebiscito de 1957, hay que tener en cuenta su virtualidad para alcanzar la paz. Así se declaró. La Constitución podía reformarse por la vía propuesta, como la reforma de 1957 se había verificado mediante plebiscito y la génesis de la carta de 1886 no se sujetó al procedimiento requerido por la Constitución de Río Negro de 1863. Igualmente, se sentenció que la Asamblea Constitucional a ser electa no podía ser limitada en su competencia[26]. Aunque si le negaron dos poderes: disolver el Congreso y cercenar el control de los actos por parte de la Corte. Lo demás es historia.

Vale recordar la palabra de Gilberto Alzare Avendaño en 1957. El plebiscito

---

24 Diaz Arenas, Pedro Agustín: *La Constitución Política Colombiana (1991). Proceso, estructuras y contexto,* Temis, Bogotá, 1993

25 *Navas* Talero, Fernando: *Bitácora de un barco a la deriva.* Tercer Mundo, Bogotá. 1994

26 Ballén M, Rafael, *Constituyente* y *Constitución del 91* Editorial Jurídica de Colombia, Medellín*,* 1991.

> "no es una instancia prevista y regulada dentro de nuestro sistema institucional sino un procedimiento de facto. que equivale a un nuevo golpe de estado (…) Los apologistas de la fórmula no pretenden basarla en un orden normativo (...) sino en una especie de "jus" revolucionario (...) la consulta para votar en bloque por un cuestionario indivisible, afirmativa o negativamente. coarta la libertad de los ciudadanos y carece de validez democrática[27].

Dichas estas verdades acerca de la Constituyente de nuestros vecinos, hay una que excede al análisis técnico jurídico, pero nunca a las finalidades del Derecho Constitucional. Es triste constatar que ninguno de los objetivos con los que se justificó ese paso político se ha cumplido, Ni la paz, ni la renovación de las instituciones, ni el incremento de su credibilidad a los ojos del ciudadano. Nadie puede decir, lamentablemente, que hoy el sistema político esté más fuerte que en 1990.

La ilusión, los decretos de audaz interpretación del poder concebido para desbalancear la relación Ejecutivo-Legislativo, las consultas populares, el *tour de force* jurídico de la Corte que diría el estadista Misael Pastrana Borrero, no pueden ser declarados culpables de la Colombia de hoy pero poco, o nada, hicieron para evitarla y para eso fueron propuestos y por eso aceptados. Allí basaron su legitimidad ¿O no?

Queda la sentencia del propio ex-presidente y miembro de la Asamblea:

> "Pocos pecados tan graves pueden cometer los dirigentes con un pueblo como el de hacer marchitar en sus espíritus la esperanza. Y es lo que ha sucedido con la llamada Constitución de 1991, que en medio de humo contaminante de equívocos le fue ofrecida en forma singular al pueblo como una expectativa de cambio, más que de instituciones, con el fin de erradicar vicios que venían vulnerando la esencia misma de nuestra República"[28].

---

27 Citado por Navas Talero en 25

28 *Pastrana* Borrero, Misae : "Memorial de agravios a la Constituyente y a la Constitución", en su libro *Colombia. El girar del péndulo.* Fundación Simón Bolívar, Bogotá, 1994

VII. LOS RIESGOS EN LA VIDA REAL, JURÍDICA Y POLÍTICA

El mismo 2 de febrero día de su toma de posesión, el presidente Chávez dicta decreto N 3 de singular redacción, mediante el cual decide "la realización de un referendum para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente"[29]. A pesar de que antes había "invitado" al Congreso a una competencia de velocidad relativa a quién convocaba primero, no obstante que sus partidarios se resistían a que la iniciativa partiera del Capitolio y sin ellos eran imposibles los dos tercios requeridos. Pero el acto presidencial, anunciado en el discurso de asunción del mando tras juramento sui generis difícilmente asimilable a la fórmula constitucional y legal, era la diseñada desde hace tiempo por el ahora primer magistrado: La convocatoria por decisión ejecutiva acompañada de firmas desde la calle[30].

Adicionalmente, la consulta concebida y decidida en el decreto, contiene una segunda pregunta dirigida a recabar del electorado una autorización personal al presidente para fijar las bases del proceso comicial para la ANC, "oída la opinión" de diversos sectores.

Ello convertía al referéndum consultivo previsto en la Ley del Sufragio y en tal virtud autorizado por la CSJ en sus sentencias de enero, en plebiscito, figura distinta e inexistente en nuestro ordenamiento. En seguida muchos venezolanos advierten la naturaleza plebiscitaria del cuestionario decretado.

El *referéndum* de la LOSPP, según la cual ha de regirse el proceso que nos ocupa por decisiones de la Corte, es consultivo Esto es, para García Pelayo "Consultivo, cuando el *referéndum* no tiene carácter vinculatorio para las autoridades legislativas ordinarias". O para Biscaretti di Ruffia: "*En orden a la eficacia*. En consultivo (si solo se dirige a dar una opinión preventiva al legislador)" ¿Podrá considerarse válido este *referéndum* vinculante, de efectos obligatorios e inmediatos? ¿Sobre la autorización para realizar actos, se consulta, o es un plebiscito para fortalecer un liderazgo?

---

29 *Gaceta Oficial* de Venezuela. N 36 634 del 2-2-99,

30 Ver Blanco Muñoz, Agustín: *Habla el Comandante,* (p. 615), Cátedra Pio Tamayo CEHA• IIES/FACESIUCV. Caracas, 1998.

Por cierto que Lowenstein señala que,

> "el *referéndum* constitucional goza. en los regímenes autocráticos y autoritarios de nuestro tiempo, de una sospechosa popularidad, no solo en el ámbito soviético, sino en los Estados neopresidencialistas como Vietnam del Sur (1956) y Egipto (1956), La razón evidente de este preferencia no es tanto el carácter ultra democrático de este procedimiento como el hecho de que la votación del *referéndum* se puede manipular con propaganda y con presión mejor que el procedimiento de una votación a través de una asamblea representativa, ciertamente más racional".

La consulta popular convocada por decreto presidencial no era *referéndum*, sino plebiscito. Los términos no son sinónimos, la doctrina los diferencia bien. El referéndum se refiere a materias jurídicas y el plebiscito a políticas. García Pelayo, de tan fecunda obra en Venezuela. esclarece que en el plebiscito la consulta es "política en el genuino sentido de la palabra" pues "No gira en torno a un acto legislativo, sino a una decisión política susceptible de tomar forma jurídica", por eso seguramente, para Biscaretti siempre es excepcional o extraordinario. Si no bastaba la reiterada palabra presidencial en los discursos, ahí está su decreto[31].

El decreto No. 3 provocó un intenso debate y una lluvia de demandas ante la CSJ. De ellas hizo diana el recurso contencioso electoral presentado el 3-3-99 por el Gerardo Blyde, que suscitó definición de la Sala Político-Administrativa en sentencia redactada por el Magistrado Hermes Harting, Primero, el 18 de marzo, anula la segunda pregunta del cuestionario que perseguía la autorización al presidente y ordena al CNE su reformulación, no sin antes esclarecer los alcances de los fallos anteriores:

> "En consecuencia, es la Constitución vigente la que permite la preservación del Estado de Derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad

---

31 Ver García Pelayo, Manuel *Derecho Constitucional* **(**Afianza Madrid); Biscaretti di Ruifia, *Derecho Constitucional* (Tecnos. Madrid): Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución Ariel, Barcelona*), y Borja, Rodrigo *Enciclopedia de la Política* (FC,E, México).

popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta. Así se declara".

En fallo aclaratorio del 23 de marzo se ratifica el carácter vinculante del criterio interpretativo de que la Constituyente se celebrará bajo los términos de la Constitución vigente. Y el 13 de abril, dado que "calificar a la Asamblea como poder originario (...) está en franca contradicción con los principios y criterios vertidos (…) el 18 de marzo de 1999 y su aclaratoria" se resuelve reformular la base comicial octava suprimiendo expresamente la calificación de "poder originario que recoge la soberanía popular" de la ANC[32].

En uso anticipado de la autorización que pedía a los ciudadanos el 25 de abril, y posiblemente influido por el debate nacional y las demandas introducidas en la Corte, el 10 de marzo el presidente publica la "Propuesta del Ejecutivo Nacional que fija las Bases de la Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente". (G.O. N° 36.658).

Como reacción a la decisión de la CSJ, el presidente de la República, en alocución transmitida por cadena nacional de radio y TV, llama a la "Corte Suprema de Injusticia" y anuncia su disposición de proponer a la Asamblea, una vez reunida, la disolución del máximo tribunal además de la del Congreso.

Decidida por mayoría de los concurrentes al referéndum del 25 de abril la convocatoria a la Constituyente, de inmediato se da inicio a la campaña electoral La prisa hace pasar por alto el cumplimiento de requerimientos legales en los cuales nadie repara. El presidente de la República es el principal vocero de la campaña de los candidatos del Polo Patriótico a la ANC, a pesar de las expresas disposiciones de la ley que prohíben tal participación a los funcionarios públicos. Ante las reconvenciones del Consejo Nacional Electoral, el presidente desafía a que "vengan a ponerlo preso". Realiza un mitin a las puertas del organismo comicial. Es multado Cuando se prohíben sus programas de TV y radio, los sustituye por cadenas nacionales convocadas en uso de la facultad gubernamental

---

[32] Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, magistrado Ponente Dr. Hermes Harting, Sentencia del 18-3-99, fallo aclaratorio del 23-3-99 y decisión sobre ejecución y cumplimiento de la primera del 13-4-99

y se refiere a los mismos temas. Promueve a los candidatos de su preferencia. Literalmente se mofa de las disposiciones legales y de la autoridad encargada de aplicarlas. Desde el gobierno se responde que el proceso no está sometido a la regulación de la Ley porque no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuando el recién elegido Fiscal General de la República, en concordancia con la decisión de la CSJ. declara que la ANC no podrá disolver los poderes constituidos, recibe fuerte respuesta por parte del presidente y correspondiente advertencia de que la Constituyente revisaría su situación.

Elegida la ANC, invocando el Art. 4 de la Constitución ("la soberanía reside en el pueblo") pero mediante un sistema que ignora el Art. 113 de la misma ("el derecho de representación proporcional de las minorías"), se instala el cuerpo con una correlación favorable al proyecto político-constitucional presidencial, substancialmente mayor que la expresada por los votantes. La misma noche de los triunfales escrutinios, desde el balcón miraflorino, el jefe del Estado la bautiza "soberanísima". La soberanía ha cambiado de domicilio, se mudó del señalado en el Art. 4 mencionado a la ANC "soberana" en grado superlativo.

El primer acto de la ANC es lógicamente, dictar su Estatuto de Funcionamiento[33], en el cual se abstiene de usar la fórmula habitual de señalar sus atribuciones, lo que permitiría saber los límites de su competencia como corresponde por naturaleza a cualquier órgano del poder público y, en su lugar. opta por describirse en los términos siguientes:

> "Artículo 1. *Naturaleza y Misión* La Asamblea Nacional Constituyente es la depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía con las atribuciones del poder originario para reorganizar el Estado Venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático.
>
> *La Asamblea, en uso de las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público*.

[33] Ver *G. O.* No. 36 786 del 14-9-99.

Su objetivo será transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que garantice la existencia efectiva de la democracia social y participativa.

Parágrafo Primero. *Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente*, y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea.

Parágrafo Segundo: *La Constitución de 1961 y el resto del ordenamiento jurídico imperante, mantendrán su vigencia en todo aquello que no colida o no sea contradictorio con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente"* (cursivas mías).

Al respecto, tres comentarios:

(a) La ANC, en su primer acto, contraviene la decisión de la CSJ del 13 de abril antes mencionada al declararse "originaria", colocarse por encima del ordenamiento jurídico ergo fuera de control, atribuirse poderes que exceden a la redacción de un nuevo texto constitucional.

(b) Para la ANC "todos los organismos del del Poder Público" le son subordinados. Todos sin excepción.

(c) Con relación al ordenamiento constitucional y legal del país, dentro del cual ha de actuar según las CSJ, adopta la fórmula clásica de los regímenes de facto: "está vigente en cuanto no colida con mis decisiones". Así se lee en el Decreto No 1 de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 23-10-45: "Se mantiene en vigencia el ordenamiento nacional en tanto no resulte derogado, directa o indirectamente"; en el Acta de Constitución del Gobierno Provisorio del 24-11-48, donde se restablece la vigencia de la Constitución del 36 reformada el 45 y las "disposiciones progresistas" de la del 47, y "Se mantiene el ordenamiento legal de la República en cuanto no resulte contrario a lo dispuesto en la presente Acta y a los fines que originaron el Gobierno Provisorio"; y en el Acta Constitutiva de la Junta de Gobierno del 23-1-58: "Se mantiene en plena vigencia el ordenamiento jurídico nacional en cuanto no colida con la presente

Acta Constitutiva y con la realización de los fines del nuevo Gobierno"[34].

Si se quiere, estos gobiernos de facto fueran más específicos al reconocer los límites de su poder, que la ANC, cuyo condicionamiento es indeterminado y a futuro.

Valga el contraste, la Asamblea Nacional Constituyente colombiana, a cuyo caso nos hemos referido ampliamente y tantas veces invocada por los propulsores del proceso venezolano, optó en el Reglamento que dictó para sí, por una fórmula concisa y precisa:

> "Artículo 3º *atribuciones*
>
> Corresponde a la Asamblea Nacional Constituyente reformar la Constitución Política de la República de Colombia"[35].

El Artículo 1 del Estatuto motiva demanda de nulidad del Diputado César Pérez Vivas y otros parlamentarios, con fecha 12 de agosto de 1999. En la misma fecha, la Asamblea dicta un "decreto marco" de reorganización de los poderes públicos.

El 18 de agosto la ANC, invocando su mandato popular de ejercer el poder constituyente originario y el "decreto marco" "en concordancia" con el Art. 1 de su Estatuto, dicta el denominado "Decreto mediante el cual se reorganiza el Poder Judicial"[36], en el cual se atribuye competencias que corresponden, en el ordenamiento vigente, al Congreso, a la Corte Suprema de Justicia. y a las Salas Administrativa y Disciplinaria del Consejo de la Judicatura.

El "decreto" y los intentos de ejecutarlo han generado: (a.) una monumental confusión en los hechos y en las declaraciones, en el caso de éstas últimas las destinadas a aclarar han profundizado los equívocos; (b) por lo menos una demanda de nulidad; (c) la renuncia de la presidenta de la Corte y de la titular de la Sala Administrativa del Consejo de la Judicatura quien presidía la Sala Plena de este cuerpo en turno legal y. si bien en otro estilo, del magistrado encargado de la Inspectoría General de Tribunales; (d) suspensiones y

---

34 Ver *Compilación* de Vilchez citada en 1, pp. 511, 555 y 581

35 República de Colombia. Gaceta Constitucional. N' 13 del 1-3-91

36 *G. O*. No 36. 772 del 25-8-99.

destituciones de jueces que se atribuyen la ANC y el CJ; sin contar las marchas y contramarchas.

A propósito de este "decreto". el 23 de agosto la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, emite de oficio un acuerdo en el cual ratifica su firme adhesión a los "pronunciamientos reiterados sobre la naturaleza de la Asamblea Nacional Constituyente", por cuanto ésta "no nació de un gobierno de facto y aclara que sus Magistrados "aun cuando afirman que su autoridad es suprema: no temen sin embargo las evaluaciones que se realicen" sobre su conducta y sus actuaciones y "en testimonio ante la historia (de) su sumisión al Estado de Derecho y a la colaboración entre los poderes", autorizan al magistrado Abreu Burelli "para que integre la Comisión de Emergencia Judicial" designada por la ANC para ejecutar el decreto en referencia.

Particularmente interesante es el punto 3 que transcribo integro:

> "El Decreto de Reorganización del Poder judicial, *con las particularidades que el mismo en definitiva establezca* y, asimismo, *independientemente de los vicios gire puedan afectarlo*, contempla un compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de proceder de inmediato a través de una Comisión de Emergencia judicial a la revisión de los expedientes de los jueces y su evaluación.
>
> Esta Corte Suprema de justicia estima que la ejecución del proceso de reorganización judicial debe respetar los principios fundamentales que nuestro país ha sostenido. no sólo en sus textos normativos, sino también a través de los acuerdos internacionales que son parte de su ordenamiento jurídico. *Tales principios son entre otros. los de la tutela del derecho a la defensa. el de la racionalidad y proporcionalidad en las decisiones que se dicten, y, el de la independencia la autonomía"* (cursivas mías).

Salvaron su voto los magistrados Héctor Paridisi León "tal pronunciamiento no encuentra sustento en ninguna de las atribuciones"; "el Decreto (...) está inspirado en motivaciones altamente políticas que escapan del análisis de este Cuerpo"; Nelson Rodríguez García "no ha sido publicado oficialmente el Decreto", Hermes Harting "resulta contradictorio" la Comisión de la ANC no puede ejercer funciones "de ejecución"). Héctor Grisanti Luciani (el acuerdo "se contradice" la ANC "no nació de un gobierno de facto": Cecilia Sosa Gómez, el acuerdo tiene una "enorme contradic-

ción" y "pretende convalidar el Decreto de la Asamblea dirigido directamente a desconocer el Estado de Derecho en el cual ha nacido", "la Corte Suprema de Justicia se autodisuelve" y Aníbal Rueda "la Corte sólo podía pronunciarse en los supuestos de que tales actuaciones fuesen atacadas de inconstitucionalidad e ilegalidad". No estuvo presente el magistrado Jorge Rosell Senhenn. Aprobaron el Acuerdo los magistrados Iván Rincón Urdaneta, Hildegard Rendón de Sansó (ponente), Alirio Abreu Burelli, Humberto J. La Roche, José Luis Bonnemaison W., José Erasmo Pérez-España, Ángel Edecio Cárdenas y Antonio Ramírez Jiménez.

El 25 de agosto la ANC con idéntica fundamentación al acto anterior, "regula las funciones del Poder Legislativo" en denominado "decreto" mediante el cual "decide" qué funciones ejercerá el Congreso, limita las que le atribuye la Constitución vigente y define por cuales órganos; "suspende" las sesiones ordinarias y extraordinarias de las Cámaras y de las comisiones parlamentarias no expresamente autorizadas por el instrumento; dicta un nuevo procedimiento de formación de las leyes; subordina a sus dictados a la Contraloría General de la República; interviene las Asambleas Legislativas reformando de facto las constituciones estatales respectivas, al igual que ata las Contralorías de esas entidades; interviene la autonomía municipal al prohibir a los Concejos ejecutar actos para los cuales los facultan la Constitución y las leyes. En resumen, como en el anterior "decreto", se reforma la Constitución sin cumplir el requisito del referéndum aprobatorio, impuesto por la consulta del 25 de abril y asume, de una vez, atribuciones distintas a la elaborar una nueva carta magna.

Convocado el Congreso a sesiones extraordinarias a partir del 27 de agosto, la ANC con la ayuda de la Guardia Nacional y la Policía Metropolitana, impide físicamente la entrada de los senadores y diputados al Capitolio para que las mismas se instalaran, produciendo acontecimientos violentos de amplia repercusión nacional e internacional que motivaron la mediación de la Conferencia Episcopal Venezolana.

En respuesta a la "rebeldía" del Congreso, se convocó a sesión de urgencia de la ANC el domingo 29 de agosto y el lunes 30 se reformó el "decreto", autorizándose a sí misma para "asumir las funciones" de la Comisión Delegada, de las comisiones de Finanzas y Contraloría, "e inclusive de las Comisiones Especiales" cuando

éstas no lo hagan, "o demoren el cumplimiento o, de alguna manera, se presuma el no cumplimiento de esas funciones" (sic)[37] .

La mediación de la CEV produjo un acuerdo de convivencia entre el Congreso y la ANC.

A raíz de estos "decretos", y de los acontecimientos mencionados, se han generado nuevas confusiones y conflictos en los estados y municipios. Han sido objeto de sendas demandas de nulidad por parte del presidente de la Cámara de Diputados Henrique Capriles Radonsky, y de los diputados Ramón José Medina y quien escribe, con fechas 30 de agosto y 2 de septiembre, respectivamente.

Con fecha 6-10-99 la CSJ en Sala Plena, declaró sin lugar la demanda de nulidad por inconstitucionalidad al decreto de Emergencia Legislativa presentada por el presidente de la Cámara de Diputados, En su declaración a los medios el residente de la Corte y ponente del fallo, lo explicó sobre la base de que la ANC "tienen en sus manos un poder supraconstitucional". Las implicaciones de tal criterio son obvias.

El control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos de la ANC corresponde a la CSJ, la cual lo realiza teniendo como marco las Bases Comiciales aprobadas por los votantes en el referéndum del 25 de abril, señala la decisión en la cual el alto tribunal da la vuelta en "u" y engulle, de un solo descomunal bocado, su propia jurisprudencia de marzo y abril en Sala Político-Administrativa y da un temerario estirón al de suyo creativo fallo de enero que hemos comentado. No es raro que cuatro de los cinco miembros de esa Sala sean disidentes de esta sentencia.

En ella se afirma que:

> "El cambio constitucional dirigido a la supresión de la Constitución vigente, es un proceso que, como tal no se limita a la sanción de la Nueva Constitución, sino al interregno, durante el cual, la Asamblea Nacional Constituyente actúa dentro del contexto jurídico donde rige transitoriamente, la Constitución anterior Cada palabra, cada idea e incluso cada coma, son textuales Más adelante se analizará, que "la Constitución de 1961, (es) el límite del Poder Constituido, pero no el criterio de solución de las con-

[37] *G. O*. No 36. 776 del 31-9-99.

> troversias que puedan ocurrir entre ambos poderes" y "el solicitante ignora que el Poder Constituyente es autónomo, ilimitado e indivisible", lo cual lo exime de la separación de la funciones legislativa, ejecutiva y judicial, propia "del poder ordinario".

Con esta lógica, los tribunales y la misma Corte administran justicia de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, pero si un ciudadano acudiera en procura de ella ante la ANC y ésta decidiera avocarse al conocimiento de la causa que se le plantea, podría hacerlo sin las limitaciones propias del poder constituido. Vale citar, por su especial autoridad, que en su voto salvado el magistrado Dr. Humberto La Roche, deja constancia de que "resulta evidente para quien suscribe, que en el fallo sustentado por la mayoría existen elementos tendentes a tergiversar el contenido de la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa, en fecha 19 de enero de 1999", precisamente el "caso Fundahumanos" del cual él fue ponente.

Si *Estado de Derecho* es aquel cuyo funcionamiento se rige por preceptos legales preestablecidos, difícilmente podríamos considerarnos viviendo en uno, tras la decisión que referimos. Se aceptaría que el ordenamiento constitucional no está vigente, a pesar de las sentencias de la CSJ del 18 y el 23 de marzo, y el 13 de abril de 1999, arriba comentadas ampliamente, sino en cuanto no colida con las decisiones de la ANC, según la normativa por ella acordada también emanada en nulidad en la línea que es característica, lógicamente, de los regímenes de facto, como antes hemos demostrado.

La ANC que para reformar la Constitución requiere de la aprobación popular en referéndum, ha sido dispensada por la CSJ de cumplir tal requisito en reformas parciales y de vigencia inmediata.

Cuán en entredicho queda el control de constitucionalidad en Venezuela, es de una obviedad que no requiere mayor abundamiento. Lo mismo que los peligros, y el funesto precedente -increíble en esta etapa de la historia universal- implícitos en la existencia de un poder público cuya voluntad no tiene otra limitación que la prudencia de sus representantes.

Además del ponente Iván Rincón Urdaneta, integraron la mayoría que hizo posible esta decisión, los doctores José Luis Bonnemaison V., Alirio Abreu Burelli, Nelson Rodríguez García, José Erasmo Pérez-España, Ángel Edecio Cárdenas, Jorge Rosell Senhenn, Antonio Ramírez Jiménez, Héctor Paradisi León y Alberto Matini Urdaneta. Salvaron su voto los magistrados Hildegard Rondón de

Sansó, Hermes Harting, Humberto J. La Roche, Belén Ramírez Landaeta de la Sala Político-Administrativa y Héctor Grisanti Luciani de la Sala Civil [38]

A pocos meses de iniciado el proceso, abundan las muestras de los riesgos del camino tomado. Ellos ya se han concretado en ambiente de creciente confusión jurídica y conflicto político. Es difícil negar que la seguridad jurídica de Venezuela está seriamente afectada y no podría calificarse de exagerado a quien dijera que en entredicho. En un país donde trabajosamente la legalidad busca sobreponerse a la tradición de arbitrariedad y desigualdad ante la ley, se vive un clima de relajamiento de la Ley.

¿Puede afirmarse que están incólumes la unidad, la coherencia y la plenitud hermética del orden jurídico?

¿Es ilimitado el poder de la ANC? ¿Han cesado o perduran los poderes constituidos?

¿Existe la separación de poderes? ¿Está en capacidad la ANC de decretar? ¿Cuál es el alcance de sus decretos? ¿Ejerce la CSJ el control de constitucionalidad de los actos de la Constituyente? ¿Con relación a qué Constitución? En fin ¿Cuál es el orden constitucional vigente?

Si estas preguntas pueden hacérselas válidamente cualquier venezolano ¿Se van concretando o no los riesgos que temíamos?

Pero allí no puede terminar la interpelación desde el punto de vista del Derecho Constitucional, cuyo objeto para Hauriou[39] es "el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos", los cuales "pueden abordarse a partir de tres planos diferentes: El del reconocimiento total del hombre por el hombre. El de la determinación de lo-que es bueno para la sociedad. El de las relaciones entre dirigentes o gobernantes y gobernados".

La inseguridad jurídica, los conflictos actuales y potenciales y la incertidumbre que procrean, inciden en la vida real de los ciudadanos. ¿Puede responsablemente desestimarse el impacto que todo

---

38 Corte Suprema de Justicia. en Sala Plena. Magistrado Ponente Dr, Iván Rincón Urdaneta Sentencia del 6-10-99

39 Hauriou, André: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas.* Demos Ariel, Barcelona, 1971.

esto ha tenido en la desinversión? ¿En la calificación del riesgo país de Venezuela? ¿En la decisión por parte de empresarios nacionales o extranjeros de abrir o cerrar operaciones, ampliar o reducir sus negocios, invertir o esperar? ¿Cuántos empleos han dejado de producirse por esta causa? ¿Cuántos se han perdido? Es difícil saberlo, pero todos sí sabemos que el número de venezolanos sin trabajo ha aumentado en lo que va de año.

El Derecho es de la gente. Ella cobra sus dividendos. Pero también paga.

III. VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE*

"La contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, la Democracia y el Estado de Derecho"

Publicado en el libro: *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, pp. 81-108.

(2000)

INTRODUCCIÓN

El proceso de revisión constitucional que llevó a cabo la Novena Asamblea Nacional Constituyente en la historia republicana de Venezuela, tiene como antecedentes y fundamento jurídico, la Constitución de 23 de enero de 1961, el proyecto de reforma constitucional de 1992, elaborado por la Comisión Bicameral del Congreso, presidida por el Senador Rafael Caldera, así como un número importante de normas legales que se han dictado entre 1958 y 1999, que están siendo constitucionalizadas con la supuesta idea de darle auténtica vigencia y de hacerlas cumplir de manera efectiva.

---

* Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de laUniversidad Monteávila (Venezuela). Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello, con el título de Abogado homologado al de Licenciado en Derecho en España, Post-doctor en el *Mediterranea International Centre for Human Rights Research, di Reggio Calabria*, en Italia. www.hernandezmendible.com

No obstante, el proceso de revisión constitucional tiene otros antecedentes y fundamentos, no menos importantes, como lo constituyen el período de larga deslegitimación que han venido experimentado los órganos del Poder Público y los denominados "actores políticos tradicionales", una campaña política hacia la Presidencia de la República, realizada durante el año de 1998, que se caracterizó por la descalificación de todos los hechos políticos sucedidos durante la segunda mitad del Siglo XX, campaña reforzada por la promesa del tan anhelado cambio -que realizaron todos los aspirantes a la primera magistratura-, que hemos esperado los venezolanos durante la última década del siglo que finaliza.

A ello se ha sumado, quizás el factor más importante y menos valorado en este proceso de "revolución pacífica" que están llevando a cabo los representantes del pueblo y que está constituido por la tragedia más grave que ha vivido el país durante las últimas dos décadas, que es una crisis económica estructural que se ha manifestado en un empobrecimiento del país, un aumento progresivo del desempleo, una reducción del sector productivo privado y la inoperancia e ineficacia del sector público empresarial, la desaparición en la práctica del crédito accesible para la inversión, la vivienda y la adquisición de bienes de producción y consumo, los índices de inflación más altos dentro los países iberoamericanos, la devaluación constante del signo monetario nacional -constituyendo estos últimos, una de las causas de la pérdida del poder adquisitivo de los ciudadanos-, con la finalidad de suplir la ausencia de ingresos para tratar de equilibrar los presupuestos del Estado, pagar la deuda pública externa y cumplir con los compromisos salariales de los empleados del sector público y los compromisos adquiridos en virtud de los convenios de transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados o en virtud de los programas de desarrollo que realizan los Municipios.

Dicho esto, debe destacarse que la revisión constitucional que se ha venido desarrollando, a partir del día 3 de agosto de 1999, es consecuencia de una serie de decisiones jurídicas y políticas, en la cual ha tenido participación estelar la rama judicial del Poder Público, a través de la Corte Suprema de Justicia.

Ello lleva a analizar, aunque de manera sucinta, el rol que ha desempeñado la Corte Suprema de Justicia en el proceso de revisión constitucional.

I. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ANTE EL PROCESO CONSTITUYENTE

La Corte Suprema de Justicia a través de sus decisiones ha reconocido que el referendo constituye un mecanismo de participación política para consultar al pueblo sobre la convocatoria para realizar una Asamblea Nacional Constituyente. Convocado el referendo, le correspondió a la Corte pronunciarse sobre la impugnación de la convocatoria, declarando procedente la nulidad parcial de ésta; luego de aprobadas las Bases Comiciales éstas fueron impugnadas y de igual manera se impugnaron las resoluciones reglamentarias de las mismas y correspondió a la Corte declarar improcedente ambos recursos y finalmente, días antes de la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, le correspondió establecer el ordenamiento jurídico aplicable para elegir a sus integrantes. A continuación, analizaremos el desarrollo jurisprudencial del proceso constituyente.

1. *El reconocimiento del referendo como mecanismo de Participación Política*

La intervención de la Corte Suprema de Justicia en el proceso constituyente se inicia con las decisiones de la Sala Político Administrativa, ambas de 19 de enero de 1999. La primera es la sentencia 17, recaída en un proceso de interpretación destinado a determinar si dentro del marco constitucional de 1961, era posible convocar a un referendo consultivo destinado a conocer la voluntad popular para que se reformara la Constitución, mediante una Asamblea Nacional Constituyente. La Corte comienza señalando:

> "... es el **Poder Constituyente, como poder soberano previo y total**, el que puede, en todo momento modificar y transformar el ordenamiento constitucional. Pero ello no podrá hacerse sino **en ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como titular de la soberanía.** A la inversa el poder de revisión, o Poder Constituido, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado".

En este mismo orden de ideas, señala:

> "En el primer caso estaríamos en presencia del poder constituido. En el segundo, **el Poder Constituyente tendría un carácter absoluto e ilimitado**".

Continúa en esta línea de argumentación expresando:

> "... la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes. **Conserva así el pueblo su** potestad **originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo"**.

El primer postulado que surge del fallo es que el pueblo es el titular de la soberanía y en ejercicio de ésta, puede atribuir a sus representantes la resolución de determinados asuntos que interesan al cuerpo social, pero en aquellas situaciones que no hayan sido expresamente atribuidas a sus representantes, conserva su potestad para ser consultado, correspondiéndole en tales casos, la toma de las decisiones.

El segundo postulado que realiza la sentencia consiste en afirmar que el referendo es un derecho inherente a la persona humana. Esta afirmación, aun cuando bien intencionada, es conceptualmente inexacta, toda vez que la participación política es el verdadero derecho inherente a la persona humana y el referendo, al igual que el sufragio, constituyen un elemento esencial para el ejercicio del referido derecho, siendo tutelable jurisdiccionalmente, tal como lo hace la sentencia.

Dicho esto, la Corte afirma:

> "... **Es inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario**, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aun cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente".

El tercer postulado que plantea la sentencia es la separación diáfana entre el Poder Constituyente que detenta el pueblo en ejercicio directo de la soberanía y el Poder Constituido, ejercido por los órganos creados por el ordenamiento constitucional.

No obstante, que se comparte la premisa de la cual se parte, se considera pertinente realizar dos observaciones al aserto efectuado por la Sala.

El primero está referido al carácter "absoluto e ilimitado". El pueblo en ejercicio del Poder Constituyente es soberano, para reformular las bases políticas que deben regir su propio destino, para otorgarse su propia carta de reglas políticas y de derechos, pero jamás es absoluto e ilimitado.

La soberanía supone el derecho a la autodeterminación del pueblo, pero no que éste sea absoluto e ilimitado, pues tal como se señala en la doctrina científica Zagrebelsky, "la democracia crítica, en cambio, rechaza la soberanía popular en este último sentido y afirma que el pueblo posee el poder supremo de orientar el gobierno de la cosa pública, pero que este poder, aun siendo supremo, no es ilimitado"[1].

No puede serlo, porque Venezuela se fundó como República soberana, libre e independiente de toda dominación extranjera el 5 de julio de 1811 y dictó su primera carta constitucional, el día 21 de diciembre de 1811, en la cual se fijaron a partir de ese momento y para siempre, los principios políticos y derechos inalienables que regirían en nuestro país y vincularían a las generaciones futuras.

Fundada la República en 1811, tanto en las 7 constituyentes, como en las 24 constituciones posteriores, se han producido modificaciones en la organización política, se ha ampliado el reconocimiento de los derechos y libertades públicas, pero siempre se han respetado o conservado los límites materiales de las normas jurídicas, constituidas por los valores prenormativos, la tradición política y cultural, la idiosincrasia, la historia, etc., valores que preexisten, que moldean y dan vida al actual Poder Constituyente y que vincularán al futuro Poder Constituyente, porque están por encima de toda regulación jurídica positiva.

---

1 Zagrebelsky, Gustavo, *La crucifixión y la democracia*, trad. de Atilio Pentimalli Melacrino, Ariel, Barcelona, 1996, p. 110.

En la doctrina científica Castillo Vegas, ha expresado que[2]:

> "Frente a quienes sostienen que el poder constituyente es un poder absoluto y carente de toda clase de límites se defiende, a partir de la propia finalidad de ese poder, que no es otra cosa que crear una nueva Constitución, que sólo es legítimo en la medida en que establece un Estado constitucional, esto es, en que reconoce el principio de soberanía popular en una democracia representativa, admite un sistema de limitación de poderes propio del Estado de Derecho y reconoce los derechos fundamentales como principios rectores del ordenamiento jurídico".

Por ello, en el estado de evolución que ha alcanzado el Derecho Constitucional, se puede afirmar, que siendo el pueblo soberano para modificar la Constitución y las leyes, siempre encontrará límites no sólo de orden interno a los cuales estará vinculado, sino de orden externo, cada vez que pretenda "refundar" la República.

La segunda objeción está relacionada con el radical rechazo que da la sentencia a la posibilidad de sujeción del Poder Constituyente a las normas que haya dictado el Poder Constituido, pero al mismo tiempo reconoce que en materia de referendo, sí existe alguna vinculación.

La sentencia en este punto resulta totalmente ambigua e inconsistente, porque si el Poder Constituyente es fundamental, esencial o "principalmente originario", al no estar regulado por normas jurídicas dictadas por una de las ramas del Poder Constituido como el Congreso, entonces resulta contradictorio que se afirme, que las excepciones establecidas en el artículo 185 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, a los fines de realizar un referendo para consultar al pueblo sobre los asuntos de especial trascendencia nacional, "tienen carácter taxativo y absoluto".

Si aceptamos que el Poder Constituyente -como lo expresa la Corte- es originario, absoluto e ilimitado y no vinculado por

---

[2] Castillo Vegas, Jesús Luis, "El Poder Constituyente y sus Condiciones de Legitimación en la Sociedad Actual," *Revista Tachirense de Derecho* Nº 10, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1998, p. 37

las normas jurídicas dictadas por el Poder Constituido, lo que permite la realización de un referendo, no resulta lógicamente válido sostener que el referendo se pueda realizar, porque la consulta para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente no se encuentra en los supuestos de prohibición establecidos en la ley dictada por el Congreso, ley a la cual no estaría vinculado el Poder Constituyente, pero por otra parte, se deja entrever que no podría convocarse al pueblo para que en ejercicio de su soberanía, mediante un referendo, revocase el mandato de los órganos de elección popular, porque en ese supuesto, sí se encontraría sometido, vinculado y regulado en el ejercicio de su poder soberano, por las normas dictadas por los órganos del Poder Constituido.

Admitir tal aserto, significaría aceptar que el pueblo en el ejercicio del Poder Constituyente es absoluto e ilimitado para algunas cuestiones (convocar y elegir a una Asamblea Nacional Constituyente), pero que en cambio se encuentra sometido a los límites fijados por los órganos del Poder Constituido para otras cuestiones (revocar el mandato otorgado a algunos de los representantes que ejercen los órganos de elección popular), lo que se considera que constituye un sofisma.

Finalmente, luego de efectuados estos planteamientos fundamentales, la Corte concluye:

> "... de conformidad con el orden constitucional vigente (Preámbulo, artículo 4 y artículo 50), artículos 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y 42 ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, declara que: La interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referéndum 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 las 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".

El fallo precedente se encuentra en absoluta sintonía con la sentencia 18, que también resuelve un proceso en que se formuló

una pretensión de interpretación, dirigido a conocer la viabilidad del referendo consultivo para convocar una Asamblea Constituyente[3]. Este fallo dispone que:

> "... (se) declara que sí es procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente, en los términos expuestos en este fallo".

Ambas decisiones resolvieron parcialmente el asunto sometido a su consideración, porque aún cuando admitieron que era viable la convocatoria aun referendo, para que el pueblo en ejercicio de su soberanía, se pronunciara sobre la creación de un órgano de revisión constitucional, la Asamblea Nacional Constituyente, por constituir éste un tema de especial trascendencia nacional, la Corte omitió establecer dentro del ordenamiento jurídico vigente, cuál era el procedimiento constitucional a seguir para convocar, elegir y realizar la susodicha Asamblea.

Esta lamentable omisión, va a dar origen a una serie de impugnaciones y decisiones de la Corte Suprema de Justicia, que comentaremos seguidamente.

2. *La impugnación de la convocatoria a referendo para realizar una Asamblea Nacional Constituyente*

El Presidente de la República, mediante Decreto Nº 3, de 2 de febrero de 1999, con fundamento en lo establecido en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política

---

[3] En Colombia, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 5 de mayo de 1978, declaró inexequible el Acto Legislativo de reforma constitucional, que convocaba a una Asamblea Constituyente. Luego, la propia Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de octubre de 1990, declaró la exequibilidad del Decreto-Legislativo Nº 1926, que convocó la realización de una Asamblea Constituyente, que se justificaba con la finalidad de lograr la paz y por considerar que el constituyente originario podía autorizar con una elección, la reforma de la Constitución a través de una Asamblea Constituyente. Vidal Perdomo, Jaime, La Justicia Constitucional en Colombia según la Constitución de Julio de 1991, *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1993, pp. 2431-2432.

y en las sentencias de 19 de enero de 1999, ejerció la iniciativa de solicitarle al Consejo Nacional Electoral que convocará un referendo, para realizar una Asamblea Nacional Constituyente.

El Consejo Nacional Electoral, mediante resolución Nº 990217- 32 de 17 de febrero de 1999, publicada en la Gaceta Electoral de 4 de marzo de 1999, convocó el referendo para el día 25 de abril de 1999, con el objeto de que el pueblo se pronunciase sobre la realización de una Asamblea Nacional Constituyente.

El día 3 de marzo de 1999, se interpuso recurso de anulación por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad contra el Decreto Nº 3, siendo reformado dicho recurso, el día 5 de marzo de 1999, para dirigirlo contra la resolución Nº 990217-32, del Consejo Nacional Electoral.

La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia 271, de 18 de marzo de 1999, resolvió lo siguiente:

> "Así se vislumbra claramente, como finalidad de la Asamblea Nacional Constituyente a ser convocada, como expresión de la voluntad popular materializada en el referendo consultivo, de acuerdo a la pregunta primera del artículo 3º del Decreto Nº 3 del 2 de febrero de 1999, dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, la transformación del Estado en base a la primacía del ciudadano, lo cual equivale a la consagración de los derechos humanos como norte fundamental del nuevo Texto Constitucional, la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que consolide el Estado de Derecho a través de un mecanismo que permita la práctica de una democracia social y participativa, debiendo la nueva Constitución satisfacer las expectativas del pueblo, y al mismo tiempo cumplir los requerimientos del Derecho Constitucional Democrático, lo cual implica, esencialmente, el mantenimiento de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos.
>
> ... (*omissis*) ...
>
> En consecuencia, **es la Constitución vigente la que permite la preservación del Estado de Derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente** en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta. Así se declara".

El fallo declaró con lugar el recurso, anulando la segunda pregunta de la resolución impugnada y le ordenó al Consejo Nacional Electoral reformular el contenido de la pregunta Nº 2, del artículo segundo de la referida resolución y examinar las bases propuestas por el Ejecutivo Nacional, a los fines de decidir sobre su incorporación al referendo consultivo.

A solicitud del recurrente, mediante sentencia aclaratoria 272, de 23 de marzo de 1999, la Sala señaló que:

> "... es de advertir que este Alto Tribunal procedió a precisar su contenido y alcance ...a fin de fijar el marco referencial e interpretativo bajo el cual ha de estudiarse la segunda pregunta... ...para concluir que **la Asamblea Nacional Constituyente, por estar vinculada al propio espíritu de la Constitución vigente, está limitada por los principios** fundamentales **del Estado Democrático de Derecho...´ lo cual constituye una interpretación vinculante"**.

Posteriormente, haciendo ejecutar lo juzgado, en fallo 311, de 13 de abril de 1999, ordenó:

> "Por ello, resulta incontestable que el contenido de la base comicial identificada bajo el literal octavo ... y específicamente en lo referente a calificar la Asamblea Nacional Constituyente como poder originario que recoge la soberanía popular, está en franca contradicción con los principios y criterios vertidos en la sentencia pronunciada por esta Sala el 18 de marzo de 1999, y su aclaratoria del 23 de marzo de 1999, citados anteriormente, induciendo a error al electorado y a los propios integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, si el Soberano se manifestase afirmativamente acerca de su celebración, en lo atinente a su alcance y límites".

En tal virtud, la Sala en vía de ejecución reformuló la base comicial octava para el referendo consultivo destinado a conocer el parecer del pueblo, sobre la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, suprimiendo la expresión "...como poder originario que recoge la soberanía popular...", quedando establecido como límites a la Asamblea Nacional Constituyente, los siguientes:

a) los valores y principios de nuestra historia republicana;

b) el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República;

c) el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre; y, las garantías democráticas.

3. *La impugnación de las Bases Comiciales aprobadas en el referendo por el pueblo*

En el referendo de 25 de abril de 1999, el pueblo aprobó las Bases para la convocatoria, elección y realización de una Asamblea Nacional Constituyente, la cual quedaría irremediablemente sometida, limitada y vinculada, a las normas que le dieron origen, valga decir, los principios fundamentales del Estado de Derecho -sistema político republicano, forma de estado federal, separación de las ramas del Poder Público y régimen de gobierno democrático participativo y representativo-, los derechos y garantías constitucionales reconocidos y consagrados en la Constitución de 1961, en los tratados y acuerdos internacionales, así como las normas competenciales establecidas en la ley constitucional, que consagra las Bases aprobadas en el propio referendo consultivo.

Ello nos lleva a señalar que la Asamblea Nacional Constituyente es un órgano que jamás será soberano, porque la soberanía solamente reside en el pueblo y no en sus representantes, sean éstos los órganos tradicionales u ordinarios (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) o el órgano extraordinario (Asamblea) del Poder Público Constituido.

Siendo la soberanía intransferible, indelegable, inalienable e imprescriptible sólo la puede ejercer el Poder Constituyente, de allí que el mandato que se otorgó a la Asamblea Nacional Constituyente, a través de las Bases fue única y exclusivamente para elaborar un proyecto de nueva Constitución, que en cualquier caso está sujeto a la aprobación del soberano, el pueblo.

En igual sentido se puede citar a Mejía Betancourt, quien expresa que "... el Poder Constituyente es inalienable, lo que se traduce en la prohibición de transferirlo, pues de lo contrario se

configuraría la usurpación de la soberanía del pueblo por la Asamblea Nacional Constituyente"[4].

Luego del referendo, se produjo una nueva impugnación de la resolución dictada por el Consejo Nacional Electoral, de 23 de marzo de 1999, que contiene la Base Comicial Tercera, aprobada en el referendo de 25 de abril de 1999.

La Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en sentencia 639, de 3 de junio de 1999, al resolver sobre la admisibilidad del recurso estableció:

> "La Sala advierte que el contenido del acto impugnado en esta oportunidad, no se erige ya como la manifestación unilateral de voluntad de un órgano administrativo -el Consejo Nacional Electoral- mediante la cual ejerce, a través de un acto sublegal, su potestad reglamentaria para regular el respectivo proceso comicial. **Se trata ahora de una decisión del cuerpo electoral que aprobó convocar a una Asamblea Nacional Constituyente y que ésta se rija conforme a dichas bases comiciales.** Así, cabría entonces analizar si el contenido de la referida decisión administrativa, luego de haber sido materia de consulta popular y consecuente aprobación, puede ser objeto de control ante la sede judicial. En criterio de la Sala, resulta inadmisible la impugnación pretendida, pues **la misma ha sido asumida como una decisión propia del cuerpo electoral, en ejercicio del poder constituyente.** En el caso concreto, la voluntad electoral se manifestó a favor de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente y aprobar las Bases Comiciales que la regulan. De allí que, la expresión popular se tradujo en **una decisión de obligatorio e inmediato cumplimiento, pues posee, validez suprema"**.

Esta decisión pone de relieve la no impugnabilidad de las Bases Comiciales, al haber sido aprobadas por el pueblo

---

[4] Mejía Betancourt, José Amando, "El Ejercicio Directo del Poder Constituyente. Notas de Derecho Comparado. Francia y Venezuela," *Texto de la ponencia presentada en el VI Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, El Proceso Constitucional: Aspectos Jurídicos y Políticos*, Inédito, 1999.

en ejercicio del Poder Constituyente, valga decir, así como la Constitución de 1961, establece el marco competencial de los órganos ordinarios del Poder Público, la ley constitucional que contiene las Bases Comiciales, consagra el estatuto competencial del órgano que surge de la elección de los Constituyentes, órgano éste que se materializa a través de la conformación de la Asamblea Constituyente, con la finalidad de elaborar un proyecto de nueva Constitución.

Sin lugar a dudas, la sentencia destaca el rango de ley constitucional que adquirieron las Bases Comiciales, al haber sido aprobadas por el pueblo en ejercicio de su soberanía, a través del referendo, las cuales luego de su aprobación el 25 de abril de 1999, pasaron a formar parte del Bloque de la Constitucionalidad, constituyéndose en el marco jurídico que regula las atribuciones del órgano constituido por la Asamblea Nacional Constituyente, siendo en consecuencia inimpugnables.

4. *La impugnación de las resoluciones que reglamentan las Bases Comiciales aprobadas en el referendo por el pueblo*

Luego, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, en sentencia 746, de 17 de julio de 1999, al resolver el recurso contencioso administrativo de anulación contra el artículo 31 de la resolución 990519-154, de 19 de mayo de 1999, del Consejo Nacional Electoral, señaló lo siguiente:

> "Al respecto debe precisar esta Sala que, sin duda alguna, los textos normativos que se comparan se encuentran en esferas o niveles radicalmente distantes dentro de la jerarquización normativa. **Mientras uno de ellos se ubica por encima de la ley, no sólo por la materia que contiene, sino -básicamente- por ser el reflejo más directo de la voluntad popular (referéndum consultivo)**; el otro, contiene normas que, quiérase o no, vienen a desarrollar al anterior, con el fin de asegurar su íntegra y más sana implementación, y emana de un órgano (Consejo Nacional Electoral), en ejercicio de funciones que le atribuye la ley (Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política)".

La Corte ratifica que las Bases Comiciales tienen rango de ley constitucional, al haber sido aprobadas por el pueblo a través del referendo y estar por encima de la ley, procediendo en conse-

cuencia a declarar sin lugar el recurso contencioso administrativo de anulación y ordenando publicar en la Gaceta Oficial de la República, los nombres de los candidatos, acompañados de los símbolos, siglas y colores que permitieran identificarlos con la respectiva agrupación política.

5. *El establecimiento del ordenamiento jurídico aplicable para elegir a los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente*

A escasos días de la elección de los candidatos a la Asamblea Nacional Constituyente, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia 942, de 21 de julio de 1999, se pronunció sobre el recurso de interpretación destinado a determinar la aplicabilidad de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y del resto de las normas que dicte el Consejo Nacional Electoral para la realización de los comicios destinados a elegir el día 25 de julio de 1999, a los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente. La Sala en esta ocasión resolvió:

> "Por cuanto la Asamblea Nacional Constituyente, deriva de un proceso que se ha desarrollado dentro del actual marco del ordenamiento constitucional y legal, el mecanismo para su conformación se rige por todo el ordenamiento jurídico vigente, y específicamente, por las normas que a tal efecto se enunciaron en la Resolución Nº 990519-154, del 19 de mayo de 1999, dictada por el Consejo Nacional Electoral, esto es, las Bases Comiciales aprobadas mediante Referendo del 25 de abril de 1999, la Constitución de la República, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y las demás normas electorales dictadas al efecto por el Consejo Nacional Electoral".

Todas estas decisiones permiten afirmar, sin duda alguna, que la Corte Suprema de Justicia desde el punto de vista político- jurídico, contribuyó con sus sentencias, a señalar el ordenamiento constitucional y legal, así como los límites a los cuales ha debido someterse la Asamblea Nacional Constituyente, para llevar a cabo el proceso de elaboración del proyecto de reforma constitucional.

II. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ANTE LOS ACTOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

El día 25 de julio de 1999, se realizó la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, ésta se instaló el día 3 de agosto de 1999 y dictó el "Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente", el día 8 de agosto de 1999, que fue publicado en la Gaceta Oficial de 14 de septiembre de 1999. El artículo 1 del Estatuto señala:

> "**Naturaleza y Misión**. La Asamblea Nacional Constituyente es la depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía con las atribuciones de poder originario para reorganizar el Estado Venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático. La Asamblea, en uso de las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público.
>
> Su objetivo será transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que garantice la existencia efectiva de la democracia social y participativa.
>
> **Parágrafo Primero**: 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 que emita dicha Asamblea.
>
> **Parágrafo Segundo**: La Constitución de 1961 y el resto del ordenamiento jurídico imperante, mantendrán su vigencia en todo aquello que no colida o sea contradictorio con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente".

Este artículo constituye la más relevante expresión de que el día 8 de agosto de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente desconoció y derogó ***de facto***, la Constitución de 23 de enero de 1961 y la ley constitucional de 25 de abril de 1999, que consagra las Bases Comiciales, pues todavía no había sido elaborado el proyecto de reforma constitucional y menos aún aprobado el nuevo texto constitucional, por el Poder Constituyente. Este Estatuto constituye el inicio de una etapa de inseguridad, contradicciones e improvisación en el proceso de revisión constitucional.

Además, el órgano de revisión encargado de elaborar el proyecto de reforma constitucional, la Asamblea Nacional Constituyente, actuando en absoluto desprecio hacia las Bases Comiciales, usurpó la soberanía popular que reside en el Poder Constituyente[5], ignoró las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, que les habían negado el "carácter originario" e inaugurando un Régimen de gobierno de Asamblea, subordinó a ella, todos los órganos ordinarios del Poder Público.

El parágrafo segundo, se coloca en la más rancia tradición de los Decretos que han inaugurado gobiernos de facto, durante el siglo XX en Venezuela. En tal sentido se puede mencionar:

El Golpe de Estado, de 18 de octubre de 1945, permitió que la Junta Revolucionaria de Gobierno de los Estados Unidos de Venezuela, dictara el Decreto Nº 1, el 20 de octubre de 1945, cuyo artículo 1, expresaba que "*se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico nacional en tanto no resulte derogado directa o indirectamente por los Decretos que sancione ...*" el Gobierno.

En el segundo Golpe de Estado, de 24 de noviembre de 1948, la Junta Militar de Gobierno suscribió el Acta de Constitución del Gobierno Provisorio, en el cual se estableció que, en las cuestiones de orden constitucional se aplicarían la Constitución Nacional promulgada el 20 de julio de 1936, reformada el 5 de mayo de 1945, así como las disposiciones progresistas de la Constitución de 5 de julio de 1947 y *se garantizaba la vigencia del ordenamiento legal de la República, en tanto y en cuanto, no contraríe a la citada Acta y los fines que originaron el Gobierno Provisorio*.

---

5 Beaud, Oliver señala que el Poder Constituyente reside en el pueblo y es indelegable, intransferible y ejercitable de manera directa, sin intermediarios. *La Puissance de L´Etat*, P.U.F., París, 1994; en igual sentido considera Mejía Betancourt que "... el Poder Constituyente es inalienable, lo que se traduce en la prohibición de transferirlo, pues de lo contrario se configuraría la usurpación de la soberanía del pueblo por la Asamblea Nacional Constituyente". Mejía Betancourt, José Amando, "El Ejercicio Directo del Poder Constituyente. Notas de Derecho Comparado. Francia y Venezuela," Texto de la ponencia presentada en el VI Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, El Proceso Constitucional: Aspectos Jurídicos y Políticos, Inédito, 1999.

El 23 de enero de 1958, se dictó el Acta Constitutiva de la Junta Militar de Gobierno de la República de Venezuela, en cuyo artículo 3 *se estableció la plena vigencia del ordenamiento jurídico nacional, en cuanto no colida con el Acta Constitutiva y con los fines del nuevo Gobierno, de enrumbar al país hacia un Estado Democrático de Derecho.*

En esta tendencia, el día 8 de agosto de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente, dicta su Estatuto de Funcionamiento, cuyo artículo 1, parágrafo segundo, proclama un gobierno de facto.

Luego, la Asamblea Nacional Constituyente en una manifiesta y evidente usurpación de funciones de los otros órganos del Poder Público y en extralimitación en sus atribuciones, dictó los siguientes actos:

1. Decreto de Ratificación del Presidente Constitucional de la República de Venezuela, publicado el día 10 de agosto de 1999.

2. Decreto de Reorganización de todos los órganos del Poder Público, publicado el día 13 de agosto de 1999.

3. Decreto de Regulación de las funciones del Poder Legislativo, publicado el día 25 de agosto de 1999.

4. Decreto de Reorganización del Poder Judicial, publicado el día 25 de agosto de 1999, reimpreso por error material el 8 de septiembre de 1999.

5. Decreto de Reforma parcial de la regulación de funciones del Poder Legislativo, publicado el día 31 de agosto de 1999.

6. Decreto de Suspensión de la convocatoria de los comicios para elegir Alcaldes Concejales y miembros de las Juntas Parroquiales, publicado el 31 de agosto de 1999.

También se dictó la Declaración de "que el proceso constituyente del pueblo de Venezuela tiene su fundamento en el principio legitimador de la democracia y atiende a los supuestos políticos y jurídicos en que descansa el Estado constitucional contemporáneamente comprendidos", publicado el 14 de septiembre de 1999.

Luego, la Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente y la Comisión de Emergencia Judicial, dictaron el Decreto mediante el cual se adoptan las medidas necesarias para la reor-

ganización del Poder Judicial y del Sistema Penitenciario, publicado el 11 de octubre de 1999.

Tanto los Decretos como la Declaración fueron dictados en usurpación de funciones de los otros órganos del Poder Público y en extralimitación de atribuciones, razón por la cual son írritos al no tener fundamento en el Bloque de la Constitucionalidad Constitución de 1961 y ley constitucional de 1999. En consecuencia, siendo absolutamente nulos tales Decretos resulta innecesario e improcedente comentarlos.

1. *La posición de la Corte Suprema de Justicia ante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial*

La Corte Suprema de Justicia en Pleno, mediante Acuerdo de 23 de agosto de 1999, expresó su "posición ante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente", manifestando al respecto:

> "1.- La dinámica de las transformaciones histórico-políticas ha llevado a un proceso de formación de una Asamblea Nacional Constituyente, cuyos objetivos fueron establecidos inicialmente en las Bases que el Presidente de la República presentara al Consejo Nacional Electoral y que, en definitiva, fueron aprobadas por el referendo del día 25 de abril del presente año.
>
> Esta Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Político Administrativa hizo varios pronunciamientos reiterados sobre la naturaleza de la Asamblea Nacional Constituyente y sobre las facultades que la misma posee; conceptos éstos en los cuales se mantiene firme en su convicción de que dicha Asamblea no nació de un Gobierno ***de facto***, sino que surgió en un sistema ***de iure*** mediante un procedimiento al cual ella misma ha dado su respaldo.
>
> 2.- La Situación del Poder Judicial y los vicios que lo afectan han sido una constante del debate político nacional en el cual la Corte Suprema de Justicia ha estado presente, estableciendo los lineamientos básicos de las vías a través de las cuales debe producirse el saneamiento de esta rama del Poder Público, tal como lo revela el cuerpo de normas aprobado por este Supremo Tribunal en diciembre de 1996.

3.- El Decreto de Reorganización del Poder Judicial, con las particularidades que el mismo en definitiva establezca y, asimismo, independientemente de los vicios que puedan afectarlo, contempla un compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de proceder de inmediato a través de una Comisión de Emergencia Judicial a la revisión de los expedientes de los jueces y a su evaluación.

Este Corte Suprema de Justicia estima que la ejecución del proceso de reorganización judicial, debe respetar los principios fundamentales que nuestro país ha sostenido, no sólo en sus textos normativos, sino también a través de los acuerdos internacionales que son parte del ordenamiento jurídico. Tales principios son entre otros, los de la tutela del derecho a la defensa, el de la racionalidad y proporcionalidad de las decisiones que se dicten, y el de la independencia y autonomía.

4.- Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, aun cuando afirman que su autoridad es suprema; no temen sin embargo las evaluaciones que se realicen sobre sus actuaciones, sobre la conducta de sus integrantes y ponen a disposición la documentación demostrativa de sus planes en curso para la modernización, eficacia y pulcritud del Poder Judicial.

5.- La Corte Suprema de Justicia reafirma como testimonio ante la historia su sumisión al Estado de Derecho y a la colaboración entre los poderes públicos. En base a ello, ofrece su contribución para el objetivo fundamental perseguido por el Decreto de Emergencia Judicial.

Como ejemplo de su disposición en el sentido antes expresado, autoriza al Magistrado Alirio Abreu Burelli para que integre la Comisión de Emergencia Judicial, liberándolo temporalmente del ejercicio de sus funciones mediante el permiso solicitado por el mismo en forma prevista en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia".

Este Acuerdo cuenta con cinco votos salvados, entre los cuales, vale la pena destacar lo expuesto por la entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien sostuvo que:

- La Corte reniega de sus propias sentencias y "*ha mostrado su fragilidad y debilidad ante el Poder Político y, deberá su precaria* permanencia *al Presidente de la República, que magnánimamente no ha ordenado su disolución*".

- La Corte está permitiendo que un acto de la Asamblea Nacional Constituyente, carente de todo sustento jurídico enerve las facultades del pueblo soberano, pues la Asamblea fue autorizada para redactar una nueva Constitución y no para intervenir o sustituir los poderes constituidos.

- La Corte convierte a la Asamblea en un "superpoder", que concentra todas las potestades públicas y "así lo ha pretendido y desde luego, logrado, con el respaldo del Acuerdo".

- La Corte mediante un artilugio jurídico, se ha sometido a los designios de la Asamblea, aceptando a través de una falsa colaboración, que ésta pueda sustituir a la Corte Suprema de Justicia y a los demás órganos del Poder Judicial.

- El Acuerdo redactado por la Magistrado Rondón de Sansó, supone que la Corte Suprema de Justicia deponga esta condición de Máximo Tribunal, para aplaudir la llegada de la Comisión de Emergencia Judicial.

- La Asamblea se arrogó atribuciones del Poder Constituido y con la aquiescencia de la Corte ha violado la Constitución, desconociendo abierta y flagrantemente sus postulados. Así afirma, que "sin una Constitución, simplemente no hay Democracia".

- La Corte al declarar a través del Acuerdo, su sumisión al Estado de Derecho, lo que hizo fue declarar su sumisión a la Asamblea Nacional Constituyente.

- Concluye que "el miedo a desaparecer como Magistrados y el ansia de colaborar con una mayoría que se ha arrogado todos los poderes fue más grande que la dignidad y la defensa de los valores fundamentales que el Derecho y la Democracia imponen... al acatar el Decreto de la Asamblea, la Corte Suprema de Justicia se **autodisuelve"**.

Este Acuerdo produjo que el día 24 de agosto de 1999, la Presidenta de la Corte Suprema de Justicia renunciara a éste cargo y al de Magistrado del Máximo Tribunal.

2. *La posición de la Corte Suprema de Justicia ante el Decreto de de Regulación de funciones del Poder Legislativo*

La renuncia de la Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, generó varias reacciones, constituyendo quizás la más importante, la convocatoria efectuada por la Comisión Delegada, a sesiones extraordinarias del Congreso, el día 25 de agosto de 1999.

El día 27 de agosto de 1999, los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, las fuerzas de seguridad pública y un grupo de personas adeptas al gobierno, impidieron el ingreso de los Congresistas al Capitolio Nacional para celebrar la sesión extraordinaria.

Ese mismo día, el Presidente de la República, dirigió una alocución al país acompañado del Presidente del Senado, del Presidente de la Cámara de Diputados y del Presidente de la Corte Suprema de Justicia con la finalidad de exponer su posición ante los hechos que se sucedían en el Capitolio Nacional.

El día 30 de agosto de 1999, el Presidente de la Cámara de Diputados interpuso recurso de inconstitucionalidad con pretensión cautelar de amparo contra el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente, mediante el cual se regulan las funciones del Poder Legislativo de 25 de agosto de 1999.

En razón de que el Decreto fue modificado parcialmente el 31 de agosto de 1999, el recurrente reformó el recurso de inconstitucionalidad el día 16 de septiembre de 1999 y desistió de la pretensión caute lar de amparo constitucional.

La Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 14 de octubre de 1999, con ponencia del nuevo Presidente, resolvió el recurso de inconstitucionalidad con fundamento en las siguientes consideraciones:

> "La Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999, tiene definido su régimen fundamental en las preguntas y Bases Comiciales consultadas en el Referéndum del 25 de abril de 1999. Estas Bases, **por haber sido aprobadas en ejercicio de la soberanía popular son de similar rango y naturaleza que la Constitución.** Por consiguiente, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, ejercer el control jurisdiccional".

La Corte para afirmar su competencia comienza por reconocer que las Bases aprobadas por la soberanía popular tienen rango y naturaleza constitucional, es decir, las Bases Comiciales constituyen una ley constitucional. Esta primera afirmación es la única coherente e incontestable que realiza la sentencia.

Seguidamente procede la Corte a realizar una serie de citas de la doctrina científica, que están total y absolutamente descontextualizadas, inconexas u obsoletas -Ross, Sieyès, Carré de Malberg y Delgado Ocando-, respecto al caso concreto, para proseguir con la motivación del fallo, efectuando entre otras, la siguiente afirmación:

> "Como puede apreciarse, la pregunta N° 1 del Referendo Consultivo Nacional, aprobado el 15 de abril de 1999, y la Base Comicial Octava del mismo Referendo, consagra la supraconstitucionalidad de sus prescripciones, ya que en ningún momento remite a la Constitución de 1961, … es claro que la Asamblea Nacional Constituyente, no es un poder derivado, pues su función de sancionar una nueva Constitución implica el ejercicio del Poder Constituyente, el cual no puede estar sujeto a los límites del orden jurídico establecido, incluyendo la Constitución vigente".

Este párrafo constituye un doble sofisma, en primer lugar señala que las Bases Comiciales aprobadas por el pueblo mediante referendo, están por encima de la Constitución, cuando lo cierto es que tienen rango similar a ésta (ley constitucional), tal como lo había reconocido la Sala Político Administrativa en fallos precedentes y lo hizo la misma sentencia de 14 de octubre de 1999; y en segundo lugar, porque considera que la Asamblea Nacional Constituyente puede usurpar el Poder Constituyente, que única y exclusivamente reside en el pueblo.

Además, este párrafo pone en evidencia una incongruencia manifiesta en la motivación de la sentencia, pues luego de señalar que las Bases Comiciales tienen rango constitucional, expresa que éstas se encuentran por encima de las normas constitucionales.

Posteriormente, vuelve a reiterar este último criterio al señalar:

> "El cambio constitucional dirigido a la supresión de la Constitución vigente, es un proceso que, como tal, no se limita a la sanción de la nueva Constitución, sino al interregno,

> durante el cual, la Asamblea Nacional Constituyente actúa dentro del contexto jurídico donde rige transitoriamente, la Constitución anterior. ... Sí el cambio constitucional es un proceso, que se inicia con dicho Referendo (sic), y si este proceso implica forzosamente la coexistencia de poderes (del Poder Constituido y la Asamblea Nacional Constituyente), **los Estatutos de Funcionamiento de ésta, basados, como se ha dicho, en normas presupuestas o supra constitucionales**, deben definir el modo de esta coexistencia, siendo la Constitución de 1961, el límite del Poder Constituido, pero no el criterio de solución de las controversias que puedan ocurrir entre ambos poderes".

La Corte, luego de expresar que el proceso constitucional se inició con el referendo, considera que la Asamblea Nacional Constituyente puede emanar actos distintos a la redacción del proyecto de reforma de la Constitución mientras elabora ésta. Esta afirmación resulta total y absolutamente contraria a las Bases Comiciales.

Ello supone admitir que la Asamblea Nacional Constituyente puede realizar actos de gobierno o de administración, actos legislativos o de control de gestión e incluso, actos jurisdiccionales y hacerlos ejecutar, es decir, la Corte Suprema de Justicia considera que mientras se dicta la nueva Constitución, la Asamblea puede establecer normas y ejecutar actuaciones, que sustituyan a los órganos del Poder Público.

Además, reafirma, que el "Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente", de 8 de agosto de 1999, fue dictado con fundamento a normas "supraconstitucionales", razón por la que considera, que la Constitución de 1961 no puede servir de marco de referencia para dirimir los conflictos entre los órganos ordinarios (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y el órgano extraordinario (Asamblea Nacional Constituyente) del Poder Público. Ello lleva a la Corte a resolver:

> "En razón de lo expuesto debe concluirse, que el recurso de nulidad es improcedente, pues el fundamento del acto impugnado no puede ser la Constitución vigente, desde que la soberanía popular se convierte, a través de la Asamblea Nacional Constituyente, en supremacía de la Constitución, por razón del carácter representativo del Po-

der Constituyente, es decir, como mecanismo jurídico de producción originaria del nuevo régimen constitucional de la República. Así se decide."

La Corte al abordar el asunto planteado, desarrolla una línea de argumentación impregnada de pragmatismo y superficialidad, cuando quizás ha debido analizar, aunque sólo fuese en el plano de una posible hipótesis, lo siguiente: Si el pueblo en ejercicio de su soberanía rechaza el proyecto de reforma constitucional, que le será sometido a su aprobación, a través del referendo constituyente, ¿qué sucederá con esos actos dictados en usurpación de funciones y extralimitación de atribuciones, por la Asamblea Nacional Constituyente?.

A la decisión de la mayoría se le formularon cinco votos salvados, manifestando algunos, una inquietud común:

A los disidentes -tres de ellos-, les preocupa que la mayoría no haya considerado el Acuerdo suscrito el día 9 de septiembre de 1999, con mediación de la Conferencia Episcopal Venezolana, entre el Congreso de la República y la Asamblea Nacional Constituyente, para lograr una coexistencia pacífica entre ambos.

Esta preocupación es doblemente absurda, porque, en primer lugar, cualquier acto de los órganos del Poder Público, que viole la Constitución o el Bloque de la Constitucionalidad es nulo y no puede argüirse que un Acuerdo entre los involucrados, quienes transgreden el ordenamiento constitucional, puede dejar sin efecto la violación constitucional.

Independientemente de que la Corte analizase el Acuerdo, si el Decreto impugnado era contrario al Bloque de la Constitucionalidad (Constitución y ley constitucional) había que declarar dicha violación.

En segundo lugar, porque conforme al principio del paralelismo de las competencias, los actos jurídicos sólo pueden ser reformados o extinguidos por los mismos órganos que los dictaron y en virtud del principio del paralelismo de las formas, los actos jurídicos sólo pueden ser modificados o derogados por otros de similar naturaleza y los medios de exteriorización de esta manifestación de voluntad, deben ser iguales a los utilizados para la comunicación del acto jurídico original.

Dicho esto, debe señalarse que, para modificar o derogar los inconstitucionales Decretos de la Asamblea Nacional Constituyente, es necesaria la emanación de nuevos Decretos de la propia Asamblea, que deben ser publicados en la Gaceta Oficial y no un Acuerdo celebrado con otro órgano del Poder Público, carente de toda publicidad oficial. Sólo de esta manera, se podría impedir un pronunciamiento respecto a su constitucionalidad por parte del Máximo órgano jurisdiccional.

III. LA USURPACIÓN DE FUNCIONES DEL PODER JUDICIAL POR EL PODER EJECUTIVO

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de octubre de 1999, antes de declarar la clausura voluntaria de sus puertas, señaló que la Constitución de 1961, establece los límites del Poder Constituido, no obstante, habiendo desaparecido el órgano jurisdiccional de control por autodisolución, la rama Ejecutiva del Poder Público ha asumido la función jurisdiccional de administrar justicia.

En efecto, el Ministro del Trabajo, mediante resolución (sentencia) Nº 0351, de 3 de septiembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial 36.810, de 19 de octubre de 1999, textualmente ha dispuesto:

> "En atención a las anteriores consideraciones este Despacho, a los efectos de proteger el patrimonio moral y económico de los bienes de los trabajadores del campo y, **administrando justicia en nombre y representación del soberano pueblo venezolano** acogiéndose al mandato democrático expresado el 25 de julio de 1999, procede a decidir en los siguientes términos".

Hay que comenzar por señalar que el Ministro del Trabajo, no menciona las normas que le atribuyen competencia, sino que, comienza por usurpar funciones del Poder Judicial e invoca como fundamento de su resolución el **nombre y representación del soberano pueblo venezolano**, en virtud del mandato democrático expresado el 25 de julio de 1999.

Seguidamente, procede a disponer la realización de elecciones y a designar una Comisión Electoral para la elección de los integrantes de la Federación Campesina de Venezuela.

> "PRIMERA: A los efectos de la participación directa y democrática de todos los trabajadores del campo en la elección de la directiva de sus dirigentes gremiales, acuerda realizar las elecciones en un plazo de (60) días, para lo cual se designa una Comisión Electoral, integrada por organismos públicos, más representativos de la vida nacional, a los efectos de dirigir, coordinar y realizar estas elecciones
>
> ... La Comisión Electoral designada ejercerá la tutela, guarda y vigilancia sobre todos los bienes de la Federación Campesina de Venezuela, hasta la toma de posesión de la nueva Junta Directiva".

Igualmente dispone, que todas las instituciones bancarias, financieras y de crédito deben suspender todas las transacciones y cuentas relacionadas con la Federación Campesina de Venezuela, estableciéndose una prohibición de realizar cualquier clase de operaciones de disposición.

> "SEGUNDA: A los efectos de garantizar el patrimonio correspondiente a los organismos gremiales de los campesinos venezolanos, se ordena a todas las instituciones bancarias, financieras y de crédito, suspender todas las operaciones y cuentas cuyo titular sea la Federación Campesina de Venezuela, prohibiéndose cualquier operación de disposición de sus bienes y derechos, notificándose de esta decisión a las instituciones correspondientes, a la Superintendencia Nacional de Bancos y al Consejo Bancario Nacional".

El Ministro declara la nulidad de todos los actos jurídicos realizados contra la Federación Campesina de Venezuela, lo que supone una declaración de nulidad genérica e indeterminada, que produce inseguridad jurídica, pues no se sabe el número de actos que son nulos, ni quién califica cuáles fueron los actos realizados "en perjuicio" del patrimonio de la Federación Campesina de Venezuela. Adicionalmente establece una prohibición de enajenar, ordenando notificar a los funcionarios competentes que se abstengan de dar curso a cualquier acto de disposición. Al respecto señala:

> "TERCERA: Se declara la nulidad de todos los actos jurídicos realizados en perjuicio del patrimonio de la Federación Campesina de Venezuela, por cualquier miembro de las juntas directivas que preceden esta decisión, notificándose a

los Registradores Mercantiles y Civiles, Notarios y Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, para que se abstengan de darle curso a cualquier acto de disposición".

Se adopta en la resolución, la revocatoria del nombramiento de los representantes de la Federación Campesina de Venezuela y se suspende el pago de sus sueldos y demás emolumentos.

"CUARTA: Ante la dudosa designación de los representantes de la Federación Campesina de Venezuela de los directores, juntas directivas o administradoras o consejo de administración de los institutos autónomos y organismos de desarrollo económico o social del sector público y de las empresas en que el Estado u otra persona de Derecho Público, se procede a revocar su nombramiento ordenándose la suspensión del pago de sueldos, honorarios o dietas a dichos funcionarios, hasta tanto sean electos por votación directa y secreta por los miembros de la Federación Campesina de Venezuela".

Además, dispone exhortar al Fiscal General de la República para que inicie los procedimientos penales pertinentes.

"QUINTA: A los efectos de castigar a los responsables de hechos ilícitos, faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones en la dirección y administración de la Federación Campesina de Venezuela, se exhorta al Fiscal General de la República para que inicie los procedimientos penales a que hubiere lugar".

Finalmente, desconoce al Poder Judicial, en los distintos órdenes jurisdiccionales y somete su resolución a la Asamblea Nacional Constituyente.

"A los efectos de los recursos jurisdiccionales o contencioso administrativos que se puedan ejercer contra esta decisión, ante el cuestionamiento que se ha vertido sobre el Poder Judicial, necesariamente es de obligatorio mandato el consenso del soberano, pueblo de Venezuela, esta decisión tiene que ser sometida a la consulta de la magna Asamblea Nacional Constituyente".

Como se puede observar, ante la negativa de la Corte Suprema de Justicia de ejercer sus funciones, el Ministro del Traba-

jo ha usurpado funciones del Poder Judicial mediante la emanación de una resolución administrativa, a través de la cual pretende administrar justicia en nombre del pueblo, desconocer el orden jurisdiccional civil y administrativo, sólo reconoce el orden jurisdiccional penal, que aparentemente no se encuentra "tan cuestionado" y somete su resolución, a consulta de la Asamblea Nacional Constituyente.

Ello nos lleva a efectuar las siguientes...

CONSIDERACIONES FINALES

Tal como se ha podido observar, la Corte ha acogido -primero mediante un Acuerdo, es decir, fijando una posición institucional ante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial y luego mediante una sentencia, en ejercicio de la función jurisdiccional contra el Decreto de Regulación del Poder Judicial-, la doctrina de la "deferencia judicial"[66], ante los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, en virtud de la cual, la Corte se auto restringe, frena su potestad de revisión jurisdiccional frente a la interpretación y ejecución de los poderes que efectivamente le fueron atribuidos por el pueblo y los que se auto atribuye la Asamblea Nacional Constituyente, al considerarse ilegítimamente soberana, originaria e ilimitada.

El carácter normativo, inmediato, directo, de las Bases Comiciales aprobadas por el pueblo, mediante referendo el día 25 de abril de 1999, le dan rango de ley constitucional a éstas, pasando a integrar las mismas, el Bloque de la Constitucionalidad, en el ordenamiento jurídico venezolano.

Dicho esto, debe señalarse que aun cuando se admitiese, que las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente podrían estar excluidas del control de la constitucionalidad, al que están sometidos los órganos ordinarios del Poder Público respecto a

---

6 Durante el siglo XIX, aparece la doctrina de la deferencia, a comienzos del siglo XX, el líder de la tolerancia judicial, *self-restraint* o deferencia judicial, en la Suprema Corte fue el *justice*, Oliver Wendell Holmes; esta doctrina ha reaparecido a finales del siglo XX, gracias al *justice* Rehnquist. Schwartz, Bernard, *Los diez mejores jueces en la Historia Norteamericana*, Civitas, Madrid, 1980, p. 55-61; García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración,* Civitas, 3ª ed., 1997, pp. 182-194

los límites establecidos en el texto constitucional de 1961, éstas actuaciones no podían escapar al control jurisdiccional de la constitucionalidad establecida en los principios del Estado de Derecho, en la preservación de los derechos y garantías constitucionales y de la ley constitucional que contiene las propias Bases Comiciales de 25 de abril de 1999, que le dieron origen a la Asamblea Nacional Constituyente, a la cual está vinculada y ha debido someterse. Estos límites son:

a) los valores y principios de nuestra historia republicana,

b) el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República,

c) el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre,

d) las garantías democráticas.

Por ello, es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

1. El control jurisdiccional de la constitucionalidad -en el entendido que las Bases, al estar contenidas en una ley constitucional, integran el Bloque de la Constitucionalidad-, de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, era y es posible.

2. Este control es posible en la medida, de que las Bases aprobadas por el Poder Constituyente -el pueblo-, son normas jurídicas de valor y eficacia plena, respecto a la Asamblea Nacional 3. Constituyente, similar al resto de las normas constitucionales que regulan y vinculan los actos de los órganos ordinarios del Poder Público, establecidos en la Constitución.

3. La Asamblea Nacional Constituyente está sujeta a un doble control, uno jurídico-constitucional, en virtud del cual como órgano extraordinario del Poder Público, debe actuar dentro del Bloque de la Constitucionalidad y en caso de no hacerlo, la Corte Suprema de Justicia debe reaccionar como guardián de la supremacía constitucional y restablecer su vigencia, pues sin control de la constitucionalidad, no cabe hablar de Constitu-

ción[7]; el otro político, pues, estando el proyecto de reforma constitucional excluido del veto de los órganos ordinarios del Poder Público, éste solo se encuentra sujeto al control político del pueblo, que ejerciendo el Poder Constituyente, aprueba o rechaza la propuesta de reforma constitucional, a través del referendo constituyente.

4. Las Bases constituyen el fundamento expreso de las competencias y límites atribuidos por el Poder Constituyente a la Asamblea Nacional Constituyente, de allí que el control jurisdiccional de ésta procede en todos aquellos casos en que la Asamblea Nacional Constituyente, haya excedido las competencias y límites expresamente otorgados.

5. Las Bases no constituyen una especie de "cheque en blanco", para que la Asamblea Nacional Constituyente lo llene, coloque lo que considere necesario, pues ello no sólo es contrario a la interpretación efectuada por la Corte en sus fallos de 19 de enero de 1999, 18 de marzo de 1999, 3 de junio de 1999, 17 de julio de 1999 y 21 de julio de 1999, sino al ordenamiento constitucional propuesto por el Presidente de la República, reformado por el Consejo Nacional Electoral y por la Corte Suprema de Justicia y aprobado por el Poder Constituyente, a través del referendo.

6. La renuncia al control jurisdiccional de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente -distintos al de elaboración de un proyecto de Constitución-, con la finalidad de verificar su sujeción o no a las Bases, convierte a este órgano en poder ilimitado, absoluto que incluso puede confiscar la soberanía popular, y que no tiene más límites que aquel, que la Asamblea misma decida imponerse.

7. Dicho esto, debe señalarse que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de octubre de 1999, no sólo constituye una lamentable resurrección de los actos excluidos del control

---

7 Castillo Vegas, Jesús Luis, " El Poder Constituyente y sus Condiciones de Legitimación en la Sociedad Actual," *Revista Tachirense de Derecho* Nº 10, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1998, p. 28.

jurisdiccional[8], sino que además supone un desconocimiento del Estado de Derecho, una negación de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, defensa, debido proceso, participación política y una regresión del sistema político democrático, al habilitar a un órgano determinado, la Asamblea Nacional Constituyente, para las funciones del poder legislativo y judicial, sin control posterior alguno.

8. En un Estado Democrático de Derecho no pueden existir legítimamente unos órganos cuyo poder sea incuestionable, cuyos actos no puedan ser revisados o sean indiscutidos, pues ello repugna al pensamiento jurídico democrático. El establecimiento del principio de Separación de las Ramas del Poder Público, ha perseguido desde su instauración la supresión de la concentración del poder en un sólo órgano, para prevenir el atentado a las libertades públicas, tratando de impedir que aquel que detenta el poder abuse de él y que en caso de que abuse, exista un freno que reconduzca ese poder a sus justos límites.

9. El criterio sentado por la sentencia al auto restringirse y excluir de control los actos adoptados por la Asamblea Nacional Constituyente, materializa una declaración de cierre de las puertas del Máximo Tribunal, para garantizar la supremacía del Bloque de la Constitucionalidad, la vigencia del Estado de Derecho y la protección de los derechos constitucionales.

10. Ello así, la "deferencia judicial" que ha asumido la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 14 de octubre de 1999, respecto a los actos dictados en usurpación de soberanía por la Asamblea Constituyente, supone una conspiración política de ambos órganos -Corte y Asamblea- para sustituir la soberanía popular y una extralimitación en el mandato concedido a esta última, para redactar un proyecto de nueva Constitución, que debe ser aprobado por el auténtico y único Poder Constituyente, el pueblo a través del referendo constituyente.

11. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia mediante el Acuerdo y la sentencia, han violado su juramento de cum-

---

8 García de Enterría, Eduardo, *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*, Civitas, 1983; *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, 3ª ed., Madrid, 1997.

plir y velar porque se cumpla la Constitución (Bloque de la Constitucionalidad), contribuyendo a que ésta pierda vigencia o pueda ser derogada por otros medios distintos a aquellos que ella dispone, así como a los previstos por la ley constitucional de 25 de abril de 1999, contentiva de las Bases Comiciales y en consecuencia, tantos los Magistrados que suscribieron favorablemente el Acuerdo de 23 de agosto de 1999, como los Magistrados que avalaron afirmativamente con su firma la sentencia de 14 de octubre de 1999, deben ser juzgados conforme a lo dispuesto en el artículo 250 *in fine*, de la Constitución de 23 de enero de 1961.

12. La usurpación de funciones jurisdiccionales efectuada por el Poder Ejecutivo, constituye la más clara manifestación de la reducción del Poder Público a dos órganos, el Ejecutivo y el Constituyente, pues el Legislativo y el Judicial, fueron suprimidos por los inconstitucionales Decretos de la Asamblea Nacional Constituyente, con el apoyo de la Corte Suprema de Justicia.

13. No ha hecho falta un cruento Golpe de Estado, para que desaparecieran los órganos ordinarios del Poder Público que garantizan el Estado de Derecho, sólo ha bastado una actitud sumisa, servil y de deshonestidad intelectual de algunos de los Magistrados del Máximo Tribunal, para que se rompiese el equilibrio de poder, que debe existir en un sistema democrático.

14. Tal situación, nos lleva a concluir, que en Venezuela actualmente, no existe Constitución, ni Estado de Derecho y menos aún democracia, pues para que ellos existan, se requiere que "... los poderes legislativo, ejecutivo y judicial estén separados ...", tal como lo expresa la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, principio éste que se complementó trece años después, con el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, que proclama:

> "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución".

IV. CARLOS LUIS CARRILLO ARTÍLES

"Las singularidades del proceso constituyente en Venezuela. Análisis histórico jurídico"

Publicado en la *Revista de Derecho Constitucional* No. 2. Editorial Sherwood. Caracas 2000, pp. 183-214.

(2000)

Antecedentes históricos

Resulta una constante común en casi todas las sociedades organizadas del planeta que cíclicamente sus estructuras políticas imperantes sufran mutaciones cada 40 o 50 años. Tal realidad es perfectamente evidenciable en la historia republicana de Venezuela, en donde no solo se da esa particularidad traslativa, sino que además paradójicamente siempre se acude al uso reiterado del vocablo o voz "revolución" para gestar esos cambios. Al volver los ojos a nuestro pasado, fácilmente podríamos identificar la sucesión de grandes etapas de traslación política, teniendo como génesis o punto de partida, al sistema político instrumentado alrededor de 1830, como secuela del movimiento separatista denominado "revolución" de "La Cociata" liderado por José Antonio Páez, por medio del cual, se fracturó la unidad de la Gran Colombia y surgió la ideología del Estado Nacional Autónomo Venezolano.

Tal realidad permaneció hasta mediados del siglo XIX, cuando se generó un rompimiento a tal formulación política con la sangrienta guerra civil entre liberales y conservadores, emergiendo la "revolución amarilla" que trajo como resultado el triunfo de los reformistas, quienes con las ideas afrancesadas del

Estado Federal lideradas por Antonio Leocadio Guzmán[1] y posteriormente por su hijo Antonio Guzmán Blanco, implantaron una nueva forma de gobernar, la cual perduraría hasta casi finales de siglo, cuando se conformó nuevamente una "revolución política ahora por los andinos", esta vez motorizada por un grupo de caudillos andinos, encabezados por Cipriano Castro y su compadre Juan Vicente Gómez, quienes tomaron el poder al morir Joaquín Crespo, sin embargo, fue Gómez quien verdaderamente se estableció en los albores del siglo XX, configurando una especie de Venezuela Hacendística, manejando al país como un verdadero gran fundo.

Este régimen permaneció incólume mientras existió la presencia física del hombre fuerte, sin embargo, al desaparecer éste en el año de 1936, el país fue conducido en una transición por un gran estadista López Herrera, no obstante, se produjeron una serie de traspiés y reveses, hasta que se instauró una nueva "revolución" en octubre de 1945 que pretendía la implantación de un sistema democrático incipiente de partidos políticos de índole centralizada, en el año de 1947, con un subsecuente accidente histórico de diez años de dictadura, para que finalmente a partir de 1960, brillara con todo su esplendor dicho sistema.

Este sistema de Democracia Centralizada de Partidos Políticos pasó por diversos mecanismos de concentración y control del poder político, desde la existencia de un "pacto bipartidista o bipolar", pasando luego por el control de minúsculos grupos denominados "cogollos" y culminando en la individualización del poder en unos llamados "caudillos" quienes con presuntos poderes mesiánicos vendrían a salvar al país de la crisis en la cual se encontraba imbuido. Sin embargo, siempre fue una constante el hecho que la clase dirigente obvió los anhelos y expectativas cotidianas de la población, manejando con inmenso desacierto las arcas públicas, dando la espalda a lógicas demandas de descentralización del poder para hacerlo más accesible al individuo elector.

En contraste, esos partidos políticos se dedicaron a penetrar vorazmente en todas las formas de organización social, política, eco-

---

[1] Curiosamente este personaje expresamente reseño que "enarboló las banderas del Federalismo por el simple hecho que estaba instaurado en Venezuela un sistema centralista,

nómica y gubernamental venezolana, descuidando de manera intencional el aspecto social, situaciones que fueron minando dicho sistema político, generando una latencia explosiva en los ánimos de la población, lo que produjo un descontento creciente, por la imposibilidad de acceso a los canales debidos de participación política, la solución de problemas y la resistencia a descentralizar la gobernabilidad de un Estado Venezolano muy Hipertrofiado pero estrictamente monopolizado en lo atinente en la toma de decisiones. Todo ello conllevó a una crisis histórica del sistema democrático centralizado de los Partidos Políticos, con convulsionadas manifestaciones y signos impactantes de envilecimiento, como fue el famoso "Caracazo" de 1989, y posteriormente dos intentonas golpistas, en fechas 04 de febrero de 1992, y 27 de noviembre del mismo año.

Ante tales inéditos acontecimientos, emergieron múltiples propuestas que exaltaban la inexorable imperatividad de la realización de una Constituyente como única vía o camino para modificar las desvirtuadas estructuras ideológicas existentes, y reformular las bases de una nueva organización jurídico político estatal, sin embargo, nuevamente la resistencia política de quienes para ese entonces controlaban el Congreso de la República, como órgano legislativo de índole federal, frustraron y desatendieron los deseos y anhelos de cambio.

No fue sino hasta el año de 1998, cuando se retomó el tema de la necesidad de cambio a través de la convocatoria de una Constituyente, en ese entonces, en pleno proceso electoral de la palestra política, lo cual fue el emblema principal de las promesa electoral, del para ese momento candidato presidencial Hugo Chávez Frías, actual Presidente de la República, quien catalizó ese descontento popular logrando obtener una de las votaciones electorales más significativas de este período democrático.

Como era lógico, de manera casi inmediata, al saberse los comicios electorales de las elecciones de 1998, con el resultado favorable para el candidato Hugo Chávez, se planteó una acrisolada discusión y dialéctica post eleccionaria, en torno a la manera o forma de como se llevaría a cabo la convocatoria a una Constituyente Nacional, ya que dicho mecanismo no estaba expresamente previsto en la Constitución de la República de Venezuela, vigente para ese momento.

La acrisolada discusión y dialéctica post eleccionaria, en torno a la forma de la convocatoria a una Constituyente Nacional

La manera o forma como se generaría la convocatoria o llamado a un Proceso Constituyente y sus alcances, fue objeto de una acrisolada discusión de los más diversos sectores representativos del país nacional, polémica surgida ante la propuesta del ya electo presidente Hugo Chávez, quien esgrimió como tesis central que se podría convocar a una Constituyente Nacional para que se redactase un nueva Constitución, por vía del ejercicio del poder soberano que descansa en el pueblo, por conducto de un referendo popular de amplia base, generando una ruptura bajo justificación "revolucionaria" con el régimen jurídico, político y socioeconómico preexistente, bajo el alegato que ya no se adecuaba a las expectativas o aspiraciones de la población, por lo cual aparentemente según su criterio, se había producido una perdida de legitimidad del texto Constitucional de 1961, desconociendo las fórmulas previstas y preestablecidas de modificación que contenía dicho texto fundamental.

Esta posición la denominaremos **Oficialista**, por ser la que fue defendida por el Presidente electo y su entrante sector oficial de Gobierno, sin embargo, frente a dicha posición se elevó en contradicción, la tesis **positivista restrictiva.**

La tesis restrictiva positivista.

La **Tesis Positivista Restrictiva**, exaltaba como eje central, la necesidad impretermitible del respeto del hilo constitucional, ya que el régimen constitucional vigente para ese entonces, sólo podría modificarse a través de las unívocas fórmulas previstas en la redacción de su propio texto, es decir, mediante el uso de la llamada Enmienda o de la Reforma Total o General de la Constitución; mecanismos establecidos en sus preceptos 245 y 246, concebidos como vehículos insoslayables para que los legisladores adapten dicho instrumento jurídico a las nuevas realidades o necesidades de la población, lo cual era un camino de tránsito necesario, ya que esa Carta Fundamental de 1961 presentaba cierta rigidez, al detentar una disposición sin precedentes en nuestra historia normativa constitucional venezolana, como lo era su precepto 250, referido a la "Inviolabilidad de la Constitución", especie de blindaje en contra cualquier acto o actuación contraria al contenido de la ley fundamental.

La fundamentación del implementado sistema de rigidez constitucional en la Constitución de la República de Venezuela de 1961

Como es bien sabido, todas las constituciones modernas, no sólo son un texto orgánico de las funciones y poderes del Estado, sino también son el continente del conjunto de valores éticos, históricos, sociales y políticos, que orientan la actividad de las instituciones que integran dicho ente, conforme al cual, debe desenvolverse la vida de un pueblo.

Por ser un texto programático, dicha Constitución puede adoptar para sus modificaciones posteriores, una fórmula más o menos rígida según el caso, la cual puede ir desde las llamadas Constituciones Pétreas o Inmutables hasta las denominadas Flexibles.

La idea de Rigidez aduce a la noción de permanencia, estabilidad o inmutabilidad del texto fundamental, los cuales se han considerado como un atributo propio de todas las normativas constitucionales. De tal manera que, si entendemos que las Constituciones son el cimiento y base para la organización estatal y del orden jurídico, éstas deben gozar de persistencia a través del tiempo. Claro está que frente a esta noción se edifica la concepción de la Flexibilidad Constitucional, por cuanto "una Constitución sin posibilidades de transformarse es una constitución sin posibilidades de existencia"[2]

En el caso de la Constitución Venezolana de 1961, la Comisión Redactora de dicho texto se planteó desde las discusiones iniciales, el problema de ungir al texto fundamental de una cierta rigidez, para evitar en lo posible, la facilidad de efectuar múltiples reformas que no conllevaren cambios substanciales en las instituciones, y pudiesen dar "la desfavorable impresión de mudanza permanente y de inestabilidad jurídica, en virtud que era preciso dedicar una solución que pudiera evitar la facilidad tradicional para hacer reformas, pero que al mismo tiempo sorteara el peligro de las acciones violentas que son corolarios casi obligados de las constituciones demasiado rígidas. Es sabido que la flexibilidad de una Constitución presupone para su justificación, un pueblo sostenedor de tradiciones y

---

2 Burke, *The Living Thoughts of Thomas Jefferson* presentado por Dewey. Londres, 1941, p. 129

por ello, no proclive a los continuos cambios, porque de otra manera la ley fundamental no sería sino un juguete de los grupos inquietos e irresponsables y es sabido también que una Constitución demasiado rígida no se justifica sino en aquellos países donde se quiere evitar la derrota de la garantía contra lo que se ha llamado tiranía de la mayoría."[3]

El sistema de Enmiendas y Reformas implementado en los artículos 245 y 246 de la Constitución de la República de Venezuela 1961

De esta manera, la Comisión Redactora de la Constitución de 1961, conservó en el precepto 245, el implementado sistema tradicional de Enmiendas Constitucionales, como un procedimiento que factibilizaría cambios no fundamentales en la redacción del texto fundamental; pero al mismo tiempo, insertó en el artículo 246 como novedad diferenciable, el sistema de Reforma, para aquellos cambios de la estructura constitucional, que realmente verificasen modificaciones trascendentes sobre el fondo mismo de la organización jurídica y política de la nación.

Así pues, la **Enmienda** sería tan solo una modificación de artículos que permitieran dejar incólume o conservar la arquitectura constitucional original, ya que no llega a tocar la integridad o lo fundamental del referido texto, por cuanto sencillamente sólo serían sencillas transformaciones que permitieran adaptar las previsiones constitucionales a las nuevas realidades que surjan como producto de los cambios incesantes que sufre la colectividad, manteniendo la vigencia del resto de la Carta Magna.

En contraposición, la **Reforma** sería un cambio en lo más profundo del contenido del diseño constitucional, alterándose el espíritu mismo del Constituyente, lo que acarrearía la derogación de la Constitución vigente, sustituyéndose por otra nueva.

Como resultado de lo expuesto, es fácil deducir que la principal distinción entre Enmienda y Reforma, no radicaba o descansaba en la cantidad, profusión o número de artículos modificados, sino en la calidad de circunstancial o de fundamental que esos cambios conllevasen. De igual manera se constata que existían otras diferencias procedimentales, referidas al alcance o extensión de los artículos

---

[3] Exposición de Motivos de la Constitución de la República de Venezuela

reformables, al poder de iniciativa, al derecho de ratificación, y a los niveles de mayoría calificada.

Por su parte, en el caso de **Enmienda**, sólo serían objeto de revisión los artículos preseñalados por el órgano que asuma la iniciativa; la cual podía provenir de la decisión tomada por un cuarto de los miembros de una de las Cámaras[4] o de un cuarto de las Asambleas Legislativas de los Estados, mediante Acuerdos considerados en números de dos discusiones y aprobados por la mayoría absoluta de sus miembros; es importante señalar que cualquiera de las cámaras podía ejercer la facultad de iniciativa para promover las aludidas Enmiendas.

Una vez tomada la iniciativa de la **Enmienda**, ésta podría presentarse ante cualquiera de las Cámaras, cuando partía de sus miembros, pero obligadamente la presentación habría de hacerse ante la Cámara del Senado, cuando la iniciativa proviniere de las Asambleas Legislativas. En estos casos, debía seguirse el curso normal para las leyes ordinarias. Una vez tramitada dicha Enmienda en el seno de las Cámaras, debería ser enviada a las Asambleas Legislativas, para su ratificación o rechazo, en sesiones ordinarias; de esta manera, las modificaciones efectuadas encontrarían su control acertado, a través del escrutinio que el Congreso debía hacer sobre los votos de las Asambleas Legislativas, en sus sesiones ordinarias del año siguiente.

A diferencia en la **Reforma,** serían susceptibles de revisión todos los artículos del texto constitucional. Para su iniciativa, se requería de un tercio de los miembros del Congreso o de la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas, siempre por acuerdos tomados en no menos de dos discusiones por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea. Tomada dicha iniciativa, por los miembros del Congreso o por las Asambleas Legislativas, debería

---

[4] En la Constitución de 1961 se estableció que el órgano legislativo federal era el Congreso, el cual detentaba una conformación interna de dos Cámaras, por una parte, la Cámara de Diputados cuya elección de sus integrantes era de acuerdo a base poblacional; y por otra parte, la Cámara del Senado, representativa en paridad de los Estados federados. Paradójicamente a que Venezuela es un Estado Federal, en la Constitución de 1999, se desecha la bicameralidad y se pasa a una organicidad de una única Cámara de Diputados de la Asamblea Nacional, la cual sustituye al Congreso Federal.

presentarse indefectiblemente ante el Presidente del Congreso y entonces las Cámaras en sesión conjunta, deberían convocar con tres días de anticipación por lo menos, para pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la Reforma propuesta.

Respecto a la fase de la ratificación, la **Reforma** era mucho más exigente que la Enmienda, por cuanto en la primera, para desechar el sistema constitucional existente, se requería la remisión de la ratificación al propio pueblo soberano, quien debía expresar a través de un referéndum, si aceptaba o no la reforma constitucional propuesta.

Tanto para las Enmiendas como para las Reformas, se estableció como requisito inexorable, que siempre se iniciarían en sesiones ordinarias del Congreso o de las Asambleas Legislativas. Por otra parte, en virtud de lo dispuesto en el precepto 249, no cabría la posibilidad de producirse una declaración de urgencia típica del procedimiento de la formación de las leyes, al efecto de reducir los lapsos establecidos para tramitar la Enmienda o la Reforma.

Por último, según lo establecido en el artículo 248, existía la obligación del Presidente de la República de promulgar la Enmienda o la Reforma, dentro del breve lapso de diez días después de sancionada por el Congreso. "Esta obligación concuerda con la alta jerarquía que detentan el poder constituyente, soberano indiscutible e indiscutido, situado siempre por sobre las fuerzas políticas del Estado... no procede en este caso el derecho al veto que en el proyecto se reconoce antecedente respecto a las leyes ordinarias."[5]

La inviolabilidad de la Constitución de 1961. El blindaje constitucional del artículo 250

El precepto 250[6] de la Constitución de 1961, consagraba la novedad de la llamada "Inviolabilidad de la Constitución", mediante una especie de blindaje normativo, al explanar que:

> "Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad,

---

5 Exposición de Motivos de la Constitución de la República de Venezuela.

6 Actualmente la constitución de 1999 y de 2000, establece el artículo 333 de idéntica redacción al transcrito.

> todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia. Serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y así mismo los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que le hayan causado".

Del precepto transcrito, emergía cristalinamente la afirmación de la vigencia de la Ley Fundamental, aún cuando se produjera un quebrantamiento por un hecho de fuerza o si se produjera una derogación formal de lo establecido en dicha norma fundamental, por medios distintos a los que ella misma contemplaba. Y del mismo modo, se erigía el deber impretermitible e inexorable de todo ciudadano investido o no de autoridad, de coadyuvar al restablecimiento efectivo de la vigencia del orden constitucional vulnerado.

Precisamente este artículo, sirvió de base o cimiento a la **Tesis Restrictiva Positivista**, para argumentar que sólo y unívocamente, a través de los medios dispuestos en la propia Constitución, (léase los establecidos en los citados 245 y 246), es que era viable o posible modificar el texto constitucional; ya que de no ser así, se estaría configurando un rompimiento del hilo constitucional, por un acto susceptible de ser declarado jurisdiccionalmente nulo por Inconstitucional; aunado al hecho que legitimaría a cualquier ciudadano común, a levantarse por cualquier medio, inclusive la fuerza, contra dicha actuación o acto lesionante, en procura del restablecimiento efectivo del enunciado constitucional.

Fue así como partidarios de dicha tesis, desecharon absolutamente la plausibilidad de la convocatoria a una Constituyente, por cuanto, al no estar prevista en la redacción del texto Constitucional de 1961, era un medio inidóneo e ilegitimo para modificar la Carta Fundamental, lo cual flagrantemente configuraría una fractura del Estado de Derecho existente.

Dicho raciocinio, no era una creación novedosa, ya que desde 1920, Carré de Malberg, argumentaba el llamado Sistema de la Le-

gitimidad Absoluta, el cual "no reconoce más constituciones nuevas legítimas que las que se elaboran en virtud de reglas de constituciones anteriores, y para el cual, tanto las constituciones revolucionarias como las primeras constituciones de los Estados, no son derecho, sino puros hechos históricos"[7] .

Sin embargo, en franca contradicción a dicha argumentación doctrinal, emergía la tesis de Carl Schimtt, la cual centraba su alegato, en que la voluntad o potestad constituyente del pueblo es anterior y superior a todo procedimiento de legislación constitucional, y ninguna Ley Constitucional, ni una Constitución, puede señalar un Poder Constituyente ni prescribir la forma, alcance o límites a su actividad"[8]

Pero el verdadero creador del vocablo constituyente fue con mucha anterioridad, el Abate Sieyès, quien calificó a dicho poder, como el perteneciente al pueblo, dirigido a constituir la sociedad civil o Estado para darse una organización política y jurídica, a través de ese Poder distinto, "el Constituyente", con la característica de ser extraordinario y supremo, ya que pertenece inexorablemente al conjunto, y no está sometido a ninguna forma preestablecida en particular.

Sin embargo, como respuesta, se edificó la construcción doctrinal de la Escuela del Derecho Objetivo, protagonizada por Duguit y Jéze, quienes exaltaban la "Supremacía del Derecho Positivo por encima del Poder", considerando que ambos, son manifestaciones totalmente separadas de la vida social.

Dichos autores conciben que las Reglas de Derecho, no son creación de Poder alguno, sino una emanación directa del medio social, razón por la cual, el Poder "no era por sí solo una fuerza sometida por una especie de ley natural al imperio de las reglas de derecho. De aquí se ha deducido: 1) que una decisión del Poder no podía producir efecto jurídico más que en virtud de su conformidad a una regla de derecho. 2) que el Poder se encontraba sometido en-

---

7 Carré de Malberg. M. *Contribución a la Teoría General del Estado* 1920.

8 Al respecto ver, Schmitt Carl. *Teoría de la Constitución.*

teramente al imperio del derecho, puesto que está subordinado a reglas que no emanan de él ni tenían ninguna necesidad de él." [9]

Errores reinantes sobre la concepción de la subordinación del poder al derecho

Por su parte, existen otras teorías, que critican severamente y califican de completamente errónea y falsa, a la tesis doctrinal de la Escuela del Derecho Objetivo de Duguit y Jéze, sobre la Supremacía del Derecho Positivo por encima del Poder, argumentando que "Hay que desconfiar de las afirmaciones que se ocultan tras frases como el imperio del derecho, el reinado de la ley, la sumisión del Estado al derecho, el gobierno de las leyes o el gobierno del derecho, etc."

De tal manera que, realmente el Poder y el Derecho si son conceptos yuxtapuestos, por cuanto el Poder es creador de Derecho, y las Reglas de Derecho no tienen otra fuente que ese Poder, ya que necesitan ser sancionadas por éste, pero a su vez limitan al mismo Poder que las crea y las sanciona. Asumiendo la existencia implícita del Poder Constituyente.

La especificidad del Poder Constituyente

Emerge de tal forma, el Poder Constituyente, como una facultad o potestad originaria de una comunidad soberana, para crear normas o reglas de Derecho que configuran, revisan o reforman su ordenamiento jurídico político fundamental original, produciendo una Constitución como resultado jurídico formal.

La aludida potencialidad o potestad para dictar el contenido de la normativa fundamental, es totalmente diferenciable de la facultad legislativa ordinaria que descansa en los órganos constituidos del Poder Público, por cuanto son entes de naturaleza diferente, encargados a su vez de funciones distintas.

De tal manera que, se nos presenta el Poder Constituyente, como la Potestad **Primaria** consubstanciada con la idea de la formación del Estado Soberano, cuya existencia y esencia es **anterior** a la Estructura formal de dicho Estado, y que tendría por objeto, la creación del conjunto de normas jurídicas fundamentales que sean ex-

---

[9] Hauriou, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional,* Segunda Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid. España. 1929. p. 280

presión de los valores sociales, históricos, económicos, políticos y éticos imperantes en un pueblo, adoptando "la decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la propia existencia política"[10], para configurar e instaurar la conformación definitiva adoptada por ese Estado, dentro de los cuales se erigirán, precisamente, los órganos legislativos constituidos, quienes tendrán la función de dimanar la legislación pertinente con arreglo y apego a las directrices indicadas, concebidas y engendradas por aquel Poder Constituyente.

Por lo tanto, ese Poder Constituyente, "adquiere toda la importancia jerárquica que le corresponde, desde el momento mismo en que se crea, un poder legislativo ordinario que dicta las leyes, pero que está obligado a respetar la Constitución"[11], esta es la razón fundamental por la cual podemos afirmar, que por una parte, todo Poder Constituyente no esta ceñido a respetar una Constitución pretérita; y por otra, las fórmulas previstas en los preceptos 245 y 246 de nuestra Constitución vigente son límites de actuación dirigidos estrictamente a los Poderes Constituidos.

Siendo evidente la escisión o separación producida entre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos, resulta impretermitible resaltar que "de ningún modo debe confundirse el Poder Constituyente con la competencia legal establecida por una Constitución para la reforma parcial de alguna de sus normas. El poder titular de esa competencia para la reforma de preceptos no esenciales de la Constitución no posee el carácter de Poder Constituyente, por la sencilla razón que recibe sus facultades de la misma Constitución, cuya identidad fundamental perdura a través de todas sus modificaciones normales. Esta facultad de reformar la Constitución, aunque tenga carácter extraordinario, es una competencia basada en el derecho constituido; y a fuerza del tal como está limitada y regulada por éste. En cambio, el Poder Constituyente es previo y superior al derecho establecido, y no está ligado por ninguna forma positiva."[12]

---

10 Schmitt Carl. *Teoría de la Constitución,* p. 86/87

11 Sánchez Viamonte, Carlos. *Derecho Constitucional,* p. 253

12 Recasens Siches, Luis, *El Poder Constituyente*. Madrid. España 1931, p..77.

Justificación y límites del Poder Constituyente[13]

Como se ha patentizado precedentemente, el Poder Constituyente "no se haya limitado, en sus alcances ni en su modo de ejercicio, por reglas existentes de derecho positivo"[14] y "no encuentra su justificación en una legitimidad jurídica anterior; su fundamento es de carácter trascendente al orden jurídico positivo"[15], razón por la cual, debido a su cualidad originaria, no se apoya en ningún orden anterior, en virtud que es previo a todos los Poderes Constituidos, y su legitimidad descansa en el Derecho Natural, lo que justifica esa actividad creadora o transformadora de dicho orden.

Por lo que, el Poder Constituyente, "es ilimitado, en cuanto el pueblo, al constituirse originariamente en Estado y darse las bases de su ordenamiento jurídico, no se encuentra condicionado por limitación alguna de orden positivo, por lo que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno, así como las relaciones entre éste y los habitantes"[16]

Así pues, que ese Poder Constituyente, perfectamente puede instaurar o reestructurar al Estado como lo desee, sin estar obligado a respetar la organización preestablecida, sin más restricción que el respeto lógico y evidente a los valores naturales, absolutos, imprescriptibles propios del Derecho Natural y a las Libertades Individuales, que están por encima de cualquier normación que pretenda desconocerlas o lesionarlas, inclusive la producida por vía de ese ejercicio del Poder Constituyente, ni siquiera en el supuesto que dicha normativa de "lessa humanidad", fuera homologada unánimemente por la Sociedad, mediante un referéndum aprobatorio, lo que sería absolutamente inconcebible e inviable jurídicamente, a la luz de la declaración de los Derechos del Hombre promulgada desde 1789.

---

13 Carrillo Artiles, Carlos Luis. "Análisis, críticas y reparos a la acrisolada discusión en torno a la viabilidad de la constituyente en Venezuela" Publicado en Internet en www.constituyente.com, site de *El Observador* de Radio Caracas Televisión.

14 Enrique Sampay, Arturo. *Las facultades financieras de las Convenciones Constituyentes*. Buenos Aires. La Plata. 1949, p. 5.

15 Sánchez Agesta, Luis. *Lecciones de derecho político*. p. 339/340

16 Recasens Siches, Luis, *El Poder Constituyente*, Madrid. España 1931, p. 77.

Sin lugar a dudas que ese Poder Constituyente, inexorablemente deberá reconocer, preservar, desarrollar y defender el orden objetivo de los valores humanos, para que se le reconozca la validez y legalidad de su ejercicio.[17]

La tesis oficialista.

La Tesis Oficialista de Hugo Chávez, Presidente Electo para ese momento, pretendía hacer descansar toda su propuesta revolucionaria constituyentista, en la exaltación del Poder Soberano que reside directamente en el Pueblo, mediante la alusión o cita del precepto 4º de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, a la cual coetáneamente tildaba de ilegítima, por cuanto según su opinión, había perdido el respaldo o apego popular, al no adaptarse o ceñirse a las expectativas de cambio de la población Venezolana.

Agrega dicha Tesis Oficialista que, mediante la implementación de un referéndum consultivo de amplia base popular, en conformidad con lo previsto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en ejercicio de dicho Poder Soberano, se podría perfectamente convocar a una Asamblea Constituyente, como una vía distinta a las preestablecidas en la cerrada enunciación constitucional vigente.

Se planteaba así, la viabilidad de recurrir al pueblo soberano, directamente mediante la convocatoria a un referéndum consultivo de amplia plataforma popular, al efecto que en dichos comicios se aprobase libremente el llamado a una Constituyente, y la determinación de la forma o manera de la designación de sus representantes que constituirían una Asamblea Nacional Constituyente, la cual detentaría la potestad otorgada por dicho pueblo soberano, de estrictamente redactar un nuevo texto Constitucional, que modificara a fondo las instituciones fundamentales, en ejercicio de una actividad Revolucionaria.

El carácter revolucionario de la operación constituyente

Resulta oportuno patentizar, que toda Operación Constituyente, según opinión modesta del presente redactor, en virtud de su carácter revolucionario, intrínsecamente siempre acarrea y conduce a una

---

[17] Al respecto ver, Messineo. *Il Potere Costituente*, Roma. Italia, 1946, p. 11/12.

ruptura o rompimiento con la forma del Estado precedente, y por ende, con la normativa anterior, por lo cual nunca podrá respetarse plenamente el hilo constitucional existente; ya que ese Poder Constituyente, sea el resultado de situaciones excepcionales, tales como los Golpes de Estado, o de Revoluciones, siempre se generaría una ruptura brusca entre el Derecho antiguo, y el nuevo Derecho Revolucionario emergente.

Es así como se edificó la teoría revolucionaria del Poder Constituyente[18], como refuerzo a la formulación de la libertad total e irrestricta que detenta ese Poder, de no sujeción a los Poderes Constituidos, ni vinculación a ningún precepto constitucional. Dicha teoría justifica la tangibilidad de un Derecho efectivo a la Revolución para producir o crear un nuevo orden estatal, cuando el sistema normativo fundamental existente pierda legitimidad y vigencia para regir a una comunidad soberana.

Y aún más, algunas posiciones más radicales[19], sólo reputan como Constituyente, al Poder que decreta y sanciona estrictamente una Constitución Revolucionaria, ya que "el establecimiento o la revisión de las Constituciones es frecuentemente un hecho revolucionario en la forma, y lo es siempre en el fondo."

Diferencias entre golpe de Estado y revolución institucional

Resulta de importancia capital, establecer nítidamente el ámbito conceptual de lo que entendemos por Revolución, asumiendo que es "el cambio anormal de las Instituciones verificado por las masas populares valiéndose de la fuerza, con o sin el auxilio del ejército. Y se diferencia de la reforma, en que ésta produce legalmente el cambio de las instituciones existentes, verificados por los individuos que ejercen el poder, y aprovechándose de los medios que éste les proporciona. Y como el ejército es el medio principal para que la autoridad disponga el mantenimiento del orden jurídico, el ejército suele ser también el principal instrumento de los golpes de Estado."[20]

---

18 Teoría atribuida originariamente al autor ario Julius Hatschek.

19 Pérez Serrano, Nicolas. *El Poder Constituyente*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1947 Págs. 14/15

20 Santa María De Paredes, Vicente. *Curso de Derecho Político*.

Conviene destacar, que siempre un Golpe de Estado supone un simple cambio de facto o por la fuerza, de los hombres protagonistas en el comando de la política y administración de un Estado; mientras que una Revolución, implica necesariamente un cambio radical en los principios, filosofía, estructura y concepción del Estado, y su régimen jurídico político, muy particularmente en la ética que le inspira los actos oficiales. Así pues, la Revolución implica una ruptura crítica con el pasado y la aspiración de realizar una nueva obra constructora en lo político, administrativo, social y económico.

Es por ello que, por lo general, las Constituyentes son expresiones de Golpes de Estado o de Revoluciones, por cuanto sirven de instrumento para la legitimación de las aspiraciones de una u otra formulación.

La noción de soberanía y su relación con el poder constituyente

La Soberanía, es una noción de impretermitible alusión, por cuanto la aludida Tesis Oficialista, hacía descansar toda su propuesta revolucionaria constituyentista, en la exaltación del Poder Soberano que reside en el Pueblo, mediante la cita del precepto 4º de la Constitución de la República de Venezuela de 1961.

Pero resulta que, el concepto de Soberanía no es nada nuevo, ya que "surgió cuando los europeos de los siglos XVI y XVII empezaron a buscar fundamentos laicos sobre los que basar la autoridad de los incipientes Estados nacionales"[21], y desde entonces se erigió como, el Poder o Autoridad de voluntad política ejercido por la mayoría popular, para tomar decisiones y resolver conflictos en el seno de una jerarquía política, por autodeterminación y autolimitación mediante la sujeción a determinadas pautas o normas.

Es la Soberanía sin lugar a duda, un Poder intrínseco y consubstanciado a la idea o noción de Estado, por el cual se afirma su existencia y esencia, y al igual que el Poder Constituyente, es un concepto filosófico jurídico político, el cual no requiere para su existencia y tangibilidad justificación alguna en el texto constitucional.

---

21 "Soberanía", *Enciclopedia Microsoft*® Encarta® 97 © 1993-1996 Microsoft Corporation.

Cuando la Constitución de 1961 en su precepto 4º aludido, hacía mención a la Soberanía, sólo constituye una declaración que ratifica su existencia y ejercicio mediante el sufragio por el Pueblo, pero en ningún supuesto determinaría su configuración o contenido.

Todo ello, debido a que el pueblo como Soberano siempre conserva el Poder Constituyente, en virtud que invariablemente "retiene siempre en sus manos el poder de cambiar su Constitución sin que el gobierno pueda oponerse a ello" (BRYCE)[22], como expresión de la doctrina revolucionaria, inspirada en las ideas de Rousseau, quien dedicó el libro 2º de su Contrato Social al problema de la Soberanía.

Por su parte el Abate Emmanuel Sieyès, (1748-1836), aduce la idea que la nación como entidad natural, expresa su voluntad mediante una ley suprema, que es independiente de toda forma preestablecida, ya que cualquier forma es válida para ejercer su voluntad, porque la nación no está sometida a la Constitución, no puede estarlo, ni debe estarlo, ya que atentaría contra su libertad y su posibilidad de reformar su Constitución.

Los errores e imprecisiones de las tesis oficialista y positivista restrictiva

A nuestra manera de ver las cosas, la gran imprecisión de la Tesis Oficialista, consistía en pretender ungir al Proceso Constituyente de un forzado basamento jurídico en el Derecho Positivo Constitucional, al esgrimirse erróneamente como bandera y cimiento para dicha convocatoria al aludido artículo 4º de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, tratando de argumentar un respeto al hilo constitucional para dar cabida a la Operación Constituyente; cuando en realidad, como hemos evidenciado a lo largo de este ensayo, por su esencia, filosófica, jurídica política, anterior a la arquitectura constitucional, toda Constituyente, inevitablemente acarrea un rompimiento del orden legal preestablecido generando una ruptura del hilo constitucional; por lo tanto para su ejercicio como expresión de la Soberanía, no requiere de una fundamentación jurídica en las normas del Derecho Positivo Vigente.

Pretender hacer descender forzadamente al Poder Constituyente, al alegato aislado del artículo 4º de la Constitución de 1961, co-

---

22 Citado por Hauriou, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Obra Citada.

mo asidero para convocar a un Proceso Constituyente, pero al mismo tiempo desconocer el imperativo del 250 y las fórmulas del 245 y 246 previstas en el mismo instrumento jurídico, era absolutamente inconcebible; ya que aquél no requiere de dicha fundamentación para su reconocimiento, existencia y ejercicio. Por otro lado, mal podría pensarse en la aplicación preferente de unas normas constitucionales sobre otras de igual jerarquía, lo que conduciría a la desafortunada idea de una supraconstitucionalidad.

El problema según nuestra óptica era mucho más sencillo, ya que firmemente consideramos que la Tesis Oficialista, debió sincerar su argumento, manifestando que realmente se estaba generando un rompimiento total del hilo constitucional existente, mediante la convocatoria de un incuestionable e incontrovertible, Poder Constituyente Revolucionario, que detentaba y detentaría el Pueblo, por ser una Potestad Anterior al orden Constitucional vigente, ejercible en virtud de la Soberanía o Voluntad Popular, la cual también es indudablemente una noción filosófica jurídica política, reconocida ampliamente por el Derecho Constitucional, que no requeriría de fundamento constitucional para su existencia y operatividad.

Por otro lado, el grave error de la Tesis Restrictiva Positivista, consistía en pretender desconocer la existencia anterior y superior del Poder Constituyente, en manos de la voluntad popular mediante el ejercicio de la Soberanía, el cual siempre tendría el potencial de reformular o refundar las bases de un nuevo Estado, cuando éste sea el producto de una verdadera Revolución estructural e ideológica.

Otro desatino de la Tesis Restrictiva, era sublimar el hecho cierto que, si el Pueblo decidiera por amplia y real mayoría en unos comicios, que sus normas fundamentales constitucionales no se ajustan a sus expectativas y deseos, se estaría engendrando una real pérdida de legitimidad de dicha Constitución vigente, lo cual es un problema de naturaleza esencialmente política, y que sin lugar a dudas, legitimaría la convocatoria y viabilidad de la convocatoria a ese Poder Constituyente, como "expresión de la genuina voluntad del Pueblo, surgida de una libre determinación mayoritaria"[23].

---

[23] Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la Ciencia Del Derecho Constitucional Argentino y Comparado* Parte General. Tomo II. Teoría de la Constitución. Editorial Alfa. Buenos Aires Argentina, p. 139.

Todo ello en atención, a que el problema de la Legitimidad de una Constitución, pareciera medirse tan sólo por el grado de conformidad o apego popular a la normación fundamental, solo cuantificable mediante la votación en Comicios, en donde se consulte si ese instrumento normativo responde o no, en ese momento histórico, a los valores, expectativas de esa sociedad soberana, y más específicamente en relación al grado de aceptación o sumisión a los mandatos imperativos de las normas que consagran la relación de justificación del Poder entre Gobernantes y gobernados.

Las decisiones jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia que dieron piso jurídico a la propuesta oficial del referéndum consultivo para convocar a una Asamblea Constituyente

Casi coetáneamente con los hechos descritos, se produjeron en la misma fecha 19 de enero de 1999, dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, provenientes de dos ponentes distintos, los magistrados Héctor Paradisi y Humberto La Roche, al resolver dos recursos de interpretación propuestos sobre el artículo 181 de la Ley del Sufragio y Participación Política.

Dicho Artículo 181 de la Ley del Sufragio y Participación Política, prevé la plausibilidad de la iniciativa del Presidente de la República en Consejo de Ministros, del Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras por el voto favorable de las 2/3 partes de sus miembros presentes, o de un 10% de electores inscritos en el registro Electoral, para convocar la celebración de un referéndum con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional.

La decisión del 19 de enero de 1999, bajo ponencia de Héctor Paradisi León

De manera que el primer recurso de interpretación resuelto fue el presentado en fecha 21 de octubre de 1998, y pretendía que el Máximo Tribunal interpretara, si era posible convocar a una Asamblea Nacional Constituyente como consecuencia del aludido referéndum consultivo, y dado el caso, si era necesario prever dicho mecanismo, a través de una reforma previa de la vigente Constitución de 1961.

Ante tal pretensión interpretativa, el Magistrado Ponente Héctor Paradisi, en el texto del referido fallo, limitándose tan solo a optar por un desplazamiento del principio de Supremacía Constitucional

ante el principio de Soberanía Popular, declarando que "si es procedente convocar a un referendo en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente, en los términos expuestos en este fallo".

La decisión del 19 de enero de 1999, bajo ponencia de Humberto La Roche

Del mismo modo, apuntó la otra decisión enunciada de igual data, bajo ponencia del Magistrado Humberto La Roche, en la cual se resolvió otro recurso de interpretación elevado a consideración del Supremo Tribunal por los integrantes de la Junta Directiva de la Fundación para los Derechos Humanos. "Fundahumanos", en el cual no solo se pretendía la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política sino también del artículo 4º de la Constitución de la República de Venezuela, y donde se planteaba la misma diatriba en torno a la supremacía constitucional y la tesis del ejercicio democrático por Soberanía Popular.

La Corte adujó en primer lugar que nuestro "Estado Constitucional Venezolano cimienta su estructura y razón de ser en dos principios fundamentales: a) Por un lado, en la tesis de la democracia o "gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo"; b) por el otro, en el principio de la Supremacía de la Constitución, que coloca a ésta en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, lo cual obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella". Continúa abordando la pretensión de los recurrentes, la cual gravita en torno al "dilema de si a la propia Constitución, le es dado 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."

Inmediatamente la Corte Suprema afirma categóricamente, su sorpresiva interpretación del artículo 4º de la Constitución de la República de Venezuela, norma constitucional que en principio no era susceptible de ser interpretada hasta ese momento, separándose de los criterios interpretativos tradicionalmente expuestos.

Difiere de la concepción tradicional de la Soberanía Popular, que pretende identificarla exclusivamente con el principio de la representación popular, por estimar que dicha soberanía reside en el pueblo, pero que éste no podría ejercerla directamente, sino que lo hace a través de los órganos del poder público a quienes elige, siendo el sufragio, el medio idóneo para depositar ese poder soberano.

En su lugar exalta que, un verdadero "sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la Soberanía ya que, si bien podría ejercerla a través de sus representantes, también podría por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado ... De allí que, la posibilidad de delegar la Soberanía mediante el sufragio en los representantes populares no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existen previsiones expresas de la norma sobre el ejercicio de la Soberanía a través de representantes. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo."

Continúa efectuando una distinción entre Poder Constituido y Poder Constituyente, e inclusive entre Poder Constituyente Originario e Instituido, evidenciando que "El Poder Constituyente Originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional. En este orden de motivos, la idea del Poder constituyente presupone la vida nacional como unidad de existencia y de decisión. Cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, estamos en presencia del poder constituido. En cambio, lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de los poderes constituidos es función del poder constituyente. Este no debe confundirse con la competencia establecida por la Constitución para la reforma de alguna de sus cláusulas. La competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto, es Poder Constituyente Instituido o Constituido, y aún cuando tengan carácter extraoficial, está limitado y regulado, a diferencia del Poder Constituyente Originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido. En este sentido se observa que el hecho de estar enmarcado históricamente el Poder Constituyente en la normativa constitucional no basta para entenderlo subrogado permanentemente al Poder Constituido."

Por último, asevera que es intrínseco a la propia naturaleza del Poder Constituyente de índole soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando estos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente, lo cual conduce según su juicio, a la conclusión que "la Soberanía Popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla".

La fractura efectuada por el máximo tribunal de los elementos jurisprudenciales preestablecidos para los recursos de interpretación

Sorpresivamente nuestra Corte Suprema de Justicia, al conocer de las dos pretensiones aducidas, fracturó sus propias formulaciones y requisitos preestablecidos para el trámite del recurso de interpretación, como era por una parte, la necesidad insoslayable de la existencia de un caso judicial concreto que estuviera en trámite ante otro Tribunal distinto, en el cual se presentase la duda acerca de la interpretación de una norma específica; y por otra parte, la improbabilidad de interpretar normas de rango Constitucional.

Como es sabido, el recurso de interpretación es un vehículo procesal que permite a los accionantes acceder al Máximo Tribunal de la República, al efecto que se aclare cualquier posible duda o inquietud jurídica en el alcance o en los criterios de interpretación de una específica norma de rango legal, que se produzca en un proceso que riele ante otro órgano jurisdiccional, siempre y cuando, el texto legal que contenga la norma a interpretar, prevea expresamente la posibilidad que sus disposiciones sean susceptibles de ser interpretadas mediante la presentación del referido recurso.

Pareciera que la figura jurídica aducida se acerca más a una verdadera "acción" que a un "recurso", ya que pone en movimiento al aparato jurisdiccional del Estado, de manera primigenia ante la pretensión inicial del accionante, lo cual es expresión efectiva del derecho de accionar que detenta todo ciudadano, y no se interpone contra un acto, o ataca a una conducta previamente establecida como sería el elemento distintivo del vocablo o voz "recurso".

Su asidero legal descansa en el artículo 42 ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, específicamente dentro del Título II, Capítulo I denominado "De la competencia de la Corte", al patentizar textualmente que:

> "Artículo 42. Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República: ...
>
> 24.- Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la Ley."

De manera tal, que la Corte Suprema de Justicia, en su labor casi pretoriana, fue ajustando con su jurisprudencia, al ámbito propio

del citado recurso, dimensionando sus requisitos y presupuestos procesales, citados anteriormente, entre ellos, la necesidad que el propio instrumentos normativo prevea la posibilidad que sus norma sean interpretadas a través de este recurso, que existiera un caso concreto ventilándose ante otro órgano judicial en donde se produjera la duda en la interpretación del contenido de la norma de rango legal, y como secuela de esta última enunciación que estrictamente eran susceptibles de interpretación las normas de rango legal o fundadas directamente en la Constitución.

Como ya habíamos explanado a inicios de este punto, la Corte Suprema de Justicia, al conocer de las dos solicitudes de interpretación aludidas del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, inesperada e inexplicablemente dejó atrás esas fórmulas establecidas por su propia jurisprudencia, y argumentó en primer lugar que, en relación a la necesidad de un caso concreto, que éste se evidenciaba por el hecho conocido y notorio, que la atención de la opinión pública se había centrado en torno a si era posible convocar a una Asamblea Constituyente mediante un referéndum; y en segundo lugar, específicamente en la decisión cuyo Ponente fue Humberto La Roche, referida al recurso de interpretación presentado por miembros de la junta directiva de "Fundahumanos", se elevó como novedad la posibilidad de efectuar interpretaciones extensiva de normas de rango constitucional o fundamental, las cuales hasta ese momento escapaban al ámbito y objeto del citado recurso.

Por último a título de conclusión podríamos agregar que, ambos fallos concluyen asumiendo la factibilidad que se podría convocar una Asamblea Nacional Constituyente mediante un Referéndum Consultivo, en el cual se apruebe por mayoría, dicha convocatoria, aunque ésta sea una vía distinta a las establecidas en la Constitución de la República de Venezuela, ya que el Artículo 4 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, aduce al Pueblo como Constituyente Primario, no obstante, los órganos competentes del Poder Público Nacional, se encontrarían en la imperativa necesidad de diseñar los mecanismos y operatividad propia de esa Asamblea Nacional Constituyente.

La iniciativa presidencial de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente

El día 02 de febrero de 1999, coetáneamente a la traslación efectiva del poder del presidente constitucional saliente Dr. Rafael

Caldera a manos del presidente constitucionalmente entrante Hugo Rafael Chávez, se dicta un Decreto Presidencial signado con el Nº 3, publicado en la Gaceta Oficial Nº 36.634 del mismo dos (2) de febrero de 1999, con el cual el Presidente entrante, cumplía lo que fue su promesa central electoral, y se convoca a un referéndum consultivo, adelantándose a una eventual convocatoria que pudiese efectuar el Congreso para ese momento existente.

De manera que, por la premura presidencial de tomar la iniciativa de decretar la realización de un referéndum para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, se incurrió en una grave imprecisión, al omitirse por lo atropellado de la redacción, una de las exigencias formales que la Corte Suprema de Justicia había evidenciado en sus dos fallos, que dieron piso jurisdiccional a dicha convocatoria, como era que "los órganos competentes del Poder Público Nacional, se debían diseñar los mecanismos y operatividad propia de esa Asamblea Nacional Constituyente" y que esta propuesta debía ser sometida a consideración de esos comicios del referendo.

Las imprecisiones de la segunda pregunta del Decreto nº 3 del 2 de febrero de 1999

Específicamente el error se configuró al formularse una de las preguntas a ser consideradas por el pueblo al cual se consultaría por conducto del Referéndum, en la cual se "omitió toda referencia al régimen de la Constituyente, sustituyendo este aspecto por una solicitud al pueblo de delegación al propio Presidente de la República para regular solo las bases del proceso comicial en el que se elegirán (sic) los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente" [24], con lo cual se estaría engendrando un vacío, ausencia normativa o anomia en la reglamentación de la operatividad y los mecanismos de funcionamiento de dicha Asamblea.

Así pues, que la segunda pregunta del aludido Decreto No. 3, exteriorizaba puntualmente que:

---

[24] Brewer Carías, Allan Randolph. *Asamblea Constituyente Y Ordenamiento Constitucional*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios No. 53, Caracas 1999. p. 232.

"¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un acto de gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?".

Este singular carácter de Referéndum Consultivo, taxativamente consagrado por el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, tiene como única finalidad Consultar al Pueblo Soberano, sobre la viabilidad de una decisión que debe adoptar un órgano del Poder Público, que en este caso se encarnaría en el hecho mismo de la convocatoria, pero que difiere o dista por su propia esencia, de los llamados referendos Autorizatorios, Aprobatorios y de los Decisorios o Plebiscitarios.

La posible distorsión hacia un referéndum autorizatorio

Sin embargo, pareciera emerger con claridad del texto de la pregunta transcrita que se trataba de un Referéndum Autorizatorio, el cual no estaría previsto en ningún instrumento legal, pues se pretendía trasladar a manos exclusivas del Presidente de la República, la atribución monopólica de decidir por el pueblo, la forma y manera de cómo se efectuaría la elección y operatividad de la Asamblea Nacional Constituyente en el caso que fuera aprobada la convocatoria, y no se trataría entonces, de un referéndum de naturaleza consultiva, como es el unívocamente establecido en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, conforme al cual se factibilizó dicha convocatoria.

La imprecisión en la utilización del pretendido carácter de "acto de gobierno", para fijar las bases del proceso comicial para elegir a los integrantes de la Asamblea Constituyente

En el propio texto de la segunda pregunta se pretendía darle carácter de acto de gobierno con lo cual, al acto mediante el cual el Presidente fijaría las bases del proceso comicial, en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente.

Con tal pretendida desorbitación se le ungiría a dicho acto dictado por el Presidente con la naturaleza jurídica de rango legal, lo cual es un contrasentido, ya que inexorable y lapidariamente, se trataría de un acto administrativo de rango o naturaleza sub legal, como expresión o en ejecución directa de normas legales, como lo

son las establecidas en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, específicamente sus preceptos 181, 182 y 186.

Sin embargo, dicho Decreto textualmente sirvió de soporte para que Consejo Nacional Electoral, en fecha 17 de febrero de 1999, dictara una Resolución signada con el Nº 990217-32, en uso de sus atribuciones que le conferían los artículos 55, 182, 183 y 184 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, mediante la cual, convocó para el día 25 de abril de 1999, un Referéndum Consultivo para que el pueblo Venezolano se pronunciara sobre la viabilidad o improbabilidad de una convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, para redactar un nuevo texto fundamental, en conformidad con el Decreto Nº 3 enunciado precedentemente., y vistas las sentencias dimanadas por la Corte Suprema de Justicia, en fecha 19 de enero de 1999.

En tal orden de ideas, el Consejo Nacional Electoral redactó las preguntas que deberían responder los votantes, positiva o negativamente, de la siguiente forma:

> "1.- ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?
>
> 2.- ¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?" [25]

La modificación jurisprudencial del Decreto Nº. 3 por la decisión de la Corte Suprema De Justicia, de fecha 18 de marzo de 1999, bajo ponencia del Magistrado Hermes Domingo Harting

En fecha 03 de marzo de 1999, mediante escrito presentado ante la Sala Político Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, por el abogado Gerardo Blyde Pérez, se interpuso recurso contencioso electoral el referido Decreto Nº 3 de fecha dos (2) de febrero

---

[25] Resolución signada con el Nº 990217-32 por el Consejo Nacional Electoral, en fecha 17 de febrero de 1999.

de 1999, dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, mediante el cual se solicita al Consejo Nacional Electoral la convocatoria a realización de un referéndum con la finalidad de aprobar el establecimiento de una Asamblea Nacional Constituyente y autorizar al Presidente de la República para que fijara las bases del proceso comicial para elegir a los integrantes de la referida Asamblea Nacional.

Sin embargo, en posterior fecha 05 de marzo de 1999, el recurrente solicitante reformó su recurso original, instaurando impugnación contra la Resolución Nº 990217-32 de fecha 17 de febrero de 1999, emanada del Consejo Nacional Electoral.

Dicho recurso fue decidido en fecha 18 de marzo de 1999, bajo ponencia del Magistrado Hermes Domingo Harting, en la cual se declaró Con Lugar la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad intentado por el ciudadano Gerardo Blyde Pérez, en contra de la Resolución Nro. 990217-32 del 17 de febrero de 1999, dictada por el Consejo Nacional Electoral, y consecuencialmente se anuló la Segunda Pregunta contenida en la citada Resolución y se ordenó al Consejo Nacional Electoral reformular el contenido de la pregunta Nº 2 del artículo segundo de la Resolución Nº 990217-32 del 17 de febrero de 1999, examinando las bases publicadas como "Propuesta del Ejecutivo Nacional que fija la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente".

Para generar tal pronunciamiento la Corte consideró indispensable, que intrínsicamente en la propia redacción de las preguntas a consultar al pueblo Venezolano, se insertara una formulación referida sobre cuáles serían las reglas fundamentales que detallarían la organización y régimen general de la Asamblea Nacional Constituyente, ya que la Resolución impugnada del Consejo Nacional Electoral, en la segunda pregunta, ignoró tales postulados al pretender delegar, en el ciudadano Presidente de la República, la fijación de las bases del proceso comicial por el que se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente; lo cual a juicio del Máximo Tribunal, era una evidente inconstitucionalidad, ya que se vulneraba el derecho a la participación política implícito en el artículo 50 de la Constitución de la República de 1961, como derecho inherente a la persona humana.

Continua la Corte explanando que la figura consagrada en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, prevé un mecanismo de un carácter eminentemente consultivo, a

diferencia de otras modalidades bajo las cuales se presentarían consultas de naturaleza autorizatoria, cuya finalidad pretendería delegar en determinado funcionario o persona la realización de específicas tareas y gestiones.

De manera que una vez patentizado, sin lugar a dudas, el carácter consultivo del referendo previsto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sólo le quedaba a al Máximo Tribunal analizar, si la estructura de la segunda pregunta del Referendo fijado por el Consejo Nacional Electoral, por iniciativa del Presidente de la República, se ajusta o no a la figura consagrada legalmente.

En ese estricto orden de ideas, la Corte sentenció que a su juicio, "no cabía duda, que el planteamiento contenido en la cuestión segunda no respondía al referendo consultivo que utiliza de fundamento, ya que al preguntarse mediante ese dispositivo, si se autorizaba al ciudadano Presidente de la República para fijar, mediante un acto de gobierno futuro las bases del proceso comicial, era evidente que, en modo alguno, se estaba sometiendo al criterio de los electores el examen sobre una materia determinada y específica, por el contrario lo que se perseguía era una delegación en una sola persona,[de] la decisión sobre el aludido asunto, lo cual escaparía al mecanismo consagrado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política."

Las bases comiciales del referéndum. G.O Nº 36.669 de fecha 23 de marzo de 1999

Como secuela de la decisión producida por la Corte Suprema de Justicia, en fecha 18 de marzo de 1999, el Consejo Nacional Electoral dictó unas Bases Comiciales del Referéndum Consultivo sobre la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente a celebrarse el 25 de abril de 1999, las cuales fueron publicadas en la Gaceta Oficial Nº 36.669 de fecha 23 de marzo de 1999.

Dichas Bases Comiciales constaban con nueve cláusulas, entre cuyos elementos significativos resaltaban, que se consideraría aprobada la convocatoria a dicha Asamblea Constituyente si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos; que la misma estaría integrada por ciento treinta y un (131) miembros detentando una conformación unicameral; la elección de sus miembros sería en forma personalizada uninominal; y sus candidatos de-

bían ser postulados por iniciativa propia, de los partidos políticos legalmente constituidos o por cualquier sector de la sociedad civil.

La cláusula octava

Sin embargo, la Cláusula Octava, erigía una verdadera formulación singular al establecer que:

> "Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, **como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento**, teniendo como únicos límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos."

La cláusula novena

Del mismo modo la Cláusula Novena edificaba la siguiente afirmación:

> "La Constitución que redacte la Asamblea Nacional Constituyente será sometida a referéndum dentro de los treinta (30) días continuos a su sanción. La Constitución quedará definitivamente aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos."

Aún no sabe a ciencia cierta la paternidad del criterio, que tuvo el Consejo Nacional Electoral, para ungir a la eventual Asamblea Nacional Constituyente a ser elegida, como una entidad dotada de Poder Originario.

Lo que si ocurrió de manera casi inmediata, fue que en fecha 8 de abril de 1999, nuevamente el abogado Gerardo Blyde Pérez, acudió a la Corte Suprema de Justicia, a solicitar la ejecución y cumplimiento de la sentencia dictada en fecha 19 de marzo del mismo año por la Sala Político Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, ya que según su juicio, el Consejo Nacional Electoral había desacatado el dispositivo de dicha sentencia, al establecer en la Cláusula Octava, una reproducción sin modificación alguna de la propuesta del Ejecutivo Nacional, y por otra parte, atribuirle un carácter originario a esa futura Asamblea Constituyente.

Todo ello, en virtud que, de la interpretación progresiva y vinculante de la referida sentencia, se establecía que el carácter de dicha Asamblea Constituyente no sería originario, sino contrariamente, tenía como límites en su futura actuación el respeto al ordenamiento jurídico vigente y a las instituciones democráticas existentes, hasta tanto culminara su función de redactar un nuevo texto fundamental y de alguna manera fuese eventualmente aprobado, mediante un futuro referéndum.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 13 de abril de 1999, sobre la aclaratoria de la decisión de fecha 18 de marzo de 1999, y su pronunciamiento reformulador de la cláusula octava de las Bases Comiciales, bajo ponencia del Magistrado Hermes Domingo Harting

Una vez revisados los argumentos expuestos, la Corte Suprema de Justicia, bajo ponencia del Magistrado Hermes Domingo Harting, estableció indubitable y palmariamente que, se observaba diáfanamente que el Consejo Nacional Electoral había omitido su pronunciamiento expreso acerca del examen que debió haber efectuado, de acuerdo a la orden contenida en la citada sentencia, lo cual originó la Resolución número 990323-70 del 23 de marzo de 1999; por cuanto lo que se limitó a hacer dicho Ente Electoral, fue incluir literalmente el contenido de las referidas Bases, modificando únicamente su numeración originaria, a saber: los literales octavo y noveno, lo cual revela a juicio del Máximo Tribunal, la conformidad del órgano electoral o aceptación implícita de aquellas proposiciones tal cual como fueron presentadas por el Ejecutivo Nacional.

Agrega además que, en la sentencia dictada por esa corte, el 18 de marzo de 1999, se expresó con meridiana claridad que la asamblea constituyente a ser convocada, no significa, en modo alguno, la alteración de los principios fundamentales del estado democrático de derecho, y que en consecuencia, es la constitución vigente la que permitiría la preservación del estado de derecho y la actuación de la asamblea nacional constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta.

Por ello resulta incontestable que el contenido de la base comicial identificada bajo el literal octavo de la Resolución aludida, en lo referente a calificar a la Asamblea Nacional Constituyente como poder originario que recoge la soberanía popular, está en franca contradicción con los principios y criterios vertidos en la sentencia pronunciada por esa Corte, en fecha 18 de marzo de 199 y su poste-

rior aclaratoria de fecha 23 de marzo de 1999, lo que induciría a error al electorado y a los propios integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, si el soberano se manifestase afirmativamente acerca de su celebración en lo atinente a su alcance y límites; en consecuencia la Corte Suprema de Justicia, ordenó la reformulación de dicha base comicial octava en los siguientes términos:

> "Una vez instalada la asamblea nacional constituyente, ésta deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia pública, así como el principio de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos."

Los aspectos positivos de la convocatoria

Subsecuentemente en fecha 25 de abril de 1999, se produjo el tan controvertidamente esperado referéndum popular, luego de un tenso y exacerbado debate electoral, el cual arrojó la elección de sus 131 miembros.

Quizás lo más significativo y digno de exaltación, es el hecho único en nuestra historia republicana, es el primer llamamiento o una Constituyente en Venezuela, que se hace a través de medios o fórmulas pacíficas como expresión inequívoca de un ejercicio democrático, a diferencia de todas nuestras otras Constituyentes anteriores, como fueron las de 1811, 1830, 1864, 1901 y 1947, que tuvieron como factor común el haber sido producto o secuela de rupturas políticas por actos de fuerza.

Los resultados de la elección de la ANC

Como es por todos conocido, el resultado de las elecciones de los miembros que configurarían la Asamblea Nacional Constituyente fue definitivamente a favor del partido oficialista, obteniendo una abrumadora mayoría en la composición de dicha Asamblea.

Esto desencadenó una acrisolada disensión en torno a la naturaleza de la Asamblea Nacional Constituyente, entre los defensores de la tesis del poder originario y los detractores de tal tesis, esto últimos alegaban que dicha Asamblea sólo estaba dotada de un Poder Constituyente Derivado.

Sin embargo, al final aparentemente logró imponerse la tesis del Poder Originario, arrojándose en consecuencia, amplias facultades para la Asamblea Constituyente, con lo cual, para algunos se atentó en muchas ocasiones contra las formas y se quebrantó el Principio de Universalidad del Control de los Actos del Poder Público, ya que según expresión de sus propios miembros, sus actos no podían ser revisados por los órganos constituidos, ni por cualquier otro órgano, ya que dicha Asamblea estaba dotada de Soberanía Absoluta, lo cual hacia que sus actos fuesen irrevisables.

En base a este argumento, se dictaron una serie de medidas que no estaban referidas a la redacción de un texto fundamental, función primordial y exclusiva para la cual fue creado dicho Ente, como parecía emerger y desprenderse de lo aprobado por el pueblo venezolano mediante referéndum.

Entre esos actos se denota la declaratoria de Emergencia Legislativa y Judicial, decretada en fecha 30 de Agosto de 1999, así como otros actos, cuya juricidad aún se discute, ya que para algunos éstos no detentan fundamento constitucional, legal o soberano, lo que inclusive produjo un gran enfrentamiento entre la Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso de la República, quien aún operativo y estando dentro de su ejercicio constitucional, se resistía a los decretos de emergencia legislativa, al punto que el Vice Presidente del Congreso, interpuso ante la Corte Suprema de Justicia, un recurso de inconstitucionalidad contra dicha declaratoria de emergencia legislativa. Sin embargo, en el camino, se produjo un precario Acuerdo Congreso – Asamblea Nacional Constituyente, en fecha 09/09/99, pacto que con el tiempo fue muy poco afortunado para el primero de los actuantes.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 14 de octubre de 1999, sobre la emergencia legislativa, bajo ponencia del magistrado Iván Rincón Urdaneta

Como ya advertimos, en fecha 30 de agosto de 1999, el ciudadano Henrique Capriles Radonski, actuando en su propio nombre, y en su condición de Presidente de la Cámara de Diputados del Congreso de la República, interpuso acción de nulidad por inconstitucionalidad conjuntamente con acción de amparo constitucional, en contra del Decreto de fecha 25 de agosto de 1999, dimanado de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual contenía la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo, sin embargo en virtud que el enunciado Decreto de fecha 25 de agosto de 1999, fue reformado

por la misma Asamblea Nacional Constituyente, en fecha 30 de agosto del mismo año, y publicado en la Gaceta Oficial N° 36.776, de fecha 31 de agosto de 1999, fue también objeto de impugnación, en un segundo escrito de nulidad presentado por el accionante.

El Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre declaratoria de emergencia legislativa y de regulación de las funciones del Poder Legislativo

El texto del aludido Decreto elevaba la siguiente redacción:

"En nombre y representación del pueblo soberano de Venezuela, en ejercicio del poder constituyente originario otorgado por este mediante referendo aprobado democráticamente el 25 de abril de 1999, para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, en concordancia con el artículo 1° del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente y el Artículo Único del Decreto que declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público, aprobado el doce de agosto de 1999, y publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 36764, del 13 de agosto del mismo año. Decreta lo siguiente, *Reforma Parcial del decreto de regulación de las funciones del Poder Legislativo*, Artículo 1°, se modifica el artículo 2°, en la forma siguiente: "Artículo 2°. Órganos para el ejercicio de las funciones del Congreso. El Congreso de la República ejercerá las funciones previstas en este Decreto, por órgano de su Comisión Delegada, así como a través de la Comisión de Finanzas, la Comisión de Contraloría y las Comisiones Especiales para el estudio del Informe Anual del Contralor General de la República y para la Reestructuración Administrativa del Congreso. Quedan suspendidas las sesiones ordinarias y extraordinarias del Congreso de la República, así como cualquier otra actividad de las Cámaras y de las otras Comisiones de dicho Congreso. La Asamblea Nacional Constituyente asumirá las funciones de la Comisión Delegada, de la Comisión de Finanzas, de la Comisión de Contraloría e inclusive de las Comisiones Especiales cuando estas no asuman el ejercicio de las competencias que le corresponden, no ejecuten sus funciones, retarden o demoren el cumplimiento de las mismas o, de alguna manera, se presuma el no cumplimiento de esas funciones."

La fundamentación de la pretensión del recurrente

Aunado a la pretensión de nulidad del Decreto de Emergencia Legislativa, el impugnante elevó una solicitud al Máximo Tribunal de la República, al efecto de obtener un pronunciamiento judicial que ordenase a la Asamblea Nacional Constituyente, se abstuviese de perturbar las funciones que correspondían al Congreso de la República, por cuanto el acto impugnado le conculcaba su derecho a ejercer la función de Diputado al Congreso de la República y de Presidente de la Cámara de Diputados, en los términos y condiciones establecidos en los Títulos IV y V de la Constitución de la República de Venezuela de 1961; cargo al cual había resultado electo por un período de cinco años, mediante un ejercicio de soberanía popular, a través sufragio universal, en elecciones libres, válidas y legítimas, celebradas en el mes de noviembre de 1998.

Asimismo agrega el recurrente que el acto objeto de impugnación mediante el cual se decretó la regulación de las funciones del Poder Legislativo Nacional, violaba las Bases Comiciales Octava y Novena contenidas en el Referéndum consultivo de fecha 25 de abril de 1999, el cual fijaba lapidariamente los límites y atribuciones de esa Asamblea Nacional Constituyente, entidad que sin lugar a dudas, era un órgano con potestad de transformar las instituciones político-constitucionales y el orden constitucional existente, estrictamente dentro de los límites establecidos, de respeto al sistema de las libertades públicas, y sujeto al condicionante, que dicho nuevo orden fuese aprobado por los electores mediante referéndum.

De tal manera que, si dicha Asamblea Nacional Constituyente ejecutase actos que vulneraran total o parcialmente el ordenamiento constitucional vigente o que invadiera las competencias de los Poderes Públicos Constituidos, resultaría violatorio a la soberanía popular expresada en la aprobación de las Bases Comiciales, mediante el referéndum de fecha 25 de abril de 1999, pues inexorablemente la Asamblea Nacional Constituyente no era, ni podría pretender ser, órgano de ejecución ni de gobierno, estándole vedado la asunción o subrogación o sustitución en los órganos del Poder Público, ni en el ejercicio específico de las atribuciones que fueron conferidos a los mismos. Concluye argumentando que, dicha Asamblea Nacional Constituyente, no podría asumir ni limitar la función legislativa ejercida por el Congreso de la República, sin que se aprobase una nueva Constitución mediante Referéndum, ni reorganizar o rees-

tructurar el Poder Legislativo, y menos aún pretender modificar el proceso tasado de formación de las leyes, lo cual acarrearía inevitablemente un vicio de usurpación de las funciones que la Constitución de la República de Venezuela de 1961, confería exclusivamente al Poder Legislativo Nacional.

Punto previo de la decisión. El establecimiento de la competencia del máximo tribunal

Como punto previo a la decisión de fondo, la Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre su competencia para conocer de la acción de nulidad intentada. En primer lugar, puntualizó que la Constitución de la República de Venezuela de 1961, erige en su propio texto univocas fórmulas para ser modificada conforme a lo indicado en sus artículos 245 y 246, referentes a las enmiendas y a las reformas constitucionales; siendo esta última, la reforma general, la única viable dentro de un "proceso constituyente instituido", donde el pueblo tendría que manifestarse a través de sus representantes electos en el Congreso; y por referéndum aprobatorio del nuevo proyecto Constitucional.

Por otra parte, trae a colación parcialmente, lo establecido en sus propias sentencias de fecha 19 de enero de 1999, cuando al conocer de los recursos de interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en donde arribó a la conclusión judicial que existía un tercer mecanismo constitucional distinto a los preestablecidos en la norma constitucional para modificar dicha Constitución. Esta tercera vía era producto del ejercicio del derecho de participación popular, a través de un referéndum en el cual se consultaría al pueblo sobre la convocatoria a una Constituyente, ya que sería él, quien detentaría la soberanía y no la perdería por el hecho de delegarla a una Asamblea Nacional Constituyente.

Continuó acotando la Corte que, la Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999, tenía definido su régimen fundamental en las preguntas y Bases Comiciales consultadas en el Referéndum del 25 de abril de 1999, y que esas Bases, por haber sido aprobadas en ejercicio de la soberanía popular, "eran de similar rango y naturaleza que la Constitución", en virtud de lo cual, correspondía a dicho Tribunal en Pleno, ejercer el control jurisdiccional de sus actuaciones.

El planteamiento de la voluntad constituyente fuera de los órganos y potestades del Estado. La tesis de Sieyès. La idea del revestimiento de soberanía en la Asamblea Constituyente

Luego de pronunciarse sobre su competencia jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia explana categóricamente que, la Constitución Originaria o Primitiva que da origen o crea a un Estado, no puede ser obra de sus órganos, sino es producto de una fuente situada fuera del contexto del Estado; lo cual implicaría que, "en la base del Estado existe una voluntad y una potestad distintas de las del Estado mismo"; tal voluntad sería realmente la potestad Constituyente, la cual engendra al Estado, por lo que se deduce que es anterior o superior al mismo, a diferencia de la que la voluntad constituida del Estado, que no es sino un producto de aquella.

Inmediatamente se cita textualmente al Abate Emmanuel Sieyès, y se plantea el hecho que, mediante la Constitución, el pueblo delega efectivamente algunas partes de su potestad en las diversas autoridades constituidas, pero siempre conserva latentemente en sus manos el poder constituyente.

Resultando de ello que, el pueblo, al conservar en sus manos el poder constituyente, no queda obligado por la Constitución; ya que ésta, sólo podrá obligar a las autoridades constituidas, pero no puede encadenar al soberano mismo, o sea al pueblo, quien es siempre dueño de cambiarla a su antojo. Esto desencadenaría como consecuencia que el Poder Constituyente nunca podría ejercerse por las autoridades constituidas; y la Constitución estrictamente podría hacerse o rehacerse por el pueblo mismo, o por una asamblea especial, nombrada expresamente a tal efecto por los ciudadanos, mediante representación extraordinaria del pueblo, "revestida de la soberanía constituyente".

Dicho argumento permite a la Corte afirmar que, a los Poderes Públicos tradicionales, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, se superpone un poder supremo distinto y extraordinario, el Poder Constituyente, el cual tiene por objeto instituir todos los demás "poderes" constituidos. No obstante, según nuestro criterio, con tal aseveración el Máximo Tribunal, incurre en una imprecisión jurídica, al hablar de la existencia de "Poderes" dentro de la conformación del Estado, cuando en realidad, de lo que se trata es del Poder Público Constituido, como un único Poder indivisible, quien detenta en su composición propia, un múltiple elenco de ramas u órganos pluri-

subjetivos con diversas competencias entre ellas, la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial, el cual en tal caso se podría contrastar a una Potestad Constituyente.

Así inmerso en la más pura tesis Sieyesiana, advierte el fallo que el Poder Constituyente, no puede ser ejercido por el propio pueblo, sino a través de unos representantes que integraran un cuerpo colegiado denominado Asamblea Constituyente, órgano que tendrá la legitimidad para elaborar un proyecto de texto Constitucional.

Por último, la Corte Suprema de Justicia arriba a las siguientes conclusiones de fondo:

1) Que "del contenido de la pregunta Nº. 1 del Referendo Consultivo Nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y la Base Comicial Octava del mismo Referendo, se consagra una especie de supraconstitucionalidad de sus prescripciones", ya que en ningún momento se remitía a la Constitución de 1961;

2) Que "la Asamblea Nacional Constituyente, no es un poder derivado, pues su función de sancionar una nueva Constitución implica el ejercicio del Poder Constituyente, el cual no puede estar sujeto a los límites del orden jurídico establecido, incluyendo la Constitución vigente". Sin embargo, tal argumento pareciera estar en plena contradicción al pronunciamiento dimanado por la misma Corte Suprema en Sala Político-Administrativa, en decisión de fecha 13 de abril de 1999, bajo Ponencia del Magistrado Hermes Domingo Harting, como fue explanado precedentemente en este trabajo.

3) Que "el gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, es Poder Constituido, muy distante, de lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de esos poderes constituidos, lo cual, es función del Poder Constituyente, y que, esto no debe confundirse con la competencia establecida en el mismo texto Constitucional para reformar cláusulas o preceptos no esenciales de la norma fundamental, lo cual es Poder Constituyente Instituido o Constituido, y aun cuando tenga carácter extraoficial, siempre estaría limitado y regulado, a diferencia del Poder Constituyente Originario, "que es previo y superior al régimen jurídico establecido".

4) Que "el cambio constitucional dirigido a la supresión de la Constitución vigente es un proceso no limitado tan sólo a la sanción de la nueva Constitución, sino al ***interregno,*** durante el cual, la Asamblea Nacional Constituyente actúa dentro del contexto jurídico donde rige transitoriamente, la Constitución anterior."

5) Que "el tiempo de vigencia de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, no puede impedir ni obstaculizar el cumplimiento de la función de la Asamblea Nacional Constituyente, como sería la génesis del nuevo ordenamiento jurídico a que se refiere la pregunta N° 1 del Referendo Consultivo Nacional del 25 de abril de 1999". Esta aseveración nos obliga a efectuar una nueva precisión, por cuanto pareciera que la Corte incurre en argumento superficial, y en un falso supuesto, ya que asume y deduce como cierto, para ese momento, la edificación tangible y certera de "un nuevo ordenamiento jurídico", el cual aparentemente emergería de manera automática del contenido de la pregunta Nº 1 del Referendo del 25 de Abril, cuando en realidad lo que estrictamente existía era tan sólo un mandato para la redacción de un proyecto de texto constitucional, el cual debía ser sometido a un posterior Referendo Aprobatorio, y lo que es más grave, es que eventualmente podría arrojar un resultado denegatorio, aunque pareciera remotamente posible sin embargo probable; pero que a todas luces impediría la viabilidad de la realización anticipada de una serie de medidas sin base constitucional o legal, bajo el exclusivo pero endeble argumento del ejercicio de un presunto manto de soberanía, en todas y cada una de las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente.

6) Que "si el proceso de cambio constitucional se iniciaba con el Referéndum, lo cual implicaría forzosamente la coexistencia del Poder Constituido y la Asamblea Nacional Constituyente, serían los Estatutos de Funcionamiento de dicha Asamblea, como normas de carácter supraconstitucional las cuales deberían definir el modo de esta coexistencia. De manera tal que, la Constitución de 1961, era el límite del Poder Constituido, pero no el criterio de solución de las controversias que podrían ocurrir entre ambos poderes.

En base a todos los argumentos expuestos, el Supremo Tribunal, declaró la improcedencia de la solicitud del accionante que pretendía la nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos de la Asamblea Nacional Constituyente, de fechas 25 y 30 de agosto de 1999, por presuntamente violar a la Constitución de 1961.

Los diversos votos salvados en el fallo de fecha 14 de octubre de 1999, sobre la emergencia legislativa

Frente a la decisión asumida por la mayoría de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se elevaron cinco votos salvados de los Magistrados Héctor Grisanti Luciani, Hermes Domingo Harting, Humberto La Roche, Hildegard Rondón de Sansó, Belén Ramírez Landaeta, quienes disintieron por distintos motivos.

El sucinto voto salvado de Héctor Grisanti Luciani. La omisión o descuido de la Corte De no tomar en cuenta el acuerdo previo suscrito entre la Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso

En un reducido voto salvado el Magistrado Héctor Grisanti Luciani, expuso su disensión de la mayoría que suscribió el fallo en comento, bajo el exiguo argumento que la decisión esta privada de la adecuada base fáctica que sirva de sustento a los razonamientos y decisión definitiva tomada, por cuanto se había incurrido en una "grave omisión", ya que la Corte, no hizo referencia alguna, ni medió las incidencias del Acuerdo alcanzado entre representantes del Congreso de la República y de la Asamblea Nacional Constituyente, en fecha 9 de septiembre de 1999, bajo la mediación de la Conferencia Episcopal Venezolana, en el cual se pretendía fijar unos novedoso lineamientos que aparentemente implicaban una modificación de los términos del Decreto de Emergencia Legislativa, inicialmente dictado por la Asamblea Nacional Constituyente.

De manera tal que si la acción de nulidad ejercida versaba sobre el referido Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo de fecha 25 de agosto de 1999 y su reforma parcial, resultaba evidente que era imperativo para el Máximo tribunal, la revisión concienzuda de la naturaleza, el alcance y vinculación del mencionado Acuerdo, para no tomar una decisión desvinculada de la base fáctica.

El voto salvado de Hermes Domingo Harting. la evidente contradicción sentencias de la Corte de fechas 18 y 23 de marzo de 1999 y 13 de abril de 1999. El principio de la universalidad del control de los actos del Poder Público

Por su parte, el Magistrado Hermes Domingo Harting, también elevó su profundo disentimiento del proyecto aprobado que consideraba que la Asamblea Nacional Constituyente no estaba circunscrita exclusivamente a la función de crear un nuevo texto constitu-

cional, ni estaba sujeta a los límites del orden jurídico establecido, incluyendo la Constitución de 1961.

Afirma Harting, que la Asamblea aún cuando fuese un órgano supra constitucional, ésta había nacido por la propia Constitución de 1961, como lo había patentizado la sentencia de la Sala Político-Administrativa de ese mismo Tribunal en fecha 19 de enero de 1999.

Continua citando la decisión de la misma Sala, de fecha 18 de marzo de 1999, y su aclaratoria del 23 de marzo de 1999, en la que la Corte expresó palmariamente que, dicha Asamblea Nacional Constituyente tenía como deber el mantenimiento de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, y de sus diferentes estructuras de poder, verbigracia Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial y cometidos específicos, y que era la Constitución vigente de 1961, la que permitía esa preservación del Estado de Derecho y la actuación de la misma Asamblea Nacional Constituyente.

Patentiza que tal razonamiento implica que la enunciada Asamblea Nacional Constituyente no podría ejercer potestades correspondientes a los poderes del Estado, ni realizar actuaciones atribuidas específicamente a éstos por la Constitución y las Leyes, ni siquiera invocando circunstancias excepcionales, ya que esa limitación fue corroborada por el propio pueblo venezolano al aprobar la enunciada base comicial octava en el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente celebrado el 25 de abril de 1999.

Puntualiza que un órgano concebido de esa forma, se encuentra insoslayablemente, al igual que cualquiera de los órganos existentes dentro de un Estado de Derecho, bajo el control de los principios reguladores del ordenamiento jurídico constitucional contenidos en la referida base comicial octava, y que no era determinante, el hecho de no ser poder constituido, ya que frente a esa argumentación, "debe esgrimirse el axioma del control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos realizados por cualquier ente dentro del Estado de Derecho, no debiendo olvidarse que tal ausencia de control es propia de los regímenes de fuerza que constituyen la fuente normal de las Asambleas Constituyentes (Revolución, Golpe de Estado), y resulta un antecedente extraño el caso venezolano, donde el origen sui-generis de la Asamblea Nacional Constituyente (procedimiento democrático y ajustado a la legalidad y constitucio-

nalidad), abona precisamente el argumento contrario: El control judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia, de las actuaciones realizadas por la Asamblea Nacional Constituyente, y la adecuación de este organismo, en el ejercicio de sus actividades, a las limitaciones preestablecidas, entre las cuales resalta precisamente el respeto al principio de la separación de poderes y la no invasión de competencias de los poderes constituidos."

Como secuela de tal disertación e, Magistrado disidente Harting, concluye su opinión, señalando que, según su criterio, el Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo y su Reforma Parcial vulneraba el orden constitucional, y la Base Comicial Octava aprobada por el propio soberano en el Referéndum celebrado el 25 de abril de 1999.

El voto salvado de Humberto La Roche

El Magistrado Humberto La Roche, elevó sus diferencias con lo establecido por la mayoría en el fallo aludido, argumentando en primer lugar que, a su juicio existía una incongruencia entre el razonamiento de la Corte al declararse competente para conocer de la acción presentada y su pronunciamiento de fondo.

En tal orden de ideas, advierte que la contradicción se funda en el hecho que la Corte en Pleno, luego de declararse competente para conocer del asunto en virtud del rango de las Bases Comiciales cuya violación se denunció, al pronunciarse sobre el fondo, concluye que los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente no se encontraban sujetos al ordenamiento constitucional vigente, ni bajo su espectro de control. Si este último argumento fuese cierto, lo único razonable y lógico que ha debido hacer la Corte, era haberse declarado incompetente para conocer de acción presentada a su conocimiento.

Sin embargo, el Magistrado disidente, afirma que según su criterio, la Corte incontrovertiblemente sí era competente para conocer de la causa y en general para controlar los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente., ya que le correspondía a esa instancia el control judicial de los actos impugnados que fueron dimanados en ejecución de las bases comiciales.

En segundo lugar, el Magistrado disidente esgrime que en el fallo sustentado por la mayoría, se tergiversa el contenido de la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa aprobada por unanimidad, en fecha 19 de enero de 1999 (caso Fundahumanos),

ya que se pretende atribuir a esa Asamblea Nacional Constituyente, el poder soberano inmanente al Poder Constituyente que reside exclusivamente en el pueblo y sólo en éste, quien aunque puede ejercerlo a través de representantes, ordinarios como el Congreso de la República o extraordinarios como la Asamblea Nacional Constituyente, jamás se desprende de él. De tal forma que por ser el pueblo el titular de la soberanía en el marco del Estado Democrático de Derecho, su poder –el Constituyente- es el único verdaderamente originario, lo cual era injustificable, por cuanto ya esa materia había sido superada por sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 13 de abril de 1999 (caso Gerardo Blyde).

Por último puntualiza que la Asamblea Nacional Constituyente está sometida al Estado de Derecho, por lo que debe obedecer a las reglas que el mismo le impone, hasta tanto surja un nuevo orden jurídico, aunque en ninguna parte del fallo, se hace alusión a la premisa esencial del proceso constituyente en curso, como era la reelaboración de una nueva Constitución dentro de un régimen de derecho, es decir, que la Asamblea Nacional Constituyente se encontraba sometida a las reglas del Derecho existentes, fundamentalmente, a la Constitución y a las leyes de la República; pero asimismo, a toda la normativa vigente (bloque de legalidad), a la cual no podría modificar en forma alguna, sin que ello implicara en un desbordamiento de sus funciones, y algo aún más grave, la usurpación de autoridad.

Así pues, que la Asamblea Nacional Constituyente, estaba creada para edificar un proyecto de Constitución, que sólo sería válido y eficaz, una vez aprobado mediante referéndum, tal como lo prevé Base Comicial Novena acogida por el cuerpo electoral el 25 de abril de este año, y mientras esa situación no ocurriese dicha Asamblea Constituyente, estaría sujeta impretermitiblemente a lo establecido en la Constitución de 1961, y a las bases comiciales en la determinación de sus competencias, y sólo sería respecto a la estructuración de las nuevas instituciones que se pretendan consolidar en el nuevo texto constitucional, a lo que estaría desvinculada del texto vigente.

El voto salvado Hildegard Rondón de Sansó. La Desnaturalización de las citas de Sieyès

La Magistrado Hildegard Rondón de Sansó, patentizó en su voto salvado que la sentencia aprobada, trataba de ignorar que la función atribuida a la Asamblea Nacional Constituyente de reestructu-

rar las bases del Estado aludía al hecho de que tal reestructuración, debía realizarse mediante un proyecto de Constitución, debidamente aprobado mediante referéndum.

Plantea que el fallo confunde erróneamente el hecho que por haberle sido otorgada a la Asamblea Nacional Constituyente la facultad de dictar un nuevo texto constitucional en el cual se le atribuía la potestad de modificar el orden jurídico, se le había atribuido la probabilidad de hacer cambios o transformaciones, antes que el proyecto de nueva Constitución hubiese obtenido la aprobación popular exigida en la Base Comicial Novena acogida por el cuerpo electoral el 25 de abril de 1999.

Denuncia que no está presente en el fallo la premisa esencial del proceso constituyente, como es la elaboración de una nueva Constitución dentro de un régimen de iure, por lo que dicha Asamblea Nacional Constituyente se encontraba sometida a las reglas de Derecho existentes, fundamentalmente, a la Constitución y a las leyes de la República; pero asimismo, a toda la normativa vigente (bloque de legalidad), a la cual no podría modificar en forma alguna, sin que no implicara un desbordamiento de sus funciones, y la usurpación de autoridad.

En otro orden de ideas, manifiesta su opinión en relación a la desnaturalización de los razonamientos teóricos fundados en la cita de autores como Sieyès quien reconocer las posibilidades de cambio total que tiene la Asamblea Nacional Constituyente, a través de la elaboración de una nueva Constitución; pero nunca con anterioridad a la total conformación y eficacia de ésta, por cuanto ello implicaría la caída en un gobierno de facto, ante la ausencia de normas que guíen al nuevo órgano legislador.

Asevera que el juego de las instituciones dotadas de autoridad está siempre sometido a reglas, y si no lo estuviera, reinaría la más total y completa anarquía. Toda la cita de Sieyès, está dirigida a exaltar el poder ilimitado del constituyente en la creación de la norma futura, lo cual no constituye justificación para la posibilidad de que se le desvincule del régimen existente para el momento en que realice su elaboración.

Exalta la disidente, que en los conceptos expresados, así como en las citas, el fallo confunde los tiempos, esto es, el tiempo de la elaboración de la norma, y el tiempo en que la norma ya se encuentre aprobada y en vigencia.

Advierte que la posición supraconstitucional de la Asamblea Nacional Constituyente radica en la facultad de erigir instituciones futuras, diferentes del texto constitucional vigente; y no en la facultad de violar las normas que rigen el sistema dentro del cual opera.

Esa amplitud de actuación otorgada por el fallo a la Asamblea Nacional Constituyente configura una eventual posibilidad que, si ese organismo recibiera una respuesta negativa del pueblo ante el referéndum consultivo del nuevo texto constitucional, tendría facultad para ignorar tal respuesta, por cuanto -desvinculado como lo estaría de toda norma- debería considerarse legítima una actuación que le permita desconocer la voluntad de los llamados a consulta, por lo cual sería oportuno preguntarse ¿qué sucedería con los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, fuera del ámbito de la elaboración de la Constitución, si el referéndum consultivo fuese en sentido negativo?.

Finalmente aduce la disidente, una total inmotivación de la decisión cuando considera improcedentes las denuncias, por considerar que las mismas se basaron en una impugnación de un acto de la Asamblea Nacional Constituyente, por violar la Constitución, norma que, según el criterio del fallo, no le es aplicable a dicha Asamblea, olvidando que, el actor basó también su impugnación en la violación de las Bases Comiciales.

El voto salvado Belén Ramírez. La denuncia de la violación del Reglamento de reuniones de la Corte Suprema de Justicia. ANC como expresión de soberanía no como órgano que detenta soberanía. El posible decaimiento del interés procesal por acuerdo Congreso ANC

La Magistrado Belén Ramírez Landaeta, exteriorizó su displicencia en relación con el contenido del fallo sobre el Decreto que regulaba las funciones del Poder Legislativo Nacional, dictado por la Corte Suprema de Justicia en Pleno; el cual, según su criterio, estaba lleno de errores, formales y conceptuales, aunado al hecho que, para producir tal decisión, se incurrió en una serie de grave imprudencias.

Específica dicha Magistrado que, la referida sentencia fue reformada a menos de media hora de su distribución -violando el Reglamento de Reuniones de la Corte Suprema de Justicia en Pleno dictado por esta Corte Suprema de Justicia en fecha 26 de noviembre de 1996- y fue votada sin derecho a examinar, con la cordura

requerida, el contenido de la misma, lo cual es alarmante, si se tiene en cuenta la trascendencia que esta decisión tiene para el país y para la historia.

Del mismo modo, patentiza otras fallas contenidas en el texto de la sentencia, tales como que, se hacía innecesaria la declaratoria de competencia de este Alto Tribunal para conocer del presente asunto, pues se trataba de cuestiones ya resueltas en la decisión dictada por el Juez de Sustanciación de la Corte en Pleno, y sobre las cuales no se presentó controversia alguna que requiriera decidirse en el Pleno.

Por otra parte, puntualiza que la Corte incurrió en una inaceptable confusión acerca de la naturaleza jurídica de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual es una manifestación cierta de soberanía popular, y que, en definitiva, actúa en virtud de una delegación del soberano, sin embargo, se pretende confundir con el soberano mismo.

Por último, la disidente enuncia que el Acuerdo suscrito entre la Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso terminó afectando profundamente el contenido y la eficacia del Decreto de Emergencia Legislativa, por lo cual, la Corte hubiera podido examinar si se había producido un Decaimiento del interés en el mismo.

El problema de la revisión de la constitucionalidad del texto fundamental dictado. La irreversibilidad de la Constitución dimanada por el Constituyente.

Hemos dejado adrede como último punto de estas notas, las consideraciones en torno a la factibilidad de la revisión de la Inconstitucionalidad de una Reforma efectuada en contradicción o infracción de lo dispuesto por las normas del derecho positivo constitucional vigente, y en donde no cabe duda alguna, que tal supuesto de eventual reforma sancionada conforme a los parámetros de lo establecido en la derogada Constitución de 1961, sería susceptible de una declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad, por los tribunales judiciales existentes para ese momento.

Sin embargo, pareciera que no sucede así, cuando se trata de la revisión del contenido de una Constitución, que ha sido el producto de un Poder Constituyente Revolucionario, el cual engendró la conformación de un nuevo Estado, configurando dentro de sus novísimas estructuras, un neonato sistema judicial.

Automáticamente se suscitaría la duda de sí esos tribunales nacidos a la luz de esa nueva Constitución, pueden entrar a considerar o no, la validez del nuevo instrumento fundamental. Pareciera que si esos órganos jurisdiccionales fueron creados y están actuando bajo la nueva Constitución, no pudieran juzgar la validez del instrumento que los constituyó. Teóricamente esos entes jurisdiccionales podrían declarar que la nueva Constitución no es válida o es contraria a Derecho, pero con esa misma declaración, instantáneamente se estaría desnaturalizando el propio órgano jurisdiccional, asumiéndose que él mismo no existe, ya que, si éste fue creado por aquella, una vez declarada la nulidad también sería nulo todo lo consecuencialmente creado por ella. Sin embargo, el transcurso del tiempo nos dirá cuál será la realidad al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Tulio, Alberto. "*La Constituyente*". Colección Aries. Libros de El Nacional Caracas.

Brewer Carías, Allan, "*Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*" Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Nº 53 Caracas. 1999.

Burke, "The Living Thoughts of Thomas Jefferson" presentado por Dewey. Londres 1941

Carré De Malberg, M. "*Contribución a la Teoría General del Estado*" 1920.

Carrillo Artiles, Carlos Luis. "Análisis, criticas y reparos a la acrisolada discusión en torno a la viabilidad de la constituyente en Venezuela" Publicado en Internet en www.constituyente.com, site de El Observador de Radio Caracas Televisión.

Enciclopedia Microsoft® Encarta® 97 © 1993-1996 Microsoft Corporation

Escarra Malave, Hermann. "*Democracia Reforma Constitucional Y Asamblea Constituyente*" Editorial Biblioteca Jurídica. Caracas 1995

Exposición de Motivos de la Constitución de la República de Venezuela

Hauriou, Maurice. *"Principios de Derecho Público y Constitucional*" Segunda Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid. España. 1929.

Linares Quintana, Segundo V. "*Tratado de la ciencia del Derecho* Constitucional *Argentino y Comparado*" Parte General. Tomo II. Teoría de la Constitución. Editorial Alfa. Buenos Aires Argentina.

Messineo. "*Il Potere Costituente*," Roma. Italia. 1946.

Pérez Serrano, Nicolas. "*El Poder Constituyente*". Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1947.

Rafalli, Juan Manuel. "*Revolución, Constituyente y Oferta Electoral*". Colección Cuadernos. Editorial Sherwood. Caracas 1998.

Recasens Siches, Luis, "*El Poder Constituyente*", Madrid. España 1931.

Sánchez Viamonte, Carlos. "*El Poder Constituyente*" Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1957.

Sánchez Viamonte, Carlos. "*Derecho Constitucional*"

Santa María De Paredes, Vicente. "*Curso De Derecho Político*"

Sieyès Enmanuel. *¿Qué Es El Tercer Estado*?

Schmitt Carl. "*Teoría De La Constitución*"

V. RICARDO ANTELA GARRIDO

"La transición constitucional (O cómo la Asamblea Nacional Constituyente se transformó en un poder suprapopular)"

Publicado en *Revista de derecho constitucional*, Editorial Sherwood, No. 2, Caracas 2000, pp. 19- 25

(2000)

[Extracto]

INTRODUCCIÓN

El 25 de abril de 1999 fue convocada por el pueblo venezolano la Asamblea Nacional Constituyente. Finalmente, el pueblo fue llamado a decidir sobre un asunto de gran trascendencia nacional, distinto de la mera elección de las autoridades ejecutivas y legislativas. ¡Y qué manera de iniciamos! ¿Cuál asunto podría tener mayor trascendencia que la convocatoria de una Asamblea Constituyente? Para ello fueron necesarias muchas cosas:

El Congreso tuvo que reformar la "Ley Orgánica del Sufragio", denominación a la que se le agregó la expresión "y de Participación Política", sin pensar que esta reforma -incorporando el mecanismo referendario- sería utilizada para un propósito tan trascendental para el país y tan "perjudicial" para los intereses y privilegios "supuestamente" enquistados en los órganos del poder público;

Tuvo que triunfar electoralmente el candidato presidencial cuya promesa política fundamental -por no decir única-, fue la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, triunfo sin el cual es posible pensar que el proceso constituyente no se hubiese iniciado (al menos no en el siglo XX);

Fue necesario que el nuevo Presidente cumpliera con su promesa electoral y dictara, el 02 de febrero de 1999, el famoso Decreto No 3 para convocar un referendo consultivo cuya "Pregunta N° 1" fue la siguiente; "¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento de una Democracia Social y Participativa?"; y,

Finalmente, fue indispensable valerse de una interpretación constitucional que aun discutida, y por ello consultada ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, finalmente resultó ratificada por ésta en sentencia del 19 de enero de 1999, que describió al sufragio como un mecanismo mediante el cual la potestad soberana originaría (el pueblo) delega el ejercicio de ciertas funciones públicas en un grupo de poderes constituidos, pero que "con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce. De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación..."[1].

El camino constituyente soportó controversia, empujones presidenciales, resistencia parlamentaria, impugnaciones y varias decisiones de la extinta Corte Suprema de Justicia, pasionalmente defendidas por unos y severamente criticadas por otros. En el presente estudio no pretendemos analizar la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, pero sí conviene, antes de concentramos en el objeto de nuestro análisis (el régimen de transición del poder público que aprobó unilateralmente la Asamblea Nacional Constituyente), situamos en el contexto de la involución jurisprudencial. Las decisiones de la extinta Corte Suprema sirvieron para canalizar originalmente el proceso constituyente dentro del cauce democrático; sin embargo, el dique judicial finalmente sufrió fisuras y se fracturó ante el atropello de una Asamblea Constituyente que desconoció los límites impuestos por la Constitución de 1961, el mismo marco jurídico que permitió su convocatoria.

---

1 Sentencia CSJ-SPA del 27-01-1999, caso *Fundahumanos*.

I. LA INVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL (DE UNA ASAMBLEA DEMOCRÁTICA A UN PODER SUPRACONSTITUCIONAL)

Hasta el momento de escribir este estudio, pueden distinguirse tres (3) momentos en la jurisprudencia del máximo tribunal: uno, referido a las decisiones proferidas por la Sala Político Administrativa desde el 19 de enero de 1999 (1); otro se refiere al configurado con la decisión emanada de la Sala Plena el 06 de octubre de 1999 (2); el último -por ahora-, conformado con las decisiones de la novísima Sala Constitucional el 27 de enero de 2000 (3).

1. *La Asamblea "de iure" (por sentencias de la Sala Político-Administrativa)*

El desarrollo jurisprudencial se inició con dos (2) sentencias de la Sala Político Administrativa en fecha 19 de enero de 1999, bajo la ponencia de Humberto J La Roche y Héctor Paradisi, cada una de ellas. A juicio de Belén Ramírez L., allí se "aclaró toda duda acerca de la convocatoria y posterior instalación de la Asamblea Constituyente"[2]. Por el contrario, Allan Brewer Carías aprecia que ninguna de las decisiones resolvió con precisión la duda planteada: la posibilidad constitucional de convocar una Asamblea Constituyente y la necesidad o no, de reformar previamente la Constitución para tal fin, pero que "tal era el deseo general que existía en el país por que la Corte pusiera fin a la discusión constitucional, que la opinión pública, reflejada en titulares, declaraciones, editoriales y noticias de prensa, ha estimado que con las mencionadas decisiones se habría legitimado el referéndum consultivo para convocar la Constituyente sin necesidad de reforma constitucional previa"[3].

Reconoce Brewer, sin embargo, que la parte motiva de la decisión propuesta por el Magistrado Humberto J. La Roche "hizo una serie de consideraciones sobre el Poder Constituyente y las revisiones constitucionales que tocan aspectos esenciales del constitu-

---

2 Voto salvado de Belén Ramírez a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de fecha 14-10-1999.

3 Brewer-Carías, Allan R. *Asamblea Constituyente y Ordenamiento* Constitucional, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 53, Caracas, 1999, p. 175.

cionalismo"[4] suficientes, según despuntó en el voto salvado de Belén Ramírez L., para destacar la trascendencia de un fallo histórico que despejó la incertidumbre del pueblo venezolano, gracias a la definición del Máximo Tribunal sobre los límites del poder del soberano, concluyendo con definiciones apegadas al más estricto rigor científico y en consonancia con la dialéctica social que obliga a entender y atender las exigencias en los procesos de transformación de la estructura del Estado, interpretando finalmente, que "ese Poder del Soberano no tiene límites". El criterio asentado por la Sala en este fallo fue ratificado y desarrollado por sentencias posteriores de la Sala, que contribuyeron a delinear su naturaleza jurídica (una Asamblea de iure, y no de facto) y sus límites (el ordenamiento constitucional establecido).

2. *La Asamblea supraconstitucional (por sentencia de la Sala Plena)*

La jurisprudencia involucionó con la metamórfica sentencia proferida por la Sala Plena el 06 de octubre del mismo año (caso *Henrique Capriles*), bajo la ponencia de Iván Rincón U. y con 5 votos salvados. Este último fallo trocó a la Asamblea Nacional Constituyente de un órgano constitucional y democrático a un órgano supraconstitucional. Tergiversó el contenido de la sentencia del 19 de enero ya que, atribuyó a la Asamblea Constituyente el poder soberano que reside en el pueblo y sólo en éste, aunque lo ejerza a través de representantes. El fallo desdeñó el artículo 4 de la Constitución vigente para ese entonces, de conformidad con el cual, *el pueblo es el titular de la soberanía, es decir, del Poder Constituyente*, aun cuando la ejerza mediante el sufragio o mecanismos de participación[5]. En consecuencia, tanto los poderes cons-

---

4 Ib., Ib.

5 Así lo había expresado la Sala Político-Administrativa en la sentencia de fecha 19 de enero de 1999, según la cual, bien sea que se opte por el carácter representativo de nuestro régimen democrático, o se admita que la Constitución de 1961 consagraba el carácter participativo de dicho sistema político, lo cierto es que el ejercicio del sufragio como mecanismo de participación política directa deriva en una decisión soberana. Más aún, cuando, como sucede en el caso concreto, tal expresión de voluntad viene referida al ejercicio de su Poder Constituyente Originario, entendido éste como la "*potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y*

tituidos ordinarios como la Asamblea Constituyente -Poder Constituido Extraordinario con función constituyente- están conformados por quienes determine el soberano y sujetos a los límites impuestos por él mismo. Para sostener un pretendido carácter supraconstitucional de la Asamblea Constituyente, el fallo en cuestión estafó el espíritu de la sentencia del 19 de enero y atribuyó a dicha Asamblea, las facultades y la naturaleza jurídica que en la citada sentencia se consideraron congénitas al Poder Constituyente originario, esto es, al pueblo soberano, el mismo que convocó la Asamblea y eligió a sus integrantes[6].

El fallo de octubre, el peor hito en la historia de nuestro máximo tribunal no está exento de críticas y los acertados votos disidentes así lo confirman (a ellos nos remitimos). Conviene apuntar, sin embargo, el error de la decisión al ignorar la premisa esencial del proceso constituyente venezolano; una Asamblea Constituyente convocada en un *régimen de iure* y no en un *régimen de facto*; que en tal virtud, la Asamblea Constituyente operaba como el instrumento para elaborar y presentar al pueblo -su mandatario- un proyecto de Constitución, que sólo sería válido y eficaz, una vez aprobado mediante referendo, tal como lo prevé la Base Comicial Novena acogida por el cuerpo electoral el 25 de abril de 1999. La Sala Plena ignoró el acertado criterio previo fijado por la Sala Político Administrativa, en la sentencia del 21 de julio de 1999 (caso *Franceschi, Olavarría y Blyde*), en la cual se señaló:

> "*Por cuanto la Asamblea Nacional Constituyente, deriva de un proceso que se ha desarrollado dentro del actual marco del ordenamiento constitucional y legal, el mecanismo para su conformación se rige por todo el ordenamiento jurídico vigente*, y específicamente, por las normas que a tal efecto se enunciaron

constitucional" (Sentencia de fecha 19 de enero de 1999, caso *Fundahumanos*).

6 Lo expresado es tan cierto que el articulo 5 de la Constitución aprobada en 1999 no sólo lo ratificó, sino que reafirmó el carácter intransferible de la soberanía popular, al expresar: "*La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo*, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el poder público. *Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos*".

en la Resolución N° 990519-154, del 19 de mayo de 1999, dictada por e) Consejo Nacional Electoral, esto es, las Bases Comiciales aprobadas mediante Referendo del 25 de abril de 1999, la Constitución de la República, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y las demás normas electorales dictadas al efecto por el Consejo Nacional Electoral".

3. *La Asamblea supraconstitucional (por sentencias de la Sala Constitucional)*

La jurisprudencia involucionó -todavía más- con las sentencias emitidas por la Sala Constitucional del novísimo Tribunal Supremo de Justicia el 27 de enero de 2000 (caso *Milagros Gómez y otros*; y caso *Eduardo García*), cuyos contenidos ratifican la bochornosa reculada de la Sala Plena y agregan otro disparate a la interpretación constitucional; la declaratoria de vigencia de la nueva Constitución a partir del 30 de diciembre de 1999 (fecha de su publicación oficial) y no a partir del 16 de diciembre del mismo año (el día siguiente a su aprobación popular).

Prevaliéndose del "carácter presupuesto y supraconstitucional de las normas aprobadas por la Asamblea Nacional Constituyente en representación del poder constituyente originario", (según lo expresa el Considerando de su decreto), la Asamblea aprobó unilateralmente, sin consultar al pueblo, un régimen de transición constitucional *paralelo o complementario* al aprobado por el pueblo el día 15 de diciembre de 1999; específicamente, un régimen de transición del poder público contenido en el Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36859 de fecha 29-12-1999 y en el Decreto publicado en la Gaceta Oficial N° 36884 de fecha 03-02-2000, mediante el cual, se ampliaron las competencias de la Comisión Legislativa Nacional (o *Congresillo*, como se conoce popularmente). Dicho régimen de transición fue impugnado en enero de 2000, alegando los recurrentes, en resumen, que el Decreto es violatorio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que la Asamblea Nacional Constituyente ya no es supraconstitucional, por cuanto, una vez publicada la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el día 30 de diciembre de 1999, todos sus actos deben regirse por la nueva Carta Magna. Alegaron, asimismo, que los artículos impugnados carecen de todo efecto en virtud de la Disposición Derogatoria Única, que sólo deja en vigencia el ordenamiento jurídico que no contradiga a la Constitución.

La Sala Constitucional declaró la improcedencia de ambos recursos. Razonó que, según el argumento de los recurrentes, el acto impugnado sería uno de los denominados por la doctrina como *preconstitucionales*, sujeto a su derogación de forma sobrevenida.

La Sala dio por válido -tácitamente- el carácter supraconstitucional de los actos dictados por la Asamblea y en tal virtud, consideró necesario pronunciarse acerca de si tal carácter, se extiende a los actos emitidos con posterioridad a la aprobación de la Constitución de 1999. La Sala concluyó lo siguiente:

> "...Entiende la Sala que, *hasta la fecha de la publicación de la nueva Constitución, la que le precedió (1961) estuvo vigente*, lo cual se desprende de la Disposición Derogatoria Única; y como los actos de la Asamblea Nacional Constituyente no estaban sujetos a la Constitución derogada, los mismos sólo podrían estar regulados -como fuera señalado por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno antes referida- por normas supraconstitucionales. Así, por argumento en contrario, sólo los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta. De todo lo anterior emerge que, el acto de la Asamblea Nacional Constituyente impugnado en esta oportunidad, publicado en la Gaceta Oficial número 36859 del 29 de diciembre de 1999, esto es, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, no está sujeto ni a ésta, ni a la Constitución de 1961. En consecuencia, dado que las impugnaciones del acto constituyente son respecto de un texto normativo que no le era aplicable al mismo (Constitución de 1999) no puede existir jurídicamente una contradicción entre ambos. De allí que, en ningún caso procederá una acción de nulidad por vicios inconstitucionalidad contra el Decreto s/n, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, mediante el cual se establecieron los parámetros del "Régimen de Transición del Poder Público", publicado en la Gaceta Oficial número 36859 del 29 de diciembre de 1999"?[7]

Como puede observarse, este último fallo no sólo ratificó el inédito carácter supraconstitucional de la Asamblea Constituyente

---

[7] Sentencia del 27-01-2000, caso *Milagros Gómez y otros* (ponente: Iván Rincón U.).

y de sus actos, sino que, además, estableció -erróneamente- la vigencia de la nueva Constitución a partir del 30 de diciembre de 1999, fecha de su publicación en la Gaceta Oficial. Tal como lo expondremos a continuación, la nueva Constitución debe considerarse vigente a partir del 16 de diciembre de 1999, esto es, el día siguiente a su aprobación por el pueblo de Venezuela.

La Sala Constitucional ignoró el claro dispositivo del artículo noveno de las "Bases Comiciales para el Referendo Consultivo sobre la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente", *aprobadas por el pueblo* (constituyente originario) el 25 de abril de 1999. Dicho artículo dispone expresamente lo siguiente:

> "La Constitución que redacte la Asamblea Nacional Constituyente será sometida a referendo dentro de los treinta (30) días continuos a su sanción. *La Constitución quedará definitivamente aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos*." (énfasis nuestros)

Como puede observarse, el artículo noveno ordenaba que el proyecto de Constitución fuera sometido a referendo popular dentro de los treinta (30) días continuos a su sanción, siendo ello condición indispensable para su definitiva aprobación. En otras palabras, el articulo noveno atribuyó competencia a la Asamblea Nacional Constituyente para "sancionar" la nueva Constitución, y al pueblo para "aprobarla *definitivamente*". La aprobación definitiva a la cual alude el artículo noveno consiste, precisamente, en que sería el pueblo -y no la Asamblea Constituyente- la instancia que aprobaría y pondría en vigencia la nueva Constitución. No puede entenderse de otro modo el adverbio "definitivamente" incluido en el texto del artículo noveno. Bien pudo haberse dicho que "la Constitución quedará aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos", pero el proponente de las Bases y el pueblo que las aprobó prefirió aclararlo expresamente: no es que quedaría "aprobada" la Constitución; en realidad quedaría "definitivamente aprobada". Este adverbio excluyó la necesidad de cualquier acto posterior que tuviese por efecto poner en vigencia el ordenamiento constitucional aprobado por el pueblo. En otras palabras, con el adverbio "definitivamente" se excluyó deliberadamente la necesidad de un acto de promulgación o publicación por el cual, otro órgano (como el Presidente de la República o la Asamblea Constituyente) autorizaría formalmente y pondría en vigencia la Constitución aprobada. De manera que, *con*

el voto afirmativo del pueblo en el referendo del pasado 15 de diciembre, la Constitución quedó "definitivamente aprobada", sin necesidad de acto posterior alguno que convalidara o refrendara su vigencia.

Suponer -como lo hizo la Sala Constitucional- la necesidad de un acto de promulgación, proclamación o publicación para dar vigencia formal al texto constitucional, implica, no sólo un flagrante desconocimiento a la voluntad popular originaria expresada en el histórico referendo del 25 de abril de 1999, sino también, resistir el incuestionable sentido lógico del artículo noveno de las Bases Comiciales, gracias al cual, el auténtico poder constituyente originario (el pueblo) sabiamente se reservó la soberanía para "aprobar *definitivamente*" el texto constitucional, evitando con ello, que la Asamblea Constituyente postergara la vigencia de la nueva Constitución mediante el artificio de retardar u omitir deliberadamente su publicación, en detrimento de la voluntad popular. Justamente, fue eso lo que sucedió: la Asamblea Constituyente, interesada en mantener un carácter supraconstitucional (sic) que supuestamente le habilitaba para sancionar un régimen transitorio no previsto en la Constitución "definitivamente aprobada", pospuso su publicación hasta el 30 de diciembre de 1999 (un día después de publicado el cuestionado régimen transitorio).

La Disposición Final Única de la nueva Constitución[8] no sirve para justificar el argumento de la Sala Constitucional puesto que, ello implicaría la negación de la voluntad expresada por el poder constituyente originario, tanto en el referendo del 25 de abril de 1999 que aprobó el artículo noveno de las Bases Comiciales, como en el referendo del 15 de diciembre que dejó a la Constitución "*definitivamente* aprobada". La misma Disposición *in commento* confiesa abiertamente su repudio a la voluntad popular ya que, en la frase final de la norma se destaca la entrada en vigencia de la Constitución "*después* de su aprobación por el pueblo". O sea, la Constitución "*definitivamente* aprobada" por el pueblo entra en vigencia "después de su aprobación por el pueblo". Resulta inadmisible y hasta incomprensible semejante planteamiento, ¿Cómo

---

8 "Esta Constitución entrará en vigencia el mismo día de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela, *después de su aprobación por el pueblo en el referendo*".

puede postergarse la vigencia de una Constitución "definitivamente aprobada" por el pueblo? La única manera de comprender semejante desaguisado sería entendiendo que el pueblo tiene el poder de decidir sobre la publicación oficial de la Constitución ya que, en tal caso, la voluntad de ponerla en vigencia corresponde al mismo pueblo que la aprobó. Sin embargo, no es éste el caso toda vez que, fue la Asamblea Constituyente y no el pueblo quien ejerció el poder de decidir sobre la publicación oficial de la Constitución.

[…]

VI. LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO*

"¿Hacia un nuevo concepto de poder constituyente?: La Constitución venezolana de 1999"

Publicado en *Cuadernos de Derecho Público,* Núm. 14 (septiembre-diciembre 2001), pp. 189-226[1]

(2001)

[extracto]

I. EL AGOTAMIENTO DEL MODELO POLÍTICO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961 Y LAS CAUSAS DE SU CRISIS

El sistema político venezolano desarrollado en la Constitución de 1961 fue perdiendo su eficacia, hecho motivado por una serie de aspectos de índole no sólo política, sino económica, social y ética. La actitud pasiva de los líderes y la ausencia de propuestas de modelos alternativos hicieron que los ciudadanos venezolanos interpretaran el cambio total de la Constitución como la forma de solucionar la crisis estructural.

Este razonamiento sirvió de bandera a la campaña presidencial de Hugo Chávez Frías[2], quien el 4 de febrero de 1992 había intenta-

---

* Profesora de la Universidad Católica del Táchira.

1 Parte de este artículo fue publicado en *Revista Tachirense de Derecho*, N° 12, 2000, «El Proceso constituyente venezolano de 1999».

2 En ese mismo año los oficiales golpistas, agrupados en el Movimiento Bolivariano 200, publican desde la cárcel un documento llamado «Nos alzamos por la Constitución», en el cual citan los motivos por los cuales se alzaron en

do, junto con un grupo de militares, apropiarse por vía de la fuerza del poder, teniendo como resultado el fracaso del uso ilegítimo de las armas que le habían sido confiadas.

La finalidad de este proyecto del que luego sería Presidente de Venezuela no era otra que cambiar la Constitución vigente y todo el ordenamiento jurídico por ella producido, que había regulado la transición venezolana hacia la democracia y había amparado su consagración como sistema político durante más de cuarenta años. La Constitución venezolana de 1961 tuvo su origen en la Revolución Democrática de 1958, fue el «producto directo» del Pacto de Punto Fijo[3], acuerdo celebrado por los tres principales partidos políticos (Acción Democrática, COPEI y Unión Republicana Democrática), con el fin de darle cabida a la democracia, garantizando el desarrollo de un proceso electoral, y el establecimiento de un siste-

---

armas frente a las instituciones democráticas legalmente constituidas y también convocan a un referendo nacional «para revocar el mandato del Presidente de la República, a los parlamentarios que componen el Congreso Nacional y a los integrantes de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de la Judicatura, la renovación general del Poder Judicial, así como la renuncia del Consejo Supremo Electoral, devolviendo de esta manera la soberanía a su propio elemento: al pueblo venezolano. Este referéndum nacional automáticamente debe considerar la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente en la cual se defina a través de una nueva Carta Magna el modelo de sociedad hacia el cual debe enrumbarse la Nación Venezolana (sic) y en la cual no puedan participar ninguno de los responsables de la destrucción de la República». Este documento es citado por MAIGNON, THAIS, et al. «La batalla por una nueva constitución para Venezuela» *Cuestiones Políticas*, No. 24, 2000, Universidad del Zulia, p. 40 y ss. Como se colige del texto transcrito, la fundamentación ideológica que pretende devolver al pueblo -como detentador natural del poder lleva implícita la revocación del mandato de los órganos legal y legítimamente constituidos, tarea que es encomendada al pueblo quien se manifestará al respecto a través de un referéndum. Como se referirá más adelante, no es ésta la vía que una vez llegados al poder (por la vía democrática, las elecciones de 1998) siguen los integrantes de este movimiento inicialmente golpista, pues es la propia Asamblea Nacional Constituyente la que asume estas funciones.

3 Respecto a este punto, se puede ver A. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales,* Tomo I, Evolución Histórica del Estado, 3ra. Ed., Universidad Católica del Táchira-Ed. Jurídica Venezolana, San Cristóbal-Caracas, 1996, p. 396.

ma de partidos competitivos que se respetaran recíprocamente. En dicha Constitución se establecieron las bases del sistema político de partidos, del «Estado democrático centralizado de partidos»[4], que instauró la democracia en el país. Dicho sistema se desarrolló con un alto nivel de éxito, pues el país se democratizó. Los partidos cumplieron su rol protagonista y consiguieron la estabilidad del sistema democrático, que llegó a ser considerado como uno de los más sólidos de América Latina[5]. Pero el proyecto político inicial fue agotado por sus actores, ya que los partidos confundieron su función de instrumentos para la democracia y se constituyeron en el fin de la misma, con lo cual su éxito no pudo prolongarse, puesto que sus líderes e instituciones perdieron la credibilidad y el apoyo de los ciudadanos debido a que el aparato público se hizo ineficaz para responder a las necesidades sociales; se acentuó hasta el límite la ausencia de nuevos programas, nuevos dirigentes y el estancamiento generalizado de todos los sectores del país.

La sociedad venezolana manifestó a través de las elecciones de 1998 su disconformidad con el estado del sistema político imperante, el cual resultaba ineficaz para procurar el desarrollo del país. Esta necesidad de cambio de líderes políticos se tradujo en los resultados electorales de noviembre de 1998, que mostraron una inédita composición del Congreso Nacional, con la incorporación de

---

4 Así lo ha denominado A. Brewer-Carías, al respecto puede verse, entre otros, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, p. 20 y ss. También se puede ver A. Brewer-Carías, «El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 3 (1999), pp. 31-56.

5 Giovanni Sartori, *Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. de Roberto Reyes, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 108. Además, califica el sistema venezolano como un óptimo «modelo de presidencialismo de dos partidos», ídem, p. 194. Por su parte, Alfredo Ramos Jiménez en el artículo «Venezuela: el ocaso de una democracia bipartidista» publicado en Comisión Universidad Constituyente, *Contribución a la Asamblea Nacional Constituyente*, Universidad de los Andes, Mérida, 1999, p. 43, comparte este calificativo y añade que este modelo «caracterizado por gobiernos monocolores y Parlamentos controlados por un bipartidismo que reducía las posibilidades de terceros partidos», se reafirmaba periódicamente con cada elección.

nuevas fuerzas políticas como representantes parlamentarios, y en diciembre del mismo año con la elección como Presidente de la República de Hugo Chávez Frías. El programa político que defendía el ahora presidente estaba encabezado por la propuesta de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, con la tarea de renovar las estructuras políticas y jurídicas del país, a través de la elaboración de un nuevo texto constitucional. Al recibir el apoyo popular por medio de los votos, sus primeros pasos en la conducción del país se dirigieron hacia la ejecución de este proyecto.

Junto a una de las crisis económicas más agudas del Estado rentista petrolero[6], el cual mostró su incapacidad de perdurar como proveedor dadivoso de soluciones a las necesidades colectivas, a través de su poco eficiente sistema de redistribución de la riqueza proveniente de los ingresos petroleros; encontramos una crisis institucional plena, el colectivo ha perdido credibilidad en los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales; en los organismos descentralizados territorial y funcionalmente; en las fuerzas de seguridad; en los partidos políticos; en las sociedades intermedias: gremios, sindicatos y colegios profesionales; en fin en toda la estructura que cimienta al Estado venezolano.

Así pues, «la ineficiencia, la ineficacia, la corrupción, la falta de representatividad, la inexistencia de fórmulas reales de participa-

---

6 Los indicadores macro económicos muestran los niveles de recesión de este sector venezolano, el PIB en 1977 fue del 6.4%, en 1998 fue de -0.1% y en 1999 se ubicó en -7.2%. La tasa de inflación (índice de Precios al Consumidor en el área metropolitana de Caracas), en 1997 fue del 37.6%, en 1998 fue del 29.9% y en 1999 descendió hasta el 23%; estas disminuciones considerables en puntos porcentuales muestran el estancamiento en que está sumida la economía del país, que se ha reflejado en el debilitamiento del consumo, con una marcada caída en la demanda efectiva de bienes y servicios -co-mo consecuencia de la pérdida de poder adquisitivo-, lo que se refleja en la disminución de la tasa de inflación (así lo expresa uno de los directores del Banco Central de Venezuela, Domingo Felipe Maza Zavala, (2000, junio 07), «Fronteras macroeconómicas», *El Nacional* [periódico en línea]. Disponible: http//www.cl-nacional.com/eln07062000/pa4s3.htm [consulta: 2000, junio 07]. Los datos macroeconómicos han sido tomados de Banco Central de Venezuela (2000). *Indicadores Macroeconómicos.* [Documento en línea] Disponible: http://www.bcv.org.vc/cuadros/7/712a.htm [Consulta: 2000, junio 2].

ción, el centralismo y las desviaciones de los partidos políticos, entre otras, son causas de índole política que evidentemente fueron catalizadas en medio de la crisis económica que venimos sufriendo desde la década de los ochenta»[7].

A esta inestabilidad de la representatividad se sumó el desinterés de los ciudadanos por la política como actividad humana. Los partidos perdieron su capacidad de articulación y combinación de los variados intereses y aspiraciones de la sociedad, y son percibidos como proclives a fomentar la corrupción pública[8]. La consecuencia directa de esta inestabilidad es la desconfianza en las instituciones políticas, la cual puede ubicarse en cifras cercanas al 76% para la administración pública, 69% de desconfianza hacia el poder judicial y 71% en el gobierno[9].

Esta crisis hizo mella también en la democracia como sistema, a la cual se le identifica con la propagación de la corrupción y con la ineficiencia. Así, la percepción respecto de la Constitución de 1961 y las instituciones democráticas en ella definidas, desmejoró notoriamente, sobre todo después del llamado «Caracazo» del 27 de febrero de 1989 -alzamiento popular por el que se manifestó, en forma trágica, el colapso del sistema-; luego con las dos intentonas golpistas del 4 de febrero y del 27 de noviembre de 1992 (año en el que se estaba realizando, por parte del Congreso de la República, un procedimiento de Reforma constitucional que no llegó a materializarse por falta de interés de sus protagonistas); y además con el enjuiciamiento del entonces Presidente de la República en 1993. Los factores que debilitaron la percepción de la Constitución como norma apropiada para superar la crisis política y la hicieron vulnerable fueron[10], entre otros: el carácter ideológico-pragmático de la

---

7 Carlos Ayala Corao, «Reformas del presidencialismo y gobernabilidad democrática» en *SIC*, julio de 1994, p. 254.

8 Según la encuesta Latinobarómetro 95, realizada en ocho países latinoamericanos, incluido Venezuela, el 70% de los encuestados manifestó tener poca o ninguna confianza en los partidos políticos. El rechazo hacia los partidos en Venezuela se cifró en el 82%. Esta encuesta es referida por Ricardo Combellas, *¿Qué es la Constituyente? Voz para el futuro de Venezuela*, Panapo, Caracas, 1998, p. 71 y ss.

9 Idem, p. 72.

10 Al respecto puede verse a Ricardo Combellas, *Constituyente. Aportes al Debate,* Fundación Konrad Adenauer- COPRE, Caracas, 1998, p. X.

Constitución no se asumió debidamente, la acción legislativa acompañó el programa constitucional de una forma tardía y reactiva, sin que le diera a la Constitución un impulso coherente. El Estado no diseñó adecuadas garantías institucionales para la mejor protección de los derechos fundamentales, muestra de ello es el gravísimo deterioro de la calidad de vida de amplios estratos de la población -señal de una Constitución social retórica-, y las altas cifras de violaciones de derechos humanos. El deterioro del Poder Judicial, máximo garante del Estado de Derecho ha frustrado su realización.

En definitiva, «la desviación populista, el clientelismo y la corrupción desvirtuaron el programa constitucional»[11], además la sustitución en la praxis del Estado del principio democrático recogido por la Constitución por la llamada «partidocracia», esto es, el monopolio de los partidos políticos en la conducción genera[12] del Estado y de las sociedades intermedias y la apropiación absoluta de la participación y representatividad a todo nivel de la vida nacional; contribuyó al colapso del sistema.

El sistema de partidos desatendió las exigencias de los ciudadanos y olvidó la conveniencia del diálogo constante de los ciudadanos con el Estado en todas sus instancias y lo contraproducente de limitar la participación política de éstos, sólo a una función electoral; que lejos de configurar una verdadera democracia representativa, caracterizada por la participación política -entendida como la intervención de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas y el desempeño de un papel activo-[13], configura lo que Guillermo O'Donnell[14] ha denominado «democracia delegativa», la cual se basa en la premisa de que quienes llegan al poder como producto de triunfar en las elecciones, están autorizados a gobernar en la forma que ellos estimen conveniente, con la única restricción que imponen las luchas de poder con sus oponentes, pero sin que la *accoun-*

---

11 Ricardo Combellas, «Por qué renovar la excelente Constitución de 1961» en *SIC*, julio de 1994, p. 245 y ss.

12 Se emplea también el término partitocracia, en este sentido ver Roberto Blanco Váldés, *Los partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 45 y ss.

13 Manuel Ramírez, *La Participación Política*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 30 y ss.

14 Guillermo O'Donnell, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización,* Paidós, Buenos Aires, 1997, pp. 293 y ss.

tability sea valorada en su función primordial -la de rendir cuenta ante los electores-, sino como un simple requisito sin mayor trascendencia.

La voluntad popular de cambio expresada en forma democrática en las elecciones de 1998 fue inequívoca, se vociferó a la clase dirigente la impostergable necesidad de renovación. Ante la profunda crisis, incluso definida como «crisis de proyecto social»[15], pero indudablemente también crisis política, institucional y económica, se requiere un nuevo planteamiento de las estructuras político-sociales, por la vía de los consensos necesarios para establecer nuevos acuerdos políticos que, al traducirse en normas jurídicas, en normas constitucionales, marquen la nueva orientación jurídico-política de la sociedad venezolana que permita el desarrollo y el bienestar colectivo.

En estas circunstancias el gran reto para la democracia venezolana era diseñar un nuevo pacto social constitucional, tutelado por la democracia con el fin de que ella misma pueda subsistir y perfeccionarse.

II. LA CONSULTA AL PUEBLO SOBRE LA CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

En la sociedad venezolana ha habido acuerdo unánime en torno a la necesidad de una segunda transición enteramente democrática. Tras más de cuarenta años de vivencia en este sistema, era impensable que una vía distinta pudiera ser aceptada para conseguir la modificación del sistema jurídico. Resultaba desde todo punto improbable la ruptura constitucional como mecanismo de cambio, los actores políticos asumieron, como única vía posible, la institucional con apego a la legalidad vigente en aquel momento.

1. *La enmienda y la reforma en la Constitución de 1961*

Ante la ausencia de mecanismos para convocar al pueblo a reunirse y ejercer su poder soberano con el fin de elaborar una nueva Constitución -en vista de que no estaba prevista en el texto constitucional la posibilidad ni el procedimiento para conformar una Asamblea Nacional con funciones constituyentes-, se instauró una vía

---

15 «El Proceso Constituyente», *Cuadernos de discusión*, Centro Gumilla, SIC, Quinto Día, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, N° 1, 1999, p. l.

novedosa para obtener tal resultado, producto de la interpretación de los principios constitucionales por parte de la Corte Suprema de Justicia.

La Constitución de 1961[16] reunía las características de rigidez en cuanto a los mecanismos de revisión de su texto, su contenido era indisponible para el Poder Legislativo. En su Título X, en los artículos 245 al 248, preveía las instituciones de la enmienda y la reforma, la primera de ellas como instrumento para facilitar cambios no fundamentales en el pacto político constitucional y la reforma como procedimiento seguirse para modificar las decisiones fundamentales o básicas para organizar políticamente a la comunidad. En el texto de la Constitución no se indicaba en qué casos era procedente el empleo de una u otra figura, pero con base en la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución del año 1960 se justificaba, en opinión de la doctrina dominante, u diferenciación. Así, la diferencia entre ambas estaba en la naturaleza de los elementos a modificar, si eran incidentales se acudiría a la enmienda y si eran fundamentales a la reforma, la cual exigía la aprobación popular a través del referéndum, por mayoría absoluta de los votantes, mientras que en la enmienda sólo se exigía la aprobación del proyecto por parte de las Asambleas Legislativas de los Estados.[17]

Las profundas necesidades de cambio no podían ser satisfechas por las vías contempladas en la Constitución, puesto que se requería reunir al poder constituyente con el objeto de redactar un nuevo texto constitucional, no sólo para modificar algunas instituciones o principios fundamentales del Estado sino para reestructurarlo. Se venía planteado la exigencia, a nivel general[18], de reformar la Constitución de 1961 por la vía de los artículos 246 y siguientes, para incluir el procedimiento de convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, ante las inconclusas propuestas de reforma

---

16 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela,* Número 662 Extraordinaria de 23 de enero de 1961.

17 A. Brewer-Carías, Asamblea *Constituyente,* ob. cit., p. 91 *y* ss.

18 Un amplio tratamiento de estos «frustrados» planteamientos de reforma general de la Constitución de 1961 se puede ver en *Comisión Universidad Constituyente, Contribución a la Asamblea Nacional Constituyente,* ob. cit. También hace referencia a ello, entre otros, Ricardo Combellas, en *¿Qué es la Constituyente?* Ob. cit.

general de 1992 y 1994-1995, lideradas por Rafael Caldera (en aquel entonces, Presidente de la República, por segunda vez desde 1994), las cuales sólo recibieron las discusiones iniciales, pero posteriormente no se tramitaron las fases procedimentales necesarias para ser aprobadas. Finalmente, se abandonaron en la «rutina parlamentaria», al perder su impulso inicial y desdibujar sus propuestas más necesarias y urgentes.

Los hechos electorales de 1998 hicieron evidente la voluntad popular de configurar una profunda renovación no sólo en el ámbito de las capas representativas de la vida política sino a nivel de la estructura jurídica del Estado. Por primera vez en la historia venezolana se procedía en forma democrática para elaborar de nuevo las «reglas del juego democrático» y sustituir a los representantes políticos tradicionales. En otras ocasiones también se había planteado en forma democrática la posibilidad de cambio político, pero ante el fracaso se procedía de inmediato a la ruptura del orden constitucional"[19].

A partir de la llegada a la Presidencia de la República de Hugo Chávez[20], se abrió un debate jurídico en el que se ventilaban dos opciones posibles: la primera giraba en torno a la pertinencia de la reforma de la Constitución, para plantear la convocatoria de la Asamblea Constituyente, en el mayor apego al régimen de Estado constitucional, fundado en la democracia representativa que regu-

---

19 Esto ha sucedido en repetidas ocasiones en la historia de Venezuela, los cambios que inicialmente se planteaban por mecanismos democráticos eran finalmente consumados por la vía de la revolución, el golpe de Estado o una guerra. A. Brewer-Carías nos ofrece un detallado estudio al respecto en su obra *Evolución Histórica del Estado,* ob. cit., y un tratamiento sintético en *La Constitución de 1999*, Ed. Arte, Caracas, 2000, p. 18 y ss. En este orden de ideas podemos señalar la elección presidencial de 1846 que 12 años después condujo a las Guerras Federales. Igualmente, la elección de 1897 que desencadenó la Revolución de Queipa de 1898 y la Revolución Liberal Restauradora de 1899. Igualmente sucedió con el intento de cambio del sistema electoral que permitiera la elección presidencial directa en 1944, el cual fracasó y condujo a la Revolución de octubre de 1945, revolución que consiguió un cambio radical del sistema político, pero por la vía violenta.

20 Con un respaldo electoral del 33,52% de los electores, el cual se traduce en 3.673.685 votantes, un 6,45% de votos nulos y una abstención de 36,24%. Datos tomados de: Consejo Nacional Electoral (1998). *Resultados Elecciones Presidenciales* 1998. [Documento en línea) Disponible: http://www.cne.gov.ve/ elccc_rea/presidenciales.html [Consulta: 2000, junio 2).

laba la Constitución de 1961, y en el respeto a la supremacía de ésta. La segunda opción defendía que no era necesaria tal reforma para regular la Asamblea Constituyente, sino que, en virtud de la soberanía popular, el pueblo como titular del Poder Constituyente y en ejercicio de éste, podía manifestar su voluntad a través de un referéndum consultivo y así convocar dicha Asamblea con el objetivo de elaborar una nueva Constitución. Fue esta última opción la que terminó imponiéndose como veremos a continuación.

2. *El equilibrio del Estado Constitucional: entre la soberanía popular y la supremacía constitucional*

Partiendo de la noción del poder constituyente y del poder de revisión constitucional, se puede encuadrar la coincidencia de los principios rectores del Estado Constitucional: la soberanía popular y la supremacía constitucional y su coexistencia en igualdad de condiciones dentro de la praxis del Estado Constitucional. Así, cuando por la vía constitucional se proponga y lleve a cabo un cambio en la normativa jurídica, en los términos que la Constitución pre-supone como requisitos de validez para esta modificación, estaremos en presencia del llamado poder de revisión o reforma constitucional.

Pero en caso de que tal reforma sea plena y sea llevada a cabo a través de una asamblea, conformada por los representantes del pueblo, con el fin exclusivo de darse un nueva Constitución y no sólo de modificar ciertas instituciones y principios de la anterior, estaremos en presencia del Poder Constituyente, que operará en el ámbito jurídico y simultáneamente en el político.

Coincidente con el criterio expuesto es el de Allan Brewer-Carías quien señala respecto al incontenible proceso de cambio que se ha experimentado en Venezuela: «el dilema planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional, [...] no puede tener una decisión que derive de la sola discusión jurídica, sino que necesaria y básicamente tiene que tener una solución de carácter político, pero guiada por el órgano del Estado Constitucional, al que corresponde la jurisdicción constitucional»[21].

En Venezuela de acuerdo con la Constitución de 1961, vigente en 1998, el órgano competente para conocer los conflictos en el ámbito de interpretación constitucional era la Corte Suprema de

---

21 A. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente, ob. cit*., p. 161.

Justicia y fue ésta la que dictaminó la vía a seguir para la convocatoria al poder constituyente del pueblo.

Como antes señalamos, existían dos posiciones respecto a la vía que era jurídicamente correcta para hacer posible la conformación de una asamblea con carácter constituyente. La primera de ellas defendía con apego al principio de supremacía constitucional -vigente en el Estado constitucional inspirado por la democracia representativa-, que era requisito *sine qua non* realizar una reforma a la Constitución que permitiera incluir en su texto el mecanismo de convocatoria, puesto que las dos instituciones previstas, la enmienda y la reforma, no eran aptas para tal fin; por tanto, era indispensable crear esta institución dentro de la Constitución. La otra corriente argumentaba que, evocando el principio de soberanía popular, era factible consultar al pueblo, a través del mecanismo diseñado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (LOSPP): el referéndum consultivo para los asuntos de gran «trascendencia nacional», respecto de su voluntad de ejercer el poder constituyente y elaborar una nueva Constitución, sin una reforma constitucional previa que incorporara a la categoría de norma constitucional el procedimiento de convocatoria de la Asamblea. Bastaría pues que el pueblo como soberano expresara su voluntad de convocar a la Asamblea, para que ésta fuera elegida posteriormente y se iniciara la reforma constitucional.

Se acudió a la Corte Suprema de Justicia para que, como máxima intérprete de la norma suprema, decidiera la procedencia o no de las opciones planteadas, se interpusieron dos «recursos de interpretación», los cuales pretendían que el máximo tribunal aclarara la confrontación entre el principio de supremacía constitucional y el de soberanía popular, esto es, la exigencia de una reforma previa a la convocatoria de la Asamblea o la convocatoria como mandato popular directo e inmediato.

A. *Sentencias de la Corte Suprema de Justicia*

El primero de los recursos de interpretación interpuesto, en fecha 21 de octubre de 1998, solicitaba a la Corte que se pronunciara respecto al alcance de la consulta por vía de referéndum, contemplada en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (LOSPP), puesto que, en opinión de los solicitantes, esta norma sólo establece la posibilidad de *«consultar* a los integrantes del cuerpo electoral nacional, sin que la opinión manifestada por dicho cuerpo pueda servir de fundamento a la convocatoria

de una Asamblea Constituyente, pues para ello sería necesaria la enmienda o la reforma previa de la Ley Originaria, ya que éstos son los únicos medios contemplados en el ordenamiento jurídico nacional para modificar válidamente la Constitución». Su petitorio estaba dirigido a lograr que la Corte estableciera «de manera cierta e indubitable la inteligencia y significado» del artículo señalado.

El otro recurso presentado en fecha 16 de diciembre de 1998 pretendía que el supremo tribunal interpretara el artículo 4 de la Constitución Nacional de 1961, concatenándolo con el artículo 181 de la LOSPP. En vista de la situación divergente planteada por las posturas ya mencionadas, los recurrentes pedían que la Corte estableciera con claridad «qué sentido debe atribuírsele a las referidas normas en cuanto a la posibilidad real o no de llevar a cabo dicha convocatoria a una Asamblea Constituyente». El artículo 4 de la Constitución de 1961 dispone que: «La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público»; tomando en consideración que la norma hace expresa mención al ejercicio de la soberanía por medio de los poderes públicos, los actores apelaban a este argumento para hacer ver que era indispensable una «reforma puntual de la Constitución de la República que cree la figura de la Asamblea Constituyente para llevar a cabo dicha convocatoria». Aclaraban que no se pronunciaban por ninguna de las dos posiciones encontradas, pero añadían que en vista de que «la propuesta del Presidente Electo (Hugo Chávez) se basa tanto en el artículo 181 de la LOSPP, como en el artículo 4 de la Constitución, [...] no sería lógico pronunciarse en relación a la viabilidad constitucional de esta propuesta interpretando sólo el primero de estos artículos [...] sino que debe incluirse forzosamente la interpretación también del articulo 4 de la Constitución.»

En sendas Sentencias de la Sala Político Administrativa[22] de fecha 19 de enero de 1999, el máximo tribunal resolvió los recursos interpuestos y dejó establecida la posibilidad de convocar a un referéndum[23], conforme con lo previsto en la LOSPP, la cual en su

---

22 Sentencias que pueden ser consultadas en Corte Suprema de Justicia (1999). *Recurso de Interpretación artículo 181* [Documento en línea] Sala Político Administrativa. Disponible: http://www.csj.gov.ve/sentencias/SPNspaI9011 999-15169.html[Consulta: 1999, febrero 25].

23 A pesar de que, como se ha dicho, no existía en la Constitución tal posibilidad, lo cual refleja el carácter político de tales decisiones. De esta opi-

artículo 181 establece: «El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, el Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras, convocada con cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de su realización, por el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los miembros presentes; o un número no menor del diez por ciento (10%) de aquellos electores inscritos en el Registro Electoral, tendrán la iniciativa para convocar la celebración de un referendo, con el objeto de consultar a los electores sobre las decisiones de especial trascendencia nacional. [...]».

Así, en la sentencia que resolvió el primero de los recursos, actuando como ponente el magistrado Héctor Paradisi León, publicada el 19 de enero de 1999, la Corte declara: «si es procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente. [...]». También agrega el contenido de la decisión: «ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso tiene una especial trascendencia nacional, en la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los Órganos competentes del Poder Público Nacional *diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos;* o para que, previamente, *tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza»* (las cursivas son nuestras). Además, remite expresamente al «fallo publicado en esta misma fecha, con motivo del recurso de interpretación interpuesto», esto es, el segundo de los referidos.

Como se puede observar, la Corte, lejos de dar una respuesta directa a la importante interrogante planteada, abre la posibilidad para que se realice el referéndum consultivo, pero no establece

---

nión es Alessandro Pace en «La muerte de una Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 1999; quien señala que la sentencia del 19 de enero de 1999 «deja mucho que desear, tanto en la coherencia de su argumentación, como en su claridad conceptual. Sin embargo, debe prestarse atención a esta Sentencia y reflexionarse detenidamente sobre la misma, tanto por la importancia práctica que ha tenido en Venezuela -al legitimar dicha decisión, con toda la autoridad que le es propia, una decisión política bastante discutible desde el punto de vista jurídico-, como por la relevancia teórica de los problemas afrontados por la misma …».

con precisión el mecanismo que permita tal convocatoria, sino que encarga tal cometido a los «órganos competentes», quienes decidirán si «diseñar» el procedimiento o reformar la Constitución. En opinión de Brewer-Carías la cual compartimos, la "Corte no resolvió la discusión constitucional que estaba planteada",[24] puesto que si bien sus razonamientos permiten deducir que es apta la vía del referéndum para convocar la Asamblea, también dejan ver que no es suficiente, sino que se requerirá la elaboración de mecanismos de convocatoria y operatividad para tal Asamblea.

La remisión que hace a los «órganos competentes» no dice mucho, puesto que, de acuerdo con la Constitución y las leyes vigentes, no existía órgano alguno con tal competencia, ninguno de los Poderes Públicos podía modificar la Constitución en una forma distinta a la señalada en el artículo 245 de la Constitución (enmienda) y en el artículo 246 *ejusdem* (reforma) y por tanto eran incompetentes para regular la «convocatoria y operatividad» de una Asamblea Constituyente. En el segundo de los supuestos, esto es, en el caso que se reformara la Constitución para incluir la figura de la Asamblea, queda claro que los órganos competentes son, o bien las Cámaras Legislativas, o bien, las Asambleas Legislativas, conforme con los artículos 245 y siguientes de la Constitución de 1961, que establecen el procedimiento de reforma constitucional.

Por tanto, estimamos que el problema jurídico lejos de quedar resuelto, era identificado con mayor precisión por la Corte: ante la constitucionalidad de la convocatoria a un referéndum consultivo, conforme con la LOSPP, sobre la posibilidad de conformar una Asamblea Constituyente, es evidente su insuficiencia para ser considerado como un procedimiento constitucional (puesto que es un mecanismo previsto en una ley, y el régimen que regula los mecanismos de reforma constitucional debe tener rango constitucional, ya que al consistir en una limitación procedimental del poder constituyente, han sido previstos única y exclusivamente en el instrumento que ha juridificado a dicho poder, esto es, la Constitución, única norma apta para que el poder soberano se autolimite). Ante la insuficiencia del referéndum consultivo era preciso optar por una de las posibilidades planteadas, o bien que los órganos competentes diseñaran el mecanismo para la convocatoria a la

---

[24] A. Brewer-Carías*, Asamblea Constituyente,* ob. cit., p. 168.

Asamblea y su reglamentación -supuesto de imposible realización por la inexistencia de tales órganos competentes-, o bien la reforma de la Constitución y la incorporación de la figura de la Asamblea. En el primer supuesto, pudiera ser pertinente, desde el punto de vista jurídico-constitucional, prever que en la propia consulta popular, además de formularse las preguntas sobre el régimen de la Asamblea (carácter: unicameral o bicameral, forma de elección, condiciones de elegibilidad de sus miembros, las condiciones de postulación de éstos, duración y sus funciones y competencias en relación con los poderes constituidos), se permitiera al pueblo pronunciarse sobre la determinación del «órgano competente» que debía formalizar ese régimen, en el marco de la vigencia de la Constitución de 1961. Sin embargo, el máximo intérprete de la Constitución no formuló esta posibilidad expresamente.

En la otra sentencia que emite la Corte con motivo del segundo recurso presentado a su conocimiento, también publicada el 19 de enero de 1999, pero teniendo como ponente al Magistrado Humberto J. La Roche, el supremo tribunal aclara que efectuará la *interpretación constitucional,* y no «interpretación de la Constitución», esto es, interpretación del ordenamiento jurídico como "combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del Derecho"[25], interpretación constitucional que se corresponde con la naturaleza del Estado venezolano como «Estado constitucional de Derecho fundado en la supremacía del estatuto constitucional».

Pretende fijar de conformidad con el petitorio de la parte actora el sentido y alcance del artículo 4 de la Constitución y del artículo 181 de la LOSPP, para ello entra a valorar el contenido del preámbulo de la Constitución de 1961, que establece como propósito fundamental de la nación venezolana: «sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos» y el derecho a la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de la vida estatal además del derecho a la consulta popular; los cuales, aunque no están expresamente consagrados en el texto de la Constitución de 1961, se pueden considerar como plenamente válidos en virtud del artículo

[25] El texto de la sentencia remite al libro de María Luisa Balaguer, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico,* Tecnos, Madrid, 1997.

50 *ejusdem,* el cual prescribe: «La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.» Este artículo, según el criterio de la Corte, «consagra expresamente la posibilidad de la laguna constitucional, en el sentido de que una exigencia al derecho, fundamentada objetivamente por las circunstancias sociales, políticas y económicas dadas, no encuentre satisfacción en la Constitución misma». Su razonamiento se dirige a considerar que, aunque el derecho a la consulta popular no está expresamente establecido por la Constitución, lo que es una laguna constitucional, ésta no puede privar al pueblo soberano de ejercer un derecho que le es esencial e inherente, para tomar las decisiones políticas que le son propias.

En nuestra opinión, este razonamiento no es pertinente para resolver el fondo de la consulta planteada, puesto que obviamente tal derecho político (categoría a la que pertenece, aun cuando la Corte lo ubica como un derecho individual), debe ser garantizado en un Estado democrático, pero esto no implica que una *consulta, per se,* pueda ser apta para modificar la norma suprema de un Estado de Derecho. Lo que se pretendía era lograr que la Corte resolviera en torno al conflicto suscitado entre el principio de soberanía popular y el de supremacía constitucional, ante la ausencia de previsión constitucional en relación con la figura de la Asamblea Constituyente.

Podía reformarse la Constitución e incorporar tal figura a su texto, dejando incólume la supremacía constitucional, pero desatendiendo la voluntad popular en forma inmediata, dejándola en un segundo plano (no de importancia sino de aplicación temporal), aunque en definitiva se estaría logrando el fin propuesto por el soberano, que era la convocatoria a una Asamblea Constituyente. De seguir esta vía sólo hubiese acarreado cierta demora, pero no se habría vulnerado ninguno de los principios; aunque en medio de la grave crisis política que vive el país, esa pérdida de tiempo pudiera considerarse muy significativa, pero definitivamente menos onerosa para la validez del sistema que la vulneración del texto constitucional, puesto que consideramos que cualquier intento de convocar una Asamblea sin estar prevista en el texto de la Constitución suponía una transgresión de la misma, ya que se le estaría derogando por una vía de hecho.

De no seguirse la vía de la reforma previa a la convocatoria, se contaba con la otra opción la cual permitía «sacrificar la supremacía

de la Constitución y convocar a una Asamblea para modificarla, aun cuando no se hiciera por las únicas vías institucionalizadas en el texto de la misma, todo esto para salvaguardar la vigencia del poder soberano del pueblo, quien puede en todo momento y en ejercicio del poder constituyente que le es propio, decidir cambiar la norma que regula el ordenamiento jurídico, por vías que este no ha previsto. Esta falta de previsión constitucional de la figura de la asamblea pudiera llegar a ser considerada como una laguna, la cual entonces podría ser superada por vía de la interpretación constitucional. Así pues, concatenando los principios rectores del ordenamiento jurídico, ponderando en el caso concreto los dos principios constitucionales en conflicto, esto es, la soberanía y la supremacía, el intérprete debería elegir uno de ellos como de aplicación preferente, ante las circunstancias planteadas, pero sin que esto implique la pérdida de vigencia del otro, sino una simple cesión en el orden de aplicación de uno de ellos a favor del otro, por ser la solución más racional y la más eficaz para conseguir el fin planteado, el cual era legítimo en el marco del Estado democrático de Derecho.

Razonando por esta segunda vía, la cual no aceptamos como jurídicamente apropiada, en nuestra opinión llegaríamos a la misma solución: la necesidad de salvaguardar la supremacía constitucional, sin que esto signifique el principio de soberanía popular pierda validez, sino que estaría cediendo a favor de aquel que sea más apropiado para lograr el fin propuesto, con el menor coste para el sistema. Con una reforma previa a la Constitución y la subsiguiente regulación de la Asamblea Constitucional, se garantizaría la seguridad jurídica del ordenamiento, en tanto en cuanto la Constitución era observada plenamente y se ejecutaba el mandato de la voluntad del pueblo soberano, en una forma racional, garantizándole que tal ejecución se haría conforme con unas reglas de juego preestablecidas por el propio soberano.

La Corte en una larga sentencia hace una serie de razonamientos en torno al poder constituyente, con los cuales coincidimos, pero que al final no fueron usados por el Supremo Tribunal para decidir con claridad meridiana cuál era el camino a seguir, puesto que si bien es cierto declara apto el referéndum consultivo del artículo 181 LOSPP, no señala el mecanismo a cumplimentar para convocar la asamblea, sino que de nuevo deja en manos de los «órganos competentes» tal decisión, pero ¿quiénes son estos?, si tales órganos competentes no están definidos por la Constitución.

La Corte en la sentencia del magistrado Humberto J. La Roche hace referencia a tres conceptos capitales de la teoría del poder constituyente, que creemos pertinente retomar. En primer término, señala al poder constituyente originario, el cual «se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional», el cual sólo se manifiesta una vez, al constituirse el Estado, y si se manifiesta de nuevo lo haría como producto de una situación fáctica, una revolución que colapsara el sistema jurídico creado por ese poder al configurar la estructura estatal. Este poder prejurídico, absoluto e ilimitado se ordena racionalmente al juridificarse, es decir, al constitucionalizarse. El pueblo asume su Constitución como norma que rige las manifestaciones de su poder soberano y la declara de observancia prevalente, en la jerarquía de aplicación del sistema jurídico del que se ha dotado. Se autolimita como garantía de la eficacia de los principios que informan su ordenamiento jurídico, como mecanismo de preservar la libertad y la igualdad, en el marco del Estado democrático constitucional.

Los dos conceptos restantes que hemos calificado como capitales, el poder de reforma o de revisión o "poder constituyente instituido" y los poderes constituidos, también encuentran cabida en los razonamientos que hace la Corte. Así pues, la reforma constitucional resulta de la convergencia de los principios de soberanía popular y de supremacía constitucional, los cuales son pilares del Estado Constitucional, y tendrá a su cargo la adaptación de la Constitución a los cambios sociales propios de la evolución de la comunidad, para lo cual el poder constituyente ha previsto en la norma suprema el procedimiento que se deberá llevar a cabo a tal fin, como consecuencia de la característica de rigidez que es propia las constituciones actuales.

Al respecto la Corte establece, en la sentencia que analizamos, que "la competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución conforme a lo previsto en su mismo texto, es Poder Constituyente Instituido o Constituido, [...] (el cual) está limitado y regulado, a diferencia del Poder Constituyente Originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido".

Por su parte, los poderes constituidos son producto de la voluntad del poder constituyente, manifestada a través de la consagración de éstos en el texto constitucional, al cual están sometidos en sus actuaciones y les es imposible modificar, señala la Corte: «cuando

se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, estamos en presencia del Poder Constituido».

Reafirma la Corte que el poder constituyente, ya se trate del originario o del instituido, no podrá nunca estar a disposición de los poderes constituidos. Además de estos enunciados, podemos deducir, que si bien es cierto el poder constituyente originario corresponde al pueblo, es éste como tal quien tiene facultades absolutas e ilimitadas; no así sus representantes en la Asamblea Constituyente, los cuales son sólo mandatarios elegidos por el pueblo para un fin determinado, pero nunca pueden confundirse con el propio pueblo soberano, ni puede identificarse a la Asamblea con el poder constituyente originario. Es apropiado tomar en cuenta la útil distinción que hacen los autores alemanes[26], entre lo que han denominado el «Soberano» y el «órgano soberano». El soberano, esto es, el pueblo organizado políticamente, no tiene limitaciones legales como poder constituyente, pero los órganos del soberano, además de las limitaciones que éste le impone, están sometidos a diferentes tipos de control, incluido el político, por parte de quienes le han elegido, a través del referéndum aprobatorio del texto constitucional que han elaborado.

Partiendo de la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos, la Corte concibe al primero como ilimitado frente a las normas constitucionales que regulan los poderes constituidos y que en ningún caso podrán imponer barreras al poder constituyente, así pues, señala el máximo tribunal que «nuestra Carta Magna, no sólo predica la naturaleza popular de la soberanía sino que además se dirige a limitar los mecanismos de reforma constitucional que se atribuyen a los poderes constituidos, en función de constituyente derivado». Aquí la Corte incurre en un error,[27] puesto que no es cierto que la Constitución venezolana atribuya el procedimiento de reforma a los poderes constituidos, «en función de constituyente derivado». Si bien es cierto que los poderes constituidos participan

---

26 C. M. McIlwain, *Consitutionalism and the changing World,* Cambridge, 1939, p. 65. Este autor es citado por A. Brewer Carías en *Evolución histórica del Estado,* ob. cit., p. 97.

27 En este mismo orden de ideas se pronuncia A. Brewer-Carías en su libro: *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente,* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 104 y ss.

en el procedimiento de reforma constitucional y pueden tener la iniciativa, lo hacen siempre junto con la participación popular, a través del referéndum aprobatorio.

Partiendo de esta afirmación incorrecta, la Corte continúa su exposición diciendo que «cuando los artículos 245 al 249 de la Constitución consagran los mecanismos de enmienda y reforma general, están regulando los procedimientos conforme a los cuales el Congreso de la República puede modificar la Constitución. Y es por tanto, a ese Poder Constituido y no al Poder Constituyente, que se dirige la previsión de inviolabilidad contemplada en el artículo *250 ejusdem».* El texto del mencionado artículo es del siguiente tenor «Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. [...]». Este artículo, durante la vigencia de la Constitución, se aplica al «poder constituyente instituido» en su actividad de reforma, y se consolida como un freno a la aparición del poder constituyente originario, que pudiera manifestarse por vías de hecho, de acuerdo con los principios de supremacía constitucional y soberanía popular. Por tanto, tampoco nos parece admisible la afirmación de la Corte respecto al destinatario del artículo citado y de la sanción que el mismo contiene.[28]

Continúa la Corte con su argumentación respecto a las características de ilimitado y absoluto, propias del poder constituyente originario, se expresa en estos términos: «Sin embargo, en ningún caso podría considerarse al Poder Constituyente originario incluido en esa disposición (el ya citado artículo 250 de la Constitución), que lo haría nugatorio, por no estar expresamente previsto como medio de cambio constitucional. Es inmanente a su naturaleza de poder sobe-

---

[28] Preveía este artículo, como consecuencia de las acciones que atentaran contra la vigencia de la Constitución, el enjuiciamiento conforme con la normativa por ella establecida, así, en su texto se puede leer: «serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y así mismo los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado».

rano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando estos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente». Es aceptado como inequívoco que el poder constituyente no pueda ser limitado por disposiciones producidas por los poderes constituidos, en virtud del principio de soberanía popular, pero también se ha reconocido como base del sistema el principio de supremacía constitucional, y en aplicación de éste es erróneo asegurar que el poder constituyente no esté sometido a su propia obra, a la Constitución a través de la cual él mismo se ha auto limitado procedimentalmente, como garantía de su óptimo funcionamiento en ejecución de la voluntad soberana que representa, recordemos que la misma Corte en su sentencia hace referencia a que la Constitución obliga tanto a gobernantes como a gobernados, y estos últimos son los miembros del cuerpo electoral, de la sociedad políticamente organizada, por tanto el poder constituyente está condicionado por las normas de rango constitucional que él mismo ha diseñado. Además, debemos repetir que no es correcto decir que los poderes constituidos actúen en forma extraordinaria en funciones constituyentes, puesto que éstos sólo participan como representantes populares que son, pero sin la intervención del pueblo no puede llevarse a cabo la labor constituyente.

La sentencia además señala que «ésta, indudablemente, es la tesis recogida por el propio constituyente de 1961 (se refiere a la señalada en el párrafo anterior), el cual consagró normas reguladoras de la reforma o la enmienda de la Constitución dirigidas al Poder Constituido y a un tiempo, incluso desde el Preámbulo, la consagración de la democracia como sistema político de la nación, sin soslayar, coherentemente, el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo. Ello conduce a una conclusión: la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquella, dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decide ejercerla». Es necesario recalcar que estas normas a las que se refiere la Corte, en nuestra opinión, sí son aplicables al poder constituyente y no sólo a los poderes constituidos en los términos en los que lo hemos señalado en los apartes anteriores, tales normas constituyen la expresión del principio de rigidez constitucional, que obliga a seguir los caminos indicados en la norma suprema, para reformarla, pero que también deben ser observadas por el poder constituyente originario, porque como bien lo dice la Corte «la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, den-

tro de los mecanismos jurídicos de participación, decida ejercerla». Son límites autoimpuestos por el poder constituyente originario y como tal tienen rango constitucional, pues es ésta la única vía que resulta pertinente. Así, el constituyente de 1961, al sancionar la Constitución, en representación del poder soberano (el pueblo), decidió ejercer la soberanía y convertir el proceso de reforma constitucional en supremacía constitucional. Entonces, la Constitución rige incluso para el pueblo, que es quien se ha impuesto la autolimitación consistente en que la misma sea reformada, con su directa participación, a través del referéndum aprobatorio.

Además, en este párrafo de la sentencia, que recién hemos citado, se puede colegir, y así lo ha hecho la Corte, que en el supuesto de que la soberanía del pueblo se manifieste mediante «los mecanismos jurídicos de participación», caso del referéndum consultivo que prevé la LOSPP, a través del mismo pueda implantarse otro mecanismo de reforma constitucional, cediendo allí el orden de aplicación del principio de supremacía constitucional a favor de la soberanía popular. Fue éste el «punto medular de la solución política que el máximo órgano jurisdiccional dio al conflicto que estaba planteado"[29], entre los dos principios básicos del Estado Constitucional. En vista de que no está prevista, en la Constitución, la figura de la Asamblea Constituyente como «poder constituyente instituido» para la reforma constitucional, tal Asamblea puede ser convocada como consecuencia de una consulta popular realizada mediante el referéndum consultivo, con lo cual se convierte la soberanía popular, de nuevo, en supremacía constitucional. Fue la opción políticamente apropiada, pero en el plano jurídico quedaron situaciones por aclarar. Las decisiones de los tribunales constitucionales suelen ser, además de jurídicas, políticas; sobre todo en casos, como el que nos ocupa, en los que la normativa constitucional no ofrece un contexto apropiado y suficiente para resolver los conflictos, es preciso, pues, acudir a la interpretación judicial.

La sentencia que tratamos hace expresa referencia a los pilares del Estado venezolano, en su texto puede leerse «El Estado constitucional venezolano cimienta su estructura y razón de ser en dos principios fundamentales: a) Por un lado, en la tesis de la democracia o «gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo»; b) por

---

29 A. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario,* ob. cit., p. 110.

el otro, en el principio de la supremacía de la Constitución, que coloca a ésta en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, lo cual obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella.» Atendiendo a estos principios y a la divergencia que se plantea entre ellos, la Corte asume que en virtud del artículo 4 de la Constitución, que contempla expresamente el principio de la representación popular, esto es, de la democracia representativa, por «estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que éste no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del poder público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio»; el titular de la soberanía podrá hacerla valer en forma inmediata o directa, en aquellos asuntos para los que no haya previsto en la Constitución delegación expresa. Concluye la Corte que «la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no exista previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos corno el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo». La democracia representativa podrá ser sustituida por la directa en aquellos casos en los que la naturaleza del asunto tratado así lo exija, la vía de referéndum es por tanto válida. Esto ha sido reiterado, pero no es todo lo que se necesita para desarrollar la tarea constituyente en forma ortodoxa, puesto que el *íter* procedimental no ha sido establecido.

El comentario que hace Brewer-Carías respecto de la sentencia nos confirma la ambigüedad de la decisión, que hemos tratado de mostrar en las líneas precedentes. Así, sostiene el autor citado que «nada nuevo dijo la Corte y menos aún resolvió y decidió en forma precisa y clara sobre el asunto que le fue planteado[30]»; es más, se ratifica la incertidumbre creada por la primera de las sentencias que remite a los órganos competentes el diseño del mecanismo institucional apto para la convocatoria, sin que éstos existan en la Constitución. Esta segunda sentencia deja ver que conforme con el criterio del máximo tribunal no es suficiente la consulta popular para la convocatoria y conformación de una Asamblea Constituyente, puesto que tal consulta sólo sería un «mandato político obligatorio [...] para que los órganos del Poder Público *competen-*

30 A. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente,* ob. cit., p. 173 y ss.

tes procedan a efectuar las modificaciones jurídicas derivadas de la consulta popular. [...] Sólo después de que estas modificaciones se efectúen, conforme al criterio de la Corte, es que la consulta popular sería efectiva».

A pesar de que, en estricto apego al contenido de los principios rectores del Estado constitucional, estas sentencias fueron bastante inexactas[31], la sociedad venezolana consiguió en ellas una vía que hacía posible el cambio requerido con tanta urgencia y que sólo era propicio teniendo como base la democracia.

La opinión pública se inclinó rápidamente a iniciar la etapa de transición tomando como punto de arranque un referéndum consultivo en el que el pueblo expresara su voluntad, afirmativa o negativa, de convocar una Asamblea Constituyente, sin necesidad de una reforma previa y así se procedió. La Corte había dejado allanado el empleo de este instrumento[32].

Interpretando las sentencias del 19 de enero se podía colegir la validez del referéndum consultivo para convocar la Asamblea Constituyente, aun cuando los argumentos empleados por la Corte en sus sentencias no fueran del todo convincentes en el plano jurídico, lo cual pasamos a explicar ahora.

---

31 Además de haber contribuido con la inobservancia a la normativa constitucional vigente como lo han expresado diversos autores entre ellos el ya citado A. Pace, Víctor Hernández Mendible, quien en «La contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, la democracia y el estado de Derecho», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas* y *Políticas,* Universidad Central de Venezuela, 2000, hace un interesante análisis crítico de las cuestionables actuaciones de la entonces Corte Suprema de Justicia.

32 En palabras de la entonces presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Cecilia Sosa Gómez, se puede corroborar la amplia influencia en el desarrollo del proceso constituyente venezolano, que tuvieron las decisiones que hemos venido comentando. Así se expresaba ésta en el periódico *El Nacional*: «Nosotros, en la sentencia del 19 de enero, admitimos la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente mediante referéndum consultivo. Lo hicimos con fundamento en los artículos 4 y 50 de la Constitución vigente, es decir, la primacía de la soberanía popular y el derecho a la participación. Ello significa que la Constitución del 61 está permitiendo la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, por lo cual tiene un peso muy importante en el devenir del país». C. Sosa Gómez (1999, marzo 12), «La Asamblea tendrá la fuerza que le demos los ciudadanos», *El Nacional* [Periódico en línea]. Disponible: http//www.clnacional.com/elnl20399/pdls3.htm [Consulta: 1999, marzo 12]

B. Bases del sistema democrático: la democracia representativa y la supremacía constitucional. La democracia directa como principio supletorio

El artículo 4 de la Constitución de 1961 consagra el principio de democracia representativa como base del ordenamiento jurídico venezolano, ya que según su texto la soberanía popular que reside en el pueblo será ejercida por éste, mediante el sufragio, a través de los representantes que ha elegido para que cumplan con las funciones de los poderes públicos. En la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961 es calificado como «principio básico» del sistema democrático y ha sido adoptado como tal en el devenir de toda nuestra historia republicana[33].

La soberanía como poder perteneciente al pueblo sólo podrá ser ejercida por éste a través de sus representantes, a los cuales elegirá empleando los canales democráticos diseñados a tal fin: el sufragio y las elecciones populares. Dichos representantes recibirán el mandato de llevar a cabo las funciones públicas inherentes a los poderes públicos. Partiendo de este «principio básico» del artículo 4 de la Constitución de 1961, e interpretándolo en forma rigurosa, se puede deducir que para convocar y elegir los integrantes de una Asamblea Constituyente, es indispensable crear la institución en el texto de la Constitución, como un órgano competente de representar al soberano, para que a través suyo el pueblo ejerza su soberanía; e igualmente regular, por vía constitucional, el sistema de su elección, el procedimiento a seguir por ésta, sus mecanismos de funcionamiento, para así garantizar al pueblo el desarrollo del proceso constituyente con apego total a su voluntad, la cual ha expresado en forma inequívoca al aprobar el contenido de la reforma constitucional que incorporó la figura de la Asamblea Nacional. Aquí es oportuno señalar la necesidad de autolimitarse formalmente que le es propia al poder constituyente para brindarle a su titular una garantía de racionalidad y de acatamiento absoluto de su voluntad.

La nueva realidad política del país que se manifestó en la sonora petición de cambio de líderes, de reglas de juego y de la regulación jurídica en las elecciones de noviembre y diciembre de 1998,

---

[33] A. Brewer-Carías da una visión amplia y muy completa de la evolución de este principio en la historia del constitucionalismo venezolano, se puede ver en el libro *Asamblea Constituyente*, ob. cit., pp. 182- 192.

sólo podía interpretarse conforme con lo que eran: hechos políticos que traducían manifestaciones de voluntad popular, que tenían que actualizarse constitucionalmente, como expresiones de la falta de coincidencia entre el «tiempo social y el tiempo estatal», que requerían ser adecuadas, a través de la actualización de la constitución material en la formal. Por tanto, insistimos, la vía más apropiada era la que garantizara la observancia de la Constitución, puesto que a través de ella el poder soberano instituyó su voluntad en normas de obligatorio cumplimiento para gobernantes y gobernados, vía lógica para dotar al sistema del principio de segundad jurídica, rector de la estructura creada por un Estado de Derecho. Si bien es cierto que el poder constituyente es ilimitado en cuanto a su voluntad, y sólo puede autolimitarse procedimentalmente, de esto no se deduce que un órgano constituido pueda violentar las normas constitucionales enarbolando como lema la voluntad del soberano, ya que el problema planteado no era sólo de manifestación popular sino de orden constitucional, puesto que el pueblo ha decidido a través de la adopción de la Constitución como norma suprema, que sus actuaciones serán siempre conformes con dicha norma, nunca en su contra, puesto que tal circunstancia sería una vía de hecho que atentaría contra los derechos y libertades del mismo pueblo.

El conflicto planteado entre los principios de soberanía popular y supremacía constitucional, en el marco de la democracia representativa, fue resuelto por la Corte, haciendo uso del argumento que permite recurrir a la democracia directa en forma supletoria o subsidiaria. Así pues, establece la Corte en el texto de la sentencia con ponencia del magistrado Humberto J. La Roche, que si bien es cierto el artículo 4 de la Constitución «consagra exclusivamente el principio de representación popular», puesto que establece que el pueblo ejercerá la soberanía, mediante el sufragio, a través de los órganos del poder público, no se le puede impedir al pueblo que la ejerza (la soberanía) en forma directa, porque «indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce». Esto implica que en aquellos casos en los que el titular de la soberanía no ha hecho su delegación expresamente, podrá ejercerla *per se*, situación que nos ubica en el campo de la democracia directa o participativa. Si «la Constitución ha previsto a través del sufragio la designación popular de los órganos de representación, pero no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad pueda directamente manifestarse»,

entonces se puede sostener con apego a la lógica que esto «no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes.

Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo».

El argumento que emplea la Corte se basa en el ejercicio de la democracia directa en aquellos supuestos en los que no se haya regulado constitucionalmente la delegación del ejercicio de funciones públicas en representantes. Pero el caso que nos ocupa es uno de aquellos en los que la Constitución sí se ha pronunciado, puesto que contempla los mecanismos de reforma constitucional, aun cuando no la institución de la Asamblea Constituyente, no obstante, atendiendo al principio de rigidez constitucional, el pueblo a través de su norma suprema claramente previó que sólo sus representantes competentes podían modificar el texto constitucional y con la aprobación posterior por parte del propio pueblo, a través del «referéndum aprobatorio» de tales modificaciones. La opinión de Brewer Carías, que compartimos, manifiesta la improcedencia de tal razonamiento, puesto que no estamos ante un supuesto de los asumidos por la Corte como válidos para el empleo de la democracia directa o participativa, ya que se apelará a ella, según sostiene la Corte, «cuando no exista previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes», por interpretación en sentido contrario, «cuando existe previsión expresa de la norma constitucional sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes, no podría manifestarse directamente dicha soberanía popular»[34]. Y esta previsión expresa está contenida en los artículos 246 y siguientes de la Constitución venezolana de 1961, con lo cual no es un caso de ejercicio supletorio o subsidiario de la democracia directa, puesto que se corresponde con los supuestos del ejercicio de la democracia representativa del artículo 4 *ejusdem*.

[34] A. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario*, ob. cit., p. 88.

III. LA INICIATIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA LA CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

1. *Decreto Presidencial No. 3 de 2 de febrero de 1999*

Partiendo de la posibilidad que planteó la Corte de realizar un referéndum para consultar al pueblo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, por la vía del articulo 181 de la LOSPP, la cual fue interpretada como una tercera vía, distinta de las dos formas previstas por la Constitución para su cambio, la enmienda y la reforma; el Presidente de la República en cumplimiento de una de sus propuestas electorales contenidas en su programa de gobierno, dictó el Decreto No. 3, de fecha 2 de febrero de 1999, publicado en Gaceta Oficial No. 36.634 de la misma fecha, el cual solicitaba la convocatoria al referéndum consultivo al Consejo Nacional Electoral. Así pues, decretó por medio del artículo 1 la «realización de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente».

En este decreto nada se estableció respecto a los elementos que debían configurar el régimen de tal asamblea, pues la Corte había establecido que una de las formas posibles para materializar esta tercera vía de cambio constitucional era que en la consulta popular, además, se formularan las preguntas sobre el régimen de la constituyente.

El texto del decreto omitió cualquier referencia a la regulación de la asamblea, sustituyendo este aspecto por una solicitud al pueblo de delegación al propio Presidente de la República para regular únicamente las bases del proceso comicial en el que se elegirían los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC). El texto del Decreto No. 3 en su artículo 3, era el siguiente:

> «El instrumento electoral contendrá las siguientes preguntas que serán contestadas con un "sí" o un "no".
>
> Primera: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa?

> Segunda: ¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?».

La redacción del numeral primero de este decreto deja ver que se le está solicitando al pueblo que otorgue unos poderes imprecisos e ilimitados, pues transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico sin más parámetros de referencia que el «funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa» puede exponer a una variada gama de posibilidades. Además, este texto se aleja de la naturaleza del referéndum autorizado por la Corte Suprema de justicia y previsto en la LOSPP, que es consultivo. Con esta pregunta se pretende que el pueblo tome directamente la decisión, el numeral dice «¿convoca usted...», no se le está consultando sobre su voluntad de convocar o no la asamblea sino se le está pidiendo que lo haga per se. Esto en opinión de Brewer-Carías[35], la cual compartimos, convierte la consulta en un referéndum decisorio, plesbicitario o autorizatorio y más aún si analizamos la redacción del segundo numeral, la cual dice textualmente «¿autoriza usted al Presidente de la República...», responder afirmativamente a esta pregunta traería como consecuencia darle al Presidente de la República unas competencias que contravienen la Constitución vigente, además que atentaría contra el derecho de participación política, al que la Corte recurrió para admitir la realización del referéndum sobre la convocatoria a la Asamblea. Este tipo de referéndum no previsto en la LOSPP no podía tener tampoco un requisito en cuanto a la mayoría necesaria de los votantes para darle validez, cosa que sí ocurre, por ser de capital importancia al igual que el caso que nos ocupa, con el referéndum aprobatorio para la reforma de la Constitución de conformidad con el artículo 246 de la Constitución, en el cual se exige la «mayoría de los sufragantes». Con lo cual, en el supuesto negado que se realizara en esta forma, no existiría parámetro alguno que permitiera saber si la decisión era en realidad legítima.

El Decreto No. 3 fue objeto de diversas acciones contencioso-administrativas de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad, que

---

35 A. Brewer-Carías*, Asamblea Constituyente*, ob. cit., p. 240

se ejercieron ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, las cuales fueron declaradas inadmisibles por el Juzgado de Sustanciación de la Sala, argumentando que dicho decreto «era un acto no revisable directamente por la jurisdicción contencioso-administrativa»[36], debido a que no producía «efectos externos», sino que se trataba de una simple «solicitud» formulada ante el Consejo Nacional Electoral, órgano que de conformidad con el artículo 184 de la LOSPP era el competente para poner fin a la vía administrativa del proceso de convocatoria de los referendos, a través del acto de revisión y verificación del cumplimiento de los requisitos legales por la solicitud, acto éste que otorga eficacia externa, y con el cual se culmina el procedimiento administrativo, y en consecuencia, era este acto el que podía ser revisado jurisdiccionalmente mediante un recurso contencioso electoral, puesto que, de conformidad con el artículo 226 *ejusdem*, «los actos emanados del Consejo Nacional Electoral agotan la vía administrativa y ellos sólo podrán ser impugnados en vía judicial».

2. *Resolución del Consejo Nacional Electoral No. 990217-32*

Con base en este Decreto el Consejo Nacional Electoral emitió la Resolución No. 990217-32, de fecha 17 de febrero de 1999, en la que se reproducía íntegramente el texto de aquel decreto, lo que hizo que se interpusieran en su contra acciones de nulidad, de conformidad con lo resuelto por el Juzgado de Sustanciación en la inadmisibilidad de los recursos de inconstitucionalidad e ilegalidad contra el Decreto. En este acto se fijó la fecha de celebración del Referéndum Consultivo, el 25 de abril de 1999. Por tener como fundamento un acto en el que se establecía la convocatoria a un referéndum «decisorio» -contraviniendo la doctrina de la Corte que había admitido el empleo de la figura del referéndum de la LOSPP para consultar al pueblo su voluntad de convocar a la Asamblea

---

[36] Declaratoria de inadmisibilidad del recurso por inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto N° 3 de fecha 2 de febrero de 1999, por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 04 de marzo de 1999. Expediente N° 15.618 recurso intentado por el Abogado Allan Brewer-Carías. Este texto ha sido consultado en Corte Suprema de Justicia (1999). Declaratoria de Inadmisibilidad del recurso contra el Decreto N° 3 [Documento en línea] Sala Político-Administrativa. Disponible:http://www.csj.gov.ve/sentcncias/SPA/JS/spa-js04031999-15618.html [Consulta: 1999, marzo 03].

Constituyente-, esta Resolución estaba viciada de nulidad en su causa pues violentaba las normas constitucionales referidas al derecho a la participación política, al principio de democracia representativa; y confería al Presidente de la República competencias no contenidas en las atribuciones que le señala la Constitución, lo que le hacía depositario de un poder ilimitado, sin el más mínimo control siquiera del Consejo de Ministros. Un poder equivalente al poder constituyente, puesto que le permitiría determinar la forma de convocar a una asamblea que podría «transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, que permita el funcionamiento de una democracia social y participativa». Hemos visto que el poder de darse una Constitución sólo le pertenece al pueblo y está inmerso en un orden racional que le impone mecanismos procedimentales predeterminados, por el propio pueblo, para que sea garantizado su ejercicio en concordancia con la voluntad del titular, no puede ser delegado en forma irrestricta, y menos en una sola persona que pretenda actuar en nombre de toda una colectividad. Los mecanismos de ejercicio deben desarrollar los postulados democráticos que les inspiran y por tanto deben partir del diálogo, del consenso, de la discusión y no de la autoridad de un líder que pretende erigirse como representante de un país. Se cambiaría de titular el poder soberano, con lo cual no se realizaría un proceso constituyente conforme con los principios que le caracterizan y que hemos referido en el Capítulo II, sino se trataría de una usurpación del poder, de un cambio fáctico en la lógica del Estado, de un abandono de la democracia como sistema. De permitirse esta situación se lesionaría la estabilidad del Estado democrático y se violentaría la racionalidad que le estructura, pues al proceder contra los principios constitucionales se estaría dejando sin sentido una de las funciones esenciales de la Constitución, el garantizar el control en el ejercicio de los poderes y su carácter de norma suprema del ordenamiento jurídico.

3. *La anulación de la Resolución del Consejo Nacional Electoral No. 990217-32*

Ante el cúmulo de observaciones e impugnaciones que se hicieron respecto del texto del Decreto No. 3, de sus consecuencias nugatorias para la Constitución y los fundamentos del Estado democrático; el Presidente de la República, Hugo Chávez, se vio obligado a modificar el citado Decreto, para lo cual emitió un acto administrativo, de fecha 10 de marzo de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela bajo el No. 36.658, mediante el cual ordenaba publicar la propuesta del Ejecutivo Nacional que

fijaba las bases de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), la cual sería sometida «para la aprobación del pueblo en el referéndum convocado por el Consejo Nacional Electoral a celebrarse el día 25 de abril de 1999».

Este cambio en el Decreto No. 3, que era la base sobre la que se había formulado la Resolución No. 990217-32 del Consejo Nacional Electoral (CNE), lógicamente traería como consecuencia la modificación de tal Resolución, para incorporarle, al texto de las preguntas del referéndum, los elementos contenidos en las bases que emitió el Ejecutivo, que conformaban el régimen de la ANC, lo que permitía que el pueblo ejerciera en la forma debida el derecho a la participación a través de la consulta prevista para el 25 de abril.

Pero antes de que esto ocurriera, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, anuló la segunda pregunta del texto que se sometería a consulta popular, contenido en la Resolución No. 990217-32 del CNE. Lo hizo mediante sentencia de fecha 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Héctor Harting, en la que se declaró que había lugar a una de las varias impugnaciones que se habían interpuesto contra el texto del Decreto No. 3 (y posteriormente por una reforma del libelo se había interpuesto contra la Resolución N° 990217-32 del CNE). La Corte señaló que era indispensable formular, junto con la pregunta que consultaba sobre el acuerdo de convocar a la ANC, otra que permitiera consultar sobre las reglas fundamentales que detallen su organización y régimen general. En vista de que la Resolución impugnada ignoró tales postulados al pretender delegar en el Presidente de la República la fijación de las bases de los comicios por los que se elegirán los miembros de la ANC, consideró la Corte que tal Resolución era inconstitucional, puesto que lesionaba el derecho a la participación política previsto por la vía establecida en el artículo 50 de la Constitución de 1961. Además, estableció su ilegalidad por colidir con el artículo 181 de la LOSPP que prevé un referéndum consultivo y no una. consulta plebiscitaria, modalidad «dirigida a delegaren determinado funcionario o persona la realización de específicas tareas y gestiones».

Por tanto, la Sala Político Administrativa declaró con lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de la mencionada Resolución y en consecuencia anuló la segunda pregunta de ésta, ordenando al CNE reformular el contenido de dicha pregunta «examinando las bases publicadas como Propuesta del Ejecutivo

Nacional para fijar la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.658, de fecha 10 de marzo de 1999, y decidir sobre su incorporación al referendo consultivo» [37].

La Corte analizó también el contenido de la pregunta número 1, como punto previo al estudio de la segunda pregunta, y dejó rotundamente establecido que la posibilidad de convocar una ANC y su efectiva convocatoria no implicaría de ningún modo «la alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de Derecho», puesto que tal circunstancia está vinculada en su estructura al «propio espíritu de la Constitución vigente». Con lo cual la transformación del Estado y el establecimiento de un nuevo orden jurídico político debía hacerse de conformidad con los valores de la democracia «social y participativa». Esto permite colegir que la actuación de la ANC, como órgano electo por el pueblo para que ejerza en su nombre las funciones constituyentes, estaría limitada por la voluntad popular dentro de los parámetros del Estado democrático.

Estos parámetros conducen a aceptar la plena vigencia de la Constitución de 1961 durante el proceso constituyente, ya que es ésta la que garantiza la vigencia del Estado de Derecho y por tanto en ningún caso se podrá desconocer su contenido ni actuar en contra de sus previsiones. Y así lo reafirmó la Corte Suprema de Justicia. Por tanto, el respeto a los derechos fundamentales, la democracia como base del sistema, las atribuciones de los poderes constituidos, y todos los principios que informan el conjunto del ordenamiento jurídico y sus normas, no podrán ser dejados de observar en forma plena. Además, el pueblo decidirá conforme con las bases comiciales que aprobará en el referéndum el mecanismo procedimental de funcionamiento de la ANC, para garantía del respeto a su voluntad.

---

37 Texto de la sentencia, que se puede consultar en: Corte Suprema de Justicia (1999). Referéndum. Nulidad de convocatoria. [Documento en línea] Sala Político-Administrativa. Disponible: http://www.csj.gov.vc/sentencias/SPA/spa-18031999-15679.html [Consulta: 1999, abril 12].

4. *Reformulación de las preguntas del referéndum del 25 de abril de 1999*

La sentencia antes referida declaraba la nulidad de la pregunta número dos de la Resolución No. 990217-32 del CNE, lo que exigía la reformulación del contenido de la pregunta acatando lo dispuesto por la Corte y llenando los extremos por ella exigidos, examinando las bases propuestas por el Presidente de la República. Imponía también la obligación de decidir sobre su incorporación al referéndum consultivo a los efectos de garantizar el derecho a la participación política.

El CNE, como consecuencia de la sentencia, dictó una nueva Resolución, la No. 990323-70, de fecha 23 de marzo de 1999, en la cual reprodujo las bases fijadas por el Presidente de la República, mediante el antes señalado acto administrativo de fecha 10 de marzo de 1999, en el que había establecido las bases de la convocatoria de la ANC y su sometimiento a la aprobación del pueblo por medio del referéndum del 25 de abril. Como se puede notar, el acto administrativo del Presidente (10 de marzo) era de fecha anterior a la sentencia (18 de marzo), por esta circunstancia en el texto de dicho acto reproducido por el CNE en la nueva Resolución, se mantenía la afirmación del «carácter originario que recoge la soberanía popular»[38] de la ANC (muestra de que el CNE no acató la decisión de la Corte que le imponía reformular la pregunta dos con la previa revisión de las bases publicadas por el Ejecutivo), lo que conforme con los señalamientos de la Corte respecto a los límites en las actuaciones de la ANC -prefijados por el contexto democrático y la vigencia de la Constitución de 1961, así como el reconocimiento de único poder «originario» al pueblo más no a sus representantes-, hacían que tal resolución adoleciera de fallas nuevamente. Por esta razón se intentó ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia una acción solicitando la ejecución de la Sentencia anulatoria del 18 de marzo de 1999.

---

[38] Base comicial octava, que fue reproducida por la Resolución No. 990323-70 bajo el número 10, su texto se puede ver en Corte Suprema de Justicia (1999). Solicitud de ejecución y cumplimiento de la Sentencia del 19 de marzo de 1999. [Documento en línea] Sala Político-Administrativa. Disponible: http://www.csj.gov.ve/sentencias/SPA/spal3041999-15679.html [Consulta: 1999, abril 14].

La Corte, ejecutando dicha sentencia (por considerar que en efecto el texto de la nueva Resolución dictada por el CNE estaba en franca contradicción con los principios y criterios vertidos en la referida sentencia del 18 de marzo y en una posterior de aclaratoria de fecha 23 de marzo de 1999)[39], ordenó lo que sigue:

> «Se refórmala la base comicial octava para el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente a realizarse el 25 de abril de 1999, en los términos siguientes: Octavo: Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, ésta deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.»

Se eliminó la frase «como poder originario que recoge la soberanía popular», referida a las cualidades de la ANC, con las obvias implicaciones que esto conlleva.

En estos términos quedó planteado el proceso constituyente venezolano, el cual se inició formalmente el 25 de abril de 1999, fecha de celebración del referéndum, en el cual se consultó al pueblo sobre la convocatoria a una ANC, con una misión y una forma de actuación delimitados por el mismo pueblo al responder afirmativamente a las preguntas y a las Bases Comiciales que conforman su estatuto. […]

---

39 El texto de esta sentencia se puede ver en Corte Suprema de Justicia (1999). claratoria. Nulidad de convocatoria. [Documento en línea] Sala Político Administrativa. Disponible: http://www.csj.gov.ve/sentencias/SPA/spa2303 1999-15679.html [Consulta: 1999, abril 12].

VII. MICHAEL NÚÑEZ TORRES Y RAFAEL ESTRADA MICHEL

Una Asamblea Constituyente para México. (Consideraciones en torno a las relaciones entre ciencia, historia, política y normativa constitucional, con especial referencia al caso de la transición mexicana)

Publicado en *Revista Letras Jurídicas,* Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad. Volumen 4, julio-diciembre 2001, Galeana esquina 7 de Noviembre C.P. 91000 Xalapa Veracruz, México

(2001)

[Extracto]

I. PELIGROS QUE PUEDE CONLLEVAR UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE SEGÚN NOS ENSEÑA EL DERECHO COMPARADO IBEROAMERICANO

[…]

Regresemos al Derecho Comparado. En los casos de Colombia y Venezuela que hemos señalado los máximos Tribunales de Justicia de ambos países intervinieron en los debates que los inminentes procesos constituyentes suscitaron, con sentencias que pretendieron barnizar con una apariencia de constitucionalidad a los decretos que prescribían la convocatoria a las Asambleas Constituyentes. De esta forma se evitó, aparentemente, que el proceso que ya estaba en marcha se detuviera y se creara una crisis institucional. Pero podríamos decir que al final se deterioró, en el caso ve-

nezolano el cimiento institucional -ya de por sí maltrecho en ese momento-, en el caso colombiano la seguridad jurídica y en ambos casos el principio de la primacía de la Constitución.

[…]

Esta diatriba [entre la legitimidad democrática y el Principio de Primacía Constitucional] fue resuelta por el Máximo Tribunal venezolano, también con argumentos políticos, pero esta vez sin justificación, porque en este caso sí existían los canales constitucionales pertinentes y se obviaron deliberadamente. Las sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999 que sirvieron de fundamento para el comentado Decreto del presidente Chávez, interpretaron en forma acomodaticia y por lo tanto discutible, los artículos 4 y 50 de la Constitución venezolana de 1961 y el artículo 181 de la Ley Orgánica sobre el Sufragio y sobre la Participación Política, lo que trajo consigo el debilitamiento del Poder Judicial y del entramado institucional en general, y el fortalecimiento de la figura de Hugo Chávez Frías.

No corresponde a este trabajo tratar de analizar la actuación de la extinta Corte Suprema de Justicia venezolana a través de sus dos sentencias de 1999 -calificadas como poco coherentes en su argumentación y en su claridad conceptual por el distinguido profesor italiano Alessandro Pace[1]-; pero si podemos destacar el peligro de tratar de hacer actos de magia, a través de sentencias que no pueden avalar procesos "democráticos" sin vulnerar a la Norma Fundamental, y aunque el Derecho es un medio y no un fin sirve como garante precisamente para evitar la anomia y garantizar un orden fundamental en países que pretendan tener un desarrollo posterior hacia un Estado Constitucional.

Sobre el caso venezolano sólo podemos decir que la Corte Suprema de Justicia, asumió unos conceptos equivocados al equiparar la soberanía popular contenida en el artículo 4 de la Constitución de Venezuela de 1961 con el ejercicio del Poder constituyen-

[1] Pace, Alessandro: "Muerte de una Constitución" en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 19. Nº 57. Septiembre-diciembre 1999. Traducción del italiano de Carlos Ortega Santiago, p. 273.

te, consagrado en el Título X ejusdem[2]; porque también consideró el Derecho de los ciudadanos a participar en una Asamblea Constituyente, a través de la figura del referéndum que preveía la Ley Orgánica citada, como consagrado en el artículo 50 de la Carta Fundamental que comentamos[3]. Pace anota como la primera "inexactitud" de las sentencias esta identificación entre poder constituyente y soberanía popular reconocida en la Constitución, ya que "el primero es un poder de hecho e ilimitado; la segunda -en cuanto reconocida por la Constitución- se descompone en poderes jurídicos y derechos fundamentales, ambos esencialmente limitados".[4]

Es por esto que compartimos la conclusión de Raffalli Arismendi cuando dice que se ha creado un precedente que podría permitir "acudir, al poder soberano originario, con una frecuencia tal que propicie en el país un estado de anarquía, ingobernabilidad, e inestabilidad"[5], lo cual nos lleva a pensar en el tercer peligro.

TERCER PELIGRO: Cuando la sociedad presiona reclamando cambios estructurales, el Derecho tiene que asumir su carácter de producto social. El hacer caso omiso de estos reclamos por parte del status quo puede traer como consecuencia lo que estamos describiendo.

No olvidemos, por ejemplo, que el sistema institucional colombiano antes de 1991, por demás agostado, había frustrado en dos ocasiones los deseos de cambio de la sociedad colombiana, que pasaban por intentar reformar la Constitución.

---

2 El artículo 4 de la Constitución venezolana de 1961 rezaba así: "La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público." Y el Título X de la misma Carta Fundamental establecía los mecanismos de enmienda y reforma constitucional.

3 Artículo 50 de la Constitución venezolana de 1961: "La enunciación de *los* derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella".

4 *Pace*, Alessandro: Op. Cit. p. Nº 277

5 Raf*falli* Arismendi, Juan: "El Reconocimiento Judicial del Proceso Constituyente y sus Reformas". En *Revista Política y Gobierno* Vol. 1, Nº 1999, p. 27.

Podemos llegar a la siguiente reflexión ¿por qué la extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela pudo crear una forma distinta a la diseñada por el constituyente del 61, cuando en realidad no tenía competencia para ello, y no se permitió al Congreso que acelerara el mecanismo de Reforma Constitucional, a tenor del Título XI? De esta manera no se habría vulnerado el artículo 250 de la Carta Fundamental de 1961, que establecía que la Constitución no perdería vigencia cuando su inobservancia fuera la consecuencia de la utilización de medios distintos a los previstos por ella, en cuyo caso todo ciudadano quedaba facultado a luchar para restablecer su vigencia.

De hecho, en 1989, durante el gobierno del presidente Carlos Andrés Pérez, se constituyó la Comisión Bicameral de Revisión Constitucional del Congreso de la República, la cual entregó en 1992 un proyecto de Reforma que debía ser aprobado por el Congreso, pero que lamentablemente no llegó a buen puerto porque no hubo, principalmente, voluntad de los partidos políticos, demostración de una ceguera política imperdonable[6]. Esta ceguera se manifiesta cuando no se perciben las transformaciones que la sociedad ha sufrido. Creemos que en el caso de México son más que evidentes y es la hora de que los partidos políticos asuman su responsabilidad y den un voto de confianza al pueblo mexicano. En los párrafos sucesivos procuraremos señalar un posible camino para ello.

II. NUESTRA PROPUESTA

Apelemos de nueva cuenta al Derecho Comparado. En 1992 la Comisión Bicameral para la Revisión de la Constitución de Venezuela, presidida por el entonces Senador Vitalicio Rafael Caldera, entregó un proyecto de reforma constitucional, que como ya dijimos, no logró nunca ser aprobado. Dicho proyecto recogía la posibilidad de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, "Que a juicio de la Comisión tendría el poder originario, en el caso de que el pueblo así lo decidiere. Se establece de esta manera un mecanismo para que, sin romper la continuidad jurídica del Estado venezolano, se pueda llegar a decidir, si el pueblo así lo considera

---

6 Vid. Combellas, Ricardo: "El Proceso Constituyente venezolano" en *Revista América Latina Hoy*, Nº 21, Abril 1999, p. 25.

necesario, la renovación total de la Carta Fundamental y el funcionamiento y estructura de los Poderes Públicos"[7].

Se trataba de una verdadera reforma constitucional democrática, puesto que era, a una vez, una apuesta por el pueblo como legitimado para convocar a la Asamblea Constituyente, y por la Constitución de 1961 que se encargaría de regularla según sus propios mecanismos. Es decir, que la Asamblea Nacional Constituyente aparecería como un nuevo mecanismo, distinto de los existentes desde 1961. Aunque el propio Presidente de la Comisión que redactó el Proyecto de Reforma no era partidario de la Asamblea Constituyente, por considerarla "la forma más típica de la democracia representativa y no participativa, porque el pueblo pone su destino total en manos de ochenta, cien o doscientas personas, para que ellos decidan la forma del Estado, la integración de las Comisiones, todo lo que se le pueda ocurrir, porque teóricamente el Poder constituyente es ilimitado"[8]. El Proyecto recogió la figura en cuestión, la cual ya había sido objeto de numerosos debates y ya estaba como una de las salidas democráticas a la crisis más señalada.

Esta vía no implicaba la ruptura del orden constitucional vigente, ni tampoco la negación del deseo de transformación que existía. No entendemos dado que no lo explica, sólo lo menciona el desacuerdo del Profesor Alessandro Pace, cuando considera esta posibilidad desacertada[9]. Se trataba de acudir al pueblo, con las reglas de juego que el mismo había impuesto (la Constitución de 1961 fue el ensayo democrático institucional más importante de la Historia Constitucional de Venezuela y uno de los más significativos de la Historia política del presente siglo en Iberoamérica), para replantear el Estado que se quería y que evidentemente era distinto al de hacía 40 años. […]

---

7 Proyecto de Reforma General de la Constitución de 1961 con exposición de motivos. Comisión Bicameral para la Revisión de la *Constitución*. Caracas, marzo 1992, p. 15. El destacado es nuestro.

8 Caldera, Rafael: "Conferencia Inaugural en el tercer Congreso venezolano de Derecho Constitucional". Universidad de Carabobo, Valencia, Noviembre de 1993, p. 46.

9 Pace, Alessandro: Op. Cit. p. 280.

VIII. JAIME GRIMALDO LORENTE*

La Asamblea Constituyente de 1999 y sus implicaciones para el proceso de descentralización y el régimen federal en Venezuela. Balance en el marco de la Constitución de 1999

Publicado en la Revista *Provincia* Nº 8, enero-junio 2002. Mérida, 2002, pp. 121-157

(2002)

[Extracto]

Los mecanismos de cambio del Sistema de Descentralización y del Régimen Federal

Una acotación interesante sobre la Asamblea Constituyente venezolana de 1999 es el hecho de que "no surgió como consecuencia de un suceso fáctico (guerra civil, golpe de estado, revolución, etc.), sino que, por el contrario, fue concebido como un "Proceso Constituyente de Iure" esto es, que se trata de un proceso enmarcado dentro del actual sistema jurídico venezolano" (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de julio de 1999).

Este hecho no sólo tiene un significado político representado por comentarios hechos por autores como Allan Brewer-Carías, que consideran que este proceso es consecuencia "del momento Constituyente que viene viviendo el país desde hace algunos años, con

---

* Investigador del CIEPROL, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de Los Andes.

motivo de la crisis terminal del sistema político-constitucional del Estado centralizado de partidos que se consolidó al amparo de la Constitución del 23 de enero de 1961, sancionada con la participación de todos los partidos políticos, como consecuencia del denominado pacto de punto fijo, en el cual la elite política del momento resolvió establecer en el país un régimen democrático representativo", y el mantenimiento del hilo constitucional y del régimen político. Jurídicamente, tiene una consecuencia que se traduce, en que en su actuación, la Asamblea Constituyente debía estar sometida al orden establecido por voluntad popular en el referéndum realizado el 25 de abril de 1999, donde además de aprobar la convocatoria a la Asamblea Constituyente, se aprobaron su misión y las normas de su funcionamiento, determinadas en las bases comiciales. Otra consecuencia de su carácter "de iure" es que si bien, por ser una manifestación de la voluntad soberana del pueblo no estaba sometida a los poderes constituidos, el no tener carácter originario, le imposibilitaría suspender la vigencia de la constitución del 61, que se mantendría mientras no se aprobara la nueva constitución producto de la Asamblea Constituyente, además que no podía vulnerar los poderes constituidos bajo su ordenamiento

La Asamblea Constituyente. Convocatoria y funcionamiento

Toda vez que en Venezuela no había mecanismos que regularan la figura de una Asamblea Constituyente, fueron muchos los puntos de vista encontrados sobre aspectos jurídicos y políticos de estos asuntos, que produjeron una discusión interesante, en la que no sólo participaron juristas y políticos sino personas de cualquier condición e ideología, así como la Extinta Corte Suprema de Justicia a través de diversos recursos de interpretación.

La discusión se planteaba en términos de evitar que se llegara a una convocatoria sin previsión constitucional. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de enero de 1999, producto de varios recursos de interpretación, abrió la posibilidad de un referéndum consultivo, basándose en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio, pese a no estar previsto en la Constitución del 61. Esta sentencia terminó con la discusión sobre la posibilidad de convocatoria sin necesidad de reformar la constitución de 1961.

Faltaba por determinar, por una parte, a quien le correspondía su convocatoria, si al presidente de la República o al congreso, y por la otra cual debía ser el texto de la consulta popular para que el régimen de la Asamblea Constituyente fuera producto de la mani-

festación de la voluntad popular. La primera pregunta quedó resuelta el 2 de febrero de 1999, cuando el presidente Hugo Chávez por medio del Decreto Nº 3 tomó la iniciativa de decretar la realización de un referéndum para solicitar la opinión popular sobre la convocatoria. En relación con el otro asunto en discusión, este no fue resuelto ya que, en el mencionado Decreto, no sólo se omitió cualquier referencia al régimen de la Constituyente, sino que fue sustituido por una solicitud de delegación al presidente de la república para que fuera él sólo quien lo resolviera. Sin embargo, en la sentencia de la corte antes comentada se había delineado el carácter de la Asamblea al establecer que se trataba de un nuevo mecanismo de reforma constitucional producto de la voluntad popular pero sujeto al ordenamiento jurídico derivado de la constitución del 61 y con la única función de elaborar una nueva constitución.

Brewer acota que "Este carácter de la Asamblea Nacional Constituyente, que después de las sentencias de la corte Suprema no estaba en discusión, sin embargo, volvió a ser tema de debate, por la redacción del Decreto Nº 3 que concibió a la Asamblea Constituyente como un órgano del Estado para "transformar el Estado y crear un nuevo orden jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa" (art. 3); es decir, un órgano aparentemente con poderes imprecisos e ilimitados" (Brewer, 2000). Una serie de recursos de nulidad interpuestos por Allan Brewer y Gerardo Blyde, entre otros, con objeto de que se respetara el marco constitucional vigente, resultó en la anulación de la segunda pregunta que pretendía delegar en el presidente el dictado del estatuto Constituyente, y en su reelaboración, en la que se enumeraron las bases comiciales definitivas. En este sentido la Sala Político-Administrativa Accidental de la Corte Suprema de Justicia, en ejecución de su sentencia fechada 18 de marzo de 1999 resolvió:

> "Se reformula la base comicial octava para el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente a realizarse el 25 de abril de 1999, en los términos siguientes:
>
> Octavo: Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, ésta deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos funda-

> mentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos". (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 18 de marzo de 1999).

En cuanto a la primera pregunta, la interpretación que hizo la corte sobre la Transformación del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, fue que la misión de la Asamblea Constituyente era "producir un nuevo texto constitucional donde se reflejase la transformación del Estado y se crease un nuevo ordenamiento jurídico" (Corte suprema de Justicia, citada en Brewer, op.cit.), que respete los derechos humanos, la consagración del estado de Derecho a través de la democracia social y participativa y manteniendo los principios fundamentales del Estado de derecho respetando la distribución vertical del poder (descentralización y federalismo) y la separación de poderes.

Para Brewer, la constitución de 1961 fue la que permitió la actuación de la Asamblea Constituyente, por lo que a su juicio no perdía vigencia durante la actuación de la Asamblea Constituyente y constituía el límite natural de la misma, lo que implicaba la continuidad de los poderes constituidos bajo su régimen, que no podían ser disueltos, ni perder sus funciones a favor de la Asamblea Constituyente mientras no fuera aprobada la nueva constitución por referéndum aprobatorio.

En este mismo sentido se ha manifestado Badell, al señalar que "La imposibilidad de otorgar carácter "originario" a la Asamblea Constituyente, es un asunto que ya ha sido resuelto por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, en sentencia del 13 de abril de 1999, la Corte se pronunció en torno a la invalidez de la base comicial octava para la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual rezaba textualmente:

> "Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos."

En su fallo, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

> "...en la sentencia dictada por esta Sala el 18 de marzo de 1999 se expresó con meridiana claridad que la Asamblea Constituyente a ser convocada, "no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la Constitución vigente, bajo cuyos términos se producirá su celebración, la alteración de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho", y que "en consecuencia, es la Constitución vigente la que permite la preservación del Estado de Derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta". Por ello, resulta incontestable que el contenido de la base comicial identificada bajo el literal octavo e incorporada posteriormente a la segunda pregunta del Referendo Consultivo, y específicamente en lo referente a calificar la Asamblea Nacional Constituyente como poder originario que recoge la soberanía popular, está en franca contradicción con los principios y criterios vertidos en la sentencia pronunciada por esta Sala el 18 de marzo de 1999, y su aclaratoria del 23 de marzo de 1999, citados anteriormente, induciendo a error al electorado y a los propios integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, si el Soberano se manifestase afirmativamente acerca de su celebración, en lo atinente a su alcance y límites" (www.badellgrau.com, en línea, página Web de Badell, Grau y De Grazia).

Badell llega todavía más allá, al señalar que en el caso venezolano en lugar de hablar de "Asamblea Constituyente", se trata en realidad de una "Convención Constituyente", que son órganos representativos, que tienen la misión de elaborar un proyecto de constitución, que debe someterse a ratificación del pueblo para su aprobación, por lo que supone en primer lugar, la elección de la Convención Constituyente y en segundo lugar, la aprobación o ratificación del texto elaborado por dicha Convención. Según lo expuesto con anterioridad, mientras la Constitución adoptada por Asamblea Constituyente entra en vigencia sin necesidad de aprobación popular, en los casos de Convenciones Constituyentes, sólo se prepara un proyecto de texto constitucional, que entrará en vigencia después de ser ratificado por el pueblo en vía de referéndum, que es precisamente, el modelo planteado en Venezuela. Cuestión que se establece en el artículo 9 de las bases comiciales para el referéndum

consultivo sobre la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente que señala:

> "Noveno: la Constitución que redacte la Asamblea Nacional Constituyente será sometida a referendo dentro de los treinta (30) días continuos a su sanción. La Constitución quedará definitivamente aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos" (Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.669 del 25 de marzo de 1999).

Para Badell en la norma transcrita, la denominada "Asamblea Nacional Constituyente" se limitará a elaborar un proyecto de constitución, que deberá ser sometido a la aprobación de un referendo popular, concluyendo que "El Poder Constituyente será Originario, cuando las normas constitucionales sean elaboradas por el titular directo de la soberanía (vgr. el pueblo) a través de cualesquiera de los mecanismos jurídicos que le permiten manifestar su voluntad soberana… En cambio, el Poder Constituyente será Derivado o Instituido, cuando el autor de la normativa de rango constitucional sea un órgano de los Poderes Públicos Constituidos (generalmente el Congreso o Parlamento), al cual el titular de la soberanía, mediante una norma constitucional previa, le hubiere otorgado -en forma limitada- la posibilidad de efectuar reformas, modificaciones o adiciones a la Constitución." (Badell, op.cit)

Aparte de las discusiones jurídicas y políticas suscitadas y los reclamos de nulidad, el proceso Constituyente conduce a conformación de una Asamblea Constituyente cuyos miembros fueron elegidos el 25 de julio de 1999. Según lo dispuesto por la base comicial tercera del Referéndum del 25 de abril de 1999, se eligieron 24 Constituyentes en la circunscripción nacional y 104 en 24 circunscripciones regionales que coincidían con la división político territorial (23 estados y el distrito federal) y 3 representantes de las poblaciones indígenas.

Brewer (2000), describe la conformación, en términos de afiliación política de la siguiente manera: "Del total de los 131 Constituyentes que conformaron la Asamblea sólo 4 de los electos en la circunscripción nacional y 2 de los electos en las circunscripciones regionales recibieron el voto popular sin formar parte de las listas electorales que apoyó el Presidente de la República y los partidos políticos de la coalición de gobierno (Movimiento V República, Movimiento al Socialismo, Partido Patria para Todos y Partido

Comunista). En consecuencia, la Asamblea resultó dominada por los 125 Constituyentes que recibieron el apoyo del Presidente Chávez quedando configurada la "oposición" con sólo 6 Constituyentes (Allan Brewer Carías, Alberto Franceschi, Claudio Fermín y Jorge Olavarría como Constituyentes Nacionales y Antonio Di Giampaolo y Virgilio Ávila Vivas como Constituyentes Regionales)".

La instalación fue el 3 de agosto de 1999, y su primera sesión el 8 de agosto de ese año, en ella se discutió el Estatuto de Funcionamiento, donde contraviniendo lo aprobado por la voluntad popular en el referéndum del 25 de abril de 1999, que como se dijo constituían los límites de la Asamblea Constituyente, la mayoría "chavista" decidió proclamarle como Originaria, con el voto salvado de los Constituyentes "no oficialistas", y pese a que reconocían la vigencia de la Constitución de 1961 y el ordenamiento jurídico vigente, le asignaron la potestad de "limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder público..." y resolvieron que "...todos los organismos del poder público quedaban subordinados a la Asamblea Constituyente y en consecuencia, que estaban en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emitiera" (Gaceta Constituyente (diario de debates) agosto-septiembre 1999)

[…]

IX. RICARDO COMBELLAS

"El proceso constituyente y la Constitución de 1999"

Publicado en *Revista Politeia*, N° 30. Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, 2003, pp. 183-208

2003

[Extracto]

Resumen

El objetivo de trabajo consiste en el estudio del proceso constituyente venezolano de 1999, desde una perspectiva amplia y comprensiva. Es por ello que, en el marco de la edición aniversaria de la revista Politeia, cuyo propósito ha sido realizar una comparación de nuestro sistema político en dos tiempos: 1972-2002, hemos partido del análisis de los antecedentes histórico-políticos que reclamaron la revisión de la Constitución de 1961 y terminaron desencadenando una dinámica que desembocó en la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Asimismo, se analizan los obstáculos jurídicos aparecidos en el camino y su definitiva superación gracias a decisiones clave de la Corte Suprema de Justicia. Igualmente se examina el desenvolvimiento de la Asamblea, los desafíos impuestos y el producto final: la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. A manera de conclusión, el autor presenta críticamente su visión de la puesta en práctica del texto fundamental en sus cuatro años de vigencia.

ANTECEDENTES HISTÓRICO-POLÍTICOS

Si bien el proceso constituyente de 1999 tiene su hito decisivo de inicio con la elección del teniente coronel (r) Hugo Chávez Frías

como Presidente de la República el 6 de diciembre de 1998, sus antecedentes se remontan a los acontecimientos sangrientos que sacudieron principal aunque no únicamente a la ciudad capital (y conocido desde entonces como el "Caracazo" los días 27 y 28 de febrero del año 1989). Una frase célebre del discurso del para entonces senador vitalicio Rafael Caldera, pronunciado en el Congreso el día 1° de marzo de dicho año es sintomática de la relevancia de la fecha para el futuro inmediato del sistema político laboriosamente construido a partir del año 1958: "Venezuela ha sido una especie de país piloto. En este momento es lo que los norteamericanos llaman *show windows*, el escaparate de la democracia en América Latina. Ese escaparate lo rompieron a puñetazos, a pedradas y a palos, los hambrientos de los barrios de Caracas..." (Caldera, 1992:24).

El "Caracazo" remeció la conciencia de la clase política al obligarla a interrogarse sobre las causas de tan perturbadora explosión social, inédita en los seis lustros de estabilidad democrática ininterrumpida. La interrogación no se circunscribió al fenómeno, pues abarcó un descarnado debate en torno al agotamiento del sistema político y su creciente incapacidad de dar respuestas satisfactorias a las expectativas y demandas de la sociedad. Entre los factores más discutidos aparecía la corrupción, estimulada por la impunidad y la ineficacia de los controles para combatirla; igualmente la llamada partidocracia, identificada con la excesiva presencia de los partidos no sólo en la vida política, sino en los intersticios de la sociedad, impidiendo el sano desarrollo de una sociedad civil con legítimas pretensiones de autonomía. A los partidos se les reprochaba al unísono su organización rígidamente verticalista y de férreo control cupular (los llamados "cogollos") de su dinámica decisional. Otro factor reiteradamente presente lo constituía, desde el punto de vista institucional, la incapacidad de erigir un Poder Judicial autónomo e independiente que garantizara la efectividad del Estado de derecho; por último, no por ello menos importante, el agrandamiento de la brecha entre ricos y pobres, la iniquidad de un sistema que reproducía la pobreza y la marginalidad, tanto que algunos lo llegaron a denominar como neomalthusiana.

Los seis lustros de la experiencia democrática venezolana mostraban, no obstante, orgullosamente una Constitución como la de 1961, aprobada consensualmente, de excepcional duración en nuestra traumática vida constitucional, y que había logrado cobijar bajo su programa prácticamente a todas las fuerzas políticas, indepen-

dientemente de su acervo ideológico, expresado todo ello en la manida frase: el reto está en aplicar el programa democrático-social de la Constitución. Incluso en un año tan reciente como 1984 se había creado una comisión sui géneris, la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (mejor conocida por su acrónimo Copre), cuya misión se circunscribía en lo fundamental en llevar adelante el en parte diferido o no adecuadamente realizado programa constitucional.[1]

Significa 1989 entonces un año de inflexión, donde comienza a discutirse incluso la posibilidad de revisar el texto fundamental de la República, a fin de si no relegitimar sí airear el sistema político, gracias a la modificación de algunos artículos constitucionales, y prioritariamente en dos aspectos: el sistema judicial y la inclusión de instituciones de participación popular (el referéndum). El primero bajo la percepción compartida de las graves carencias del funcionamiento del Estado de derecho en Venezuela, y el segundo unido a la percepción de los excesos partidocráticos sobre la vida política.

El Congreso Nacional designa el 6 de junio de 1989 una comisión bicameral con el propósito de concretar algunas enmiendas[2] a la Constitución. La decisión parlamentaria fue consensuada, nombrándose como presidente de la comisión (denominada Comisión Bicameral para la Revisión de la Constitución) al senador vitalicio y ex presidente de la República, Rafael Caldera.

---

1 La Copre fue creada el 17 de diciembre de 1984 mediante la emisión del Decreto N° 403 del presidente Jaime Lusinchi. Su primer considerando rezaba: "Considerando que la sociedad venezolana exige la adopción de medidas que aseguren el establecimiento de un Estado moderno, esencialmente democrático y eficiente, en el cual los postulados de la Constitución adquieran plena vigencia y la participación ciudadana constituya un elemento en la toma de decisiones de los Poderes Públicos". Cfr. Copre (1988).

2 La Constitución de 1961 recogía dos procedimientos de revisión constitucional: la enmienda y la reforma general. El texto del 61 había sido enmendado en dos oportunidades (1973 y 1983). La reforma general implicaba un referéndum aprobatorio y culminaba en una nueva Constitución. Al instalarse la Comisión Bicameral, el 20 de junio, Caldera propuso una tercera enmienda y la consideración de 16 puntos para la discusión. El procedimiento de enmienda fue aprobado por la comisión.

El trabajo de la Bicameral fue sosegado y para algunos hasta parsimonioso en sus primeros tiempos de funcionamiento,[3] revelando al paso de los días una acción incremental en el número y calidad de las propuestas, que no dejaron de crecer y que llevaron a la larga a la decisión de abandonar el procedimiento de enmienda y asumir el de reforma general de la Constitución.[4] Para fines del año 1991 la Comisión Bicameral tenía prácticamente estructurada la agenda de la reforma, que incluía temáticas tan relevantes como los derechos humanos, la incorporación dentro del Poder Ejecutivo de la figura del Primer Ministro, aunque sin modificar la naturaleza presidencialista de nuestro sistema de gobierno, el Defensor del Pueblo, el referéndum popular, las leyes orgánicas, la rama judicial y el punto que nos concierne más directamente en este estudio: la Asamblea Nacional Constituyente (de ahora en adelante ANC).

En efecto, a partir de 1991 comienza efectivamente en el país el debate constituyente, que no cesará hasta la elección de la ANC el año 1999. ¿Por qué y cómo surge el debate constituyente? Varios factores entran en la consideración: en primer lugar, a mediados del año 91 había sido elegida la Constituyente colombiana. La peculiar forma de su convocatoria fuera del marco formal establecido por la Constitución para ese entonces vigente, la definición de sus poderes

---

3 La Comisión Bicameral presentó su informe final al Congreso el 20 de marzo de 1992, es decir, tuvo una duración de dos años y ocho meses. La calma de sus primeros meses de trabajo fue modificándose paulatinamente hasta hacerse estelar después del 4 de febrero. Injustamente fue calificada de "comisión clandestina", como en "misa rezada", como la calificó Ramón Velásquez (la anécdota es recogida por Mendoza Angulo en artículo de prensa titulado "La hora de la reforma constitucional", publicado en el diario merideño Frontera, el 10-4-1994. Un estudio retrospectivo revela que los temas que discutió y propuso la Bicameral se convirtieron en buena medida en la agenda temática fundamental de la ANC. Los parlamentarios de actuación sobresaliente en dicha comisión fueron, aparte de Caldera, Pedro París Montesinos, Luis Enrique Oberto, José Mendoza Angulo, Lolita Aniyar de Castro, Armando Aniyar y Pedro Pablo Aguilar. Cfr. Congreso de la República (1992), Combellas (1993) y Kornblith (1998).

4 La amplitud de los temas sugeridos, que implicaban un cambio cualitativo de la Constitución, el trámite menos engorroso del procedimiento y la conveniencia de consultar directamente al pueblo mediante el referéndum, fueron los factores que inclinaron a la Bicameral a abandonar la enmienda y proponer, por consiguiente, una reforma general de la Constitución.

y su amplia agenda temática, constituyeron foco permanente de atención para Venezuela y, más en concreto, para la Bicameral; en segundo lugar, la aparición de un grupo de opinión política, el denominado Frente Patriótico,[5] que a través de una serie de pronunciamientos altamente críticos respecto al sistema, concluía proponiendo la convocatoria de una ANC. Por supuesto, que el radicalismo del Frente Patriótico no impregnó el talante reformista prevaleciente en la Bicameral, pero sí despertó un anhelo, cierto que todavía tímido, de transformación que identificaba al Congreso como un reducto de la clase política, sin ánimo real de atacar la raíz cuestionada del sistema y, por ende, incapaz de adelantar los cambios exigidos por la realidad del país; en tercer lugar, la conciencia que se hizo predominante en la Comisión de la necesidad de abrir hacia el futuro compuertas de cambio no enrejadas en el establishment institucional. En suma, en el año 1991 se inicia el largo debate constituyente, catapultado por la fallida rebelión del 4 de febrero del año siguiente.

Los rebeldes del 4 de febrero, identificados como Movimiento Bolivariano Revolucionario 200 (MBR-200), habían planteado en un manifiesto hecho público el 24 de junio de 1992, la revocación del mandato de los poderes públicos, gracias a la convocatoria de un referéndum que devolviera al pueblo su soberanía y autorizara a su vez la convocatoria de una ANC, "en la cual se defina a través de una nueva Carta Magna, el modelo de la sociedad hacia el cual deba enrumbarse la nación venezolana y en la cual no pueden participar ninguno de los responsables de la destrucción de la República".[6] En

---

5 El Frente Patriótico, constituido el año 1989, propuso la convocatoria de una constituyente a través de sendos manifiestos publicados periódicamente en la prensa nacional. Su presidente fue Juan Liscano y su coordinador general Manuel Quijada

6 Cfr. Zago (1998:183). El subrayado es de los autores. Valga la nota para destacar sucintamente la evolución de Chávez en su enfoque de la ANC: de uno insurreccional y jacobino, de lo cual dan cuenta los proyectos de decretos de febrero de 1992 (cfr. Arvelo, 1998), pasando por una concepción corporativa (por lo menos de Chávez en el año 1994 cuando propuso una Constituyente integrada por una cámara obrera, una campesina, una estudiantil y una militar), hasta concluir en la concepción democrático-plebiscitaria de la que hablaremos más adelante.

resumen, el debate constituyente giraba el año 1992 en torno a tres posiciones claramente deslindadas entre sí. Ellas eran:

Primera posición: Asumida por la Comisión Bicameral sostenía la conveniencia de reformar la Constitución de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 246 de la Constitución de 1961, donde se incluyera como institución futura de revisión constitucional la ANC.

Segunda posición: Sus representantes más conspicuos fueron el Frente Patriótico y el MBR-200. Argüía la conveniencia de devolver al pueblo el ejercicio de la soberanía con la convocatoria de una Constituyente originaria y radical que desplazara la clase dirigente y erigiera las bases de un nuevo sistema político.

Tercera posición: Pecaríamos de injustos si no hiciéramos mención del aporte de un grupo de constitucionalistas liderados por Allan Brewer Carías y de sectores de la sociedad civil (el prestigioso Centro Gumilla de los jesuitas y el Centro al Servicio de la Acción Popular, Cesap), que junto al gobernador del Estado Zulia, Oswaldo Álvarez Paz, propusieron una reforma puntual de la Constitución con el único cometido de contemplar y al unísono convocar la ANC.

Ninguna de las propuestas de revisión constitucional prosperó el año 1992. Se han destacado diversos elementos de explicación de su fracaso, entre otros: la amplitud y complejidad de la agenda temática; la ausencia de consenso político; el desinterés de una ciudadanía excluida de la participación y, por ende, ausente del debate; la división producida por temas de alta sensibilidad para sectores que sus intereses sentían como amenazados (palpable en el caso del derecho a la información veraz y la prohibición de la monopolización de los medios de comunicación social) e, incluso, el miedo a la imprevisibilidad del eventual referéndum constitucional.[7] Por sobre todo, y como compendio de posturas y matices, prevaleció, no sólo

[7] Esta última hipótesis la explora Arturo Peraza en su aporte aún no publicado al seminario "Procesos constituyentes, reformas constitucionales y constituciones en la historia de Venezuela II, 1901-1999", del Doctorado en Ciencias Políticas de la UCV, titulado "Reforma constitucional, año 1992 ¿por qué fracasó?". Es justicia de mi parte estampar aquí un reconocimiento.

el año 1992, sino incluso desde 1989,[8] y proyectándose hasta el año 1998, la carencia en la clase política de una voluntad real de impulsar el cambio constitucional, sea vía reforma liderada por el Congreso, sea por la convocatoria de una ANC. Los escarceos para motivarla fueron cosméticos los años 1994 y 1995, pese a la reiterada proclama parlamentaria de llevar a feliz término la obra dejada inconclusa el año 1992 y la circunstancia de que el más representativo de sus impulsores ocupaba ahora, por segunda vez en su carrera política, la presidencia de la República.

LA CONVOCATORIA CONSTITUYENTE DE 1999

La contundente victoria de Hugo Chávez el 6 de diciembre de 1998 despejó el camino a la convocatoria constituyente. Chávez como candidato presidencial habían jerarquizado como *issue* prioritario de su campaña electoral la ANC. Se tenía claro el objetivo, no había duda sobre el particular, no así sobre el cómo, ante la incertidumbre de un régimen proclamadamente constitucional que no contemplaba entre sus procedimientos de revisión la ANC, amén de que para esa fecha Chávez no había aclarado decisiones importantes, como la elección, número y postulación de los constituyentes, eventuales poderes, relación con los poderes constituidos y duración de la asamblea. Cierto que la concepción constituyente de Chávez tampoco admitía dudas: una constituyente originaria, "soberanísima" como le gustaba llamarla, no restringida ni "embozalada" por los poderes constituidos, que debían subordinarse a sus dictados. A ello se agregaba la pregunta sobre la iniciativa de convocatoria: Chávez como presidente, la iniciativa popular y/o el Congreso, que de integración diversa, ahora pedía sumarse a un sentir ya mayoritario en la población. Chávez resuelve el tema pendiente de la carpintería constituyente, fenómeno inédito en el país, dada la erección de una Constituyente originaria y plenipotenciaria, dentro de un orden constitucional legítimo como lo representaba la Constitución vigente de 1961, designando oficiosamente en los primeros días de enero de 1999, como Presidente-electo y por tanto antes de asumir la pri-

[8] Salvo preclaras excepciones que confirman la regla la clase política venezolana no se planteó en serio entre 1989 y 1998, cuando se precipita la victoria de Chávez, ni la reforma general de la Constitución y menos la convocatoria de una constituyente. Su actuación, si vale la justa expresión, se caracterizó por ser "gatopardiana".

mera magistratura nacional el 2 de febrero, una comisión ad hoc denominada como Comisión Presidencial Constituyente, con el objetivo de asesorar al primer mandatario en la elaboración del decreto y las bases comiciales de la ANC.[9] El trabajo de la comisión fue arduo e intenso, dado, repito, lo inédito de la experiencia; en ella Chávez participó personalmente, oyendo y calibrando posiciones. Sumariamente los temas discutidos y resueltos fueron:

1. La naturaleza originaria de los poderes de la ANC. Se trató de un punto con amplio consenso, a excepción de la voz disidente de Jorge Olavarría,[10] que implicó posteriormente su airada renuncia a la Comisión.

2. La realización de un referéndum consultivo a tenor de lo establecido en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política,[11] para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria de la ANC.

3. La iniciativa constituyente la asumiría directamente el Presidente descartando la colaboración del Congreso y la eventual iniciativa popular.

4. La ANC se integraría por alrededor de 100 miembros, electos por los estados en su mayoría, junto a un número electo en una circunscripción nacional y una representación de los pueblos indígenas, punto sobre el cual Chávez puso particular hincapié.

---

9 Se trató de una comisión plural que hizo un aporte decisivo al diseño de la metodología de la convocatoria constituyente. La integraron: Tulio Álvarez, Oswaldo Álvarez Paz, Ricardo Combellas, Javier Elechiguerra, Hermann Escarrá, Ernesto Mayz Vallenilla, Jorge Olavarría, Alfredo Peña, Manuel Quijada, Tarek William Saab y Ángela Zago.

10 Jorge Olavarría sostenía la conveniencia de transitar sin traumas el paso de la Constitución de 1961 a la nueva Constitución. En su momento también sostuvo la tesis de la "dictadura necesaria" ante la incapacidad del sistema político para preservar el orden.

11 La Copre propuso a los proyectistas de la ley el referéndum consultivo. Nunca nos imaginamos que gracias a ese recurso se convocaría la ANC.

5. El método electoral sería personalizado, descartándose así la representación proporcional de las minorías.[12]

6. La duración de la ANC no debería exceder de 6 meses.

7. La Constitución aprobada por la ANC sería ratificada por el pueblo mediante referéndum.

Sin embargo, el punto álgido de esos días de inusitada expectativa lo constituyó la interrogante en torno a cómo respondería la Corte Suprema de Justicia, en su carácter de máximo intérprete de la Constitución, al reto de la convocatoria constituyente fuera de los procedimientos pautados en la Constitución vigente de 1961, interrogante resuelta gracias a dos decisiones de la Corte el 19 de enero de 1999, que despejaron definitivamente el camino a la ANC. Los argumentos fundamentales de los fallos judiciales, fuertemente controvertidos por la doctrina constitucional patria y comparada,[13] se pueden sintetizar así:

• El titular de la soberanía, el pueblo, la ejercita a través del sufragio en la designación de los representantes, pero también directamente en los casos en que expresamente no los haya delegado.

• Los mecanismos de reforma pautados en la Constitución limitan los poderes constituidos, como poder constituyente derivado, pero nunca al poder constituyente, dada su naturaleza originaria. Como reza el fallo de la ponencia redactada por el magistrado La Roche: "Es inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aun cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente".

"El referéndum previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la

---

12 Se ha criticado fuertemente la adopción de dicho método. En descargo de la Comisión hay que señalar la matriz favorable hacia el mismo que surgía desde dentro de la sociedad civil bajo el argumento de la uninominalidad.

13 La bibliografía jurídica patria es abundante, lo que me exime de presentarla aquí. Entre los autores foráneos cabe citar a Pace (1999) y Lösing (2000).

Constitución".[14] En suma, gracias al recurso refrendario previsto en la legislación electoral señalada, la Corte despejó el camino a la convocatoria constituyente. En palabras de Argenis Urdaneta (2002:25), que hago mías: "Con esas decisiones, la Corte brindó un piso sólido de legitimidad, de constitucionalidad y de legalidad a la convocatoria de una consulta popular sobre la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente". El 2 de febrero Chávez asume la presidencia de la República con una pose polémica y un acto trascendental: la pose polémica es el juramento ante la Constitución de 1961 que califica de "moribunda" (según el DRAE: "Que está muriendo o muy cercano a morir"), y el acto trascendental es la emisión del decreto presidencial mediante el cual se consulta al pueblo la convocatoria constituyente. La primera pregunta, donde se establecen los propósitos transformadores de la ANC, no suscita controversia, si la segunda, dado su evidente tinte plebiscitario.[15]

Al unísono de la apertura por parte del presidente Chávez de un amplio abanico de consulta con los sectores representativos en lo político, económico y social de la vida nacional, que confluye en la fijación el 10 de marzo de las "Bases comiciales para el referendo consultivo sobre la convocatoria de la ANC", cuya fecha se determina para el 25 de abril, se da inicio a una andanada de recursos de nulidad del decreto, que determinan decisiones correctoras por parte de la jurisdicción constitucional que no desnaturalizan la razón de ser de la consulta, sino que incorporan al Consejo Nacional Electoral a la decisión refrendaria, gracias a la competencia que se le atribuye para examinar y modificar las bases propuestas por el Ejecutivo Nacional, lo que el máximo organismo electoral realiza parcial y matizadamente.[16]

En conclusión, los aspectos más relevantes de la convocatoria constituyente, normados en las bases comiciales son los siguientes:

---

[14] El artículo 50 de la Constitución de 1961 consagra una cláusula abierta de derechos y garantías que se repite en el artículo 22 de la Constitución de 1999.

[15] Chávez era un convencido de que la contundente victoria de diciembre de 1998 lo autorizaba para fijar unilateralmente las reglas de la Constituyente.

[16] Cfr. Urdaneta (2002).

• El propósito de la ANC: Como lo recoge la primera pregunta del referéndum: "transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa". En pocas palabras, una ANC transformadora con la meta trazada de adelantar un proceso profundo de cambio político, jurídico y social.

• Su integración: De conformación unicameral, integrada por 131 miembros principales (sin suplentes), elegidos de forma personalizada del siguiente modo:

a. 104 constituyentes en 24 circunscripciones regionales, coincidentes con los estados y el Distrito Federal, manteniendo el criterio del 1 por ciento de la población total del país. En este supuesto el elector dispone de tantos votos como constituyentes se eligen en la correspondiente circunscripción.

b. 24 constituyentes en una circunscripción nacional, para lo cual el elector dispone de 10 votos.

c. 3 constituyentes representantes de las comunidades indígenas, atendiendo a la pluralidad de culturas existentes en las distintas regiones del país.

• Validez de la convocatoria refrendaria a la ANC: Independientemente del número de sufragantes, se estableció la aprobación de la convocatoria siempre que el número de votos afirmativos fuese superior al de los votos negativos.

• Régimen de postulaciones: Abierto, rompiendo por lo menos formalmente con la mediatización político-partidista prevaleciente. Postularon la sociedad civil, los partidos y la propia iniciativa de los candidatos.

• Duración de la ANC: 180 días a partir de su instalación.

• Requisitos de elegibilidad e inelegibilidad de los constituyentes: La condición de venezolano por nacimiento y mayor de 21 años para optar a ser miembro de la ANC. Las altas magistraturas del Estado, militares activos y representantes electos en funciones no pueden optar a la Asamblea, salvo que renuncien al cargo. Los constituyentes gozan de inmunidad y su dedicación es exclusiva.

• Referéndum constitucional: Se fija el referéndum de aprobación de la nueva Constitución dentro de los 30 días continuos a su sanción por la ANC. No se establece un quórum de concurrencia de

los electores a la jornada refrendaria, bastando para su aprobación definitiva que el número de votos afirmativos sea superior al número de votos negativos.

• Límites de la ANC: Con el fin de conjurar las tentaciones del poder se proclaman como límites infranqueables de la ANC, los valores y principios de nuestra historia republicana (un concepto vago e indeterminado), el cumplimiento de los tratados y compromisos internacionales, así como el carácter progresivo de los derechos humanos (que supone poner a la ANC bajo el paraguas protector del sistema internacional de salvaguardia de los derechos humanos), y la garantía de la razón de ser y metodología democráticas en sus acciones y decisiones. Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, para evitar interpretaciones conducentes a una definición originaria y, por ende, plenipotenciaria de la ANC, ordenó la reformulación de la base comicial octava que resaltaba el poder originario de la ANC. Sin embargo, el punto no quedaría totalmente resuelto dada la posición unánime de Chávez y sus partidarios a favor de una Constituyente originaria que haría valer sus poderes una vez instalada, en representación del poder constituyente del pueblo.

El referéndum efectuado el 25 de abril mostró una clara mayoría de electores a favor de la convocatoria constituyente, aunque los niveles de abstención se mantuvieron elevados,[17] lo que revelaba la reiteración de la apatía política de un buen número de venezolanos. Lo cierto es que la campaña refrendaria no fue ni mucho menos polarizada y la promoción del sí no resultó particularmente entusiasta. Diferente resultaron las elecciones constituyentes realizadas el 25 de julio. Cierto que los niveles de abstención se mantuvieron altos,[18] resultando revelador (lo que repetía el fenómeno constituyente de 1946) los resultados: una mayoría hegemónica y apabullante de los candidatos del proyecto liderado por Chávez, unidos en una coalición electoral denominada Polo Patriótico (integrada entre otros por el Movimiento V República, el MAS, el PPT y el Partido Comunista de Venezuela), y respaldada por una estrategia electoral

---

17 El sí obtuvo en la primera pregunta el 87,88 por ciento de los votos y el 81,86 por ciento en la segunda pregunta. La abstención se elevó al 62,22 por ciento de los electores.

18 El 53,77 por ciento de los electores.

coherente y agresiva, que desvirtuó la personalización del sufragio, gracias a la conformación del "kino",[19] fórmula de llave cerrada identificada por el símbolo de la gorra roja que facilitaba al elector la selección de los candidatos propuestos por la coalición.

Al contrario, la oposición política se presentó desarticulada: los partidos tradicionales, Acción Democrática y Copei, no se recuperaban del trauma de la derrota y los desaciertos electorales de 1998. Se les identificaba con los males del país, las "cúpulas podridas", como las bautizó Chávez, causantes de las frustraciones y desesperanzas de la inmensa mayoría de los venezolanos. Incluso los socialcristianos copeyanos habían llegado al extremo de decidir "suicidarse en primavera", al renunciar su dirección nacional en pleno para "expiar sus culpas" y someterse a una constituyente partidaria; por otra parte, el amplio universo de los candidatos de la sociedad civil compitió sin unión ni espíritu de colaboración para sumar voluntades, todo lo cual facilitó el abrumador triunfo de la alianza chavista, que con alrededor del 60 por ciento de votos obtuvo una sobrerrepresentación de alrededor del 94 por ciento de las plazas en disputa.

En efecto, los 131 miembros de la ANC se distribuyeron así: 121 de los 128 constituyentes electos representaron el Polo Patriótico. Éste presentó 20 candidatos en la circunscripción nacional, todos fueron electos. Las cuatro plazas restantes fueron ocupadas por 2 candidatos independientes (Allan Brewer-Carías y Jorge Olavarría), un representante identificado con Acción Democrática (Claudio Fermín) y el cuarto identificado con Proyecto Venezuela (Alberto Franceschi). Los tres restantes constituyentes no electos dentro del "kino" chavista fueron: Antonio Di Giampaolo, independiente por el estado Aragua, que se benefició de un conflicto interno en la coalición del Polo Patriótico en dicho estado; Antonia Muñoz, reconocida partidaria de Chávez (luego sería elegida Gobernadora del estado Portuguesa apoyada por el MVR), excluida del "kino" por conflictos internos en el seno del movimiento chavista, y Virgilio Ávila Vivas, dirigente de Acción Democrática, en representación del estado Nueva Esparta.

---

[19] Para los lectores extranjeros de este trabajo aclaro que el "kino" es un popular juego de lotería parecido al lotto alemán.

Por último, los 3 representantes de las comunidades indígenas estaban plenamente identificados con el Presidente a quien reconocían como defensor y promotor de sus preteridas demandas de autonomía ante el Estado nacional.

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

La ANC se instaló solemnemente en el Aula Magna de la Universidad Central de Venezuela el 3 de agosto de 1999 y finalizó su trabajo el 30 de enero de 2000. En total se reunió en 63 sesiones, en el hemiciclo de la Cámara de Diputados del Congreso de la República, el histórico Capitolio Nacional, en Caracas, con las excepciones de la sesión inaugural señalada y la de clausura que tuvo lugar en Cuidad Bolívar, la antigua Angostura, como homenaje a la Constitución de 1819 que, como es sabido, se promulgó allí bajo la impronta del Libertador Simón Bolívar. Las actividades de la ANC pueden dividirse en dos: los actos y decretos que en uso de sus autoproclamados poderes originarios implicaron una interferencia efectiva en el funcionamiento de los poderes establecidos, y el proceso de elaboración propiamente dicho de la nueva Constitución. Para su mejor comprensión los analizaré por separado. La ANC y los poderes constituidos Una vez instalada la ANC procede a elaborar su estatuto de funcionamiento donde claramente define sus poderes originarios, en virtud de lo cual puede limitar o decidir la cesación de las actividades de los órganos que conforman el poder público, en otras palabras, todas las instituciones legitimadas por la Constitución de 1961, desde el Presidente de la República, pasando por el Congreso y la rama judicial hasta los alcaldes de las regiones más recónditas de la geografía nacional. Explícitamente, el Estatuto resalta la subordinación de los poderes constituidos a los dictados de la ANC, como "depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía", es decir como representante del poder constituyente del pueblo, y decreta el mantenimiento de la vigencia de la Constitución de 1961, a partir de cuya decisión pasó a ser efectivamente una Constitución "moribunda" en la medida en que mantendría su vigencia en todo aquello que no colidiera o contradijera las decisiones de la ANC. En resumen, la Constitución de 1961 fue sometida a una *capitis diminutio*, sólo explicable por la conveniencia de impedir la inseguridad jurídica y el vacío normativo en el país.

En consecuencia, la ANC decretó como uno de sus primeros actos, en virtud de consideraciones de emergencia nacional, la reorga-

nización de todos los órganos del poder público, que la autorizaban para tomar las medidas de intervención, modificación o suspensión que libremente decidiera.

Dentro de los decretos, verdaderos actos constituyentes que la ANC no sometió a ningún control externo, hubo desde nombramientos y destituciones de algunos funcionarios, ratificación de otros (el presidente Chávez fue ratificado formal y solemnemente en el cargo, juramentándose de nuevo ante la ANC), suspensión de comicios locales, así como autorizaciones crediticias al Gobierno, hasta la aprobación del presupuesto nacional e incluso la declaratoria de un estado de excepción ante la catástrofe natural que se ensañó contra los habitantes del estado Vargas.

De manera especial cabe destacar dos intervenciones de la ANC en los poderes constituidos, relevantes por sus consecuencias: en el Poder Legislativo y en el Poder Judicial. Es de recalcar que el Poder Ejecutivo quedó incólume, a lo más se ratificaron decisiones del Presidente y a los funcionarios electos al nivel regional y local (gobernadores y alcaldes) les fue respetada su investidura, pese a la presión interventora de algunos constituyentes. En pocas palabras, la ANC no hizo tabula rasa, como cabría a primera vista pensarse, con la organización del Estado, cuya conducción no sufrió mayores embates, no sólo por el tradicional ejecutivismo de nuestro sistema presidencialista, sino porque efectivamente la ANC hizo un uso ponderado de sus poderes plenipotenciarios.

La cohabitación ANC-Congreso de la República es reveladora de que no se produjo ni mucho menos en Venezuela un gobierno de asamblea. Por supuesto que fue una relación hegemónica donde si bien no se disolvió el Parlamento, sí fue efectivamente disminuido en sus funciones. En efecto, a través de un "decreto de regulación de las funciones del Poder Legislativo", la ANC restringió expresamente sus funciones legislativas, se redujeron drásticamente sus comisiones y se suspendieron las sesiones del plenario. Es más, la ANC decidió ejercer directamente un rol de tutelaje del Congreso, gracias a la creación de una comisión legislativa designada de su propio seno, así como por intermedio de una comisión de investigación sobre sus actividades administrativas. En la realidad, el Congreso se desnaturalizó al perder su rol deliberante, sumido en un proceso de muerte si bien no súbita si progresiva, cuyo decreto de defunción en definitiva lo que hizo fue formalizar su total desdibujamiento. Ello se manifestó, además, de forma simbólica y gráfica.

Aprovechando el receso parlamentario de agosto, la ANC ocupó sus instalaciones, dejando arrinconadas en algunas dependencias, bajo el eufemismo de compartir espacios, sus alicaídas funciones. Hubo en los hechos un conato de rebelión parlamentaria que se manifestó en disturbios en los alrededores del Capitolio, sin mayores consecuencias en sus reales efectos, pues el clima de opinión predominante en el país lo identificaba como expresión de una clase política desprestigiada que se negaba a desprenderse de sus cuestionados privilegios. El diferendo poder constituyente-poderes constituidos se trasladó a la Corte Suprema de Justicia, donde se dio la última batalla por limitar las decisiones de la ANC. El comentario viene al caso, dada la impugnación de los decretos regulativos de las funciones del Congreso, que devino en la incuestionable entronización de la ANC como poder originario supraconstitucional. El máximo tribunal había permanecido y de hecho permaneció intocado hasta la aprobación de la nueva Constitución. En la práctica aceptó convivir con la ANC, luego de la trascendental decisión que abrió las puertas de su convocatoria, bajo el acuerdo tácito de que se respetaran sus funciones jurisdiccionales, siempre que no afectaran el funcionamiento de la ANC, y a su vez aceptara la decisión de la asamblea de iniciar el proceso de reorganización del Poder Judicial, gracias a la creación de una comisión de emergencia judicial.[20] Sin embargo, la impugnación de los decretos aludidos puso a prueba el celo jurisdiccional del tribunal. La presidenta del alto tribunal, la magistrada Cecilia Sosa, que había cumplido un relevante papel como facilitadora del proceso constituyente, optó antes por renunciar, dado lo que consideraba como complacencia de la mayoría de los magistrados ante la intervención judicial por parte de la ANC. La decisión, que acogía el novedoso concepto de supraconstitucionalidad no fue unánime, pues contó con 6 votos salvados, concluía con un aserto incontrovertible a favor de la ANC: "El recurso de nulidad es improcedente, pues el fundamento del acto impugnado no puede ser la Constitución vigente, desde que la soberanía popular se convierte, a través de la Asamblea Nacional Constituyente, en supremacía de la Constitución, por razón del carácter representativo del Poder Cons-

[20] El tema del destino de la CSJ fue objeto de una tensa polémica en el seno de la ANC. Mientras un grupo de constituyentes solicitaba medidas radicales que pasaban por su disolución, la mayoría acogió la vía de la negociación con los altos magistrados.

tituyente, es decir, como mecanismo jurídico de producción originaria del nuevo régimen constitucional de la República".[21] En palabras de Sosa, la Corte prefirió "suicidarse" antes de ser "asesinada". En la realidad, la Corte se había rendido ante el principio del poder constituyente originario y actuó en consecuencia.

[…]

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARVELO, A. *El dilema del chavismo. Una incógnita en el poder*. El Centauro ediciones. Caracas 1998.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1999-2000). Gaceta constituyente (diario de debates). Imprenta del Congreso de la República. Caracas.

BOLÍVAR, S. *Ideas políticas y militares*. Editorial Jackson. Buenos Aires 1948.

CALDERA, R. *Caldera. Dos discursos*. Editorial Arte. Caracas 1992.

COMBELLAS, R. *La tradición republicana, la doctrina bolivariana y la Constitución de 1999*. Visión iberoamericana de temas constitucionales. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas 2003.

COMBELLAS, R. *Derecho constitucional. Una introducción al estudio de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. McGrawHill. _____ coord. Caracas 1993. *Venezuela: crisis política y reforma constitucional.* Universidad Central de Venezuela. Caracas 2000.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de reforma general de la Constitución de 1961 con exposición de motivos. Talleres Gráficos del Congreso de la República. Caracas 1992.

CONSTANT, B. *Fragments d´un óuvrage abandonné sur la possibilité d´une constitution republicaine dans un grand pays*. Aubier. Paris 1991.

---

21 Cfr. Tribunal Supremo de Justicia (2000).

COPRE. *La reforma del Estado. Proyecto de reforma integral del Estado.* Editorial Arte. Caracas 1988.

ESCOVAR SALOM, R. *La Constitución y el poder militar. La Constitución de 1999*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2000, pp. 231-245.

KORNBLITH, M. *Venezuela en los noventa. Las crisis de la democracia*. Ediciones IESA. Caracas 1998.

LÖSING, N. "El guardián de la Constitución en tiempos de crisis". *Anuario de Derecho*. Edición 2000, pp. 139-160.

PACE, A. "Muerte de una Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 57, 1999, pp. 271-283.

ROUSSEAU, J.J. *El contrato social*. Ediciones Altaya. Barcelona 1993.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Bases jurisprudenciales de la supraconstitucionalidad. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas 2000.

URDANETA, A. "Proceso constituyente y bases para una democracia participativa". Memoria Política, 7, 2002, pp. 11-65.

X. JESÚS M. CASAL H.*

"Proceso Constituyente, Constitución y Justicia Constitucional"

Publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010*, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2010, pp. 401-424

(2010)

Resumen:

Este trabajo pretende poner de relieve la importancia que tiene el proceso constituyente venezolano de 1999 para comprender la evolución de la institucionalidad del país hasta el presente. La inclinación al ejercicio irrestricto del poder y a la ocupación unilateral de los espacios institucionales marcó el desarrollo futuro de los acontecimientos. Un factor relevante en este contexto fue el régimen transitorio espuriamente aprobado y erróneamente concebido por la Asamblea Nacional Constituyente. Esta *palanca* político-constituyente ha encontrado, además, un punto de apoyo fundamental en la jurisdicción constitucional. Al hilo del análisis de estos hechos nacionales se abordan problemas teórico-constitucionales de alcance general.

---

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es poner de manifiesto que la evolución que ha tenido el sistema político venezolano desde 1999 no podría entenderse sin tener en consideración el proceso constituyente de ese año. Ello es además imprescindible para comprender la posición que ha ocupado la Constitución en el ordenamiento jurídico y el papel que ha jugado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. De lo dicho se desprende que este trabajo también pondrá de relieve la conexión existente entre los tres conceptos y elementos constitucionales mencionados: el proceso constituyente, la Constitución y la justicia constitucional.

Anticipando las conclusiones del estudio podemos decir que la reducida eficacia de la Constitución en la orientación de la dinámica política e institucional del país es correlativa a la enormidad de los poderes ejercidos por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 y al tratamiento dado a la transición constitucional. No estamos afirmando que esta es la única ni la principal causa para explicar las desviaciones constitucionales que desde entonces se han producido; solo sostenemos que ha sido un importante factor concurrente. A la vez, el uso dado a tales poderes se ha visto reflejado en la función cumplida por la Sala Constitucional, como veremos.

I. LA ADMISIÓN DE UN PODER CONSTITUYENTE INCONTENIBLE Y SUS CONSECUENCIAS

1. *La situación político-institucional de 1998-1999*

Es indudable que en 1998 nos hallábamos en medio de una grave crisis del sistema político instaurado en 1958. El descrédito de los partidos políticos que habían desempeñado un papel fundamental en el establecimiento de ese sistema y luego se alternaron en el poder era notorio y creciente. La reserva de las principales decisiones sobre la vida de los respectivos partidos a una élite, cuando no al máximo líder de cada organización (cogollocracia), aunada al bloqueo del relevo político y generacional, condujo al anquilosamiento de esos partidos, lo cual inevitablemente trascendió a la institucionalidad democrática, que en buena medida estaba supeditada a sus dictados, incluso en esferas que debían resultarles ajenas, como el Poder Judicial. La descomposición institucional afectó sobre todo al Congreso de la República, al ser normalmente el parlamento u órgano representativo-legislativo nacional el que más sufre las

consecuencias de las crisis de las democracias. Desde la sociedad se reclamaba con razón una mayor participación, y era visible el abandono de sectores vulnerables que en su día habían inspirado programas y acciones partidistas, los cuales llegaron a traducirse en significativos logros que no encontraron a tiempo una reproducción.

La necesidad del cambio político y de reformas institucionales era innegable. La Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE) había señalado un camino que solo fue seguido parcialmente, cuyos frutos fueron palpables en el ámbito de la descentralización política. La reforma política fue sin embargo tímida, por un lado, y, por otro, no estuvo acompañada de programas sociales que al menos frenaran la exclusión. Por el contrario, los planes neoliberales aplicados en 1989 profundizaron la brecha que se estaba abriendo entre el pueblo y los gobernantes.

Escaparía a los fines de este estudio una explicación ordenada o sistemática de estas circunstancias y de las correspondientes percepciones sociales. Solo nos interesa constatar que la situación reinante obligaba a un viraje democrático en la dinámica política, destinado a abrir espacios de participación a otros actores, tanto dentro como fuera de los partidos, los cuales debían renovarse; a retomar e intensificar programas de inclusión social; a rescatar la confianza en la institucionalidad, lo que implicaba la salida de los partidos de la administración de justicia, entre otras medidas. Una mirada retrospectiva desde el presente permite aseverar que los cambios finalmente impuestos en el país desde 1999 no han ido en esta dirección. Pero en este punto de la exposición basta con subrayar que buena parte de los electores vio en la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente un principio de solución a esos problemas, lo cual, hasta un cierto punto, era comprensible en el contexto esbozado. Es importante observar cómo se llegó a dicha convocatoria, así como apreciar su significación político-constitucional.

2. *La convocatoria y el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente*

En medio de la crisis de los partidos tradicionales que alcanzaba su auge en 1998 y que afectaba al sistema democrático por ellos sostenido, irrumpió con fuerza la idea de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. La propuesta no era nueva ni provenía exclusivamente de los sectores cercanos al chavismo, pero en manos de Hugo Chávez adquirió un radicalismo y, por eso mis-

mo, una nitidez difícilmente comparable con la de otras versiones. La ruptura con el orden político anterior debía ser, desde la perspectiva del chavismo, abrupta e insuperable, similar, vale decir, a la pretendida por los revolucionarios franceses mediante la guillotina que defenestraría al monarca y al régimen que representaba. No había transacción o arreglo posible con los adversarios. Algunos sostuvieron, con evidente ingenuidad o cinismo, que los acuerdos con los opositores llegarían después de la culminación de las tareas de dicha Asamblea, lo cual nunca ocurrió.

Las demandas reprimidas de reforma política y social ofrecieron tierra fértil para una tesis transformadora catapultada por la convocatoria del poder constituyente originario, asumido como plenipotenciario. El conflicto que ello suponía entre el orden constitucional entonces vigente y la soberanía popular como soporte de la legitimación política no era casual ni era un costo que habría que pagar en aras del proyecto político emergente; era más bien parte fundamental de la senda rupturista o revolucionaria escogida, lo cual también estaba orientado, como el tiempo lo demostraría, a emplear la Asamblea Nacional Constituyente como herramienta para la rápida demolición del sistema edificado y para construir sobre el terreno allanado un nuevo régimen.

Un elemento esencial de esta estrategia de cambio fue el sistema electoral diseñado para la elección de los integrantes de dicho cuerpo constituyente. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que avalaron la convocatoria de la asamblea constituyente merced a una apelación directa a la soberanía popular, y la intensidad de los reclamos populares de transformación, dieron a la tesis del poder constituyente originario un respaldo institucional y un vigor político que volcó a los sectores opositores hacia la búsqueda de algunos espacios dentro de este órgano, pero el sistema y la táctica electoral aplicados desde el sector gubernamental fueron una zancadilla que ocasionó la caída de la mayoría de los aspirantes, después de que ellos mismos hubieran contribuido con su participación a la consolidación del proceso. Las reglas electorales plebiscitariamente fijadas permitieron que las fuerzas políticas agrupadas en torno al proyecto chavista consiguieran un 95% de los escaños de la Asamblea Nacional Constituyente, a pesar de que solo contaron con

el 62% de los sufragios. Eso favoreció la unilateralidad en la actuación de esta asamblea, lo cual tendría no pocas consecuencias.[1]

Desde su instalación la asamblea mostró toda su virulencia revolucionara. Inobservando el fallo judicial según el cual el poder que ejercería la Asamblea Nacional Constituyente no podría calificarse de originario, porque durante su funcionamiento ella estaría atada a la Constitución de 1961,[2] el cuerpo constituyente se proclamó originario en su sesión de instalación, animado por discursos altisonantes que evocaban la Revolución Francesa. La Constitución de 1961 se mantendría en vigor en todo aquello que no contrariara los actos que empezaría a dictar la asamblea, los cuales se tradujeron en el cercenamiento de las atribuciones del Congreso de la República y de autoridades elegidas a nivel regional y local, así como en la intervención en el poder judicial.[3]

El conflicto suscitado con el Congreso, cuyos miembros rehusaron entregar los espacios y atribuciones que constitucionalmente le correspondían, generó un seguimiento informativo nacional e internacional y una reacción de la opinión pública que forzaron una negociación favorecida por los buenos oficios del episcopado venezolano, tras la cual se alcanzó una cohabitación entre los dos órganos, en la que se hizo palpable el declive del Congreso como instancia representativa de la institucionalidad que estaba siendo derribada. La agonía del órgano legislativo ordinario fue coronada por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró la supraconstitucionalidad de los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, entre los que se encontraba el *Decreto sobre la Regula-*

---

1 Véase Jesús M. Casal H.: "El constitucionalismo venezolano y la Constitución de 1999", en *Revista de la Facultad de Derecho* (UCAB), No. 56 (2001), pp. 137 ss.

2 Véase las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, del 18 de marzo y del 13 de abril de 1999.

3 Véase el Decreto de Reorganización de todos los Órganos del Poder Público (12 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* No. 36.764, del 13 de agosto); el Decreto sobre la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo (25 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* No. 36.772, del 25 de agosto, reformado el 30 de agosto (*Gaceta Oficial* No. 36.776, del 31 de agosto), y el Decreto sobre la Reorganización del Poder Judicial (19 de agosto de 1999, publicado, después de una reimpresión por error de copia, en la *Gaceta Oficial* No. 36.782, del 8 de septiembre).

ción de las Funciones del Poder Legislativo.[4] El Poder Judicial fue sometido a una intervención que se tradujo en suspensiones o destituciones sumarias de jueces, lo cual recibió la cooperación de integrantes de las altas instancias judiciales. De esta forma, los decretos de la Asamblea Nacional Constituyente referidos a la actuación y las competencias de los órganos del poder constituido fungieron de analgésico previo a la ejecución de las instituciones previstas en la Constitución de 1961, algunos de cuyos miembros lograron sobrevivir al relevo político en ciernes.

Se ha escrito bastante y con acierto sobre el debate jurídico que rodeó la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente y sobre el desarrollo ulterior del proceso.[5] Conviene no obstante detenerse en dos aspectos medulares en el análisis jurídico-constitucional de tal convocatoria y del funcionamiento de esa asamblea: el abandono temporal o eclipse del Estado de derecho que se produjo y la vulneración que se profirió contra la Constitución naciente.

A. *Abandono del Estado de derecho*

La primera víctima del proceso constituyente de 1999 fue el principio del Estado de derecho. La Constitución limita a los poderes públicos, pero también debe ser respetada por el pueblo. El pueblo hace la Constitución, por medio de representantes o delegatorios elegidos y, frecuentemente, mediante la aprobación o ratificación por referendo del texto constitucional, pero ello no implica que pueda ignorarla. Durante la vigencia de una Constitución el pueblo está sujeto a sus preceptos, y las formas de participación política que ella pueda establecer han de ejercerse en conformidad con el ordenamiento jurídico. El punto crítico de las relaciones entre el Estado de derecho y la soberanía popular puede sin embargo suscitarse al activarse el poder constituyente del pueblo.

---

4 Publicado en la *Gaceta Oficial* No. 36.772, del 25 de agosto, reformado el 30 de agosto, según *Gaceta Oficial* No. 36.776, del 31 de agosto.

5 Véase, entre otros autores, Allan Brewer-Carías: "El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 3, 1999; Lolymar Hernández Camargo: *El proceso constituyente venezolano de 1999*, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.

Por lo general las Constituciones no prevén su sustitución por otra emanada de una asamblea constituyente, sino que tienden a reservar a las instancias democráticas instituidas la adopción de enmiendas o de reformas parciales o generales a la Constitución, sin perjuicio de una intervención final del pueblo mediante referendo. Pero en circunstancias extremas de deslegitimación o descomposición de un orden político-constitucional es posible que tales cauces institucionales normativamente instaurados para la modificación de la Constitución no puedan canalizar las exigencias mayoritarias, ante lo cual no es descartable que se acuda a una invocación del poder constituyente originario y al despliegue de su fuerza política y jurídica demiúrgica.

En términos de la teoría y práctica constitucional cabe afirmar que la competencia de revisión constitucional encomendada a determinados órganos, normalmente al parlamento, no es apropiada para satisfacer el requerimiento de crear una Constitución enteramente nueva, cuya elaboración corresponde al pueblo en ejercicio del poder constituyente. Si la Constitución vigente no permite la activación por el pueblo de este poder o si solo la autoriza en condiciones formales que no están en consonancia con las aspiraciones mayoritarias, surge un conflicto entre la soberanía popular y la normatividad en vigor. Ello fue certeramente advertido por Loewenstein:

> Como una necesaria válvula de escape, la revisión total no puede ser criticada teóricamente; pero su valor práctico puede ser pequeño. Si el descontento de los destinatarios del poder con su constitución está tan extendido que aspiran a una transformación radical, o -el caso más frecuente- si un grupo desea apoderarse del poder, pero se siente impedido por el procedimiento de reforma en vigor, suele producirse, por lo general, un golpe constitucional revolucionario.[6]

En realidad, la posibilidad de una revisión constitucional total encomendada al poder constituido sí ha sido objeto de fundadas críticas teóricas, en las que no nos detendremos.[7] Interesa ahora

---

6 Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1986, p. 185.

7 Véase Pedro de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* Madrid: Tecnos, 1999, pp. 77 ss.; de Carlos Cabo Martín:

apuntar que, según la opinión dominante en la teoría constitucional, el poder constituyente del pueblo no desaparece ni queda irremediablemente encadenado una vez que es ejercido al aprobarse la Constitución. Permanece más bien en estado de letargo o latencia y puede aflorar cuando el pueblo lo determine. La Constitución en vigor no podría proscribir su invocación, lo cual en la mayoría de las concepciones se fundamenta en postulados democráticos y en el carácter político, previo al derecho e independiente del poder constituyente respecto de la normatividad constitucional existente al momento de su irrupción.[8] En sentido contrario se ha afirmado que el pueblo quedaría autolimitado por las disposiciones que él mismo ha dictado al elaborar la Constitución, incluyendo a las normas referidas a su reforma[9]. No sería pertinente abordar aquí estas y otras teorías destinadas a explicar la naturaleza y el alcance del poder constituyente. Sí es importante advertir que la primera concepción, en sus versiones más radicales, no está en capacidad de canalizar adecuadamente la aludida tensión entre el Estado de derecho y la soberanía popular, pues sacrifica a aquél en beneficio de ésta.

La exigencia de respetar el Estado de derecho no solo rige en los supuestos en los que se hace uso de la competencia de revisión de la Constitución, sino también es relevante cuando el pueblo pretende elaborar una nueva Constitución. Sin embargo, desde postulados político-decisionistas lo importante sería lo que el pueblo, es decir, una porción mayoritaria del electorado, determine en cada ocasión en cuanto al *si* y al *cómo* de la manifestación del poder constituyente.[10] Obsérvese que, aun en los casos de ordenamientos que han previsto una asamblea constituyente como mecanismo para la aprobación de una nueva Constitución, podría sostenerse, sobre estas premisas, que dicha regulación deja incólume la facultad del pueblo de optar por una expresión del poder constituyente no coin-

---

La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho, Madrid: Trotta, 2003, pp. 27 ss.

8 Véase Jorge Vanossi: *Teoría constitucional I (Teoría constituyente),* Buenos Aires: Depalma, 1975, pp. 123 ss.

9 Martin Kriele: "Das demokratische Prinzip im Grundgesetz", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 29, Berlín-Nueva York: Walter de Gruyter, 1971, pp. 49 ss.

10 Véase Vanossi: o. cit., pp. 39 ss.

cidente con los procedimientos o parámetros fijados en la Constitución. El asunto adquiere especial calado si se llega a sostener, en conformidad con algunas versiones de la tesis esbozada, que la irrupción del poder constituyente, como poder libre de vínculos jurídico-positivos, no es un hecho revolucionario, es decir, un quiebre del orden constitucional instaurado, sino un momento singular pero natural o incluso regular dentro de la dinámica del orden jurídico.

Nótese que conforme a los postulados decisionistas enunciados la tensión latente en la concepción del poder constituyente no solo estaría referida a la supremacía constitucional, por un lado, y a la soberanía popular, por el otro, sino más bien a esta última y al Estado de derecho globalmente considerado, pues se estaría admitiendo que hay una fase normal o regular dentro de la evolución del Estado en la cual el derecho quedaría, al menos en parte, silenciado o desplazado, y en la cual la política, a través de la voluntad de la mayoría, se impondría a las consideraciones normativas, y es posible que en acatamiento a dicha voluntad llegue a reemplazarse la ordenación del Estado de acuerdo con la separación de poderes por una concentración de estos en una asamblea constituyente.

Es obvio que diversos acontecimientos políticos pueden provocar la caída de un régimen y de la Constitución que le servía de soporte. Igualmente, es posible que una nueva Constitución originada en circunstancias de esa índole alcance legitimidad política, aun cuando el poder constituyente haya sido ejercido al margen de lo dispuesto en la normatividad constitucional precedente. Ninguna Constitución puede impedir que ello ocurra, pues en cuanto norma jurídica pretende establecer un deber ser y no predetermina el curso de los acontecimientos históricos. No obstante, una cosa es admitir los límites del derecho frente a la realidad histórico-política y otra muy distinta es afirmar que, sin vulnerar el orden constitucional en vigor, es lícito prescindir de lo normativamente ordenado para favorecer la activación del poder constituyente, en los términos y modalidades que una porción mayoritaria del electorado estime convenientes.

El proceso constituyente venezolano de 1998-99 es un buen ejemplo de ese conflicto potencial entre Estado de derecho y soberanía popular y, al mismo tiempo, muestra de omisiones y excesos difíciles de justificar. Cuando se discutía en 1998-99 sobre la posibilidad de reformar la Constitución de 1961 para incluir en ella la

figura de la asamblea constituyente, lo cual ya había sido propuesto sin éxito en 1992, la Corte Suprema de Justicia abrió las puertas a la celebración de un referendo con efectos vinculantes para consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente; ello con apoyo, entre otros argumentos, en el carácter "soberano, previo y total" del poder constituyente, en su naturaleza "de poder soberano, ilimitado y principalmente originario" o en sus facultades absolutas e ilimitadas, lo cual, a juicio de la Corte, impedía que la Constitución vigente vedara su activación.[11]

Con razón se ha puesto de relieve la perplejidad que ocasiona escuchar esta aseveración en boca de un órgano creado por la Constitución para su propia defensa y que fuera de ella carece de sustento jurídico.[12] Aparentemente el máximo tribunal intentaba tender puentes entre el orden constitucional que languidecía y el emergente, para no colocar un dique que desembocara en una ruptura abierta de consecuencias impredecibles. Pero la forma en que abordó el problema jurídico planteado, al disolverlo, en lugar de resolverlo, con el fluido abrasivo de la omnipotencia política, socavó los propios fundamentos de su actuación contralora y anticipó la caída de la Constitución vigente. En ningún caso una instancia jurisdiccional puede afirmar que algún poder sea total, absoluto o ilimitado a causa de su preestatalidad. Aunque a nuestro juicio el problema reside no solo en la condición y las coordenadas institucionales del órgano autor de tal afirmación, sino también en la función del derecho en un Estado de tal signo, en el que todo poder jurídico es por definición limitado.[13] Aquel poder que acaso sea ilimitado en términos políticos no puede tener cabida con tales prerrogativas en un tribunal ni en el Estado de derecho, mucho menos recibir de estos una bendición jurídica, suerte de genuflexión del derecho ante la políti-

---

11 Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999.

12 Cf. Eduardo Piacenza: "Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo No. 17 del 19/01/1999 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica", en *Crisis y acción política*, Carabobo: Universidad de Carabobo, 2000, pp. 160 ss.

13 Véanse las observaciones al respecto formuladas en medio del debate sobre la convocatoria de una asamblea constituyente en Jesús M. Casal H.: "Reflexiones sobre la Asamblea y el Poder Constituyente", en *Constituyente: aportes al debate*, Caracas: COPRE, 1998, pp. 3 ss.

ca. Una Constitución no puede impedir o descartar que el poder constituyente se manifieste de manera revolucionaria, pero sí puede aspirar a encauzar el cambio constitucional.

Pedro de Vega, cuyo pensamiento sobre el poder constituyente fue invocado como sustento por la sentencia citada de la Corte Suprema de Justicia, ha identificado con claridad el ámbito en el que ha solido predicarse el carácter irrefrenable del poder constituyente:

> […] el poder constituyente, como fuerza externa al sistema, permanece indemne en toda su pujanza. Al poder constituyente le corresponderá siempre la posibilidad de reformar la Constitución existente o la de establecer una nueva, pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho. La distancia que media entre la actuación del poder de reforma y el poder constituyente es, como ya dijimos, la que separa la acción legal de la revolución.[14]

El carácter previo, total o ilimitado que a menudo es atribuido al poder constituyente solo puede explicarse desde esta óptica política o fáctica, no desde la jurídica. No descartamos que una interpretación basada en los principios estructurales o básicos de un orden constitucional pueda justificar jurídicamente, con una Constitución que no prevea una asamblea constituyente, la activación del poder constituyente del pueblo, especialmente en los supuestos en los que dicho texto no contemple la iniciativa y el referendo popular en los procedimientos de cambio constitucional, pero en tales casos el derecho tendría que ser *ab initio* el fundamento y el límite del proceso constituyente.

Si la opinión prevaleciente en el alto tribunal hubiera sido la de permitir, con base en una interpretación (jurídica) de la Constitución de 1961, la celebración del referendo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, sus mayores esfuerzos dogmáticos habrían debido estar orientados, desde el comienzo, a subrayar la fundamentación jurídica de la consulta y de la eventual convocatoria de la asamblea constituyente, así como las limitaciones que a estas y a la propia asamblea imponían principios contenidos en dicha Constitución. Esta vía argumental era posible, desde un razonamiento apoyado no tanto en la letra o texto constitucional,

---

[14] De Vega: Ob. cit., pp. 238-239.

que circunscribía la participación política a la elección de los representantes ante los órganos constituidos y que nada decía sobre una asamblea constituyente y sus límites, sino en los principios básicos del orden constitucional entonces vigente, entre los cuales se encontraban la soberanía popular y el Estado de derecho, así como una comprensión de la democracia en la cual la representación proporcional ocupaba una posición capital. En lugar de cruzar el puente constituyente de la mano del derecho, la Corte se hizo eco de visiones político-decisionistas corrosivas del orden jurídico que luego, tardíamente, intentaría preservar.

Ni siquiera acotó el pronunciamiento judicial que, de acuerdo con el pensamiento fundacional de Sieyès sobre el poder constituyente, su carácter ilimitado se referiría únicamente a la libertad del cuerpo constituyente para definir la forma política de una nación, por cuanto aquel no se encontraría atado al modelo constitucional establecido al aflorar dicho poder, sino solo al derecho natural. Sieyès nunca pensó en la actuación de una instancia plenipotenciaria facultada para concentrar todas las funciones públicas o menoscabar o cercenar desde su instalación el funcionamiento de los órganos del Estado.[15] La sentencia tampoco hizo mención a los derechos humanos como la versión contemporánea del derecho natural invocado por Sieyès, ni al derecho internacional público en general como barrera que ningún poder del Estado, ni siquiera en la etapa constituyente, puede desconocer, y aquí ocupan una posición especial las normas de *ius cogens*. Las bases comiciales aprobadas mayoritariamente mediante referendo en abril de 1999 aludieron a estas limitaciones, pero ello podría no haber sucedido y el papel de la justicia constitucional debía ser el de advertir sobre la existencia de estas, que tienen un valor objetivo y no dependen de la voluntad de la mayoría.

La aceptación jurisprudencial de una invocación directa del poder constituyente del pueblo solo hubiera sido lícita desde la Consti-

---

15 Cf. E. Sieyès: *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Madrid: Alianza, 1989, p 151. Cf. también, del mismo autor, "Reconocimiento y exposición razonada (presentada ante el comité de Constitución de la Asamblea Nacional los días 20 y 21 de julio de 1789)", en Carlos Sánchez Viamonte: *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, México: UNAM, 1956, p. 121.

tución, no desde la política. Solo así podía ella mantener su supremacía respecto de la consulta popular sobre la convocatoria de una asamblea constituyente, así como respecto del sistema electoral aplicable y del funcionamiento de dicha instancia. Sin embargo, en la sentencia citada los argumentos jurídicos fueron aderezos de una tesis de fondo de índole política, entendiendo esta expresión en sentido científico. El desgarre jurídico que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia comportaba era de tal magnitud que no fue posible remendarlo luego cuando el mismo tribunal pretendió someter al poder constituyente en gestación a la Constitución de 1961, negándole su naturaleza originaria. Lo que vino después es conocido. La Asamblea Nacional Constituyente se proclamó originaria y se consideró facultada para invadir la esfera de atribuciones de los órganos constituidos, lo cual comportaba una degradación de la Constitución vigente, del principio de la separación de poderes y, a la postre, de la idea de la limitación jurídica del poder inherentes al Estado de derecho.

B. *El sacrificio de la Constitución naciente*

Orlando Tovar subrayó, con motivo de la promulgación de la Constitución de 1961, que contó con el voto favorable de las distintas organizaciones políticas, sin perjuicio de las salvedades expresadas por algunas de ellas, la lamentable circunstancia de que el mismo día de su publicación y entrada en vigor se hubiese decretado la suspensión de varias de las garantías individuales allí consagradas, con lo cual se colocaba al lado de la Constitución naciente una "urnita" representativa de la limitada voluntad de dar cabal cumplimiento a esa norma suprema. Algo similar, aunque en realidad más grave, ocurrió cuando la Asamblea Nacional Constituyente procedió a dictar, el 28 de diciembre de 1999, el *Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público*,[16] en el cual se designó a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y a los titulares de los órganos del Poder Ciudadano (fiscal general de la República, contralor general de la República y defensor del Pueblo).

Estos nombramientos se efectuaron de manera inconsulta, opaca y precipitada, ante la inminente entrada en vigor de una Constitución en la que deliberadamente no se incluyeron todas las disposiciones transitorias que exigía la sucesión de un orden constitucional

16 *Gaceta Oficial* No. 36.859, del 29 de diciembre de 1999.

por otro. Las disposiciones transitorias de la Constitución deberían haber regulado todas las situaciones relativas a dicha sucesión, pues de esta forma el pueblo hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su contenido y habría quedado a salvo la supremacía constitucional. Pero se optó por el atajo de dictar, en el interregno entre la aprobación popular de la Constitución y su promulgación, un régimen de transición definido a espaldas del pueblo y lesivo de valores fundamentales de la nueva Constitución, como el principio y el derecho de participación política. La necesidad de asegurar la transición entre uno y otro orden constitucional, entre la antigua Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Supremo de Justicia, o entre la Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y los órganos homólogos de la Constitución de 1999, no era una excusa válida para desconocer los principios de la Constitución recién aprobada en referendo, pues habría sido posible incluir en las disposiciones constitucionales transitorias la base normativa para que la Asamblea Nacional Constituyente adelantara durante el mes de enero, en el que esta continuó sesionado, un proceso de consulta a la ciudadanía sobre algunas designaciones provisionales, las cuales habrían quedado sin efecto una vez que la Asamblea Nacional prevista en el nuevo texto se hubiera instalado y hubiera dictado, con estricto apego a la Constitución, las normas legales referidas a la designación de tales autoridades.

Tal designación de las altas autoridades judiciales y contraloras del país, llevada a cabo merced a triquiñuelas pseudo jurídicas y al margen de la voluntad popular y de la participación ciudadana, representó un condicionamiento anticipado de la fuerza normativa de la Constitución de 1999.

Este pecado original tendría consecuencias devastadoras sobre el desarrollo posterior de la institucionalidad establecida en la Constitución, pues las posteriores ratificaciones o designaciones de los más altos funcionarios del Poder Judicial o del Poder Ciudadano también han estado contaminadas, como enseguida veremos, por el propósito de soslayar la normatividad constitucional y de acudir a actos formales de puro revestimiento jurídico para satisfacer intereses políticos coyunturales. Los abusos a que dio lugar el régimen de transición han afectado igualmente al Poder Judicial en su conjunto.

a. *La perversión del régimen de transición y la purga dentro del Tribunal Supremo de Justicia y del Poder Ciudadano*

Hemos señalado que el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público quebrantó la fuerza normativa y los principios fundamentales de la Constitución de 1999. Pero lo que ahora interesa destacar es que ni siquiera la lógica interna de este régimen fue respetada. Las designaciones realizadas de acuerdo con dicho decreto tenían carácter provisional, pues pretendían justificarse en la ausencia de una Asamblea Nacional que asumiera esta tarea. Tan pronto esta instancia fuese elegida y fuesen dictadas las leyes que permitiesen seleccionar de acuerdo a los procedimientos constitucionales a las altas magistraturas mencionadas, la provisionalidad debía cesar para dar paso a designaciones definitivas.

Sin embargo, la Asamblea Nacional, ya en funcionamiento, no acometió la elaboración y sanción de las leyes relativas al Poder Ciudadano y al Tribunal Supremo de Justicia, las cuales debían desarrollar el procedimiento participativo de escogencia de aspirantes constitucionalmente propugnado, sino que procedió a idear un trámite abreviado que hiciera posible la ratificación o sustitución, sin muchas complicaciones, de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia o de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano. A estos efectos dictó la *Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios o Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Periodo Constitucional*.[17] Los magistrados que habían salvado su voto en el caso *Micabú* no estuvieron entre los ratificados, como tampoco el fiscal general de la República, Javier Elechiguerra, quien había interpuesto el correspondiente antejuicio de mérito, ni la defensora del Pueblo, Dilia Parra, quien había interpuesto una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la ley citada. Tampoco el magistrado Moisés Troconis, quien discrepó parcialmente de la sentencia que liberó a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que aspiraban a la ratificación de las exigencias constitucionales para integrarlo, pudo permanecer en dicho tribunal. Recuérdese que los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que aspiraron a la ratificación gozaron del privilegio de no

[17] *Gaceta Oficial* No. 37.077, del 14 de noviembre del 2000.

quedar sujetos al examen del cumplimiento de los requisitos constitucionales, en virtud de una decisión judicial adoptada por quienes en principio debían someterse a tal revisión.[18]

El ardid jurídico que hizo posible esta purga en el Tribunal Supremo de Justicia y en el Poder Ciudadano fue respaldado por algunos de los partidos que hoy adversan al gobierno de Chávez, como el MAS, AD y Proyecto Venezuela. El régimen imperante, con el apoyo de aliados convencidos u ocasionales, optaba así de manera resuelta por la senda de la manipulación de la constitucionalidad y de la legalidad que ya estaba prefigurada en las designaciones efectuadas por la Asamblea Nacional Constituyente. De esta forma la Asamblea Nacional procedió a entronizar la transición, como entonces lo denunciamos, mediante una violación abierta de la Constitución. La Asamblea Nacional no podía invocar su propia torpeza, negligencia o demora en relación con la sanción de las leyes referidas al Tribunal Supremo de Justicia y al Poder Ciudadano para justificar la aprobación de una ley especial (*ad hoc*) contraria a las disposiciones constitucionales. Al hacerlo vulneraba tanto las normas de la Constitución relativas a los respectivos procedimientos de selección, que no fueron observadas, como el propio régimen de transición del poder público, que no autorizaba ni una transición dentro de la transición, ni una perpetuación de ésta, como ocurrió merced a esta ley especial de diciembre del 2000. Lo más sorprendente fue que la Asamblea Nacional, exhibiendo habilidades de alquimista, usó la lógica de la transición para obtener designaciones definitivas. En el fondo, este modo de proceder estaba ínsito en la corriente constituyente que, desde inicios de 1999 y sobre todo al instalarse la Asamblea Nacional Constituyente, había desbordado todo cauce jurídico.

b. *El régimen de transición y el Poder Judicial*

Pese a las bondades de la Constitución de 1999 en materia de justicia, desde ese mismo año se adelantó una ocupación política del Poder Judicial de efectos devastadores.

Tras la discutible decisión de la Asamblea Nacional Constituyente mediante la cual se proclamó originaria, ella se consideró facultada para dictar decretos que afectaran el funcionamiento de

---

18 Sentencia de la Sala Constitucional 1562/2000, del 12 de diciembre.

los poderes constituidos, lo cual implicó que el Poder Legislativo y el Poder Judicial vieran menoscabado su respectivo ámbito constitucional de atribuciones.[19] Tal determinación de la Asamblea no era compatible con la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, que había ordenado suprimir de las bases comiciales sobre la Asamblea Nacional Constituyente, que serían sometidas a consulta popular, la alusión al carácter originario del poder que ostentaría dicho cuerpo, pues este quedaría sujeto, durante su funcionamiento, a la Constitución de 1961, entonces vigente, hasta la eventual aprobación de una nueva Constitución.[20] Dichos decretos cercenaban potestades del Congreso de la República y del Consejo de la Judicatura previstas en esa Constitución, lo cual recibiría posteriormente el aval de la propia Corte Suprema de Justicia, ahora en Sala Plena, la cual se apoyaría en la argumentación hilvanada en la decisión de la Sala Político Administrativa del 19 de enero de 1999.[21]

En materia judicial fueron dictados decretos de emergencia y reestructuración judicial que permitieron acordar, sin base en criterios razonables, la inmediata suspensión de muchos jueces de la República. Se creó con carácter provisional una Comisión de Emergencia Judicial, luego sustituida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. La provisionalidad de esta instancia ha sido desmentida por los hechos, pues ella aún se desempeña como el órgano encargado de la función disciplinaria respecto de los jueces de la República, ante la falta de instauración de los tribunales disciplinarios previstos en la Constitución (artículo 267). De ahí que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de

---

19 Véase el Decreto de Reorganización de todos los Órganos del Poder Público (12 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* No. 36.764, del 13 de agosto); el Decreto sobre la Regulación de las funciones del Poder Legislativo (25 de agosto de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* No. 36.772, del 25 de agosto, reformado el 30 de agosto, en la *Gaceta Oficial* No. 36.776, del 31 de agosto); y el Decreto sobre la Reorganización del Poder Judicial (19 de agosto de 1999, publicado, después de una reimpresión por error de copia, en la *Gaceta Oficial* No. 36.782, del 8 de septiembre).

20 Véanse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, del 18 de marzo y del 13 de abril de 1999.

21 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, de 14 de octubre de 1999.

Justicia declarara la inconstitucionalidad por omisión en que había incurrido la Asamblea Nacional al no haber sancionado el Código de Ética del juez o jueza que debía regular esa jurisdicción.[22]

La actuación de dicha Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en el campo disciplinario judicial no tenía fundamento alguno en la Constitución aprobada por el pueblo mediante referendo en diciembre de 1999, sino que se apoyaba en el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público. Las Disposiciones Transitorias de la Constitución solo preveían la intervención de tal Comisión en el sector de la defensa pública, hasta que se dictara la ley orgánica respectiva (disposición transitoria cuarta, numeral 5). No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido que los decretos de transición aprobados por la Asamblea Nacional Constituyente son válidos y tienen rango constitucional, aunque su vigencia es provisional; pero la mayor fragilidad jurídica de este régimen de transición radica justamente en que, sobre todo en el campo de la justicia, este tiende a perpetuarse. Pese a haber transcurrido casi diez años desde la entrada en vigor de la Constitución de 1999, la citada Comisión sigue en funcionamiento, sin que para ello pueda invocarse una justificación aceptable.

La existencia de un régimen de transición en relación con la función disciplinaria judicial, que ha debido en todo caso ser incluido en las disposiciones transitorias de la Constitución y ofrecer garantías de independencia e imparcialidad, solo podía justificarse hasta la elección de los integrantes e instalación de la Asamblea Nacional, a la que cabía otorgar un tiempo prudencial para dictar las correspondientes normas disciplinarias y de organización judicial. Dicho lapso fue fijado por la propia Constitución, en lo que atañe a toda la legislación referida al sistema judicial: un año contado a partir de la instalación de la Asamblea Nacional, que obviamente ha sido sobrepasado (disposición transitoria cuarta, numeral 5). Recientemente ha sido promulgado el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, casi al cumplirse una década desde la promulgación de la Constitución.

Es digna de mención la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia por la cual, al admitir un recurso de

---

22 Sentencia de la Sala Constitucional 1.048/2006, del 18 de mayo.

inconstitucionalidad por omisión interpuesto contra la Asamblea Nacional por no haber sido sancionado el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, dicha Sala procedió a renovar los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, que habían sido designados por la Asamblea Nacional Constituyente "hasta el funcionamiento efectivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de los Tribunales Disciplinarios y del Sistema Autónomo de la Defensa Publica" (artículo 28 del Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público).[23] En lo que concierne al ejercicio de la función disciplinaria judicial, lo relevante es que la ausencia de los tribunales disciplinarios no fue obstáculo para que la Sala Constitucional resolviera reemplazar a los integrantes de dicho cuerpo, sin dar razón alguna referida al desempeño de quienes ocupaban tales cargos por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, lo que conduce a sostener que los integrantes de tal Comisión carecían de la estabilidad necesaria para ejercer la delicada función de pronunciarse sobre las posibles faltas disciplinarias de los jueces de la República.[24] Con posterioridad a esa primera renovación, la misma Sala Constitucional ha efectuado otras designaciones, en virtud de la renuncia de los titulares de tales cargos.

De esta forma, el argumento de la transición constitucional ha sido uno de los obstáculos más serios para la efectiva vigencia de las previsiones constitucionales en el ámbito de la justicia. El contenido de las normas constitucionales sobre la materia es, en términos generales, adecuado y procura asegurar la independencia judicial, pero la excesiva prolongación de la transición y la manera en que se ha abusado de ella ha ido en detrimento de la fuerza normativa de la Constitución. Algunos de los episodios institucionales mencionados hacen pensar que la transición se ha alimentado de sí misma y ha generado círculos viciosos de autojustificación y fractura jurídica.

---

23 Sentencia de la Sala Constitucional 1.057/2005, del 1 de junio.

24 Véase la importante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C, No. 182, Véase igualmente la declaración que presenté, como perito propuesto por la Comisión Interamericana, ante la Corte Interamericana en el citado caso, publicada en Jesús M. Casal H.: *Los derechos humanos y su protección*, UCAB, Caracas: 2008.

El soslayamiento de la plena vigencia de la Constitución derivado de la utilización y perpetuación del régimen de transición de los poderes públicos ha repercutido negativamente en la independencia judicial, porque la mayoría de los jueces de la República han estado desprovistos, durante un largo periodo, de estabilidad en sus cargos y su nombramiento no se ha originado en procedimientos transparentes que ofrezcan objetividad en cuanto a los criterios de selección. Muchas de las remociones (explícitas o encubiertas) adoptadas han estado probablemente relacionadas con móviles políticos[25].

Este aspecto del régimen del Poder Judicial, relativo al nombramiento y la remoción de los jueces, requiere de una exposición particular. Aquí ha jugado un papel no despreciable, como dijimos, la llamada transición constitucional, aunque también han confluido otros factores.

En lo que atañe al nombramiento de los jueces, este corresponde formalmente al Tribunal Supremo de Justicia, así como su juramentación (artículo 255 de la Constitución). Han sido fundamentalmente dos las vías que se han seguido para la selección de los jueces que luego reciben tal nombramiento. Si se ha organizado un concurso para el ingreso, la persona o las personas favorecidas por el concurso se hacen merecedoras de la designación. Mientras los concursos no se efectúan, suele acudirse a nombramientos con carácter temporal o provisorio. No obstante, el tratamiento de esta materia no ha sido uniforme a lo largo de los casi diez años de vigencia de la Constitución.

En una primera etapa, que va desde la entrada en vigor de la Constitución hasta el año 2002, se programaron y llevaron a cabo concursos de oposición para el ingreso en la carrera judicial, con base en normas dictadas por la mencionada Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial (*Normas de evaluación y concursos de oposición para el ingreso y permanencia en*

---

25 Véanse, entre otros, los informes anuales de PROVEA sobre la Situación de los derechos humanos en Venezuela correspondientes a octubre 2003-septiembre 2004, pp. 375 ss., y a octubre 2004-septiembre 2005, pp. 351 ss., así como el informe de Human Rights Watch Manipulando el Estado de Derecho: *Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela*, cap. V, 2004.

el Poder Judicial). El régimen establecido en estas normas tenía dos componentes: la evaluación de los jueces y el concurso. Los jueces de la República debían ser evaluados en su desempeño, conforme a criterios fijados en tales normas. Si el resultado de la evaluación era positivo, el juez era ratificado en su cargo, cuando se tratara de jueces titulares, que ya hubieran concursado durante la vigencia de la Constitución anterior; cuando el juez tuviera carácter provisorio, por no haber concursado, la evaluación positiva lo habilitaba para participar en el concurso. Los concursos de oposición también estaban regulados en dichas normas, y fueron organizados con participación de diversos sectores del país, incluyendo a profesores de universidades públicas y privadas.

Desde el año 2003 tales concursos fueron suspendidos, lo que frenó el proceso de regularización de la situación de la judicatura que, de manera lenta pero aceptable a la luz de los principios constitucionales, se adelantaba, lo cual condujo a que durante varios años se mantuviera en el país una proporción cercana al 80% de jueces en calidad de provisorios. El carácter provisorio (o temporal) de los jueces implica, según la jurisprudencia todavía imperante, que carecen de estabilidad en sus cargos y que para separarlos de estos no es imprescindible la apertura de un procedimiento previo que garantice el derecho a la defensa, como tampoco lo es comprobar que han incurrido en falta disciplinaria. Se impuso la práctica, amparada por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, de dirigir un oficio, a menudo por vía de fax, a los jueces, indicando que su nombramiento ha quedado "sin efecto". Esta libertad para pronunciarse sobre la remoción del juez provisorio también ha imperado para su designación. Desde mediados del 2005 el Tribunal Supremo de Justicia procuró reiniciar los concursos para el ingreso al Poder Judicial, rediseñándolos y sometiéndolos a nuevas normas. Varios sectores han denunciado que este proceso no ha estado acompañado de la participación ciudadana exigida por la Constitución (artículo 255) ni se ha distinguido por la debida transparencia y apego a las normas constitucionales.[26] Es discutible, igualmente, que los nuevos

[26] Véanse, entre otros, los informes anuales de PROVEA sobre la Situación de los derechos humanos en Venezuela correspondientes a octubre 2005-septiembre 2006, pp. 267 ss.; octubre 2006-septiembre 2007, pp. 273-274, y octubre 2007-septiembre 2008, pp. 263 ss.; así como el *Informe de la Fundación Konrad Adenauer Rule of Law*, 2006, pp. 297 ss.

procedimientos de ingreso, tal como han sido regulados y aplicados, representen verdaderos concursos de oposición públicos, de acuerdo con lo requerido constitucionalmente, ya que la posibilidad de concurrir ha estado circunscrita, en relación con un elevado número de tribunales, a los propios jueces, generalmente provisorios -cuya forma de ingreso ya destacamos-, asemejándose los llamados concursos a un procedimiento de evaluación y confirmación del juez en su cargo. En todo caso, esta vía de ingreso ha sido implementada con cierta celeridad, lo cual se ha traducido en una reducción del número de jueces provisorios, sin que ello signifique, por las razones señaladas, que los problemas relativos a la reducida independencia del Poder Judicial y a la limitada autonomía del juez hayan sido atendidos adecuadamente.

En lo que respecta a la destitución o remoción de los jueces, la Constitución exige el establecimiento de un orden jurisdiccional especial, la jurisdicción disciplinaria judicial. En ausencia de esta, y con base en el régimen de transición, esas funciones disciplinarias han sido asumidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. No obstante, como ya apuntamos, en paralelo a esta forma de sanción y eventual separación de un juez de su cargo, se ha acudido a la vía expedita, e inconstitucional (véanse los artículos 255 y 49 de la Constitución), de dejar sin efecto la designación de los jueces provisorios, mediante decisiones carentes de motivación, adoptadas generalmente por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, que no posee competencia en materia disciplinaria judicial. Ello ha conducido a una situación de enorme vulnerabilidad de los jueces frente a presiones de diversa índole.

Esta vulnerabilidad ha alcanzado a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, como lo demuestra la remoción del magistrado Franklin Arrieche mediante el subterfugio de la declaratoria de la nulidad de su designación, la cual respondió a las críticas que suscitó en las más altas esferas de los poderes Ejecutivo y Legislativo la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia relativa a los acontecimientos del 11 de abril de 2002, de la que él fue ponente. El argumento formal invocado para declarar tal nulidad fue la supuesta falsedad en que habría incurrido dicho magistrado en relación con el cumplimiento de uno de los requisitos constitucionalmente exigidos para ocupar ese cargo, ello a pesar de que la Sala Constitucional había establecido, en sentencia ya citada, que los magistrados elegidos por la Asamblea Nacional Constituyente no tenían que demostrar la satisfacción de esas exigencias. De esta forma se confirma

que la transición fue administrada en un sentido u otro según los intereses de los máximos detentadores del poder.

II. LOS OBSTÁCULOS O RESISTENCIAS AL PLENO DESPLIEGUE DE LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN TRAS LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE Y EL PAPEL DE LA SALA CONSTITUCIONAL

1. *Dificultades para encauzar jurídicamente la dinámica política*

Una vez que el pueblo aprobó mediante referendo la nueva Constitución, cabía pensar que se retomaría, incluso con más rigor, el hilo de la juridicidad y que el Estado de derecho, nunca realizado del todo en nuestra Venezuela, haría valer nuevamente su pretensión de validez. Sin embargo, lo antes relatado pone de manifiesto que la desviación de la juridicidad que implicó la operación constituyente de 1999 no fue superada entonces y en buena medida pervive hasta el presente.

Múltiples causas pueden explicar la débil incidencia del derecho en el ciclo político iniciado a finales de 1998. No entraremos aquí a discutir si la dislocación de las vértebras constitucionales iniciada en 1999 fue o no deliberada. Pensamos que al menos para muchos de los actores que originalmente respaldaron al presidente Chávez no lo fue. En todo caso, en este trabajo lo que interesa señalar es que una de esas causas ha sido la forma en que se justificó y adelantó el proceso constituyente de 1999 y el modo en que fue regulada y ha sido implementada la transición constitucional. A la irrupción del poder constituyente, concebido como un poder previo, total e ilimitado, y a la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente virtualmente plenipotenciaria, se sumó una transición constitucional que quebrantó principios fundamentales de la Constitución aprobada en referendo y que en la práctica la dejó parcialmente en suspenso. La función de determinar hasta dónde y hasta cuándo podía aplicarse una normativa transitoria no prevista en la Constitución y en parte contraria a sus principios adquiría así una enorme trascendencia y una significación constituyente o cuasiconstituyente. Esta función, cumplida a espaldas del pueblo como titular del poder constituyente, ha sido ejercida en último término por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En lo concerniente a la jurisprudencia de esta Sala relativa al régimen de transición, basta de momento con apuntar que esta ins-

tancia jurisdiccional se ha encargado de administrar la transición constitucional con criterios no siempre uniformes. En un comienzo aseveró que la transición duraría hasta la instalación de la Asamblea Nacional,[27] pero tan pronto esta entró en funcionamiento sostuvo que debía esperarse a la aprobación de las leyes reguladoras de los órganos establecidos en la nueva Constitución[28] y luego matizaría que la aplicación de estas nuevas leyes al funcionamiento de los correspondientes órganos constitucionales estaba condicionada a que sus integrantes hubiesen sido renovados de acuerdo con la Constitución y las normas legales dictadas.[29] Por otro lado, la per-

---

27 Sentencia de la Sala Constitucional 656/2000, del 30 de junio de 2000. Allí se afirmó claramente: "Durante el régimen de transición, previsto en el Régimen de Transición del Poder Público, que finalizará con la instauración de la Asamblea Nacional, los nombramientos de funcionarios emanados del poder constituyente se mantendrán, hasta que se promulguen las diversas leyes orgánicas o leyes que regulen los entes a los cuales pertenezcan dichos funcionarios, y que por tanto señalarán con respecto a la estructura de estos organismos, cómo se elegirán sus miembros y funcionarios".

28 Sentencia de la Sala Constitucional 1562/2000, del 12 de diciembre de 2000, en la cual se puntualizó: "La normalización total de instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia, requieren de leyes orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan". La Sala agregaría, intentando precisar lo sostenido en la sentencia ya citada del 30 de junio de 2000: "[…] en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala enfatizó, que cuando las leyes orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela […]".

29 Sentencia de la Sala Constitucional 2816/2002, del 18 de noviembre de 2002. En esta oportunidad se aseveró: "[…] el régimen transitorio sobre los organismos del Poder Electoral, creado por el Decreto emanado de la Asamblea Nacional Constituyente que contiene el Régimen de Transición del Poder Público, y que con fundamento en su artículo 39 se dictó el Decreto sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, perderá validez en tanto en cuanto los órganos transitorios se adapten, en su organización y funcionamiento, a las leyes que dicte la Asamblea Nacional, de tal forma que, mientras ello

petuación de un régimen llamado a durar poco tiempo, en conjunción con intereses metajurídicos, desembocó en su vulneración por la propia Sala Constitucional, como lo demuestra la sentencia en la que reemplazó a los integrantes de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial,[30] que conforme a dicho régimen debían permanecer en sus cargos hasta que este órgano cesara junto con la transición.

Esta prolongación y manipulación del régimen de transición ha sido un pesado lastre sobre la Constitución de 1999, que ha obstaculizado su operatividad como norma suprema del ordenamiento. Este ha sido uno de los factores que han conspirado contra la eficacia de la Constitución y contra la sujeción al derecho de los poderes instituidos. La debilidad del derecho a la que antes se hizo mención se refiere precisamente a su mínima relevancia como fuerza moderadora de quienes ejercen el poder y como garantía de los derechos humanos. Esta misma fragilidad ha estado acompañada de una instrumentalización de la legalidad destinada a brindar soporte formal a decisiones lesivas de valores fundamentales del orden jurídico.

El desquiciamiento del orden jurídico que ello ha traído consigo se ha puesto de relieve además en la solapada tesis de la subsistencia de un residuo de poder constituyente, ínsito a la función de administración de la transición que ha cumplido la Sala Constitucional y explícito en sentencias de este órgano referidas al recurso directo de interpretación constitucional, el cual más de una vez ha servido para reescribir la Constitución. En un comienzo dicha sala llegó incluso a declarar abiertamente, como luego veremos, que el pueblo conservaba el poder constituyente tras la sanción de la Constitución, no ya para activar mecanismos formales de cambio constitucional sino para legitimar mediante referendos consultivos decisiones que pudiesen ser contrarias a la Constitución.

La brecha preponderantemente fáctica abierta en 1999 no solo no se ha cerrado, sino que se ha profundizado. Las designaciones de magistrados y de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano efectuadas inconstitucionalmente en el año 2000 dieron lugar luego

---

no suceda, dicha transitoriedad sigue en vigor, en lo que no haya sido derogado".

30 Sentencia de la Sala Constitucional 1057/2005, del 1 de junio de 2005.

a la ampliación del número de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual perseguía el objetivo de controlar políticamente este tribunal, y a la elección de nuevos integrantes con un procedimiento y criterios no cónsonos con las exigencias de la Constitución. Este último vicio afectó también a la elección de las máximas autoridades del Poder Ciudadano en el año 2007.

El rechazo popular de la reforma constitucional propuesta por el presidente de la República y ampliada por la Asamblea Nacional, cuyas disposiciones en parte pretendían legalizar (constitucionalizar) prácticas viciadas desarrolladas por las autoridades, parecía augurar una etapa en que la Constitución fuese rescatada como pacto fundamental para la convivencia democrática. Dicho rechazo provenía, de una u otra forma, tanto del electorado opositor como del electorado chavista, y esta convergencia no calculada entre sectores del país políticamente contrapuestos podía impulsar una dinámica política basada en la Constitución como denominador común. Nada de esto ocurrió. Por el contrario, se inició un proceso de franca desconstitucionalización[31] que no ha concluido, en virtud del cual se ejecutan políticas y se dictan decretos-leyes, leyes o reglamentos contrarios a la Constitución, que cuentan con el aval de la jurisdicción constitucional. La huida hacia adelante encontró coronación en la enmienda constitucional sobre la reelección indefinida o sucesiva del presidente de la República y demás autoridades electivas, que desdibujó el principio constitucional de alternabilidad. Según quien resultó principalmente favorecido por la modificación constitucional, ella estaba *abriendo las puertas de la historia*, pero en realidad se estaba retomando un sendero aciago de nuestra evolución político-constitucional sobradamente conocido, que con mucho esfuerzo se había dejado atrás.

2. *El papel de la Sala Constitucional*

Ya destacamos el papel cumplido por la Sala Constitucional en la administración de la transición. Ahora puntualizaremos algunos de los pasos dados por dicha alta instancia judicial en este campo. Desde sus inicios la Sala Constitucional quedó envuelta en la transición. Al promulgarse la Constitución el 30 de diciembre de 1999

---

[31] Sobre la noción de desconstitucionalización véase Néstor Sagüés: "El concepto de descontitucionalización", en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 61, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 399 ss.

no existía una legislación sobre la Sala Constitucional, dado que fue creada mediante este texto normativo. El mantenimiento de la Corte Suprema de Justicia durante el periodo transitorio, que hubiera ofrecido pocos riesgos para las fuerzas progubernamentales, habría permitido que la Sala Constitucional entrara en funcionamiento después de haberse dictado la legislación correspondiente y de haber efectuado la elección de sus integrantes conforme a la Constitución. Incluso si tal continuidad de la Corte por un tiempo relativamente prolongado se juzgaba inconveniente, cabía acudir, como ya se dijo, a un procedimiento participativo y transparente, cónsono con los principios constitucionales, desarrollado ante la Asamblea Nacional Constituyente. Nada de esto sucedió y la Sala Constitucional nació por tanto anclada a la transición constitucional, en mayor grado que las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

La Constitución no determina el número de integrantes de las salas del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual no fue obstáculo para que el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público designara a cinco magistrados en la Sala Constitucional y a tres en las restantes. Decíamos que este régimen afectó más a la Sala Constitucional porque prontamente ella sería requerida para pronunciarse sobre la validez de una normativa transitoria que fundamentaba y acordaba la designación de sus integrantes. Desde el comienzo esta sala fue juez en causa propia. La pervivencia del régimen de transición dictado al margen de la voluntad popular y de la Constitución estaba inescindiblemente unida a la continuación de los miembros de la Sala en sus cargos. Y como si esto no fuera suficiente la sala, o la mayoría de sus integrantes, estuvieron dispuestos a eximirse del cumplimiento de los requisitos constitucionales para ser magistrado del alto tribunal.

La Asamblea Nacional Constituyente colocó, pues, a la Sala Constitucional en la difícil situación de intentar tender puentes de juridicidad entre la Constitución que estaba siendo defenestrada y la emergente. En esto es posible apreciar el intento de traspasarle (írritamente) un residuo de poder constituyente, lo cual ha tenido algunas manifestaciones en la jurisprudencia de dicha instancia judicial.

En alguna ocasión ese poder constituyente se ha colocado en manos del pueblo; en otras lo ha asumido la propia sala. Ocurrió lo primero en la sentencia de la Sala Constitucional relativa al referen-

do sindical[32], en la cual se declaró que aun en el supuesto de que la consulta popular programada adoleciera de alguna contradicción con el texto constitucional, ello quedaría subsanado, ya que el referendo convocado:

> […] supone el ejercicio directo de dicha voluntad popular, por lo que su decisión soberana, en sentido afirmativo o negativo, sería un mandato constitucional del pueblo venezolano, titular de la soberanía, mandato que, por su origen, integraría el sistema constitucional y no podría asimilarse, en caso afirmativo, a una intervención, suspensión o disolución administrativa, que es lo que prohíbe el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela […].

Y para despejar cualquier duda sobre la naturaleza del poder ejercido por el pueblo añadió:

> "El referendo, pues, como institución democrática, es la reivindicación del poder constituyente dentro del sistema constitucional vigente, para garantizar el proyecto político de la Constitución y para realizar, respecto de la consulta referendaria, el ejercicio de la democracia participativa, la que, por esta vía, deviene democracia gobernante o social, como lo señala Burdeau (*L'Etat*, París, Seuil, 1971, pp. 57-61). Los referendos populares exceden, por tanto, la representación y la participación misma y le permiten al pueblo reivindicar su poder de decisión directa en asuntos de interés público, lo que significa la irrupción ocasional de la potestad soberana dentro del régimen legal constitucional de democracia representativa."

De esta forma se reproducían algunas frases contenidas en la sentencia ya comentada del 19 de enero de 1999 y se razonaba como si cualquier consulta al electorado mediante referendo implicase la activación del poder constituyente. Huelga decir que una tesis así conduciría a la completa disolución del orden constitucional, cuando no del orden jurídico en sí mismo, por lo que es plausible que este criterio haya sido abandonado, aunque no está claro si el aban-

---

32 Sentencia de la Sala Constitucional 1490/2000, del 1 de diciembre de 2000.

dono, que no fue explícito, respondió a razones dogmáticas o a consideraciones metajurídicas.[33]

Pero la Sala también se reservó la posibilidad de emplear ese supuesto poder constituyente subsistente por medio de su jurisprudencia. En particular, ha sostenido:

> "El recto sentido del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace posible la acción extraordinaria de interpretación, ya que, de otro modo, dicho artículo sería redundante en lo dispuesto por el artículo 334 *eiusdem*, que solo puede dar lugar a normas individualizadas, como son, incluso, las sentencias de la Sala Constitucional en materia de amparo. La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y produce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de esta Sala. Esas consecuencias se refieren al diverso efecto de la *jurisdictio* y la *jurisdatio* y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto, mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale *erga omnes* y constituye, como verdadera *jurisdatio*, una interpretación cuasiauténtica y paraconstituyente, que profiere el contenido constitucionalmente declarado por el texto fundamental […]".[34]

Esta discutible y temprana distinción entre la *jurisdictio* y la *jurisdatio* sentó las bases de la inclinación de esta sala a reescribir la Constitución merced al recurso directo de interpretación constitucional. Así ha ocurrido en materias como el alcance del principio constitucional de participación; del artículo 350 de la Constitución; de la reserva a los estados de determinadas competencias; de las obligaciones internacionales del Estado venezolano en el campo de

---

33 El cambio tácito de criterio se produjo cuando algunos sectores promovían la convocatoria de un referendo consultivo sobre la renuncia voluntaria del presidente a su cargo, que fue considerado constitucional porque un referendo de esa clase no tendría efectos vinculantes: sentencia de la Sala Constitucional 23/2003, del 22 de enero de 2003.

34 Sentencia de la Sala Constitucional 1309/2001, del 19 de julio de 2001. En igual sentido, más recientemente, la sentencia 1684/2008, del 4 de noviembre de 2008.

los derechos humanos; o de la alternabilidad prevista en el artículo 6 de la Constitución, entre otros temas.[35]

Cabe afirmar, además, que la facilidad con que la Sala Constitucional se ha atribuido competencias que la Constitución no le otorga, en ámbitos como el de la interpretación constitucional directa, la revisión de sentencias y el avocamiento, está en alguna medida asociada, sin ser su principal causa, a ese papel cuasiconstituyente del que se ha sentido destinataria. Por otro lado, la veta marcadamente política distintiva del poder constituyente revolucionario atraviesa la línea jurisprudencial que concibe al derecho como "una teoría normativa puesta al servicio de una política"; se afirma que esa política subyace a la Constitución,[36] pero es precisamente esa remisión jurisprudencial abierta a cánones ideológicos indeterminados lo que potencia la penetración de valoraciones políticas en la interpretación jurídica.

III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La primera lección que puede extraerse de la reciente experiencia venezolana es que la fuerza moderadora del derecho es imprescindible en la vida institucional de los pueblos. En una democracia constitucional ninguna razón política justifica el sacrificio o la instrumentalización del derecho como marco regulatorio de la convivencia basado en criterios de justicia técnicamente depurados. Si algo representa la esencia del derecho público contemporáneo es el propósito de fijar límites efectivos a los gobernantes. Los regímenes que han subyugado o envilecido la legalidad al convertirla en arma para la dominación política han pagado un alto precio en términos de legitimidad política e histórica y, lo que es peor, de los daños causados a sus ciudadanos e incluso a los de otras naciones. Deseamos enérgicamente que este no sea el desenlace de la aventura de la omnipotencia política emprendida en su día.

Por otra parte, ha quedado claramente establecido que la transición constitucional ha sido un caballo de Troya de la constitucionalidad plasmada en la Carta Magna de 1999. Esperemos que otros

---

35 Véase las sentencias 23/2003, del 22 de enero de 2003; 24/2003, del 22 de enero de 2003; 565/2008, del 15 de abril de 2008; 1939/2008, del 18 de diciembre de 2008, y 49/2009, del 3 de febrero de 2009.

36 Sentencia de la Sala Constitucional 1309/2001, del 19 de julio de 2001.

pueblos de la región andina que vienen de procesos constituyentes y se encuentran en la fase de transición hacia la implementación de la nueva Constitución eviten los errores cometidos en Venezuela.

En cuanto a nosotros, es necesario acometer cuanto antes la reconstitucionalización del proceso político, entendida no como la vuelta a un pasado constitucional anterior a 1999, sino como la realización plena de la Carta Fundamental de ese año. Ya planteamos, con motivo de los acontecimientos de abril de 2002, después de la ruptura constitucional del funesto decreto del gobierno de facto, que entonces censuramos, que era indispensable fortalecer institucionalmente la República regularizando los procesos de designación de altas autoridades contraloras, los cuales, como dijimos, habían sido efectuados violando la Constitución. También señalamos que debían promoverse espacios de diálogo entre los venezolanos de diversas corrientes políticas, para identificar denominadores comunes dentro de las diferencias ínsitas a una sociedad democrática.[37] No nos hemos cansado de reiterar esto y lo repetimos: sin recuperación institucional y búsqueda de entendimientos mínimos que supongan el reconocimiento democrático del adversario no habrá solución duradera a nuestros problemas más acuciantes, entre los que destacan los asociados a la desigualdad y a la pobreza.

[37] Cf. Jesús M. Casal H. y Alma Chacón: "Las posibilidades de una Constitución", en *SIC*, No. 645, 2002.

XI. TULIO ALBERTO ÁLVAREZ

"Revisión constitucional y desfiguración del Proceso Constituyente: Una crítica a la aplicación de la Supraconstitucionalidad y la teoría del Poder Constituyente Originario en América Latina"

Ponencia al *XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Externado de Colombia, 16 al 18 de Septiembre de 2015

(2015)

[Extracto]

[…]

I. LA CONTRADICCIÓN LÓGICA SUBYACENTE EN LA CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN VENEZUELA

En la Venezuela contemporánea se produjo un debate malicioso sobre el tema del Poder Constituyente originario en ocasión del proceso constituyente de 1999. Lo califico como tal por la preponderancia del interés dirigido a establecer un poder omnímodo que controlara todos los estratos de la sociedad venezolana pero también, en la otra esquina, se encontraban algunos que querían blindar la Constitución de cualquier cambio ya que modificaría un status quo que los beneficiaba. Entre esas dos aguas naufragó el proyecto democrático concebido por los redactores de la Constitución de 1961.

La Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia abrió el proceso constituyente al establecer el alcance del referéndum consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea

Constituyente y de paso definir la doctrina vernácula sobre la teoría del Poder Constituyente que despejó el proceso de cambio institucional en Venezuela. Esa definición también abrió el camino de la amortiguación del principio de Supremacía Constitucional que terminaría en la idea de supraconstitucionalidad, anulando al dogma en la práctica. La experiencia fue fatal vista en retrospectiva la intervención de los poderes instituidos que se produjo sin producirse la aprobación del texto constitucional.

En efecto, en la decisión se plantea como problemática de fondo "si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso, el principio democrático quedará convertido en una mera declaración retórica, o 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, en cuyo supuesto lo que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía". El punto crucial en esta diatriba sería reconocer que ninguna Constitución puede prever y regular todas las transformaciones que producirá a futuro la necesidad de adaptaciones del texto fundamental.

En la Sentencia se reconoce el contraste entre medios pacíficos y medios violentos de reforma constitucional y "la distancia y la separación que media entre la acción prevista en los cauces constitucionales y la revolución, entendiendo por ésta, como dice Cassio, "la ruptura en el orden lógico de los antecedentes" o, según afirman otros, "la ruptura del hilo constitucional dentro del Estado". Todo para llegar a afirmar que "algunos tratadistas" presuponen el cumplimiento de las previsiones constitucionales para que la modificación de la Constitución sea "legal", si cabe este último término cuando se trata la materia constitucional, y que "el Poder Constituyente ilimitado sólo actúa a través de una solución de fuerza (revolución, golpe de Estado, cuartelazo, pronunciamiento, etc.)".

Se hace una diferenciación al advertir que existen "soluciones que obedecen a otros criterios que se manejan frente al cambio, atendiendo fundamentalmente a la idea de justicia y redención social. Ello supone una serie de ajustes que, más allá de modificaciones de fachada, implican transferencia de poder, transformación de estructuras, redistribución de la riqueza, fortalecimiento de los derechos humanos. En suma, nuevas estructuras y nuevas instituciones jurídicas y políticas". Quizás esta afirmación olvidó que con

bellos conceptos y palabras se ha justificado la actuación de ese "Poder Constituyente ilimitado" que generalmente actúa a través de una solución de fuerza.[1]

---

[1] Sigue afirmando el alto Tribunal: "El asunto planteado es el dilema de si a la propia Constitución, le es dado 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 un carácter absoluto e ilimitado. Pareciera acaso indicar que la idea de supremacía deja de tener sentido cuando se considera que Poder Constituyente y Poder Constituido se identifican y que el Poder Constituyente es creado por la Constitución, en lugar de considerarse a la Constitución como obra del Poder Constituyente (...*Omissis*...) Cuando se trata del poder de revisión, se está en presencia de una reforma constitucional, que en Venezuela puede ser parcial y entonces se llama `enmienda´ o total, que se denomina `general´. La pregunta que se formula es si procede convocar a una revisión de la Constitución o si procede la convocatoria o un Poder Constituyente, a un poder soberano. Ambas hipótesis se han vivido por diversos estados, incluyendo a Venezuela, aun cuando no siempre la situación se ha encerrado en los esquemas que doctrinariamente se conocen o los que se han concretado en la realidad de otros países. El artículo 4 de la Constitución de la República de Venezuela, según los criterios interpretativos tradicionalmente expuestos, consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que éste no puede ejercerla directamente, sino que lo hace a través de los órganos del poder público o quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio. Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce. De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación. La Constitución ha previsto a través del sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero, no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse. Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de funciones del Estado, específicamente consagrados en el texto fundamental (funciones públicas), se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, la posibilidad de delegar la soberanía mediante

Con tales argumentos el alto Tribunal tejió su propia maraña de contradicciones. Si existen dos poderes diferenciados, el primero originario y un poder también considerado como Constituyente de modificar la Constitución vigente según reglas y procedimientos en ella instituidos; si el Poder Constituyente Originario reside siempre en la Nación y por ello permanece fuera de la Constitución; si ningún poder de revisión lo podrá regular; si en ningún órgano o poder creados por la Constitución podemos encontrar su conformación político-normativa; entonces, me pregunto: ¿Por qué se precisó de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia para justificar su convocatoria? ¿Cuál razón acredita que se fundamente la convocatoria en la Constitución antecedente, la de 1961, al invocar los artículos 4 y 50 de dicho texto?[2]

---

el sufragio en los representantes populares no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo".

[2] La justificación, los argumentos, necesariamente debieron ser otros tal como lo destaca el profesor Eduardo Piacenza, filósofo con profundos conocimientos en la teoría de la argumentación, en el siguiente pasaje: "...al hablar de un poder constituyente originario, es decir, de una competencia para establecer normas originarias, no derivada de norma jurídica alguna, e ilimitada, se pretende aplicar el concepto de competencia fuera o más allá de los límites en que es posible manejarlo con sentido. Pues no tiene sentido hablar de competencia sin presuponer un orden normativo que la defina y reconozca; ni tiene sentido tampoco hablar de una competencia que no sea parcial, en tanto toda competencia presupone un fondo de incompetencias sobre las que se perfila" (...*Omissis*...) "para que pueda reconocerse en alguna situación una competencia constituyente originaria es preciso que no se tenga por válido ningún orden jurídico; pero, sin orden jurídico válido, no hay ni órganos jurisdiccionales ni derecho positivo" (...*Omissis*...) "El verdadero problema de fondo que debía decidir la Corte, y el que se consideró resuelto con su fallo, era el siguiente: ¿A pesar del art. 250 es posible reformar la Constitución por un procedimiento distinto a los previstos en ella?" (...*Omissis*...) "El punto de partida es el reconocimiento de que una condición necesaria para la aplicación del concepto de poder constituyente originario es la inexistencia de un orden jurídico considerado como válido. Quien piense que en un cierto momento hay un orden jurídico válido no podrá reconocer al mismo tiempo que ningún hombre o grupo de hombres está dotado de un poder constituyente de carácter verdaderamente originario. Y si los autores que se han

II. LA CRÍTICA A UNA VISIÓN TOTALIZANTE Y ABSOLUTA DEL PODER CONSTITUYENTE

La médula del problema está en la necesidad de abandonar cualquier premisa que parta de la autosuficiencia del Derecho ya que éste, especialmente en el momento de favorecer la interpretación de la Constitución, no se basta a sí mismo. Esta es la diferencia sustantiva entre interpretar el Texto Fundamental o interpretar la ley como conjunto normativo integrante del sistema jurídico. En este último supuesto, la interpretación y aplicación de la ley se adecúa hermenéuticamente al ámbito conceptual propio de lo jurídico en el que se establecen los límites de esa actividad; en cambio, he insistido en este punto cada vez que abro un curso de Interpretación Constitucional en el ámbito de los estudios superiores, nosotros trabajamos el área de lo jurídico más impactada por lo social, económico, político y cultural, en el contexto de los procesos históricos, hasta el punto de la afectación determinista.

La Sentencia que abrió el proceso constituyente en 1999 se limita a lo jurídico prescindiendo de otros elementos. Al partir de una categoría jurídica sin definición universal preestablecida, aquí me

---

ocupado de este concepto tienen siempre a la vista situaciones de ruptura revolucionaria, no es por una limitación de su experiencia histórica o por falta de imaginación, sino por una necesidad conceptual. Mientras subsista un orden jurídico, el poder constituyente originario no puede actualizarse; o, dicho en términos metalingüísticos, quizá menos traicioneros por no ser tan ingenuamente entificantes: aceptar como verdadero el enunciado "hay un orden jurídico" impide que el predicado "está dotado dé un poder constituyente originario" tenga en la misma situación referencia alguna" (...*Omissis*...) "Ahora bien, si no hay orden jurídico, la CSJ no pasa de ser, en el mejor de los casos, un grupo de distinguidos juristas, y sus sentencias, las opiniones privadas que comparte su mayoría. De modo que, si hay poder constituyente originario, no puede haber ni Corte ni fallos; y si hay Corte y fallos, no puede haber poder constituyente originario. Ésta es la primera de las paradojas pragmáticas a las que me refería. La denominé así porque los actos ilocucionarios que la Corte pretende realizar -emitir fallos- tienen como condición la inexistencia, justamente, de aquello cuya existencia uno de esos fallos pretende reconocer"; en "Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo Nº 17 del 19/1/99 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica," trabajo que aparece en la Web según consulta del 10 de julio de 2015, http://www.eduardopiacenza.com/Eduardo Piacenza-Ensayos.html

refiero al concepto Poder Constituyente Originario, la Sala se expone a una óptica externa que no ha terminado de aceptar. Me explico. Pretendiendo limitarse a lo jurídico, abre la puerta a lo político coyuntural; lo que se traduce en el alegato de que una convocatoria de Asamblea Nacional Constituyente equivale a la activación de un Poder Constituyente Originario calificado por ser incontrolado, porque así lo interpretaba la élite detentadora del poder en el momento en que se formuló la iniciativa. Además, tiene que afrontar el hecho de que la ruptura con el orden jurídico precedente signa a ese tipo de poder constituyente.

Peor aún, la Sala pretende dar una solución jurídica basada en un silogismo categórico que subsume el hecho de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, como premisa menor, a la propia Constitución de 1961 en sus artículos 4 y 50, como premisa mayor, extrayendo del resultado de esa operación la solución para el problema. Pero en la operación misma aparece la contradicción.

El anterior razonamiento nos lleva a la pregunta obligatoria: ¿Dónde se escondió el pensamiento práctico de la Sala? Porque si el afán contenido en la Sentencia estaba dirigido a la convocatoria como resultado final, necesariamente requería un esfuerzo crítico reflexivo que ordenara ese esfuerzo intelectual en un plano racional. De manera que la justificación debía asumir la realización del proceso de acuerdo a precedentes y entender que estaban construyendo el derecho como acto de creación normativa que se da en cada caso concreto.

Pero no lo hicieron así. Se limitó la Sala a la idea del derecho como simple aplicación de normas; en este caso, los artículos 4 y 50 de la Constitución de 1961. También falló la Sala porque no entendió que al impartir su decisión sobre la base del razonamiento formulado abría la puerta de la arbitrariedad.

Los valores del constitucionalismo presentes en la base de convocatoria 10ª eran suficientes para cubrir cualquier exceso. Pero para cualquiera que se equivocara y entendiera que esos valores eran meras abstracciones, la sujeción a un referendo aprobatorio previsto en la base de convocatoria 11ª parecería definitiva como freno, ya que toda decisión de la Asamblea Nacional Constituyente estaba condicionada a tal evento. Pero no, faltó el Juez que hiciera cumplir el mandato popular y evitara la intervención de los poderes constituidos en pleno proceso constituyente. Sin un debate efectivo,

con la ocupación de facto de los poderes públicos y bajo la fórmula de un poder todopoderoso, se inhibió un proceso de cambio legítimo y se desfiguró el papel que debía jugar el cuerpo constituyente.

Este es el momento para advertir que son tres las fases de la intervención del alto Tribunal de Justicia en el proceso constituyente: La primera, como ya indiqué, abierta por las dos sentencias de la Sala Política Administrativa de fecha 19 de enero de 1999 que definen el camino a la convocatoria del referéndum consultivo sobre la activación de la Asamblea Constituyente dirigida a revisar el texto constitucional de 1961; en la segunda etapa, interviene ante la impugnación del proceso con una serie de recursos contra el Decreto Nº 3 de fecha 2 de febrero de 1999, mediante el cual se solicita al Consejo Nacional Electoral la convocatoria a la realización del referéndum con la finalidad de aprobar el establecimiento de una Asamblea Nacional Constituyente y autorizar al Presidente de la República para que fijara las bases del proceso comicial para elegir a los integrantes de la referida Asamblea Nacional y la Resolución Nº 990217-32 de fecha 17 de febrero de 1999, emanada del Consejo Nacional Electoral; en la tercera, una vez instalada la Asamblea Constituyente, contra los actos de intervención de los poderes constituidos y el desarrollo de lo que fue definido como transitoriedad. Cada una de esas etapas tiene su especial connotación y relevancia.

En la segunda etapa, la impugnación de la Resolución Nº 990217-32 se realizó bajo el argumento de que, según lo establecido en el artículo 184 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, vigente para aquella coyuntura, el órgano comicial debió pronunciarse: a) Sobre la procedencia o improcedencia del referéndum; b) Que de ser procedente ha debido establecer las reglas que debían seguirse en el proceso; y c) Fijar la fecha de su realización. El sustrato de la impugnación radicaba en el hecho de que la Resolución se limitó a fijar la fecha para la celebración del referéndum dejándolo convocado sin procedimiento y que, a todo evento, de conformidad con el artículo 266 eiusdem, el Consejo Nacional Electoral debía dictar el Reglamento del Referéndum con por lo menos tres meses de anticipación a su realización.

Por supuesto, la temática aquí era de fondo, especialmente para los que afirmábamos la posibilidad de convocatoria de una consulta sobre la Asamblea Nacional Constituyente, elemento de un profundo valor político en cuanto a su validación, pero que también sosteníamos que en la aprobación de las bases se encontraba la clave

operativa del proceso. Y esto tiene actualidad ante la consagración de la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de revisión de la Constitución de 1999 sin que estén expresadas las bases de esa convocatoria en el texto fundamental. En aquel proceso, la convocatoria se vinculó a la «Propuesta del Ejecutivo Nacional que fija las bases de la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente»; lo que implicaba que aquel que tuvo la iniciativa fijó los términos y no el Consejo Nacional Electoral, órgano convocante. Esta situación bajo la premisa aceptada por la Corte Suprema de Justicia de que era perfectamente compatible con los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho el interrogar al Soberano si estaba de acuerdo con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa, de acuerdo a los términos de la primera pregunta del artículo 3º del Decreto Nº 3 del 2 de febrero de 1999.

En cuanto a la definición de las bases de convocatoria, la Corte Suprema de Justicia indicó que "la Resolución impugnada en la segunda pregunta, a que se refiere su artículo 2, ignoró tales postulados al pretender delegar, en el ciudadano Presidente de la República, la fijación de las bases del proceso comicial por el que se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente; de allí, concluye la Sala, en su inconstitucionalidad, por vulneración del derecho a la participación política implícito en el artículo 50 de la Constitución de la República, como derecho inherente a la persona humana, y así expresamente se declara". Al mismo tiempo, confirmó la naturaleza consultiva del evento "a diferencia de otras modalidades bajo las cuales se presentan consultas de tipo autorizatorio dirigidas a delegar en determinado funcionario o persona la realización de específicas tareas y gestiones". En consecuencia, dio el paso subsiguiente dirigido:

> "…a dilucidar si la estructura de la segunda pregunta del Referendo fijado por el Consejo Nacional Electoral, por iniciativa del Presidente de la República, se ajusta o no a la figura consagrada legalmente. Para la Sala, no cabe duda, que el planteamiento contenido en la cuestión segunda no responde al referendo consultivo que utiliza de fundamento. En efecto, se pregunta mediante ese dispositivo, si se autoriza al ciudadano Presidente de la República para fijar, mediante un acto de gobierno futuro las bases del proceso comicial, oída la opinión de

> los sectores político, económico y social, relacionadas con la Asamblea Nacional Constituyente. Es evidente que, en modo alguno, se está sometiendo al criterio de los electores el examen sobre una materia determinada y específica, por el contrario lo que se persigue es que se delegue en una sola persona, la decisión sobre ese asunto, lo cual escapa al mecanismo consagrado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y así se declara."

De esta forma, la Corte Suprema de Justicia enmendó la plana al Consejo Nacional Electoral y le hizo un servicio al Ejecutivo Nacional con la cortina de humo de una declaratoria de nulidad parcial de la resolución que permitió la reformulación del contenido de la pregunta No. 2 del artículo segundo de la Resolución No. 990217-32 del 17 de febrero de 1999, examinando las bases publicadas y decidir sobre su incorporación al referendo consultivo. Una vez efectuado el proceso de consulta y con el resultado favorable en las preguntas realizadas, el Consejo Nacional Electoral procedió a dictar la Resolución No. 990519-154 de fecha 19 de mayo de 1999, publicada en *Gaceta Oficial* No. 36707 de fecha 24 de mayo de 1999, la cual tenía un contenido normativo dirigido a reglamentar las bases comiciales aprobadas mediante el referéndum del 25 de abril de 1999.

El acto del Consejo Nacional Electoral originó la interposición de un recurso de interpretación dirigido a que la Sala Político Administrativa definiera: 1) Si la Resolución No. 990519-154 estaba vigente y junto a las Bases Comiciales aprobadas por el pueblo el 25 de abril mediante el referéndum consultivo, eran las normas que debían regir el proceso de elección de los miembros a la Asamblea Nacional Constituyente; 2) Si por estar vigente la Resolución Nº 990519-154, a su vez estaban vigentes y regían en ese mismo proceso comicial las disposiciones de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en virtud de la remisión expresa que a ella realiza la Resolución antes citada; y 3) Si la autoridad del Consejo Nacional Electoral era aquella definida por la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y, en tal virtud, las Fuerzas Armadas Nacionales debían, en ejecución del Plan República, cooperar con la autoridad electoral para garantizar el resultado electoral así como el normal desenvolvimiento de las elecciones o por el contrario estaban al servicio exclusivo del Presidente de la República como Comandante en Jefe de dichas Fuerzas Armadas.

Lo que concretó la Sala como la determinación de la aplicabilidad de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y del resto de la normativa dictada al efecto por el Consejo Nacional Electoral para la realización de los comicios para elegir los miembros que conformarán la Asamblea Nacional Constituyente que se terminaron celebrando el 25 de julio de 1999.

Después de declarar el carácter integral del conjunto normativo precedente con aquel que surgió del mismo proceso, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia manifestó que "las Bases Comiciales recogen la facultad del Consejo Nacional Electoral para reglamentar las normas de contenido electoral, tal como es el caso de la Tercera de dichas normas, facultativa para dictar las disposiciones relativas al proceso de elección de los constituyentistas indígenas, manifestación de la facultad concedida legalmente a dicho organismo para reglamentar los procesos electorales en general. Ha sido con fundamento en esa facultad aprobada por el cuerpo electoral, que el órgano comicial procedió a dictar la Resolución No. 990519-154, del 19 de mayo de 1999"; y, con base a su competencia interpretativa, sentó expresamente la derivación del proceso constituyente con relación a la Constitución de 1999:

> "Por cuanto la Asamblea Nacional Constituyente, deriva de un proceso que se ha desarrollado dentro del actual marco del ordenamiento constitucional y legal, el mecanismo para su conformación se rige por todo el ordenamiento jurídico vigente, y específicamente, por las normas que a tal efecto se enunciaron en la Resolución No. 990519-154, del 19 de mayo de 1999, dictada por el Consejo Nacional Electoral, esto es, las Bases Comiciales aprobadas mediante Referendo del 25 de abril de 1999, la Constitución de la República, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y las demás normas electorales dictadas al efecto por el Consejo Nacional Electoral."

Hasta aquí un comportamiento. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia comienza a desarrollar su tesis de supraconstitucionalidad, en mi criterio en abierta contradicción no solo de las bases de convocatoria sino atentatoria contra los más elementales principios del derecho constitucional democrático, con el único objetivo de darle base al proceso de intervención de los poderes públicos antes del referéndum aprobatorio. Un punto de inflexión fue la aprobación del Acuerdo de la Corte en Pleno de fecha 23 de agosto de 1999 en el cual se define la posición del máximo tribunal de Justicia

con relación al Decreto de Reorganización del Poder Judicial, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 18 de agosto de 1999; y, asimismo, sobre la designación de uno de sus miembros, el Magistrado Alirio Abreu Burelli, como integrante de la Comisión de Emergencia Judicial, según lo dispuesto por dicha Asamblea.

En el referido Acuerdo la Corte Suprema de Justicia renunció a ser protagonista de la transformación del Poder Judicial venezolano al validar el "compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de proceder de inmediato a través de una Comisión de Emergencia Judicial a la revisión de los expedientes de los jueces y a su evaluación"; además, para que no existiera duda alguna, "reafirma como testimonio ante la historia su sumisión al Estado de Derecho y a la colaboración entre los poderes públicos. En base a ello, ofrece su contribución para el objetivo fundamental perseguido por el Decreto de Emergencia Judicial". Y la mejor demostración de la mortal desviación que asumía el tribunal y que lo llevó directamente al precipicio de la ignominia fue el voto salvado de la propia presidenta Cecilia Sosa Gómez, quien renunció ante tamaña aberración:

> "…resulta clara la enorme contradicción en la que incurre el Acuerdo adoptado por el Pleno, pues sostiene que efectivamente la Corte hizo varios y reiterados pronunciamientos en torno al alcance de las facultades otorgadas por el pueblo, a través del referendo, a la Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, esta Corte al respaldar el contenido del Decreto de Emergencia Judicial dictado por esa Asamblea, desconoce rotundamente no sólo el contenido de sus sentencias sino los límites demarcados en las Bases que gobiernan el funcionamiento de la Asamblea y el ordenamiento constitucional y legal, enteramente vigente y cuya garantía ha sido confiada a este Alto Tribunal.
>
> De esta forma, reniega la Corte su propia jurisprudencia, que fijó la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, y, consecuentemente ha mostrado su fragilidad y debilidad ante el Poder Político y, deberá su precaria permanencia al Presidente de la República, que magnánimamente no ha ordenado su disolución. Estas sentencias de la Corte, por cierto, no fueron firmadas por mí; y, no obstante, las suscribo absolutamente con mi conciencia jurídica y la libertad de criterio que mi función de juez nato me exige. Al desconocer este Supremo Tribu-

> nal su propia doctrina está permitiendo que un acto de la Asamblea Nacional Constituyente, carente de todo sustento en el marco jurídico en el que hasta ahora nos habíamos desenvuelto -incluso para abrirle sin ningún temor las puertas a esa Asamblea- enerve las facultades que el pueblo soberano, donde reside el único y verdadero poder originario, conferido a la referida Asamblea; pues es evidente, que a la Asamblea Nacional Constituyente se le autorizó para redactar un nuevo ordenamiento constitucional, que sostendrá el nuevo esquema del Estado Democrático elegido por el país; y no para intervenir o sustituir los poderes constituidos, erigiéndose en una suerte de "superpoder" donde se concentran todas las potestades públicas, como así lo ha pretendido y desde luego, logrado, con el respaldo del Acuerdo suscrito por la mayoría del seno de esta Corte, cuyo contenido deploro."

El otro zarpazo vino con la aprobación del Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente en fecha 25 de agosto de 1999 y posteriormente modificado mediante Decreto de fecha 30 de agosto del mismo año, publicado en la Gaceta Oficial Nº 36.776 de fecha 31 de agosto de 1999, instrumento de supresión del Poder Legislativo al desactivar los mecanismos de formación de leyes y de las otras potestades constitucionales del Congreso de la República. La receta incluyó la definición del Poder Constituyente "como la facultad soberana del pueblo de darse un ordenamiento político-jurídico fundamental por medio de una Constitución y poder proceder a la revisión de ella cuando lo crea necesario, ella se superpone a los Poderes Públicos, como poder extraordinario que tiene por objeto la institución de éstos, lo cual obviamente supone la distinción entre Poder Constituyente y Poder Constituido"; y, para que no quedara duda sobre la renuncia a ejercer cualquier control sobre la Asamblea Nacional Constituyente, incluye la reiteración de que "en ningún caso procederá una acción de nulidad por vicios de inconstitucionalidad (con respecto a la Constitución de 1961) que se interpongan contra los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con anterioridad a la publicación de la Constitución de 1999" ya que el Poder Constituyente "es autónomo, indivisible y limitado sólo por el sustrato ideológico contenido en las Bases Comiciales aprobadas por el pueblo venezolano en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999".

El proceso constituyente culminó no solo con la aprobación de la Constitución en el referéndum del 15 de diciembre de 1999 sino que, no sujeto a la limitante de las bases comiciales, se aprobó el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 30 de enero de 2000 mediante el cual se dictó el Estatuto Electoral del Poder Público, así como la vigencia del Decreto dictado por dicha Asamblea en la misma fecha, en el cual se fija para el día 28 de mayo de 2000 la realización de las elecciones nacionales, estadales y 19 municipales, y para representantes ante el Parlamento Andino y el Parlamento Latinoamericano.

Ante la impugnación de los mismos, lo cual se compadece con el acceso a una justicia efectiva y a la tutela que ello implica como derecho fundamental de cualquier que se sienta lesionado por tales instrumentos, la Sala Constitucional en forma insólita indicó que "declarar una nulidad del Estatuto que regula las únicas elecciones posibles para normalizar el funcionamiento del Estado es una irresponsabilidad que conduce a la negación del sistema democrático, al dejar indefinida la instalación de la Asamblea Nacional, con sus deberes -esenciales- para la vida del Estado. Por ello, considera esta Sala que la acción intentada contraría el orden público constitucional, y así se declara".

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los riesgos implícitos en los recientes procesos de modificación de la Constitución en América Latina me han llevado a proponer la revisión del concepto Poder Constituyente afirmando la imposibilidad de actuación de poderes incontrolados en el ámbito de un Estado Constitucional de Derecho.

La Sala Político Administrativa, al abrir el proceso constituyente de 1999, pagó un alto precio al no ponderar que el proceso constituyente encuentra sus raíces en la historia de liberación de los pueblos. Esa voluntad reacciona, precisamente, contra todo tipo de absolutismos. En estos tiempos de internacionalización de los derechos fundamentales, mal puede concebirse como mecanismo de transformación social la convocatoria de poderes incontrolados. Además, un juicio apodíctico no puede estar sustentado en el mero poder que tendría el órgano decisor de avalar un proceso tan complejo.

Argumentativamente, mal puede calificarse un poder constituyente como originario si se encuentra una base normativa en su convocatoria y esa es, precisamente, la Constitución de 1961. Tampoco existen elementos de convicción para concluir que, por el hecho de ser calificado como originario, existe un poder incontrolado aunque este sea de naturaleza excepcional. Se trata de una simple manipulación que pretende ocultar la voluntad de anular la efectividad de la idea democrática.

XII. EDUARDO PIACENZA

"Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo No. 17 del 19/1/99 de la CSJ: Algunos materiales para su discusión académica"*

Publicado en *Interpretación Jurídica y Argumentación (y otros ensayos filosóficos),* Compiladores: Corina Yoris y Arturo Serrano) Universidad Metropolitana, Universidad Católica Andrés Bello, 2015, pp. 200-222

(2015)

Resumen

La noción de poder constituyente originario es la pieza clave en la principal argumentación con la que CSJ justifica su decisión de admitir un procedimiento de reforma de la Constitución distinto a los previstos en ella. En este trabajo, por un lado, se recuerdan las duras críticas que a esta noción le dirigiera Genaro Carrió hace más de un cuarto de siglo. Por otro, se señala la doble contradicción pragmática en al que incurre la CSJ al reconocerle en su fallo al cuerpo electoral un poder constituyente originario, i.e. que presupone la inexistencia de un orden jurídico válido, y al pretender

---

* Una versión preliminar de este texto fue leída parcialmente en el Seminario Crisis y acción política, que, organizado por el Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José. M. Delgado Ocando", de la Universidad del Zulia, y con la colaboración del Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (U. de Carabobo), del Centro de Investigaciones Postdoctorales (UCV), de la Maestría en Filosofía (UCAB), de la Dirección de Postgrado (UCAB), y del Rectorado de la Universidad Rafael Urdaneta, se realizó en Maracaibo, los días 28 y 29 de octubre de 1999.

hacerlo sobre la base de premisas constitucionales. Porque si no hay orden jurídico válido, no hay Corte ni fallos, ni tampoco normas constitucionales en las que apoyarse. Por eso, aun si se deja en suspenso la evaluación de las críticas de Carrió, esta doble contradicción basta para descalificar desde el punto de vista argumentativo la justificación de la sentencia de la Corte.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo me voy a ocupar de la sentencia No. 17 del 19/1/99 de la CSJ, la que le dio luz verde al proceso de reforma de la Constitución de 1961 por medios no previstos en ella. No adoptaré la perspectiva del constitucionalista, ni la del politólogo; ni mucho menos la del magistrado o la del político; y ni siquiera la del simple ciudadano. Mi punto de vista será aquí el de quien se interesa por la evaluación de los argumentos. Se trata de un punto de vista deliberadamente parcial y restringido. Desde que en el siglo V a. C. lo advirtieron los sofistas, todo el mundo sabe que es perfectamente posible defender buenas causas con malos argumentos, y viceversa.

Esta parcialidad intencional tiene las ventajas previsibles: por ejemplo, me mantiene en un terreno donde mi incompetencia quizá sea menos estridente, o, al permitirme presentar opiniones más precisas y apoyadas por razones más nítidamente articuladas, vuelve mi discurso más inteligible y lo hace más fácil de someter a un control intersubjetivo. Pero también tiene inconvenientes. Y el mayor tal vez sea éste: para que lo que aquí se dice pueda pesar de algún modo en relación con pareceres que tengan relevancia para valoraciones o decisiones prácticas, habría que retomarlo, necesariamente, desde perspectivas más abarcadoras e integrarlo en un discurso que se nutra de fuentes multidisciplinarias. El subtítulo "materiales para una discusión académica" anuncia, de entrada, esta limitación. Lo aquí presentado no puede aspirar a otro status que el de simples materiales. *Materiales*, o sea, cosas seguramente en bruto, pero que quizá pudieran servirle a alguien, si las elabora y refina; cosas de las que no interesa mucho saber quién las trajo ni por qué lo hizo, sino, simplemente, que se encuentren ahí, disponibles.

¿Por qué, más específicamente, materiales para una discusión académica? Las sentencias de mayor importancia de la CSJ, gracias a una página Web que las recoge, se han convertido en textos de fácil acceso para el mundo académico. Pienso que quienes participamos en la vida universitaria quizá pudiéramos ofrecer un eventual

aporte para el mejor funcionamiento de las instituciones públicas, si sometiéramos a algunas de esas sentencias a un moroso análisis interdisciplinario y promoviéramos a su respecto una discusión que, no presionada por urgencias procesales o políticas, respetara los ritmos, los estilos y los modales propios del intercambio de ideas académico. Si se procediera con serenidad, modestia y libertad de espíritu, tal vez termine por emerger un nuevo espacio de opinión, mejor informada y más ilustrada que la que puede expresarse en los medios masivos de comunicación social, y que no dejaría de ejercer, a la larga, una suerte de 'control de calidad' indirecto sobre ese tipo de actividad jurisdiccional. Sin duda, sería una ganancia suplementaria, agregada a la más directa e indiscutible de servir de estímulo al pensamiento académico. Porque el esfuerzo por anclar de algún modo en situaciones concretas las ideas generales, los saberes abstractos, e iluminar con su ayuda controversias históricamente reales y textualmente documentadas, obliga normalmente a profundizar los problemas, aclarar los conceptos y afinar los criterios de evaluación.

Y las sentencias de la CSJ que van del 19/1/99 al 14/10/99 y se refieren a distintos aspectos de los cambios institucionales que están en marcha, bien podrían ser un primer objeto para los análisis y discusiones que se acaban de sugerir. Para notar el interés de este corpus, basta tener en cuenta, por ejemplo, las apreciaciones contrapuestas que ha suscitado el último de esos fallos[1].

---

[1] El maestro J. M. Delgado Ocando, la figura más descollante de la filosofía del Derecho en Venezuela, lo ha considerado como "un ejemplo jurisprudencial notable", y a su respecto ha añadido: "el hecho de que la sentencia haga uso de la doctrina más conspicua y moderna para resolver el problema de la producción originaria del Derecho, nos llena de esperanza en el futuro de nuestra ciencia jurídica y de sus implicaciones respecto de los logros de la jurisprudencia nacional" ("La sentencia de la Corte y la Magistratura progresiva", *El Universal*, 22/10/99, sec. 1, p. 5). Por otro lado, este optimismo se convierte en su contrario en una jurista de la talla de Hildegard Rondón de Sansó, quien concluye el fundamento de su voto disidente con estas palabras: "La disidente no puede dejar de asomar, aun cuando sea someramente, las graves consecuencias que un fallo de tal naturaleza produce, entre ellas, el desconcierto y la incertidumbre de la comunidad que ve en tal decisión, el derrumbamiento de todo el orden jurídico vigente." Y la visión pesimista se exacerba, sin duda, en el profesor Gustavo José Linares Benzo, que la califica como "la sentencia más triste de la historia" (*El Universal*, 23/10/99).

Como un muy humilde aporte al género de análisis y discusión recién aludidos, y únicamente -como ya señalé- con el enfoque de quien se preocupa por el estudio de la argumentación, consideraré aquí la primera sentencia de esa serie.

Además, entre todo lo que pudiera haber de interesante en ese fallo para dicho enfoque, sólo examinaré un punto muy preciso. A esta altura pareciera indiscutible que, más allá de la apariencia de sus palabras, la decisión más importante que esa sentencia expresa es la de admitir que los procedimientos de reforma de la Constitución pueden ser cambiados mediante un referendo, a pesar de que este medio no está reconocido en ella como una de las vías para modificarla. Ahora bien, me parece perfectamente defendible una lectura de la sentencia que reconoce en la noción de poder constituyente originario la pieza clave en la principal construcción argumentativa con que allí se justifica esa decisión. Pero el uso de la noción de poder constituyente originario, desde el ataque que Genaro Carrió, uno de los iusfilósofos más distinguidos de nuestra lengua, le dirigiera hace más de un cuarto de siglo, se ha vuelto, por decir lo menos, problemático[2]. Si la idea estuviera afectada por los vicios más graves que denuncia Carrió, cualquier argumento que pretendiera sacar partido de ella quedaría inevitablemente descalificado. Sin embargo, en las contrapuestas opiniones que se han vertido públicamente a propósito de esa sentencia y de las distintas incidencias de la historia jurídico-política que con la misma se ha iniciado, esta noción pareciera manejarse con toda naturalidad y sin suscitarle escrúpulos críticos a nadie. Por eso, creo que puede revestir cierto interés ofrecer aquí materiales para responder esta precisa pregunta: ¿en qué medida el papel que desempeña la noción de poder constituyente originario en la argumentación de la Corte afecta el valor de esa argumentación?

---

2 Carrió expuso sus críticas en 1972, en una conferencia, “Sobre los límites del lenguaje normativo”, presentada en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. Al año siguiente, con el mismo título, la editorial Astrea publicó su texto acompañado de una segunda parte de “Notas y comentarios” que lo complementaba. Ambos trabajos quedaron luego incorporados a la tercera edición del libro *Notas sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985). Para mis referencias, me apoyo en la cuarta edición (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990).

Pienso que, ante todo, vale la pena incorporar al debate esas críticas de Carrió, que hoy, sin embargo, parecerían olvidadas. Lo fundamental de ellas consiste en advertir que al hablar de un poder constituyente originario, es decir, de una competencia originaria para establecer normas, no derivada de norma jurídica alguna, e ilimitada, se pretende aplicar el concepto de competencia fuera o más allá de los límites en que es posible manejarlo con sentido. Pues no tiene sentido hablar de competencia sin presuponer un orden normativo que la defina y reconozca; ni tiene sentido tampoco hablar de una competencia que no sea parcial, en tanto toda competencia presupone un fondo de incompetencias sobre las que se perfila.

Pero, además, aun si se encontrara la manera de rechazar estas críticas de Carrió, y pudiera mostrarse que el concepto de poder constituyente originario no es un puro sinsentido, su uso en un discurso, que, primero, se pretende pronunciado "en nombre de la República y por voluntad de la ley", es decir, por parte de un órgano jurisdiccional del Estado y, segundo, que intenta justificar, sobre la base de premisas provenientes en parte del derecho positivo, una conclusión que le atribuye al cuerpo electoral una competencia constituyente originaria, produce -a mi entender- una situación pragmáticamente paradójica. Y basta esa paradoja para descalificar dicho discurso desde el punto de vista argumentativo. Pues para que pueda reconocerse en alguna situación una competencia constituyente originaria es preciso que no se tenga por válido ningún orden jurídico; pero, sin orden jurídico válido, no hay ni órganos jurisdiccionales ni derecho positivo.

De ahí que mi aporte de hoy pudiera ser doble. Por un lado, no tanto presentar en toda su fuerza las críticas de Carrió, sino, más modestamente, recordar lo suficiente de su texto como para que los interesados en estos problemas se sientan inclinados a revisarlo personalmente, tomar conocimiento de esas críticas y reflexionar sobre ellas. Por otro, explicar de manera un poco más amplia estas paradojas pragmáticas en las que habría incurrido la CSJ al reconocer presuponen la validez de un orden jurídico.

De acuerdo con lo anterior, resulta natural articular lo que sigue en cuatro secciones. En la primera, diré algo sobre el uso que se hace de la noción de poder constituyente originario en la sentencia del 19/1/99, para asegurar así el presupuesto sin el cual la pregunta que orienta mis esfuerzos no podría plantearse. En la segunda, re-

cordaré algunos rasgos, memorables -según mi opinión-, del texto de Carrió. En la tercera, procuraré mostrar las anomalías pragmáticas que involucra el uso particular de la noción de poder constituyente originario dentro de los argumentos que motivan un fallo de un órgano jurisdiccional del Estado. En la cuarta, sacaré las consecuencias que se derivan de lo anterior para el valor de la argumentación que nos ocupa.

I. EL USO DE LA NOCIÓN DE PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO EN EL FALLO DE LA CSJ

La sentencia del 19/1/99 opone innegables dificultades a quien la lea con el propósito de lograr aquel nivel de comprensión que permitiría identificar, relacionar entre sí y evaluar razonadamente los argumentos que en ella se vierten. Y tal vez estas dificultades lleguen al punto de convertirla en un excelente banco de pruebas para cualquier teoría sobre la argumentación jurídica. Pero, como lo que aquí me interesa es algo mucho más limitado, tendré que ponerme las 'botas hermenéuticas de siete leguas'. Entonces, podré pasar por alto las sinuosidades que introducen en el texto, tanto el planteamiento confuso de los actores, como la voluntad de hacer entrar una decisión acerca de la aplicación de normas constitucionales en el estrecho marco del pronunciamiento sobre un recurso de interpretación, recurso reservado, por la interpretación jurisprudencial que la Corte ha venido haciendo del numeral 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para normas de rango estrictamente legal. Y de esa manera, con ayuda de la claridad que arrojan, sobre todo, los sucesos históricos posteriores, creo perfectamente defendible la siguiente interpretación de lo que parece más significativo en la sentencia considerada.

El verdadero problema de fondo que debía decidir la Corte, y el que se consideró resuelto con su fallo, era el siguiente: A pesar del art. 250[3], ¿es posible reformar la Constitución por un procedimiento distinto a los previstos en ella? Porque, lo que estaba planteado por la coyuntura política, aunque no se lo describiera en esos términos, era modificar mediante un referendo los procedimientos de reforma, de

[3] Art. 250. Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone [...]

modo que pudiera resultar válida una reforma ulterior, elaborada por una asamblea constituyente y ratificada luego por otro referendo.

Ahora bien, la razón fundamental que da el fallo para responder afirmativamente, aunque esa respuesta no se enuncie en su parte dispositiva con la nitidez que pudiera desearse, es que ese cambio en los procedimientos de reforma mediante un referendo se haría en ejercicio de un poder o competencia constituyente originaria que, como previa y superior al régimen jurídico establecido, no está sujeta a limitaciones constitucionales. En ese sentido, la CSJ afirma que 'es por tanto a ese Poder Constituido y no al Poder Constituyente, que se dirige la previsión de inviolabilidad contemplada en el artículo 250".

De este modo, pienso que queda claro el papel decisivo que desempeña la noción de poder constituyente originario en el fallo del 19/1/99. Por eso, si esta noción se revelara como de uso imposible en ese contexto, el argumento que se ofrece para justificar la sentencia perdería por completo su valor como tal.

II. LAS CRÍTICAS DE CARRIÓ AL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

No creo que nadie ponga en entredicho la importancia del aporte de Genaro Carrió al pensamiento iusfilosófico en lengua española. A su respecto, Manuel Atienza, en su libro *La filosofía del derecho argentina actual*, ha dicho entre otras cosas: Genaro R. Carrió es, sin ninguna duda, uno de los juristas más brillantes de la Argentina.[4] ...Su condición de introductor en la Argentina el análisis jurídico a partir de los lenguajes ordinarios y su labor como traductor de las obras más importantes de Ross y de Hart (Carrió ha trabajo en Oxford -con Hart- en 1964 y 1968-69), han hecho de él uno de los autores más influyentes en la nueva generación de iusfilósofos argentinos. En sus breves trabajos, Carrió ha analizado con rigor, originalidad, pureza estilística y fino humor, algunos de los problemas fundamentales que tiene planteados la filosofía del derecho[5].

---

4 Atienza, M. *La filosofía del derecho argentina actual* (Buenos Aires: Depalma, 1984), p. 175.

5 Ibid., p. 177.

Sobre los límites del lenguaje normativo, el texto que contiene la crítica a la noción de poder constituyente originario exhibe con plenitud ese rigor, originalidad, pureza estilística y fino humor que caracterizan, según Atienza, los análisis de Carrió. Y, según mi parecer, a esta enumeración también habría que agregarle -como veremos- el sutil manejo de recursos retóricos particularmente eficaces. El texto en cuestión corresponde a una conferencia de 1972, en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. Como dice Carrió, su objetivo es explorar "distintas formas de sinsentido, en una acepción amplia de esta palabra, que incluye lo disparatado y lo absurdo"[6], que produce a veces el uso del lenguaje normativo o de algunas de sus expresiones. La utilidad de esta exploración reside parcialmente en que ayuda a delimitar "el área dentro de la cual el lenguaje normativo puede usarse, por decirlo así, 'en serio' y con eficacia, y fuera de la cual, para repetir una metáfora conocida, se va de vacaciones y empieza a operar locamente como una turbina que girase en el aire fuera de sus engranajes"[7].

A veces, -nos advierte Carrió- pretendemos que una herramienta lingüística apropiada para ciertos fines sirva también para otros, emparentados pero diferentes de aquéllos. Justificarse y excusarse, por ejemplo, son actos que guardan cierta semejanza. Pero intentar justificarse con lo que, a lo sumo, sólo puede oficiar de excusa puede provocar incluso efectos cómicos. Es esa confusión la que explotaba, por ejemplo, una vieja película para hacernos reír. Un personaje, un noble venido a menos, robaba mercadería en los comercios. Cuando lo pescaban in fraganti, adoptaba un aire de conde ofendido, y esgrimía un papel arrugado mientras decía: "¡No me incomode! Como aquí consta, ¡la Facultad de Medicina de París me ha declarado cleptómano!". La comicidad surge cuando nuestro personaje exhibe su diagnóstico de cleptomanía, que en el mejor de los casos sólo puede excusarlo, como si fuera un título que le confiriera el derecho de apoderarse de las cosas ajenas[8]. "Algo así -nos dice Carrió- como querer tomar la sopa con el tenedor" [9].

---

6 Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990), p. 237.

7 Carrió, G. R., op. cit., pp. 237-238.

8 Cfr. Carrió, G. R., op. cit., pp. 238-239.

9 Carrió, G. R., op. cit., p. 238.

Otras veces lo que ocurre es que falla uno o más de los presupuestos situacionales del uso normal de ciertas expresiones del lenguaje normativo. Por ejemplo, la pregunta "¿me permite hacer esto?" presupone la vigencia actual y la pertinencia de ciertas reglas de cortesía. En circunstancias donde eso ostensiblemente no ocurre, la pregunta resulta fuera de lugar, y no puede ser contestada en serio, ni por sí ni por no. Imaginemos -nos pide Carrió- que entran ladrones a mi casa, a punta de pistola, congregan a toda la familia en la sala, y se van apoderando de cuanto objeto de valor encuentran a su paso. De pronto, uno de ellos interrumpe su faena, mira el teléfono, y me dice: "¿Me permite hacer una llamada?" "Es obvio -prosigue Carrió- que esta pregunta está totalmente fuera de lugar. Tanto una respuesta afirmativa como una respuesta negativa a ella serían absurdas, como lo es la pregunta misma". Naturalmente, también sería absurdo que luego criticara a los asaltantes por haberse ido sin saludar ... En estos casos, "no es como pretender tomar la sopa con el tenedor. Más bien es como si un buzo se pusiera el traje de buzo, con escafandra y todo, para ir al cine"[10].

Pero pareciera que para Carrió estos casos son, sobre todo, maneras de irse "acercando -para decirlo con sus propias palabras- a una forma mayúscula y desaforada de sinsentido normativo"[11], forma que ejemplificará, justamente, con el uso del concepto de poder constituyente originario.

Porque debe advertirse que el ensayo de Carrió está magistralmente construido desde el punto de vista retórico, y que a pesar de las apariencias subrayadas por las articulaciones expresas en secciones o partes diferentes (y a esta altura ya estaríamos en la cuarta parte), todo lo anterior tal vez no sea sino un largo exordio; exordio que busca -como aconseja la tradición retórica- la *captatio benevolentiae*, i. e. suscitar en el oyente o lector las ideas y actitudes requeridas para que lo que realmente importa -en este caso, las críticas a la noción de poder constituyente originario- logre su mayor eficacia persuasiva.

Las circunstancias argentinas de la época permiten comprender que el propósito de fondo del ensayo sea mostrar que -como nos

---

10 Cfr. Carrió, G. R., op. cit., pp. 238-240.

11 Carrió, G. R., op. cit., p. 241.

dice literalmente Carrió- el uso del concepto de poder constituyente originario para justificar la reforma revolucionaria de normas constitucionales importa la pretensión de llevar el concepto normativo de competencia (en el sentido de 'potestad' o de 'atribución') más allá de los límites dentro de los cuales puede ser usado informativamente o servir realmente de justificación. Cuando para justificar o convalidar una reforma de la Constitución impuesta por la fuerza se habla de la 'competencia inicial e ilimitada' del titular del poder constituyente llamado 'originario' se dice algo que carece de sentido[12].

Leído el ensayo desde una perspectiva retórica, es fácil percibir que a las críticas expresas con las que respalda ese juicio, Carrió antepone dos críticas implícitas, no enteramente formuladas, pero que le sirven para potenciar el valor persuasivo de aquéllas. O dicho tal vez con mayor precisión: la presentación de sus críticas va precedida del empleo de dos dispositivos retóricos conexos que le permiten lograr ese efecto.

El primero es la inserción de un relato ficticio, bajo el pretexto de aproximarse poco a poco a su tema por medio de un ejemplo imaginario. El segundo es el resumen y la transcripción, aparentemente inocentes, de lo que dicen prestigiosos autores sobre el poder constituyente originario.

Comencemos con el relato, que aquí sólo recogeré en sus rasgos fundamentales, y, naturalmente, desmejorándolo desde el punto de vista narrativo. (Quien quiera disfrutar de la envidiable maestría de la escritura de Carrió, debería, por eso, leerlo en su tenor literal)[13].

El Dr. K, un prestigioso abogado de un país de América Latina, recibe a tres personajes que le plantean una extraña consulta. Comienzan por explicarle que, en realidad, son tres jefes militares de alto rango, y que, esa noche, con el apoyo irrestricto de todas las fuerzas armadas, derrocarán al gobierno constitucional. Tienen, además, un programa popular que les asegurará el consenso de la gran mayoría de la población. Lo que desean saber es si, desde el punto de vista jurídico, poseen atribuciones para sustituir al gobierno por uno nuevo, y para introducir en la Constitución algunas

---

12 Carrió, G. R., op. cit., p. 253.

13 Cfr. Carrió, G. R., op. cit., pp. 241-244.

reformas exigidas para poner en práctica su programa popular. Para evitar incomprensiones, aclaran que su consulta no se refiere a la viabilidad política de su proyecto; "lo que queremos saber -le dicen- es si ahora tenemos competencia o atribuciones para hacer lo que pensamos hacer, esto es, instaurar un nuevo gobierno y modificar la Constitución, todo ello por vía revolucionaria". Antes de retirarse, agregan que preferirían que el Dr. K. estudiara con calma la cuestión y les preparara un dictamen escrito, fundado en los mejores expertos en Derecho Constitucional. Ellos lo pasarían a buscar por la tarde.

Las primeras reflexiones de nuestro abogado van encaminadas a desentrañar el sentido de la consulta. Es obvio que no le están preguntando si la rebelión es o no un delito -eso no lo pueden ignorar-, sino otra cosa. Y así llega a la conclusión de que el problema planteado no es acerca de la licitud o ilicitud de ciertas acciones, sino de la existencia o inexistencia de atribuciones para realizar ciertos actos normativos -instaurar un nuevo gobierno y reformar la Constitución- y, en consecuencia, de la validez o invalidez de esos actos y de las normas que dicten en el ejercicio de esas eventuales atribuciones.

Fijado el problema, se pone a reflexionar sobre una posible respuesta. Le choca pensar que un orden jurídico pueda conferirle a nadie atribuciones para que lo sustituyan por la fuerza. Sabe, sin embargo, que en el pasado han ocurrido revoluciones y que las normas emanadas de los que lograron instalarse revolucionariamente en el poder fueron reconocidas como obligatorias por los tribunales, incluso en el caso de normas incompatibles con la Constitución vigente en el momento de la revolución. Pero claro, también le parece que, del hecho de que alguien haya conseguido derrocar a un gobierno y sustituirlo, no se sigue que tuviera atribuciones para hacerlo, ni que otros tengan en el futuro parejas atribuciones frente a otros gobiernos.

Por otro lado, una respuesta negativa también le parece imposible.

¿Qué sentido tendría decirles a los revolucionarios que sólo conseguirán dictar normas nulas, cuando ellos saben que, si conservan el poder, tales normas terminarán por ser reconocidas como válidas? Y esto por una razón muy simple: lo que permitiría calificar esas normas como inválidas ha perdido vigencia por el hecho mismo de la revolución.

Llegado a este punto, el Dr. K. cae en la cuenta de que una pregunta que no admite ninguna respuesta sensata es una pregunta insensata; y que, como tal, debe ser rechazada. Pero entonces recuerda que los visitantes le pidieron que fundara su opinión en las enseñanzas de los mejores expertos en Derecho Constitucional, y por eso, antes de emitirla, juzga prudente consultar su biblioteca.

Claro, justamente aquí, cuando el Dr. K. debería toparse con las elaboraciones doctrinarias sobre el poder constituyente originario, Carrió pone punto final a su narración y, sin más comentarios, pasa a resumir esas elaboraciones y transcribe algunos textos que las recogen[14]. En ellos, con un lenguaje cargado de hipérboles, abundante en metáforas y fuertemente alegórico, se explica elocuentemente, por ejemplo, la contraposición entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o constituido. Debe notarse que esos textos no están tomados de obras desconocidas de oscuros autores de tercera o cuarta fila, sino, por ejemplo, de la *Verfassungslehre* de Carl Schmitt[15] o del tomo III del *Traité de Science Politique* de Georges Burdeau[16].

Sin duda, muchos podrían creer que en esos textos hay con qué dar respuesta a la pregunta que el Dr. K. había rechazado por insensata. De ahí que Carrió concluya:

> "...con el concepto de poder constituyente originario, caracterizado en la forma que acabamos de ver, se pretende justificar [...] la asunción y el ejercicio de supuestas prerrogativas de reforma constitucional por vías distantes de las que la Constitución autoriza y con independencia de las limitaciones que ella fija. Desde este punto de vista, pues, en toda revolución exitosa hay que ver el ejercicio de la ilimitada competencia de ese poder constituyente inicial, autónomo, incondicionado, chúcaro, cerril, montaraz, bagual, zafado, cimarrón, indómito y bravío"[17].

---

14 Cfr. Carrió, G. R., op. cit., pp. 244-250.

15 Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*, trad. esp. Teoría de la Constitución (México: Editora Nacional, 1961.

16 Burdeau, Georges. *Traité de Science Politique*, tome III (Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952.

17 Carrió, G. R., op. cit., p. 250.

¿Por qué digo que el relato y las operaciones aparentemente inocentes de resumir y transcribir a los tratadistas son dos dispositivos retóricos conexos que buscan potenciar el efecto persuasivo de las críticas que vendrán a continuación?

Fundamentalmente por lo siguiente. El relato, su final abrupto y su continuación en ese discurso donde prestigiosos autores acumulan hipérboles, metáforas y alegorías sobre el poder constituyente originario (proceder que Carrió parodia en la desaforada ristra de adjetivos que acabo de transcribir) sugiere con fuerza por lo menos dos cosas. Primero, que el concepto de poder constituyente originario aparece como un recurso para darle apariencias de solución a un problema mal planteado. Si no fuera por la recomendación de sus clientes de apoyarse en los constitucionalistas, el Dr. K. habría rechazado sin más trámite por insensata la pregunta que le plantearon en su consulta. Segundo, que esas hipérboles, metáforas y alegorías son un fuerte indicio de que ha sucedido lo previsto más arriba: el lenguaje ha perdido todo control y gira en el aire como una turbina fuera de sus engranajes[18].

Es hora de que pasemos a las críticas propiamente dichas. Aunque no niego que puedan articularse de manera diferente, y conectar entre sí lo que voy a presentar como independiente, me parece que pueden discernirse cinco críticas distintas.

La primera se inspira -como Carrió reconoce- en una analogía que Carl Schmitt encuentra entre la distinción poder constituyente / poderes constituidos y la distinción natura naturans /natura naturata

---

[18] Vale la pena -creo- transcribir un pasaje donde Carrió, para subrayar ese descontrol del lenguaje, le reprocha -o finge reprocharle- su casi obscenidad: "Esta última metáfora -la de la impotencia congénita del poder constituyente derivado- es llevada casi hasta el terreno de la obscenidad cuando se compara a dicho poder, sin apearse de dicha metáfora, con el omnipotente poder constituyente originario. Se llegan a decir, por ejemplo, cosas como éstas: 'Se desnaturaliza al poder constituyente incorporándolo en un órgano de revisión, pues, tras haberlo púdicamente emasculado, se maneja su ejercicio según las conveniencias del régimen. A medida que el tiempo pasa puede llegarse a creer que la operación ha tenido éxito. Pero llega el día en que Sansón, reencontrando su virilidad, rompe todas las columnas de cartón que sostenían el edificio constitucional. (Burdeau, ob. cit., t. III, p. 179)". Cfr. p. 247 Carrió, G., op. cit., p. 247

que propone Spinoza[19]. Pero Carrió prolonga la sugerencia de Schmitt con un cotejo más minucioso entre lo que enseñan algunos constitucionalistas sobre el poder constituyente originario y lo que Spinoza nos dice de Dios. Y esta comparación le permite concluir:

> Son manifiestas las analogías que hay entre el concepto de poder constituyente originario de los constitucionalistas y el concepto de Dios (o Naturaleza de Spinoza)[20].

Ahora bien, esta analogía se convierte en una crítica cuando se agrega que hoy ya no satisfacen las abstractas especulaciones sobre el universo, a la Spinoza, que producen enunciados que, a pesar de no ser refutables por la experiencia, pretenden decir algo sobre la textura de la realidad. El análogo jurídico del concepto spinoziano de Dios, el poder constituyente originario, vendría a ser por eso un resabio, un vestigio, de un estilo ya superado de pensamiento especulativo.

La segunda crítica apela al análisis kantiano de las ideas de la razón. Legítimas como ideas reguladoras, que obligan a reiterar siempre la pregunta por las condiciones, se vuelven sofísticas cuando se las toma como ideas constitutivas a las que deberían corresponderles objetos sui generis que, por su carácter incondicionado, significarían la actualización de la serie total de las condiciones. Ahora bien, en el caso de un poder constituyente originario, operaría un mecanismo conceptual semejante al descubierto por Kant, e igualmente engañoso[21].

Debe reconocerse que estas dos críticas tienen un carácter indirecto, se apoyan en supuestos poco explícitos y están desprovistas, por eso, de la nitidez y contundencia de las que veremos a continuación.

La tercera y la cuarta crítica comparten una misma estructura. Ambas consisten en poner de manifiesto que al supuesto poder o competencia constituyente originaria se le asignan rasgos que son incompatibles con la noción de competencia.

---

19 Cfr. *Teoría de la constitución*, cit., § 8, p. 91.

20 Carrió, G. R., op. cit., p. 250.

21 Cfr. Carrió, G. R., op. cit., pp. 252-254.

De este modo, hablar de un poder o competencia originarios es valerse de una expresión sin sentido. Más en particular, la tercera crítica podría formularse así:

> "El concepto de competencia funciona informativamente dentro de un orden normativo cuya existencia es presupuesta al afirmar que alguien tiene una competencia."[22]

O en otras palabras, sin orden normativo no tiene sentido hablar de competencia.

Y la cuarta crítica podría presentarse de esta manera: "[el concepto de competencia] funciona informativamente en contraste, por decirlo así, con un trasfondo de incompetencias". Por eso, una competencia total, ilimitada, es un sinsentido[23].

Si quisiera dársele una expresión unitaria a lo que, para facilitar eventuales discusiones, he identificado como dos críticas distintas, podría acudirse a las siguientes palabras de Carrió:

> "Toda competencia deriva de una regla o conjunto de reglas que al conferir la competencia excluyen al mismo tiempo aquellas cosas para las que no se otorga competencia. La idea de una competencia sin reglas de las que derive es algo así como la de un hijo sin padres, y la idea de una competencia total es algo así como la de una relación de parentesco total."
>
> "Usar el concepto de competencia fuera de esas condiciones -esto es, para referirse a una supuesta competencia ilimitada y total- es usar el concepto de competencia más allá de los límites dentro de los cuales ese concepto puede integrar expresiones lingüísticas usadas 'en serio' con fuerza informativa, prescriptiva, justificativa, etc. según cuál sea el acto lingüístico de que se trate."[24]

Esta alusión a un empleo del concepto de competencia más allá de los límites dentro de los cuales ese concepto puede integrar expresiones lingüísticas usadas en serio, sugiere una fuerte analogía con la crítica kantiana al empleo metafísico del principio de causa-

---

22 Carrió, G. R., op. cit., p. 254.

23 Carrió, G. R., op. cit., p. 254.

24 Carrió, G. R., op. cit., p. 254.

lidad, que al pretender extenderlo más allá del mundo de la experiencia sensible y encontrar causas no fenoménicas, suprime una de las condiciones de su aplicación dotada de sentido, pues la causalidad es una relación entre fenómenos. Y esta analogía permite comprender que la tercera y la cuarta crítica puedan verse también como prolongaciones y concreciones de la segunda.

Finalmente, lo fundamental de la quinta crítica encuentra una expresión resumida en el siguiente pasaje: La sistemática ambigüedad de la expresión

> "'poder constituyente originario' hace que ella quiera decir a veces 'facultad o potestad suprema' y otras veces 'fuerza política o poderío político supremos'. Esta sistemática ambigüedad explica el intento de superponer ambas acepciones con la pretensión de aislar o identificar, mediante dicha expresión, un supuesto sujeto o entidad que -se dice- tiene atribuciones supremas o ilimitadas para dictar normas y, a la vez, fuerza suficiente para hacerlas acatar. De allí hay un solo paso a afirmar que el sujeto o entidad en cuestión tiene las atribuciones porque dispone de la fuerza, y sólo hay otro paso más a sostener que decir que ese sujeto tiene las atribuciones significa lo mismo que decir que tiene la fuerza."[25]

No voy a evaluar ahora de manera circunstanciada las distintas críticas de Carrió. Me limitaré a decir lo obvio: no todas tienen el mismo peso. Las dos primeras no pasan, tal vez, de arrojar serias sospechas contra la noción de poder constituyente originario; y la última, aunque denuncia el carácter híbrido de este concepto por la confusión de dos acepciones de la palabra 'poder', parece relevante, sobre todo, cuando el mismo se usa para la justificación de regímenes impuestos por la fuerza. En cambio, las críticas tercera y cuarta lucen como más generales y contundentes. La noción de un poder constituyente originario e ilimitado comporta propiedades de imposible ejemplificación conjunta. Cualquier competencia presupone un orden normativo; y una competencia ilimitada parecería tan imposible como un objeto dotado de todas las propiedades. Como se ve, se trata de razones de carácter semántico, que se refieren a la composición interna del concepto, y que por eso afectan cualquier empleo que de él se pretenda hacer.

---

[25] Carrió, G. R., op. cit., p. 25.

De todos modos, aunque quede abierta la evaluación de las críticas de Carrió, y aunque en definitiva se encuentren maneras de mostrar que las inconsistencias semánticas denunciadas por él no son en realidad tales, me parece que no es indefendible la observación de que el uso del concepto de poder constituyente originario en la motivación de un fallo de la Corte genera paradojas pragmáticas de indisimulable gravedad. Dedicaré la próxima sección a exponer esta idea.

III. LAS PARADOJAS PRAGMÁTICAS DE LA CORTE

Inicialmente había pensado que la explicación adecuada de este punto requeriría una exposición previa de la teoría de los actos de habla y de la distinción, vinculada a la misma, entre hechos brutos y hechos institucionales. Sin negar que la observación me fue sugerida a partir de esas constelaciones conceptuales, hoy me parece que es perfectamente posible comunicarla y dotarla al menos de una cierta verosimilitud prima facie, sin necesidad de apelar a toda esa "ferretería" filosófica[26].

Porque lo que he llamado "paradojas pragmáticas de indisimulable gravedad" corresponde a situaciones susceptibles de ser descritas en términos muy simples.

El punto de partida es el reconocimiento de que una condición necesaria para la aplicación del concepto de poder constituyente originario es la inexistencia de un orden jurídico considerado como válido. Quien piense que en un cierto momento hay un orden jurídico válido no podrá reconocer al mismo tiempo que ningún hombre o grupo de hombres está dotado de un poder constituyente de carácter verdaderamente originario. Y si los autores que se han ocupado de este concepto tienen siempre a la vista situaciones de ruptura revolucionaria, no es por una limitación de su experiencia histórica o por falta de imaginación, sino por una necesidad conceptual. Mientras subsista un orden jurídico, el poder constituyente origina-

---

[26] Cfr. Austin, J. L. *How to do Things with Words* (Oxford: Clarendon Press, 1962), Searle, J. R., *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (Madrid: Cátedra, 1980); Searle, J. R. & D. Vanderveken, Foundations of Illocutionary Logic (Cambridge: Cambridge University Press, 1985) y Vanderveken, D. *Meaning and Speech Acts* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

rio no puede actualizarse; o, dicho en términos metalingüísticos, quizá menos traicioneros por no ser tan ingenuamente entificantes: aceptar como verdadero el enunciado "hay un orden jurídico" impide que el predicado "está dotado de un poder constituyente originario" tenga en la misma situación referencia alguna.

Ahora bien, si no hay orden jurídico, la CSJ no pasa de ser, en el mejor de los casos, un grupo de distinguidos juristas, y sus sentencias, las opiniones privadas que comparte su mayoría. De modo que, si hay poder constituyente originario, no puede haber ni Corte ni fallos; y si hay Corte y fallos, no puede haber poder constituyente originario. Ésta es la primera de las paradojas pragmáticas a las que me refería. La denominé así porque los actos ilocucionarios que la Corte pretende realizar -emitir fallos- tienen como condición la inexistencia, justamente, de aquello cuya existencia uno de esos fallos pretende reconocer.

La otra paradoja se genera cuando el fallo intenta darle un fundamento constitucional (el art. 4, el art. 50 y el Preámbulo), es decir, que presupone la validez del orden jurídico, a su reconocimiento de un poder constituyente originario. Si se acepta ese fundamento es obvio que se está excluyendo la posibilidad de que haya a la vez un poder constituyente originario. Y si se reconoce la existencia de este poder, es imposible aceptar aquel fundamento.

* * *

Para terminar esta sección, referiré el comentario que me hiciera un amigo, a quien le leí algunos pasajes de lo anterior. "Pero entonces, -observó-, ¿no te parece que los laboriosos razonamientos con que el fallo del 19 de enero justifica la admisibilidad del recurso (incluida aquella ingenua pirueta verbal de una 'interpretación constitucional -que no de la Constitución-', distinción imposible, cuando lo que indiscutiblemente estaba en juego era la aplicación o no del art. 250), no te parece -me dijo- que esos laboriosos razonamientos tienen algo de la cortesía del asaltante de Carrió, que, mientras despojaba a su víctima, le pedía permiso para usar el teléfono?".

IV. UNA ARGUMENTACIÓN AUTO-FRUSTRANTE

¿Qué consecuencias se derivan de lo expuesto en relación con la pregunta por el valor del argumento de la CSJ que recurre a la noción de poder constituyente originario?

Como dejé en suspenso la evaluación de las críticas de Carrió, no podría apoyar ahora en ellas ninguna conclusión respecto a esta pregunta.

Pero acometer esa evaluación significaría alargar desmesuradamente este trabajo. En realidad, el objetivo de esas críticas - descalificar cualquier uso posible de la noción de competencia jurídica originaria e irrestricta- es demasiado amplio en relación con lo que aquí me interesa. Porque bastaría con mucho menos: descalificar simplemente el uso particular que hace la Corte de esta noción. Y para esto alcanza el reconocimiento de lo que he llamado paradojas pragmáticas.

La primera de esas paradojas muestra que, si se usa el lenguaje 'en serio', y no simplemente se simula, por ejemplo, que se lo está usando (como un actor, cuando representa a un personaje), la Corte no puede emitir un fallo que le atribuya a alguna persona o conjunto de personas una competencia constituyente originaria. O el fallo es sólo en apariencia un fallo, o el reconocimiento no es en serio. Esta paradoja le impide a la Corte, mientras siga siendo Corte, reconocer ninguna competencia originaria. La segunda paradoja, por su parte, pone de manifiesto la imposibilidad, no sólo para la Corte, sino para cualquiera, de justificar el reconocimiento de una competencia constituyente originaria a partir de premisas constitucionales. Apoyarse en estas premisas excluye que se pueda admitir aquella conclusión; y si se aceptara la conclusión, habría que rechazar las premisas.

Ahora bien, recordemos que la decisión de fondo que necesita justificar la Corte es que el cambio propuesto en los procedimientos de reforma de la Constitución (para aceptar ahora también la vía de una reforma sancionada por una asamblea constituyente y ratificada por referendo), cambio operado por medio de una consulta al cuerpo electoral, no colide con el artículo 250º. Y el argumento que se utiliza en esa justificación podría presentarse así. Cuando el cuerpo electoral modifica mediante referendo la Constitución, como en este caso, que modifica los procedimientos fijados en ella para reformarla, lo hace en ejercicio de una competencia constituyente originaria. Pero quien ejerce este tipo competencia, justamente por ser una competencia constituyente originaria, no está sometido a la Constitución, y por tanto, tampoco a su artículo 250º.

Como puede notarse fácilmente, el argumento se apoya en dos premisas: (a) cuando el cuerpo electoral modifica la constitución

mediante referendo ejerce una competencia constituyente originaria; (b) el ejercicio de una competencia constituyente originaria no está sometido a la Constitución.

La premisa (b) es trivial: se apoya en la definición nominal de poder constituyente originario. La premisa (a), en cambio, no lo es; y la Corte procura justificarla con argumentos que, en último término, se basan en el art. 4º, en el art. 50º y en el Preámbulo de la Constitución.

¿Qué consecuencias tienen, entonces, para el valor de toda esta construcción argumentativa, las imposibilidades reveladas por las dos paradojas pragmáticas ya señaladas?

La primera imposibilidad invalida el tramo final de la argumentación de la Corte. Su premisa "El cuerpo electoral, al modificar los procedimientos de reforma de la Constitución, ejerce un poder constituyente originario" no puede figurar como admitida en ninguna sentencia de la CSJ. Porque, si se aceptara esa premisa, no habría, en realidad, ni Corte ni sentencias de la Corte. Si las mismas palabras las dijera un particular, tendríamos un argumento; si las dice la Corte, no. Porque argumentar supone que quien lo hace presenta sus premisas como algo aceptable, y la Corte no puede, sin dejar de ser Corte, hacerlo. Un argumento que contiene una premisa absolutamente imposible de aceptar por quien lo hace no es en realidad un argumento.

La otra imposibilidad destruye el valor de las razones que se aducen para justificar esa premisa, es decir, para reconocerle al cuerpo electoral un poder constituyente originario. Y es una imposibilidad que rige, no sólo para la Corte, como en el caso anterior, sino para cualquiera que pretenda valerse de tales argumentos. Porque usarlos supone que se admite la validez de la Constitución (de su art. 4º, de su art. 50º y de su Preámbulo). Pero esa aceptación impide, justamente, que el predicado "tiene una competencia constituyente originaria" pueda ser atribuido a sujeto alguno. Y de tal suerte, se vuelve inaceptable esa conclusión que consiste, justamente, en aplicarle dicho predicado al cuerpo electoral. Ahora bien, un argumento donde la admisión de alguna de sus premisas vuelve

notoriamente imposible que se acepte la conclusión tampoco es, en realidad, un argumento.[27]

---

[27] Lo apuntado en estos dos párrafos supone, claro, una cierta noción de lo que es un argumento, como la que se recoge, por ejemplo, en Piacenza, E. "Pena de muerte y argumentación" *Revista de Filosofía* [Maracaibo] Nº 32 (1999), p. 86, o en Piacenza, E. "Teoría de la argumentación, lógica y no-monotonía" *Memorias del ciclo de Conferencias 'XXX Aniversario del Centro de Estudios Filosóficos Adolfo García Díaz* (1967-1997)' (Maracaibo: Centro de Estudios Filosóficos Adolfo García Díaz, Universidad del Zulia, 1998), pp. 3-26. Argumentar se concibe allí como un acto ilocucionario complejo, que sólo puede ejecutarse si se ejecutan también ciertos actos ilocucionarios más simples: la aserción de sus premisas y de su conclusión. Pero un acto asertivo no puede cumplirse en serio si al mismo tiempo se reconoce la falsedad de su contenido proposicional. Y esto tiene las consecuencias señaladas en el texto. Por un lado, si la Corte pretende ser Corte y emitir un fallo, está reconociendo que hay orden jurídico y que no hay poder originario; luego, se vuelve imposible la aseveración en serio de la premisa "Cuando el cuerpo electoral modifica la Constitución mediante un referendum ejerce un poder constituyente originario". Por otro lado, resulta también imposible, no sólo para la Corte, sino para cualquiera, la aseveración simultánea de premisas constitucionales, que suponen que hay un orden jurídico, y de una conclusión que en tal caso aparecería como palmariamente falsa. No hay que confundir lo dicho más arriba -un argumento donde la admisión de alguna premisa vuelve notoriamente imposible la aceptación de la conclusión colapsa como argumento- con la idea -errónea- de que no es válida una inferencia donde la conclusión contradice alguna de sus premisas. Para advertir el error, basta el ejemplo más trivial. Supongamos un razonamiento de la forma siguiente. Premisas: p, p−>q, ~q; conclusión: q. La conclusión contradice una de las premisas; sin embargo, la inferencia es indiscutiblemente válida, porque no es posible ninguna interpretación que haga verdaderas todas sus premisas y falsa su conclusión. Alcanza una tabla de verdad para mostrarlo. Pero que la inferencia sea válida no es suficiente para que el argumento sea bueno. Lo mismo ocurre con los argumentos circulares: corresponden a inferencias válidas, pero fallan por completo como argumentos. La petición de principio no es un error lógico (p−|p es lógicamente irreprochable), sino una falla argumentativa. Al argumentar, se pretende que la aceptación de las premisas vuelve más aceptable la conclusión. Y esta intención se frustra radicalmente cuando se usa como premisa lo que justamente está en entredicho. Y también se frustra cuando -como en el caso del fallo- la aceptación de las premisas excluye la aceptación de la conclusión, porque alguna de aquéllas es contradictoria con ésta. Situaciones como éstas muestran que la teoría de la argumentación no puede ser mera lógica aplicada

La conclusión general que puede extraerse de lo anterior es que la argumentación con que la Corte justifica lo más importante de su decisión exhibe fallas capitales. Y no es que sea una argumentación débil; es una argumentación imposible. Más exactamente, es un discurso que, por las paradojas que lo afectan, de argumentación, únicamente tiene la apariencia; apariencia que sólo puede conservar mientras no se preste atención al significado y a la fuerza ilocucionaria de las palabras que emplea. Es, para decirlo de otro modo, una argumentación *auto-frustrante*.[28]

Pero descalificar esta argumentación no es descalificar la decisión que con ella se ha pretendido respaldar. Como anuncié al comienzo, mi tema ha sido el valor de aquella argumentación, no el de esta decisión. Ése es otro problema mucho más complejo sobre el cual aquí no se ha dicho nada.

---

[28] Vanderveken, D. "Illocutionary Logic and Self-Defeating Speech Acts" en Searle, J. R., F. Kiefer & M. Bierwisch (eds.) *Speech Act Theory and Pragmatics* (Dordrecht: Reidel, 1980), pp. 247-272.

XIII. CARLOS GARCÍA SOTO*

"La Asamblea Nacional Constituyente de 2017 en su contexto histórico"

Publicado en el libro Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Compiladores), ***Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*****, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2017, pp. 87-93**

(2017)

[Extracto]

[…]

EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999

INTRODUCCIÓN

La crónica de la redacción y aprobación de la Constitución de 1999 está íntimamente vinculada con la historia reciente de Venezuela, porque la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente fue la principal oferta electoral del entonces candidato Hugo Chávez Frías.

Pero esa Asamblea Nacional Constituyente no sólo dio lugar a la Constitución de 1999, sino que fue el instrumento por el cual la

---

* Profesor de la Universidad Monteávila y de la Universidad Central de Venezuela.

mayoría policía reflejada en esa Asamblea Nacional Constituyente se hizo con el control de buena parte del Estado venezolano. Toda la historia posterior del país está directamente influenciada por los hechos ocurridos en 1999.

El proceso constituyente, como se señaló, no sólo dio lugar a la Constitución, sino que implicó que la Asamblea Nacional Constituyente asumiera el control de los Poderes Públicos. La redacción de la Constitución de 1999 y la toma del Estado venezolano a través de la Asamblea Nacional Constituyente se dio en paralelo.

I. EL CONTEXTO EN EL CUAL SE PLANTEA EL TEMA CONSTITUYENTE

Para el momento en el cual el Presidente Chávez asume la presidencia estaba vigente la Constitución de 1961. Esta Constitución había sido producto del consenso entre las distintas fuerzas políticas democráticas que hacían vida luego del fin de la dictadura del General Marco Pérez Jiménez (1958). En buena medida, la Constitución de 1961 está influenciada por otra Constitución también de consenso, la de 1947.

De tal manera, la Constitución de 1961 era la Constitución con mayor vigencia en la historia republicana de Venezuela, y fue la Constitución que rigió durante prácticamente todo el período democrático que se iniciaría en 1958.

Justo antes del golpe de Estado de 4 de febrero de 1992, se había comenzado a plantear ante la opinión pública la necesidad de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, como un instrumento para recomponer el sistema político. Con ocasión del golpe de Estado fallido del 4 de febrero de 1992, el planteamiento se haría más común.

En paralelo, se intuye en varios sectores y personalidades la necesidad de discutir una reforma general a la Constitución de 1961. Para ello, se conforma una Comisión especial en el Senado de la República, presidida por la autoridad que significaba el expresidente Rafael Caldera.

Igualmente, con ocasión de los trabajos desarrollados por la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), se harían importantes planteamientos para una reforma de la Constitución.

Del mismo modo, varios dirigentes políticos e intelectuales plantearían a partir de 1992 al país la conveniencia de ir a un proceso constituyente, como una forma de legitimar el sistema político venezolano, ampliando los canales de participación y representación.

En todo caso, como se señaló, para la elección presidencial de 1998, en la que resultaría vencedor el candidato Chávez, la Constitución vigente era la Constitución de 1961, en la medida en la que ninguna de las iniciativas de reforma de la Constitución que se habían planteado llegó a término.

II. LA PROPUESTA DEL CANDIDATO CHÁVEZ SOBRE LA CONSTITUYENTE

Si se quiere, la discusión sobre el proceso constituyente perdió un poco de fuerza a partir del inicio del segundo gobierno del Presidente Caldera. Pero con ocasión de la campaña presidencial de 1998 retomaría interés, sobre todo a partir de su planteamiento por el candidato Chávez.

La propuesta fundamental del candidato Chávez fue la convocatoria a una ANC, que tuviera como objeto (i) refundar la República y (ii) crear un nuevo ordenamiento jurídico.

III. LA PROPUESTA DE LA CONSTITUYENTE EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961

La propuesta de la Constituyente no implicaba una mera enmienda o reforma de la Constitución. Implicaba nada menos que sustituir la Constitución de 1961 por una nueva Constitución.

Pero para asegurar un mínimo de institucionalidad, esa sustitución de la Constitución de 1961 debía implicar, al menos, dos aspectos: (i) por una parte, que la derogación de la Constitución de 1961 y su sustitución por una nueva se realizara según un cauce formal permitido por la propia Constitución de 1961 y (ii) que hasta que no se dictara una nueva Constitución, la Constitución de 1961 debía mantener íntegra su vigencia. Como luego veremos, ninguna de esas garantías institucionales mínimas se mantuvieron en el proceso constituyente venezolano de 1999.

La Constitución de 1961 sólo permitía dos cauces formales para su modificación: (i) la enmienda, para modificaciones puntuales que

no alteraran la estructura fundamental de la Constitución, y (ii) la reforma, para modificaciones que sí implicaran una alteración importante de la Constitución (artículos 245 al 248 de la Constitución de 1961). Por ello, la Constitución no podía ser modificada, derogada o sustituida por un mecanismo distinto a la enmienda o a la reforma. En ese sentido, si se quería incluir a la Asamblea Nacional Constituyente como un mecanismo para sustituir a la Constitución de 1961, primero había que, precisamente, modificar la Constitución de 1961, para incluir en ella la figura de la Constituyente, lo cual implicaba que el electorado se pronunciara a favor de esa modificación de la Constitución (artículo 246 de la Constitución de 1961).

Desde ese punto de vista, entonces, en Venezuela no podía convocarse una Asamblea Nacional Constituyente, salvo que se modificara la Constitución, por la sencilla razón de que la misma Constitución señalaba los únicos mecanismos a través de los cuales podía ser modificada, y en esos mecanismos no estaba contemplada una Constituyente. Ello, por supuesto, implicaba un serio obstáculo para la propuesta que impulsaba el entonces candidato Chávez: la Constituyente no era un mecanismo de sustitución de la Constitución previsto en la Constitución de 1961. Con lo cual, desde el punto de vista constitucional, no podía convocarse a un proceso constituyente bajo la vigencia de la Constitución de 1961, a menos que se modificara la Constitución de 1961.

IV. LA ELECCIÓN DEL CANDIDATO HUGO CHÁVEZ COMO PRESIDENTE Y LA CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

En todo caso, el 6 de diciembre de 1998 el candidato Chávez ganaría la elección presidencial, obteniendo el 56,20 % de los votos, sobre el 40 % obtenido por el candidato Henrique Salas, con una abstención del 36,24 %.

Para ese momento, la discusión constitucional en torno a la Constituyente se manifestaba a través de dos posiciones: o era necesaria una reforma a la Constitución de 1961 para incluir en ella la figura de la Constituyente, o el pueblo convocado podía expresar su soberanía decidiendo directamente la convocatoria a una Constituyente, a pesar que ésta no estuviera prevista en la Constitución de 1961.

En relación con esta última posición se planteó acudir a la figura del referendo consultivo prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1997. Conforme a esa norma, el Presidente de la República en Consejo de Ministros; el Congreso de la República o un 10% de electores inscritos en el Registro Electoral tenían la iniciativa para "convocar la celebración de un referendo con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional".

Esta opción, es bueno aclararlo, partía de la base según la cual supuestamente si el pueblo se expresaba en un referendo consultivo a favor de la Constituyente, ésta podría ser convocada para que sustituyera la Constitución de 1961, aun cuando esa Constitución no incluyera a la Asamblea Nacional Constituyente como uno de los mecanismos institucionales para su modificación.

V. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL CARÁCTER DEL REFERENDO CONSULTIVO

1. *¿Qué se planteó a la Corte Suprema de Justicia?*

Habíamos señalado que en la medida en la que en la Constitución de 1961 no se establecía la posibilidad de una convocatoria a un proceso constituyente para modificar la Constitución, se planteó la discusión jurídica sobre si era posible celebrar un referendo consultivo para que el pueblo se expresara acerca de la Constituyente. En paralelo, se planteaba la discusión principal del asunto: si era o no conforme a la Constitución el convocar a una Asamblea Nacional Constituyente no prevista expresamente en la propia Constitución.

En definitiva, la duda que se planteaba era si un referendo consultivo era un mecanismo suficiente para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente no prevista en la Constitución. Por ello, no se discutía si el referendo podía o no celebrarse. En realidad, el referendo consultivo era un derecho de los ciudadanos, reconocido incluso en la propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Lo que no estaba claro es si ese referendo era suficiente para convocar la Constituyente.

Sobre cada uno de estos dos temas, se plantearían ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia dos recursos de interpretación. Tales recursos fueron decididos a través de

dos sentencias del 19 de enero de 1999, denominadas entonces como los casos *Referendo Consultivo I* y *Referendo Consultivo II*.

Por supuesto, para la Corte no era un asunto menor la solución a esos dos recursos. Porque, tal como se estaban desarrollando los acontecimientos, parecía que a la Corte le iba a corresponder dar una solución jurídica al conflicto político-constitucional que se había planteado en el país.

En la sentencia *Referendo Consultivo II* la Sala Político-Administrativa resumiría su interpretación cuál era el asunto de fondo que tenía ante sí:

> "Si la Constitución como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica, o 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, en cuyo supuesto la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía".

Sin embargo, la Corte no dio una interpretación definitiva al problema que se le estaba planteando. Es decir, no señaló con la claridad que quizá se aspiraba si podía o no convocarse una Asamblea Nacional Constituyente, a partir de un referendo consultivo, a pesar que esa figura no estuviera prevista en la Constitución. En definitiva, si era posible o no convocar a un proceso constituyente sin modificar antes la Constitución de 1961.

Por el contrario, la Corte realizó extensas consideraciones sobre el papel de la Constitución y el lugar de la soberanía popular, y si bien en algunos momentos parecía que iba a expresar una conclusión expresa sobre el problema planteado, luego el camino argumental se interrumpía.

2. *Las respuestas de la Corte Suprema de Justicia*

Uno de los principales problemas que se le planteaban a la Corte era que determinara si era posible convocar a un referendo consultivo para que el electorado pronunciara su opinión sobre un proceso constituyente. Sobre este aspecto, la sentencia *Referendo Consultivo I*, como era lógico, señalaría que resultaba

> "procedente convocar a un referendo en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente".

De tal manera, no había ningún problema jurídico en que se consultara al electorado a través de un referendo consultivo sobre su opinión acerca de una Asamblea Nacional Constituyente. En ese sentido, el proceso constituyente era un derecho de los ciudadanos, incluso previsto expresamente en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, como ya se señaló. Pero el tema fundamental planteado a la Corte sería si era posible que se convocara a la Constituyente sin que ésta estuviera prevista en la Constitución.

Sin embargo, en las sentencias la Corte no se pronunció de modo expreso sobre si era o no posible convocar una Constituyente aún a pesar de no estar prevista en la Constitución como un instrumento para la reforma o sustitución de la Constitución. Por el contrario, realizó varias consideraciones, ambiguas, sobre la soberanía popular y su relación con el poder constituyente.

Con lo cual, el verdadero problema constitucional que estaba planteado, es decir, si podía o no convocarse una Constituyente a pesar de no estar prevista en la Constitución, no fue resuelto expresamente por las decisiones de la Corte. En realidad, las sentencias, como se dijo, se dedicaron a afirmaciones generales sobre los asuntos planteados. Sin embargo, de varios párrafos de las sentencias podía concluirse que, en criterio de la Corte, o los Poderes Públicos competentes establecían el régimen de la Constituyente, o era preciso modificar la Constitución para incluir la figura de la Constituyente, aún luego de un referendo consultivo en el cual los votantes se manifestaran a su favor.

Por ejemplo, en la sentencia *Referendo Consultivo II* se dirá:

> "Ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso tiene una especial transcendencia nacional, en la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los órganos competentes del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que, previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza".

También se señalaría de modo ambiguo en la sentencia *Referendo Consultivo I*:

> "Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiera vigencia inmediata, su eficacia solo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos se dé 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".

Sin embargo, otras afirmaciones de la sentencia *Referendo Consultivo II* eran aún más confusas, y permitieron que se creara la idea en parte de la opinión pública de que sí podía procederse a convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, aun cuando no estuviera prevista expresamente en la Constitución. Por ejemplo, entre otros, señalaría en un párrafo:

> "Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce".

Pero otras afirmaciones confusas llevaban a otra conclusión. Por ejemplo, en la sentencia *Referendo Consultivo II* se diría:

> "Sin embargo, en ningún caso podría considerarse al poder constituyente originario incluido en esa disposición (art. 250), que lo haría nugatorio, por no estar expresamente previsto como medio de cambio constitucional.
>
> Es inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente. Esta, indudablemente, es la tesis recogida por el propio constituyente de 1961, el cual, consagró normas reguladoras de la reforma o enmienda de la Constitución dirigidas al Poder Constituido y a un tiempo, incluso desde el Preámbulo, la consagración de la democracia como sistema político de la

nación, sin soslayar, coherentemente, el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo.

Ello conduce a una conclusión: la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decida ejercerla".

De ese razonamiento ambiguo, parecía entonces que podía concluirse que el ejercicio de la soberanía popular, a través de un referendo consultivo, eventualmente podía implicar que esa soberanía se convirtiera en supremacía de la Constitución y, en consecuencia, en una forma de modificación de la Constitución.

3. *La ambigüedad de los criterios de la Corte Suprema de Justicia y la interpretación de parte de la prensa*

De tal manera, lo que podía concluirse de las sentencias *Referendo Consultivo I* y *II* era que (i) el pueblo podía expresar su opinión acerca de la Asamblea Nacional Constituyente mediante un referendo consultivo, (ii) de esa manifestación de voluntad podía derivarse un mandato político los Poderes Públicos para que establecieran un mecanismo institucional que permitiera convocar un proceso constituyente, pero (iii) la soberanía popular no podía estar limitada por los Poderes Públicos.

Que, por una parte, la Corte aclarara que era posible convocar un referendo consultivo para que el pueblo se expresara acerca de la Constituyente y, por otra parte, que la Corte evadiera un pronunciamiento expreso acerca de si era posible desde el punto de vista constitucional la convocatoria a una Constituyente para sustituir la Constitución de 1961 dejaría entonces el asunto sin resolver de modo expreso por la Corte.

Como señalaría posteriormente el profesor y miembro de la Asamblea Nacional Constituyente Allan R. Brewer-Carías:

> "lejos de decidir con precisión la cuestión constitucional planteada respecto de la posibilidad constitucional de la convocatoria de una Asamblea Constituyente y de la necesidad o no de reformar previamente la Constitución, tanto la sentencia Caso Referendo Consultivo I como la Caso Referendo Consultivo II, dejaron abierta la discusión constitucional" (*Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002, p. 73).

De hecho, y como ha advertido Lolymar Hernández Camargo, los argumentos terminaban siendo contradictorios entre sí:

> "La Corte no podía reconocer la existencia de un poder constituyente originario e ilimitado sin desconocer la vigencia de la Constitución que le daba respaldo a todo ordenamiento jurídico y a su existencia como máximo tribunal de la República, por el contrario, si reconocía -como hizo- la vigencia del sistema jurídico y de la Constitución como norma suprema no podía vulnerarla haciendo uso de la noción ilimitada del poder constituyente originario" (*El proceso constituyente venezolano de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, p. 167).

Pero a pesar de la ambigüedad de los criterios de la Corte Suprema de Justicia, parte de la prensa daría su interpretación a lo interpretado por la propia Corte. Así, por ejemplo, en *El Nacional* se daría una lectura a las sentencias que favorecía la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente a partir de la celebración del referéndum consultivo:

jueves 21 de enero de 1999

TRAS LA DECISION DE LA CORTE

Alcances del fallo de la CSJ

No es necesario reformar la Constitución para convocar el referéndum

Humberto J. La Roche y el resto de los magistrados de la Sala Político Administrativa consideran que la "inviolabilidad" de la Carta Magna, tal como está referida en su propio texto, es un imperativo para el poder constituido, pero no para el poder constituyente originario, el cual es absoluto e ilimitado

EDGAR LOPEZ

Hace pocos días el magistrado Humberto J. la Roche recordaba que, esencialmente, es un profesor, un profesor de Derecho Constitucional. Si toda sentencia de la Corte Suprema de Justicia debe tener un carácter pedagógico, esta oportunidad era especialmente necesario, a efectos de despejar las dudas sobre el proceso constituyente.

Entre las prioridades estaba el dar respuesta al argumento según el cual era necesaria una reforma previa de la Constitución Nacional vigente para convocar la Asamblea Constituyente, argumento que en los últimos días cobró fuerza en la voz del escritor Arturo Uslar Pietri. Pero La Roche y el resto de los magistrados de la Sala Político Administrativa, consideran que no, pues la inviolabilidad de la Carta Magna, tal como está referida en su propio texto, constituye un imperativo para el poder constituido, pero no para el poder constituyente originario, el cual es absoluto e ilimitado.

✓ **Supremacía del Poder Constituyente**: "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. Pero ello no podía hacerse sino en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como titular de la soberanía. A la inversa, el poder de revisión, o Poder Constituido, en la medida en que aparece regulado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado".

✓ **Soberanía popular**: "El artículo 1 de la Constitución de la República de Venezuela (...) consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que éste no puede ejercitarla directamente sino que lo hace a través de los órganos del poder público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese soberano poder es el sufragio. Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce".

✓ **Límites del referéndum**: La decisión de la Corte ratifica que los límites del referéndum consultivo están señalados en el artículo 185 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en los siguientes términos: "No podrán someterse a referendos nacionales las siguientes materias: 1) presupuestarias, fiscales o tributarias; 2) concesión de amnistías e indultos; 3) suspensión o restricción de garantías constitucionales; supresión o disminución de los derechos humanos; 4) conflictos de poderes que deban ser decididos por los órganos judiciales; 5) la revocatoria de mandatos populares, salvo lo dispuesto en otras leyes; 6) asuntos propios del funcionamiento de algunas entidades federales o de sus municipios".

✓ **Mecanismos de reforma constitucional**: "Cuando los poderes constituidos propendan a derogar la Carta Magna a través de 'cualquier otro medio distinto del que ella dispone' y, en consecuencia, infrinjan el límite que constitucionalmente se ha establecido para modificar la Constitución, aparecería aplicable la consecuencia jurídica prevista en la disposición transcrita en relación con la responsabilidad de los mismos, y en nuestro ordenamiento constitucional, en ningún caso podría considerarse al Poder Constituyente originario incluido en esa disposición, que lo haría mutatorio (engañoso), por no estar expresamente previsto como medio de cambio constitucional. Es inminente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aun cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente".

✓ **Derecho a la Participación**: "El referéndum previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución".

Humberto J. La Roche despejó dudas y el camino hacia la Asamblea Constituyente

Asegura J.V. Rangel

No habrá golpe de Chávez ni golpe antichávez

ALFREDO CARQUEZ SAAVEDRA

El gobierno del presidente electo Hugo Chávez Frías no va a disolver el Congreso Nacional, aseguró el ministro de Relaciones Exteriores designado, José Vicente Rangel, luego de intervenir en la "Cumbre Empresarial" organizada por Fedecámaras.

"Cualquier materia que tenga que ver con los poderes públicos podría ser parte de la agenda de la Asamblea Constituyente. En el proceso de relegitimar los poderes públicos en Venezuela podría, por ejemplo, convocarse a nuevas elecciones parlamentarias. Ahora, no se trata de disolver la institución como tal, sino de convocar a nuevas elecciones para relegitimar el Parlamento y cualquier otro poder, incluyendo la Presidencia de la República".

Por eso -agregó Rangel- es que no está planteado un golpe de Chávez contra el Congreso, como tampoco puede haber un golpe contra Chávez. Es absurdo meterse en ese tipo de debates.

Tenemos el gobierno de mayor legitimidad desde 1958 tanto en la calle como en los cuarteles, pues el presidente Chávez logró el respaldo de 37% de los votantes y parece el pleno apoyo de las Fuerzas Armadas, añadió.

Ante los inversionistas nacionales y extranjeros, el canciller designado comentó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia a favor de la realización del referéndum consultivo para convocar la Constituyente.

Expresó al respecto que tal fallo reconoce que la soberanía desarrollada en el pueblo. "La CSJ confirmó el planteamiento del presidente Chávez y deja un sólido piso político institucional para el proceso constituyente".

LO POLÍTICO NO MATA LO ECONÓMICO

Como señala Lolymar Hernández Camargo:

> "lo más acorde con la institucionalidad y estabilidad del sistema era haber hecho una reforma general de la Constitución vigente. Sin embargo, en la opinión pública dominaba la tesis de la constituyente, como la panacea, como una forma de empezar de nuevo, de constituirse de nuevo, que garantizaba la solución a todos los problemas de una forma casi mágica" (El proceso constituyente venezolano de 1999, *cit.,* pp. 140-141, nota 28).

Por supuesto, el gran riesgo político y constitucional de convocar una Asamblea Nacional Constituyente que no estuviera prevista y regulada en la Constitución era que esa ausencia de regulación fuera una ocasión para que la Asamblea se autoproclamara como soberana y como exenta de cualquier regulación que limitara su actuación. Ese riesgo se verificaría luego en los hechos, cuando la Asamblea Nacional Constituyente actuó sin sujetarse a los Poderes Públicos ni a la Constitución.

En todo caso, correspondía al Congreso, cuando se incorporara a sus sesiones ordinarios en enero, decidir si procedía a realizar una enmienda o reforma a la Constitución, que incluyera la figura de la Asamblea Nacional Constituyente como un mecanismo válido para sustituir la Constitución de 1961.

VI. EL REFERENDO CONSULTIVO CONVOCADO POR EL PRESIDENTE CHÁVEZ

Sin embargo, el Congreso no tendría oportunidad de debatir sobre el importante asunto político-constitucional que el país tenía ante sí.

Durante el mes de enero, aún antes de tomar posesión, el Presidente electo Chávez conformó una comisión llamada "Comisión Presidencial Constituyente", que tenía como objeto prestar asesoría sobre el modo de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

Y el mismo 2 de febrero, al tomar posesión del cargo, el ahora recién electo Presidente Chávez dictaría el Decreto N° 3, por medio del cual convocaría un referendo consultivo para que los electores se pronunciaran sobre la Constituyente. Así, el Presidente Chávez tomaría la delantera en la discusión, y plantearía el asunto para que el pueblo se expresara sobre la Constituyente, sin que fuera necesa-

rio entonces reformar la Constitución de 1961 para incluir a la Constituyente como un mecanismo válido para la sustitución de la propia Constitución de 1961.

No se olvide que cuando el Presidente electo tomó juramento ante el Presidente Caldera, advirtió:

> "Juro delante de Dios, juro delante de la Patria, juro delante de mi pueblo, que sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la República nueva tenga una Carta Magna adecuada a los nuevos tiempos. Lo juro".

Mediante el Decreto N° 3 (Gaceta Oficial Nº 36.634 de 02 de febrero de 1999), el ya Presidente en funciones Hugo Chávez, dictaría la decisión de convocar al pueblo para un referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente. En realidad, y como puede constatarse del modo como fue planteado el referendo, el Presidente Chávez aspiraba a que la Constituyente fuera diseñada según el modo como él consideraba debía conducirse. En ese sentido, el texto del Decreto va a señalar:

> "*Artículo 1º*: La realización de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.
>
> *Artículo 2º*: El Consejo Nacional Electoral ejecutará los actos necesarios para divulgar el contenido de la propuesta de convocatoria, invitar a los ciudadanos a participar en el referendo y realizar el escrutinio del acto de votación.
>
> *Artículo 3°* El instrumento electoral contendrá las siguientes preguntas que serán contestadas con un "si" o un "no":
>
> *Primera*: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?
>
> *Segunda*: ¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?".

Por supuesto, la interpretación que el Presidente Chávez había dado a las sentencias de las Corte Suprema de Justicia, es que simplemente bastaba con que el Pueblo se manifestara a favor de la Constituyente, para poder convocarla. Por ejemplo, señalaría en el literal b) de la Exposición de Motivos de ese Decreto:

> "La Corte Suprema de Justicia, en sus dos 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 trasformar el ordenamiento constitucional, de acuerdo con el principio de la soberanía popular consagrado en el artículo 4 de la Carta Fundamental".

En este sentido, la redacción del Decreto era contraria a lo dispuesto por la Constitución, por la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y por las mismas sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, al (i) convertir el referendo revocatorio en una suerte de referendo decisorio o plebiscito, (ii) para sustituir la Constitución de 1961 a través de un mecanismo no previsto por ésta, (iii) para delegar en el recién electo Presidente Chávez la regulación del modo de elección de los miembros de esa Asamblea Nacional Constituyente y (iv) para que esa Asamblea Nacional Constituyente electa asumiera el control del Estado, en sustitución de los poderes constituidos.

[…]

XIV. GUSTAVO A. GRAU FORTOUL *

"Reembozalándo el Pitbull. Consideraciones sobre el proceso que culminó con la propuesta en vigor de la Constitución de 1999 y que está en marcha para sustituirla,"

Publicado en el libro Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Compiladores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Temis, Editorial Jurídica venezolana, Bogotá 2017, pp. 103-108

(2017)

[Extracto]

Cuando todavía no se han cumplido 20 años del censurable proceso que condujo a la indebida supresión de la Constitución de 1961 y a la puesta en vigor de la Constitución de 1999, los venezolanos nos enfrentamos nuevamente a la amenaza de volver a vivir una vez más un proceso similar, sólo que esta vez lo hacemos en medio de una de las peores crisis que ha vivido el país en el plano institucional, político, económico y social; sumidos en incesantes protestas callejeras que, a la fecha en la cual se escriben estas líneas, llevan más de 3 meses de haber iniciado y que continúan siendo brutalmente reprimidas, no solo por las fuerzas de seguridad del Estado, sino también por colectivos armados, sumando casi una centena de muertos, incontables heridos y civiles detenidos y sometidos arbi-

---

* Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela.

trariamente a procesos militares; sufriendo los estragos de una galopante hiperinflación, mezclada con una pasmosa escasez de alimentos, medicinas e insumos básicos que, paradójicamente, llega a nosotros luego de haber recibido el mayor "boom" de ingresos por exportaciones petroleras a lo largo de toda su historia, dilapidados en la compra de lealtades y apoyos de otros países, así como en actos de corrupción.

En aquella primera ocasión, el proceso se llevó a cabo en medio de una borrachera eufórica de caudillismo endémico, de esas que ha vivido este pueblo muchas veces a lo largo de su existencia, pero en la cual se embebieron también no pocos miembros de la élite política, empresarial, académica y social del país.

Y gracias a la imposición comunicacional de una peculiarísima lectura dada a un fallo emitido por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 19 de enero de 1999, escrito en un lenguaje bastante ambiguo en cuanto al análisis de un tema frente a cual se requería una respuesta clara, firme e inequívoca, se terminó celebrando una consulta popular cuyo resultado condujo -en definitiva- a la elección e instalación de una Asamblea Nacional Constituyente, así como a la redacción y sometimiento a referéndum aprobatorio de un nuevo Texto Constitucional, que sin seguir ninguno de los únicos métodos previstos en la Constitución de 1961 -entonces vigente- para poder modificarla válidamente, terminó asesinándola y sustituyéndola.

A esos fines, luego de haber fracasado 7 años antes en varios intentos fallidos de golpe militar contra el gobierno democrático y legítimamente constituido, los propulsores visibles de esa idea, liderados por el mismo felón que los guio en el fracaso de la primera de aquellas aventuras y que posteriormente devino electo presidente, tras quien se albergaron hábilmente sobrevivientes y herederos de esa izquierda trasnochada, resentida y borbónica venezolana, de obsecuente y entreguista adulación castrista, con la ayuda del inefable y ampuloso *togado cortesano* de turno,[1] invocaron a todo pul-

[1] Betancourt, Rómulo: "Discurso pronunciado por el Presidente de la República, señor Rómulo Betancourt, en el acto de la firma de la nueva Constitución Nacional, celebrado en el Salón Elíptico del Capitolio Federal, Caracas, 23 de enero de 1961", en Aveledo Coll, Guillermo Tell: *La segunda República Liberal Democrática, 1959-1998*. Serie antológica historia contempo-

món la existencia de un poder constituyente originario e ilimitado, cuya titularidad, al igual que la de la soberanía, correspondía ejercer directamente al pueblo.

Y para ello, lo mismo que a un *pitbull* bravo que muerde duro, había que quitarle aquel bozal de la representatividad impuesto por el artículo 4 de la Constitución de 1961, de tal manera que en lugar de limitarlo a ejercerla únicamente a través de sus representantes electos, mediante los órganos del Poder Público, tenía que preguntársele directamente, a través de un referéndum consultivo, si quería ejercer ese súper poder ilimitado y sin restricciones para decidir, nada más y nada menos, si refundaba la República, creaba un nuevo ordenamiento jurídico y dictaba una nueva Constitución.

Como se sabe, no hubo entonces una reacción colectiva adversa, generalizada y estruendosa, que fuera proporcional a la extrema gravedad de la amenaza que se cernía sobre la institucionalidad democrática. Todo lo contrario, cuando no imperó esa candidez pendeja, emotiva y suicida por lograr un cambio radical ante el hartazgo frente a malos gobiernos, se impuso la complicidad oportunista de ser partícipe, protagonista o al menos jugar un papel relevante en el orden naciente, mezclada con la vanidosa aparición de un sin número de nuevos y supuestos "constitucionalistas", que sin formación académica en el área pero sin pudor alguno, permitían que se les endilgara ese mote en entrevistas de radio y televisión en las cuales promocionaban su candidatura a la Asamblea Nacional Constituyente, miembros sempiternos de esas fundaciones para el mutuo elogio que abundan entre nosotros, llenas de reputaciones consagradas y de nulidades engreídas, tan claramente identificadas por Pocaterra,[2] utilizando la famosa frase acuñada por Romero Gar-

---

ránea de Venezuela N° 7, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2014, página 61: "*El togado cortesano jugó papel de primer plano en esa tragicomedia de las constituciones irrespetadas, o fabricadas para acomodo de las ambiciones del déspota de turno. Aquélla cínica frase: "*La Constitución sirve para todo", *la pronunció un caudillo doblado de dictador, pero a su oído la había susurrado el doctor-secretario surgido del aula universitaria y a quien, como a otros congéneres suyos en distintas épocas, cabría aplicar el ácido concepto de Bolívar de que* "el talento sin probidad es un azote".

[2] Pocaterra, José Rafael: *Memorias de un venezolano de la decadencia*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, Tomo II (Castro: 1899-1908 / Gómez: 1909-1919), página 64. El autor hace referencia a la frase originalmente formulada

cía, el autor de *Peonía*. El resultado lo seguimos padeciendo amarga y generalizadamente, cada vez con mayor intensidad.

Muy contrariamente a esa actitud mostrada entonces, el instinto de supervivencia de los que llevaron adelante ese primer proceso constituyente en 1999, los ha conducido ahora a no dudar un segundo en proceder con absoluta inconsecuencia y en abierta contradicción con los postulados básicos sostenidos por ellos en aquel momento, cuando ya harto e incontroladamente iracundo, después de tanto palo y malos tratos, no les queda más remedio que reembozalar a ese mismo *pitbull* para evitar que los muerda, impidiendo la realización de un referéndum revocatorio presidencial, difiriendo la celebración de las elecciones de gobernadores y alcaldes, y finalmente, convocando a esta nueva Asamblea Nacional Constituyente, con la cual se busca cambiar desesperadamente las reglas que por aquella vía impusieron en 1999, pero esta vez es para no tener que consultarlo abierta y directamente nunca más.

En el marco de esta iniciativa destinada a recopilar distintos aportes en torno a este nuevo intento de subversión del orden institucional, considero prudente dejar a los verdaderos especialistas en Derecho Constitucional abordar en mejores condiciones la tarea de analizar en profundidad el proceso en curso, limitando esta breve contribución simplemente a compartir varias inquietudes sobre algunos de los principales aspectos que caracterizaron aquel proceso que muchos vivimos muy de cerca en ese año de 1999, así como sobre este nuevo proceso aún en curso, cuyo resultado final está por verse, procurando propiciar con ello la reflexión en torno a la importancia de aprender de esa anterior experiencia lo que nos pueda ser útil para enfrentar con mayor acierto la nueva amenaza con la cual nos toca lidiar esta vez.

SOBRE EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999

El 21 de octubre de 1998, cuando aún era candidato y no Presidente el principal propulsor visible del proceso constituyente de 1999, un grupo de jóvenes abogados venezolanos, preocupados

---

por Manuel Vicente Romero García (1861-1917), autor de *Peonía*, a quien se atribuye haberla acuñado por primera vez en El Cojo Ilustrado, en Caracas, en el año de 1896.

genuinamente por lo que se avecinaba entonces, decidieron ejercer ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia un recurso de interpretación, cuyo alcance estuvo limitado única y exclusivamente a que se analizara el contenido del artículo 181 de la entonces vigente Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, con el fin de esclarecer si, con base en esa disposición, podía celebrarse un referéndum que tuviera por objeto convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, sin necesidad de reformar o modificar la Constitución de 1961 a los fines de contemplar esa posibilidad como una de las formas de modificarla, o si como lo sostenían los recurrentes, esa disposición sólo permitía "consultar" al respecto a los integrantes del cuerpo electoral nacional, sin que la opinión manifestada por dicho cuerpo pudiera ser considerada en sí misma como la convocatoria a una asamblea de ese tipo, pues para ello sería necesario enmendar o reformar previamente el Texto Fundamental.

Posteriormente, el 16 de diciembre de 1998, ya habiendo sido electo Presidente el propulsor de aquel proceso, un político de izquierda, junto con otros 2 ciudadanos en representación de una fundación de defensa de los Derechos Humanos, ejercieron ante la misma Sala del Máximo Tribunal un recurso de interpretación similar, solo que en esta ocasión solicitaron que a los fines de resolver la duda planteada de cara a la misma situación de hecho descrita en aquel primer recurso, se analizara e interpretara no solo el contenido del mencionado artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sino también el artículo 4 de la Constitución de 1961, el cual establecía que la soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio, a través de los órganos del Poder Público. Como es sabido, ambos recursos fueron decididos el mismo día 19 de enero de 1999, pero mediante 2 sentencias diferentes.

Siempre me pregunté por qué el orden en el cual fueron emitidos esos 2 fallos, no guardó correspondencia alguna con el orden en el cual fueron presentados los 2 recursos resueltos por ellos, pues resulta innegable que el recurso presentado antes (el 21 de octubre de 1998), fue resuelto mediante un fallo con ponencia del Magistrado Héctor Paradisi León, en el cual se hizo referencia y se dio por reproducida prácticamente la argumentación expuesta en otra sentencia dictada ese mismo día, con ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche, pero que resolvió el recurso presentado después (el 16 de diciembre de 1998).

Dicho más claramente, siempre me pregunté por qué se resolvió primero el recurso presentado con posterioridad, cuya única diferencia con el primero, aparte de los recurrentes, fue precisamente el haberse solicitado la interpretación no sólo del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sino también y adicionalmente la del artículo 4 de la Constitución de 1961 (soberanía popular), a pesar que de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia entonces vigente (artículos 42 -numeral 24- y 43), la competencia de la Sala Político Administrativa se limitaba a conocer y decidir, únicamente, recursos de interpretación de aquéllas Leyes que contemplaran expresamente en su propio texto la posibilidad de ser interpretadas a través de ese especial recurso, que fue precisamente lo que se limitaron a pedir los recurrentes en el primer caso, únicamente frente al ya mencionado artículo 181.

Otro aspecto interesante de la tramitación de estas causas, que quizás guarde relación con el primero, es que se haya designado como ponente del recurso en el cual se pidió la interpretación del artículo 4 de la Constitución de 1961 al único de los Magistrados de la Sala Político Administrativa que, para ese momento, contaba en su haber con obra escrita en la cual, precisamente, se había planteado la inquietud relativa a la posibilidad de invocar la soberanía popular regulada en esa norma, como argumento para sustentar el ejercicio del poder constituyente originario por parte del pueblo en su condición de titular de la misma.

Pero más allá de las respuestas que puedan darse a estas y otras interrogantes relacionadas con la tramitación de ambos casos, lo cierto es que en ese primer fallo, dictado para resolver el segundo de los recursos planteados, se incluyeron varios párrafos que -indudablemente- fueron silenciados o al menos preteridos en cuanto a su relevancia o significación para definir el alcance del pronunciamiento que estaba siendo emitido por la Corte en ese momento, comenzando por lo dicho en el mismísimo dispositivo, en el cual lo único que se afirmó textualmente fue que "*La interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referéndum 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 Sufra-*

gio y Participación Política en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente" (énfasis añadido), sin que pudiera interpretarse de esta declaración que la opinión manifestada por dicho cuerpo pudiera ser considerada en sí misma como la convocatoria a una asamblea de ese tipo.

En perfecta sintonía con ese pronunciamiento y al analizar precisamente el contenido de los artículo 181 y 185 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para determinar si la materia objeto del referéndum consultivo previsto en la primera de esas normas "*podría estar referida a la voluntad popular de reformar la Constitución mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente*", ese primer fallo también indicó textualmente que "*Aun cuando el resultado de la decisión adquiere vigencia inmediata, su eficacia solo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aproada. Todo ello siguiendo los 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*".

Sin embargo, ya sabemos que lo que terminó imponiéndose fue esa peculiarísima lectura de los no escasos párrafos de ese mismo primer fallo cuya redacción condujo a considerar que se estaba avalando abiertamente el ejercicio del poder constituyente originario como manifestación directa de la soberanía popular, a fin de poder convocar a una Asamblea Nacional Constituyente sin necesidad de reformar previamente a esos fines la Constitución.

Las restantes incidencias de ese proceso, incluyendo las decisiones judiciales emitidas para resolver los recursos presentados posteriormente en cuanto al contenido de las bases comiciales y a la tramitación de ese referéndum consultivo, son por todos conocidas y han sido tratadas ya en anteriores ocasiones.

Simplemente interesa destacar aquí cómo se impuso en aquel momento, por distintas vías, una arrolladora y ciega voluntad colectiva, mayoritariamente favorable a la realización de un proceso constituyente que, literalmente, terminó no sólo redactando una nueva Constitución, sino que adicionalmente, como bien lo sabía el mismo togado cortesano que apoyó aquel proceso y que vuelve a apoyar el que está en curso, implicó nada más nada menos que la creación de un nuevo *ordenamiento jurídico general*, entendido no en la acepción vulgar propia del lego común, indicativa del conjun-

to de normas que regulan la vida en sociedad, sino en los términos en que lo hace Santi Romano,[3] como equivalente a un grupo organizado que se da sus propias normas y que sobre una base territorial claramente identificable, crea un nuevo Estado soberano, lo cual terminó traduciéndose en la refundación de la República anunciada como objetivo finalista de dicho proceso, incluyendo la adopción de una nueva denominación, y posteriormente, hasta de unos nuevos símbolos patrios.

Ese fue evidentemente el verdadero significado atribuible a todas esas frases contenidas en la primera pregunta formulada al cuerpo electoral en aquel referéndum consultivo,[4] que celebrado con base en la invocación de la soberanía popular y del ejercicio directo de la misma por el pueblo en calidad de titular, terminó siendo desvirtuado y convertido en referéndum de convocatoria y aprobación de las bases comiciales utilizadas para elegir a los miembros de la Asamblea encargada de redactar el nuevo Texto de 1999. […]

---

3 Romano, Santi: *El Ordenamiento Jurídico* (Traducción al castellano de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

4 *Ver* el contenido del Decreto N° 3, dictado el 2 de febrero de 1999 y publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36.634, de la misma fecha. La primera pregunta del referéndum cuya realización fue solicitada mediante ese instrumento, inquiría textualmente lo siguiente: "*¿Convoca usted a una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?"*.

XV. JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.*

"La muerte de una Constitución (Veinte Años Después)"

Artículo originalmente publicado en *Prodavinci,* 3 de enero de 2019

INTRODUCCIÓN

El título de este artículo lo hemos tomado de un trabajo académico publicado hace veinte años por el jurista italiano Alessandro Pace[1]. En dicho trabajo, Pace comentó la sentencia número 17 de la entonces Corte Suprema de Justicia venezolana, dictada el 19 de enero de 1999. En ella, la Corte decidió que sí era posible consultar al pueblo sobre la convocatoria de la asamblea nacional constituyente sin necesidad de modificar la Constitución de 1961, tal y como el entonces presidente Hugo Chávez había propuesto.

Veinte años después, conviene recordar las circunstancias bajo las cuales se dictó esa sentencia, con dos propósitos: comprender en qué medida influyó en el proceso de destrucción del Estado de Derecho que comenzó en 1999, y luego, tratar de indagar qué hubiese pasado si la Corte hubiese tomado una decisión distinta.

---

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello.

1 Pace, Alessandro, "Muerte de una Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 57*,* Madrid, 1999, pp. 271 y ss.

I. LA OFERTA CONSTITUYENTE Y EL COLAPSO DEL SISTEMA POLÍTICO VENEZOLANO (1998)

La campaña electoral de 1998 estuvo dominada por una idea: la crisis terminal del sistema político venezolano exigía cambios "drásticos". Esto es, cambios que debían procurarse fuera de los canales regulares del sistema político.

La idea no era nueva. Por el contrario, la necesidad de introducir reformas de fondo al Estado venezolano comenzó a ser evidente luego del llamado *viernes negro*, de 1983. Especialmente, luego de que en 1984 se creara la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE). En apretada síntesis, la COPRE propuso una reforma estructural del Estado venezolano para promover un sistema democrático más abierto y descentralizado, un Estado de Derecho más efectivo, y un modelo económico centrado en el emprendimiento individual y la inclusión social.

Esas propuestas no pudieron ser implementadas efectivamente, lo que agravó la crisis. Ello llevó a que durante el segundo gobierno de Carlos Andrés Pérez (1989-1993) se ensayaran tácticas no convencionales para responder a esa crisis. Primero, con los intentos de golpe de Estado de 1992, y luego, con el enjuiciamiento político de Pérez en 1993. Un enjuiciamiento que puso en evidencia la politización del Poder Judicial y, más en concreto, de la entonces Corte Suprema de Justicia, pues la remoción política de Pérez se procuró por medio de un proceso penal.

Para ese momento, la idea de que era necesario un cambio drástico y fuera del sistema había cobrado fuerza en la propuesta de convocar a una asamblea nacional constituyente, esto es, un congreso paralelo al Poder Legislativo que tendría como propósito dictar una nueva Constitución. Se pensó entonces que nuestros problemas podían resolverse con una nueva Constitución.

Esta propuesta fue la bandera electoral de Hugo Chávez. Así, en un evento realizado en 1998 en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, entonces presidida por Allan R. Brewer-Carías, el

entonces candidato Chávez resumió su planteamiento de la siguiente manera:[2]

> "no vemos ningún otro camino que convocar al Poder Constituyente que está y que es propiedad del soberano, del pueblo venezolano; un mecanismo absolutamente democrático, un mecanismo pacífico para relegitimar un sistema que ya -como he dicho- dejó de ser democrático, a través de un proceso constituyente que ya está en marcha, porque lo de la Asamblea Constituyente nosotros no lo vemos como algo aislado".

Sin embargo, tal propuesta se enfrentaba a un importante obstáculo jurídico: la Constitución vigente de 1961 no permitía modificaciones constitucionales a través de la asamblea nacional constituyente. En otras palabras, de conformidad con la Constitución de 1961 ésta solo podía ser reformada por el Poder Legislativo, y no por una asamblea nacional constituyente.

Frente a ese obstáculo se plantearon dos tesis. La primera entendía que ante la rigidez de la Constitución de 1961 era necesario que el entonces Congreso modificase esa Constitución para regular a la asamblea nacional constituyente, que solo podría convocarse -en los términos de la Constitución- mediante una consulta popular. La segunda tesis señalaba que el poder constituyente originario siempre reside en el pueblo y que, por lo tanto, siempre el pueblo puede convocar la asamblea nacional constituyente, al margen de lo dispuesto en la Constitución. Esta segunda tesis fue defendida por Chávez con apoyo de diversos abogados[3].

II. EL DEBATE POLÍTICO SOBRE LA CONSTITUYENTE LLEGA A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Luego de su elección en diciembre de 1998, Hugo Chávez insistió en su oferta electoral: su primera decisión luego de asumir la

---

2 Brewer-Carías, Allan, (editor), *Los candidatos presidenciales ante la Academia,* Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998, pp. 96 y ss.

3 Para el análisis de estas dos posiciones, véase Brewer-Carías, Allan, *Poder constituyente originario y asamblea nacional constituyente*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 15 y ss., y *Asamblea nacional constituyente y ordenamiento constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, 87 y ss.

Presidencia en febrero de 1999 sería convocar a un referendo para consultar al pueblo si quería convocar a una asamblea nacional constituyente, pese a que la Constitución de 1961 no preveía esa figura. Tal referendo se basaría en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que había incorporado la figura del referendo consultivo.

Por ello, hace veinte años, en enero de 1999, el debate político giraba en torno a la duda constitucional sobre si era posible la convocatoria de una constituyente, pese a que tal asamblea no estaba prevista en la Constitución. Ese debate, como suele suceder, terminó llegando a la entonces Corte Suprema de Justicia.

La manera en la cual dicho debate fue sometido a la consideración de la Corte, fue a través de dos recursos de interpretación interpuestos ante la Sala Político-Administrativa sobre la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que como vimos, había introducido la figura del referendo consultivo.

El primero de esos recursos fue presentado en octubre de 1998 por un grupo de jóvenes abogados. En resumen, en ese recurso se señalaba que la figura del referendo consultivo previsto en la Ley no podía ser empleada para consultar sobre la convocatoria a una constituyente, entre otras razones, porque esa figura no estaba prevista en la Constitución de 1961.

El segundo recurso fue presentado en diciembre de 1998 por la ONG Fundahumanos, representada entre otros por Enrique Ochoa Antich. El recurso era muy parecido al que había sido presentado unos meses antes, con un importante agregado: además de solicitar la interpretación sobre el régimen legal del referendo consultivo, también se solicitó interpretar el artículo 4 de la Constitución de 1961, conforme al cual *la soberanía reside en el pueblo*. Y aun cuando los recurrentes señalaron que no querían fijar una posición en torno a la duda planteada, es evidente que se inclinaban por una respuesta favorable a la constituyente, basada precisamente en el principio de la soberanía popular, que debía prevaler incluso por encima del texto constitucional.

III. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DICTÓ SU DECISIÓN, PERO LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DICTARON EL VEREDICTO

Los recursos judiciales deben ser resueltos de acuerdo al orden en el cual son presentados. Esta regla, sin embargo, no fue cumplida en este caso. Así, aun cuando los dos recursos de interpretación fueron resueltos el mismo día (el 19 de enero de 1999), el primer recurso en ser decidido fue el presentado en diciembre de 1998, por medio de la sentencia No. 17. El recurso presentado en octubre fue resuelto después, mediante sentencia No. 18. Es por anterior que, en la práctica, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que decidió la duda constitucional fue la decisión No. 17.

Ambas sentencias fueron aprobadas por todos los Magistrados que entonces integraban a la Corte Suprema de Justicia: Cecilia Sosa Gómez, Humberto J. La Roche, Hildegard Rondón de Sansó, Hermes Harting y Héctor Paradisi León. La sentencia N° 17 fue elaborada bajo la ponencia del Dr. La Roche, profesor de Derecho Constitucional de prestigiosa trayectoria.

¿Qué decidió la Corte en su sentencia N° 17? La lectura de ese fallo permite formular tres conclusiones.

La *primera* conclusión es que se trata de una sentencia muy bien elaborada y motivada, extensivamente, en la teoría del poder constituyente como como manifestación de la soberanía popular. En resumen, la sentencia sostiene que como la soberanía reside en el pueblo, el pueblo siempre tiene el poder de dictarse su propia Constitución por medio de una asamblea constituyente.

La *segunda* conclusión, es que como la soberanía reside en el pueblo, el pueblo podía ser consultado sobre la decisión de convocar a una asamblea nacional constituyente. Textualmente, la Corte concluyó que a través del referendo consultivo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política podía consultarse al pueblo sobre cualquier asunto de transcendencia nacional, "*incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente*".

La *tercera* conclusión es la más importante, pues la Corte, en su sentencia, no resolvió el tema medular que le fue consultado, esto es, nunca decidió si era posible elegir a una asamblea nacional constituyente para aprobar una nueva Constitución, pese a que esa figura no estaba reconocida en el Texto de 1961.

En efecto, lo único que resolvió la Corte fue la pertinencia de "consultar" al pueblo sobre si quería o no convocar a una asamblea constituyente, pero nunca resolvió si esa asamblea podía ser electa pese a no estar prevista en la Constitución. Por ello, lo importante de la sentencia N° 17 no es lo que la Corte dijo, sino lo que la Corte no llegó a decir. Pues nunca se resolvió de manera expresa el punto central del debate: si la asamblea nacional constituyente podía ser convocada con base en la soberanía popular, pese a que esa figura no estaba prevista en la Constitución[4].

¿Qué pasó entonces? Para Allan Brewer-Carías, a pesar de que la Corte no decidió el asunto sometido a su consideración con claridad, la opinión pública -reflejada en titulares, declaraciones, editoriales y medios de comunicación- concluyó que la Corte sí había avalado la posibilidad de convocar y elegir la asamblea nacional constituyente sin necesidad de reformar la Constitución de 1961, tal y como el presidente electo Hugo Chávez había afirmado[5].

---

4 Como explica Brewer-Carías (*Asamblea nacional constituyente y ordenamiento constitucional,* cit.), la sentencia N° 17 solo decidió que "*una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente no bastaría para convocarla y reunirla. La consulta popular sólo sería un mandato político obligatorio, conforme al criterio de la Corte, para que los órganos del Poder Público competentes procedan a efectuar las modificaciones jurídicas derivadas de la consulta popular, siguiendo los procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, tanto constitucional como legal*" (p. 174). Además, la sentencia N° 18 "*no resolvió la discusión constitucional que estaba planteada, sino que al contrario, la dejó abierta al señalar que efectuado el referéndum consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, ello sería factor decisivo para que los órganos competentes del Poder Público Nacional diseñaran los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente; o para que, previamente, dichos órganos del Poder Público Nacional tomaran la iniciativa de modificación de la Constitución para incluir la Asamblea Constituyente en el texto constitucional*" (p. 168).

5 Brewer-Carías, Allan, *Asamblea nacional constituyente y ordenamiento constitucional,* cit. p. 175: "*tal era el deseo general que existía en el país por que la Corte pusiera fin a la discusión constitucional, que la opinión pública, reflejada en titulares, declaraciones, editoriales y noticias de prensa, ha estimado que con las mencionadas decisiones se habría legitimado el referéndum consultivo para convocar la Constituyente sin necesidad de reforma constitucional previa".*

Por ello, aun cuando fue la Corte la que dictó su sentencia, los medios de comunicación fueron los que dictaron el veredicto.

IV. LA MUERTE DE LA CONSTITUCIÓN (O LA PARADOJA DE LA CAJA DE PANDORA)

Veinte años después, es posible volver sobre las sentencias N° 17 y 18 para concluir que, aun cuando la Corte no resolvió el punto central del debate, lo cierto es que tampoco asumió con claridad una interpretación a favor de la supremacía de la Constitución de 1961, que como hemos explicado, no preveía la figura de la constituyente como mecanismo de modificación constitucional.

Esa fue la principal crítica formulada por el profesor Pace en su artículo. En su trabajo citado, Pace señala que "*es evidente, desde esta perspectiva, la grave responsabilidad «histórica» que ha asumido la Corte Suprema venezolana con la decisión que se comenta*". Una responsabilidad, observo, basada en lo que la Corte no decidió[6].

Para hacer un balance apropiado, es preciso recordar que luego de que el presidente Chávez convocara el referendo sobre la convocatoria de la constituyente, la Corte se pronunció con el propósito de limitar el poder constituyente, en parte, retomando los principios que las sentencias N° 17 y 18 habían establecido en cuanto a los límites constitucionales de tal poder[7].

---

6 Pace, Alessandro, "Muerte de una Constitución", cit.

7 Dejando a un lado el debate en torno a la falta de previsión constitucional de la asamblea nacional constituyente, el otro gran aspecto debatido eran los límites de tal poder, lo que se asoció a su carácter "originario". Esto es, el conflicto entre la soberanía popular -vinculado al carácter "originario" del poder constituyente- y la supremacía constitucional -que limita el ejercicio del poder constituyente-. La Corte ciertamente interpretó extensivamente la soberanía popular al reconocer que se podía consultar al pueblo sobre la convocatoria de la asamblea. Pero al mismo tiempo, interpretó favorablemente la supremacía constitucional, al señalar que la consulta, de ser favorable, generaba el mandato a los Poderes Públicos de adoptar todas las decisiones constitucionales para permitir la convocatoria de la asamblea, lo que pasaba por modificar la Constitución. Como resume Brewer-Carías "*de manera que, en este caso, conforme a lo que señala la Corte, si bien la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente puede hacer-*

En todo caso, los esfuerzos de la Corte fueron inútiles: el poder constituyente originario terminó devorándose a la propia Corte Suprema de Justicia, y con ello al Estado de Derecho. Ello sucedió cuando la mayoría de los Magistrados de la Corte avaló la "reestructuración del Poder Judicial" acordado por la constituyente, que en suma, aniquiló la ya debilitada autonomía del Poder Judicial. Por ello, en agosto de 1999 la Dra. Cecilia Sosa, presidente de la Corte, renunció a su cargo, pues en su opinión, la Corte "*se ha suicidado para evitar ser asesinada por la Asamblea Nacional Constituyente"*[8].

V. DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO AL GOLPE DE ESTADO DEL AUTORITARISMO POPULISTA (1999-2000)

El proceso constituyente de 1999 fue convocado invocando la defensa del pueblo, en lo que hoy día puede ser considerado como un típico discurso populista. Tras ese discurso, sin embargo, había un claro propósito autoritario del entonces presidente Chávez: desmontar la separación de poderes de la Constitución de 1961 y asumir un poder concentrado.

---

se; sin embargo, la misma, si se convoca, no tendría autoridad constitucional para reformar la Constitución, pues en forma expresa ésta regula cómo puede reformarse por el Poder Constituyente Instituido "(p. 198). Con posterioridad, la interacción entre el principio de soberanía popular y la supremacía constitucional llevó a la Sala Político-Administrativa, en sentencia de 18 de marzo de 1999, a reiterar la naturaleza consultiva del referendo, así como el sometimiento de la asamblea constituyente a los principios fundamentales del Estado de Derecho. La asamblea, una vez instalada, desconocería todos estos principios en un claro golpe a la Constitución. Vid. Brewer-Carías, Allan, *Golpe de estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Autónoma Nacional de México, México D.F., 2001, pp. 166 y ss.

8 El Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de 23 de agosto de 1999 avaló la ilegítima decisión de intervenir el Poder Judicial, lo que llevó a la renuncia de su presidente. Luego, la Corte Supremo de Justicia en pleno, en sentencia de 14 de octubre de 1999, avaló el carácter originario de la asamblea nacional constituyente. Vid.: Brewer-Carías, Allan, *Golpe de estado y proceso constituyente en Venezuela,* cit., pp. 210 y ss. Para ello, la Corte "reinterpretó" las sentencias N° 17 y 18.

Hay que recordar que cuando Chávez fue electo en 1998, la oposición dominaba al Congreso mientras que el resto de los Poderes Públicos -y en especial, la Corte- mantenía a sus titulares designados. Para consolidar su proyecto autoritario, Chávez debía disolver esos poderes públicos. Ese fue el verdadero propósito del proceso constituyente de 1999.

Basta repasar las actuaciones de la constituyente de 1999 para comprobar esta tesis. Esa asamblea no se limitó a dictar una nueva Constitución, que fue más bien una labor marginal. Por el contrario, invocando la tesis del poder constituyente originario, esa asamblea asumió poderes absolutos e ilimitados, desmontando las bases constitucionales del Estado de Derecho previstas en el Texto de 1961. Esas violaciones continuaron incluso después de sancionada la Constitución, pues la asamblea constituyente dictó un "régimen transitorio" que pasó por la creación de un órgano legislativo no previsto en la nueva Constitución para ejercer la función legislativa, a la par de designar a los nuevos titulares de los Poderes Públicos. Por ello, paradójicamente la Constitución de 1999 fue violada el mismo día en que fue publicada en Gaceta Oficial por su creadora, la "plenipotenciaria asamblea nacional constituyente".

Por ello, no le falta razón al profesor Brewer-Carías cuando habla de golpe de Estado al referirse al proceso de constituyente de 1999. Lo que no pudo lograrse con los tanques en 1992 se logró por mecanismos "constitucionales" en 1999: deponer a autoridades legítimamente electas e instaurar un sistema autoritario, invocando para ello el "poder constituyente originario"[9].

De esa manera, Venezuela es uno de los casos pioneros de un fenómeno hoy día estudiado con interés: el de los regímenes autoritarios que actúan bajo una apariencia de constitucionalidad, esto es, el llamado "Derecho Constitucional autoritario", que en el presente caso debe complementarse con el uso de la retórica populista, lo que permite hablar de "Derecho Constitucional autoritario-populista"[10].

---

9 Brewer-Carías, Allan, *Golpe de estado y proceso constituyente en Venezuela,* cit.

10 Ginsburg, Tom y Simpser, Alberto. "Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes", así como Tushnet, Mark "Authoritarian Constitutionalism:

VI. QUÉ HUBIESE PASADO SI….

En estricto Derecho, lo que ha debido decidir la Corte en sus sentencias N° 17 y 18 era la improcedencia de los recursos de interpretación presentados. En ese momento, este tipo de recursos solo procedía respecto de dudas basadas en Leyes, pero no en dudas constitucionales. Con todo, cabe preguntarnos qué hubiese pasado si en sus sentencias N° 17 y 18 la Corte Suprema de Justicia hubiese concluido que la elección de la asamblea nacional constituyente requería modificar la Constitución de 1961, incluso si el pueblo estaba a favor de su convocatoria, pues en ningún caso el poder constituyente podía ejercerse al margen -y en violación- a la Constitución.

De nuevo debemos recordar que las sentencias N° 17 y 18 nunca avalaron, expresamente, la posibilidad de convocar la asamblea nacional constituyente al margen de la Constitución, ni mucho reconocieron el carácter originario de esa asamblea.

Por el contrario, en su interpretación, se indicó que el referendo consultivo, de resultar favorable, derivaba en el mandato político de adoptar las decisiones constitucionales para poder convocar a la asamblea nacional constituyente en el marco de la Constitución.

Pero la Corte ha podido aclarar expresamente que el referendo era solo consultivo y que en ningún caso podía elegirse -o convocarse- a la asamblea nacional constituyente sin antes reformar la Constitución. Es difícil establecer qué hubiese podido pasar si tal hubiese sido la conclusión expresa de la Corte.

Eventualmente el entonces presidente Chávez hubiese estado obligado a negociar con el Congreso de la República dominado por partidos de oposición.

Some Conceptual Issues", en Ginsburg, Tom and Simpser, Alberto (editores), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 1 y 36. Véase nuestra posición en Hernández G., José Ignacio, "Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience", Int'l J. Const. L. Blog, 14 de diciembre de 2018, en: http://www.iconnectblog.com/2018/12/towards-a-concept-of-constitutional-authoritarianism-the-venezuelan-experience

Quizás esto hubiera frustrado la elección de la constituyente, o más probablemente, esa asamblea hubiese sido convocada mediante una modificación constitucional que hubiese limitado sus funciones, impidiendo a ésta desarrollar el régimen autoritario que facilitó la concentración de poderes y la continuidad en el poder del presidente Chávez. Y quizás -solo quizás- Venezuela no habría iniciado su largo y tortuoso camino hacia el autoritarismo populista.

XVI. MIGUEL J. MÓNACO*

La oportunidad perdida para salvar una Constitución

INTRODUCCIÓN

Las constituciones cumplen una función que va mucho más allá del establecimiento de la organización del Estado, bajo el Principio de Separación de Poderes, o el establecimiento de una serie de derechos fundamentales, lo cual ya de por sí es no sólo importante, sino esencial para la existencia del Estado de Derecho y el respeto a los Derechos Humanos, entre otros; las constituciones son además una limitación o control importante a las mayorías circunstanciales que se producen en los sistemas democráticos, en las cuales se determinan áreas que no están disponibles a la voluntad de la mayoría por considerarse que su existencia no debe depender de tal voluntad, por considerarse, por ejemplo, que son consustanciales a la persona o ser humano, como es el caso precisamente de los Derechos Humanos.

De esa forma, no le será dado a la mayoría circunstancial que exista en un país, directamente o representada en el Poder Legislativo, establecer la pena de muerte o la tortura, incluso contra quienes cometan delitos atroces, por cuanto se considera que –aún en esos

---

* Universidad Católica Andrés Bello (UCAB): Abogado y Especialista en Derecho Administrativo (*cum laude*), Temple University: Magister in Law, Universidad Central de Venezuela: Doctor en Ciencias, Mención Derecho. Fue Decano de la Facultad de Derecho de la UCAB, y es Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de esa misma universidad. Socio de Hexa Legal.

casos- existen esferas o áreas inexpugnables para el poder estatal, cuya vigencia no debe depender de su reconocimiento mayoritario, máxime si se tiene en cuenta que las mayorías son circunstanciales en las democracias.

Bajo ese principio, y teniendo en cuenta que las mayorías son cambiantes y que en no pocos casos se equivocan, las constituciones suelen establecer procedimientos agravados para realizar determinados cambios o llevar a cabo ciertos actos, con el objeto de prevenir que éstos sucedan de manera impulsiva o sin contar con un consenso general o, al menos, una mayoría calificada que represente mucho más que una mayoría simple y cambiante en el tiempo. Así, las constituciones fungen como "*autorestricciones*" que son asumidas democráticamente en un momento constituyente, y que permanecen estáticas, con el fin que en momentos posteriores funjan como garantías para asegurar que determinadas decisiones no sean producto del populismo, capricho de determinados líderes políticos o un sentimiento irracional de las mayorías circunstanciales.

Obsérvese que en estos casos no hablamos de áreas o esferas inexpugnables por las mayorías, como es el caso de los Derechos Humanos, sino de materias que para su regulación o modificación van a requerir de un mayor esfuerzo o procedimiento especial que va a necesitar de un mayor soporte, y con eso asegurar que, si se implementa, sea de la mejor manera posible, evitando así los vicios que de otra forma podrían suceder.

Esas garantías de las cuales hablamos fueron precisamente las no funcionaron o no fueron respetadas en el proceso de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 en Venezuela, el cual fue el resultado de una promesa electoral en la cual la Constitución venezolana de 1961 fue tenida como culpable o *chivo expiatorio* de unas circunstancias políticas que iban mucho más allá de ella, (y aun cuando quedará en el plano hipotético) si esas garantías hubiesen sido respetadas es probable que no hubiesen sucedido o de forma distinta muchos de los eventos que hoy han llevado al resquebrajamiento del Estado de Derecho en Venezuela y su democracia.

El presente artículo resume una historia mucho más larga que está en proceso de elaboración, y narra como un grupo de jóvenes abogados intentó hacer que esas garantías funcionaran para que las mayorías no actuaran de forma impulsiva y en contra de sus propios intereses, a través de la interposición de un recurso de interpretación del artículo 181 de la antigua Ley Orgánica del Sufragio y Partici-

pación Política mediante el cual se declarara que no se podía válidamente convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, para derogar a la Constitución de 1961, por cuanto no estaba previsto en ella como un mecanismo para su reforma o derogatoria, e incluso prohibido por su artículo 250, el cual disponía que ella no perdería su vigencia si cualquier cambio que sufriera no fuese efectuado por dichos mecanismos.

El objetivo de la interposición del referido recurso de interpretación no sólo era ese, sino también evitar que, mediante una nueva constitución se alterara el sistema dilatado de relección presidencial venezolano, el cual prohibía la relección inmediata a dicho cargo, e indefinida, lo cual a la postre también sucedió, por los terribles efectos que para la democracia, especialmente en Latinoamérica, ello conlleva, y lo cual para esos jóvenes era muy claro que se perseguía, como en efecto sucedió.

Sobre esa historia trata este breve artículo, cuyo final todos conocemos y padecemos, pero quizás no esta parte de la historia, la cual exponemos a continuación.

I. DE LOS CANTOS QUE LLAMABAN A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

En un país donde se ha pretendido evitar la inflación por medio de decretos que disponen controles de precios no debe sorprendernos que también se pretendiesen resolver los problemas por vía de cambios formales, bien sea a través de reformas legales o cambios en la regulación. No es que las leyes o las regulaciones no afecten a la realidad, y produzcan efectos deseados o no deseados e imprevistos en esa realidad, se trata de entender que si no se entienden cuáles son las verdaderas motivaciones o causas de un determinado problema, las soluciones formales que se propongan tendrán muy poca oportunidad de alcanzar el resultado esperado de ellas.

En el marco de ese formalismo, tanto social como jurídico, en el cual se espera que las soluciones provengan del Estado, era de esperar que surgieren propuestas de una Asamblea Nacional Constituyente ante la profunda crisis política que se había generado desde 1989 con los sucesos del *Caracazo*, y la oposición de los partidos políticos, gremios (incluso empresariales) y sindicatos a las reformas económicas que se comenzaron a implementar en el

segundo gobierno del Presidente Carlos Andrés Pérez, así como por virtud de los dos golpes de Estado que tuvieron lugar en 1992.

El antiguo Congreso de la República ya contaba con una comisión destinada al estudio de una reforma de la Constitución venezolana de 1961, pero la enorme crisis política que inicia en 1989, sumada a la ausencia de democracia interna de los partidos políticos que permitiera el paso a la renovación de sus líderes, probablemente hicieron que aquellas importantes reformas políticas impulsadas por la Comisión (Presidencial) para la Reforma del Estado ("COPRE") no tuviesen el tiempo suficiente o no fuesen suficientes para rendir los frutos esperados en ese sentido.

A ello se debe sumar también el proceso de la Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991, el cual fue comenzado a ser visto como una referencia o idea importante en Venezuela para hacer frente a su crisis política, al punto que ya algunos candidatos presidenciales la asomaron como propuesta en la campaña presidencial de 1993.

Luego de este último año, si bien la crisis política había aparentemente amainado, y se habían logrado cierta y mínima estabilidad económica, las causas de fondo de éstas no habían sido solucionadas, entre muchas otras, la falta de democracia interna en los dos principales partidos políticos venezolanos, Acción Democrática y COPEI, lo que había provocado que se generara un movimiento en contra de dichos partidos, a los cuales se les identificada con la Constitución de 1961, en tanto ellos habían sido sus principales autores, aun cuando más bien esta última era también víctima de su incumplimiento.

Fue así que la idea de la Asamblea Nacional Constituyente comenzó a tomar más fuerza, incluso en medios académicos, y a ser vista como una alternativa antisistema, para una reforma profunda del país, y especialmente como un medio de aniquilamiento del bipartidismo venezolano, existente para esa fecha.

La Asamblea Nacional Constituyente se convirtió en la bandera política fundamental del Presidente Hugo Chávez, para entonces aspirante a la presidencial de la República, luego del indulto presidencial que le fue otorgado por el Presidente Rafael Caldera, y que permitió su participación activa y el ejercicio del derecho pasivo al sufragio por parte de éste. De esta forma, durante la campaña presidencial de 1998, el Presidente Chávez era candidato a la presidencia

de la República, y prometía convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, como uno de sus primeros decretos al asumir dicho cargo, como una forma de refundación de la República.

II. DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961 COMO MÁSTIL DEL ESTADO DE DERECHO

La Constitución venezolana de 1961 no establecía a la Asamblea Nacional Constituyente como un mecanismo para su reforma o derogación, únicamente disponía a la enmienda y la reforma a la constitución como mecanismos agravados o especiales para ello, en sus artículos 245 y 246, respectivamente. Más aún, el artículo 250 de la Constitución de 1961 establecía expresamente lo siguiente:

> "Artículo 250.- Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.
>
> Serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y así como los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado."

El artículo 250 citado se encontraba en el Título XI de la Constitución de 1961, intitulado *De La Inviolabilidad de la Constitución*, por lo que era absolutamente claro que ese texto constitucional no preveía a la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo para su derogatoria, y por lo tanto, que para que tal convocatoria fuese válida en función de ella, se debería reformar a dicha constitución y establecer el mecanismo de una Asamblea Nacional Constituyente derivada.

Por ese motivo, especialmente en los debates académicos, tuvo lugar una discusión en la cual se confrontaban dos puntos de vista: el primero que defendía la posición arriba indicada, y con la cual nos identificábamos, y la segunda, la cual argumentaba que el artículo 4 de la Constitución de 1961 disponía que "la Soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público", por lo que en función de esta norma se podría convocar a ella a través de un referéndum consultivo.

Respecto a ese llamada al ejercicio de la soberanía popular ilimitado, que podría convocar a una Asamblea Nacional Constituyente cuando quisiera, en tanto sería una representación del poder constituyente originario, sosteníamos que incluso las Asambleas Constituyentes originarias, es decir, aquellas producto de una revolución o un rompimiento de facto con el sistema previo, existían límites que debían ser respetados derivados de los tratados internacionales, especialmente aquellos que protegen a los derechos humanos, y de las clausulas intangibles que se encuentran contenidas en la Constitución, como el sistema republicano, por ejemplo.

Más aún, en el caso que se presentaba, en el cual se pretendía una Asamblea Nacional Constituyente derivada, cuya validez dependía de un acto previo, en este caso la Constitución de 1961, indicábamos que mal podría pretenderse ello, si ella no la preveía, sino que incluso expresamente rechazada cualquier otro mecanismos no establecido en ella, y que precisamente el hecho que no existiese esa previsión obligaba a que se tuviera que reformar la Constitución de 1961 para establecerla, y así resolver importantes asuntos sobre su funcionamiento y límites, lo cual no constaba en ninguna parte y que daría lugar a muchísima inseguridad jurídica.

Nuestra posición insistía en que precisamente el respetar esas restricciones constitucionales obligaría a conocer más sobre la propuesta de una nueva constitución, donde se develaría si la Asamblea Nacional Constituyente era realmente necesaria, si sus propósitos no eran principalmente el pretender establecer un sistema de reelección presidencial inmediata, e incluso indefinida, alargando el período presidencial, así como en general a repensar con mayor cuidado el tema, ayudando a que si finalmente esa era la voluntad mayoritaria, estuviera claramente canalizado en el marco del respecto al Estado de Derecho.

III. DEL INTENTO POR ATAR AL ESTADO DE DERECHO CONTRA LA TENTACIÓN DE LOS CANTOS POLÍTICOS

En 1998, durante la campaña presidencial, se decía que ese debate jurídico sobre la validez de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente que no estuviere prevista en la Constitución de 1961 debería aguardar para ser resuelto en el caso que el Presidente Hugo Chávez ganaba las elecciones presidenciales, y en efecto hacía la convocatoria a un referéndum presidencial destinado a decidir sobre tal llamado constitucional, pues se argumentaba que sólo en ese caso podría ser impugnado el decreto de convocatoria a dicho referéndum, sin que antes existiere legitimidad o causa alguna para pedir un pronunciamiento judicial al respecto.

El problema que se generaba era obvio, en un momento de tanta convulsión política, y con una gran presión de algunos medios de comunicación, si la decisión era dejada para luego de las elecciones presidenciales, el resultado de éstas podría afectar de forma importante el criterio de los magistrados llamados a decidir sobre el asunto; en caso que ganare el Presidente Hugo Chávez las elecciones, la tendencia podría ser a que apoyaren dicho decreto de convocatoria, con las consecuencias para el Estado de Derecho que se podrían generar; mientras si no ganaba las elecciones, era bastante probable que fuese desechado esa alternativa, y que probablemente se impulsaran algunas reformas constitucionales bajo el mecanismo de la cláusula para la descentralización contenida en el artículo 137 de la Constitución de 1961, o incluso algunas reformas de éstas.

Por eso, era necesario lograr un pronunciamiento de la -para entonces- Corte Suprema de Justicia previo al evento electoral, con el objeto de permitir una decisión de mayor imparcialidad, la cual incluso guiara la implementación de una Asamblea Nacional Constituyente de la forma adecuada a las restricciones de la Constitución de 1961, es decir, que se reformara ésta previamente y se establecieran unos límites y forma de funcionamiento de ésta, permitiendo un mayor debate sobre su pertinencia; no obstante, incluso en algunas entrevistas, algunos magistrados habían referido que no podría haber un pronunciamiento hasta tanto no existiera un decreto que convocara al referéndum respectivo, y se aguardare incluso a que alguien impugnare el mismo.

Fue entonces cuando en una conversación con el abogado José Valentín González, profesor y fundador del seminario sobre Derecho Electoral de la Universidad Católica Andrés Bello, éste destacó que sería posible someter el asunto a una resolución previa por vía de la interposición de un recurso de interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que era la norma que establecía la posibilidad de convocar a una referéndum *consultivo* que decidiese sobre el llamado a una Asamblea Nacional Constituyente.

El punto que antecede es de suma importancia para entender el asunto, pues no existían dudas que podría ser convocado un referéndum *consultivo* en el cual se llamara al cuerpo electoral a decidir sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, el tema era el carácter vinculante o no de lo allí decidido, y la forma en la cual se debería ejecutar esa decisión si era afirmativa, pues en el caso de serlo, para la posición que sosteníamos, debería reformarse la Constitución de 1961 para disponer lo necesario para su funcionamiento y convocatoria; y para la posición contraria, sólo bastaría una respuesta afirmativa de ese referéndum para tal convocatoria.

Luego de profundizar en el tema, y visto que, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales vigentes para esas fechas era posible legalmente el ejercicio de ese recurso de interpretación, propusimos la presentación de ese recurso de interpretación a un grupo de abogados miembros de la Junta Directiva de la Asociación de Jóvenes Juristas de Venezuela, conformada los abogados Yulena Sánchez Hoet, José Gregorio Torrealba Rodríguez, Daniel Caballero Ozuna, Xavier Córdova Figallo y Xabier Escalante Elguezabal. De esa manera, el 21 de octubre de 1998, a casi mes y medio antes de la elección presidencial se ofrecía la oportunidad a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de decidir sobre el asunto, y con eso reducir las presiones políticas que se generarían luego de ella.

En el recurso de interpretación se planteó básicamente que el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política permitía al Presidente de la República -entre otros- convocar a un referendo para *consultar* a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional, entre las cuales se encontraba precisamente el convocar a una Asamblea Constituyente, destinada a derogar la Constitución de 1961, lo cual había sido parte del debate electoral.

Al respecto, agregábamos en el recurso de interpretación que existían las dos posiciones (las cuales narramos en el mismo), una de las cuales abogaba por la necesidad de una reforma previa de la Constitución de 1961 que permitiera y regulara a una Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de derogación de esta última, si la consulta era afirmativa, y otra que indicaba que sólo bastaba realizar dicho referéndum conforme a la norma indicada.

En ese sentido, con el objeto de cumplir con los requisitos para la admisión y tramitación del recurso de interpretación, indicamos nuestro criterio sobre el tema, y solicitamos a la Sala Político-Administrativa que declarare que la convocatoria de un referéndum consultivo, con fundamento en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, no permitiría la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin que mediara previamente una enmienda o una reforma de la Constitución.

A pesar de nuestra insistencia en que fuere resuelto el asunto antes del 6 de diciembre de 1998, fecha en que tuvo lugar la elección presidencial, la Sala Político-Administrativa de la -para entonces- Corte Suprema de Justicia no se pronunció sobre el particular.

Un hecho respecto del cual no contamos con registro escrito fue lo narrado posteriormente por el abogado Rubén Laguna, abogado asistente del magistrado Alfredo Ducharne, designado inicialmente como ponente del caso. En nuestra conversación, muy posterior a 1998, el abogado Laguna nos refirió que el magistrado Ducharne preparó y circuló una ponencia en la cual asumía la posición en cual no se podría convocar válidamente una Asamblea Nacional Constituyente sin una reforma previa de la Constitución de 1961, que la previera como mecanismo para su derogatoria. Sin embargo, nos refirió el abogado Laguna, que tal ponencia fue rechazada, sin oportunidad de ser reformada por el magistrado Ducharne, pues en diciembre de 1998 éste se jubiló.

Lamentablemente el abogado Rubén Laguna y el Magistrado Alfredo Ducharne fallecieron, uno como resultado de la delincuencia y otro de manera casi repentina, por lo que el dicho del primero no podría ser ratificado, más si por los magistrados y abogados que conformaban el resto de los despachos de la Sala Político-Administrativa de esa época, por lo que sería de sumo interés para

la historia legal de Venezuela el verificar este hecho, y en caso afirmativa, revisar si sería posible obtener una copia del borrador de dicha ponencia.[1]

IV. UNA CONSTITUCIÓN QUE MUERE AHOGADA EN LOS ARRECIFES

Pocos días después de las elecciones presidenciales, me contactó la abogada Viviana Castro, para solicitarme una copia de la solicitud de recurso de interpretación, comentándome que presentarían un nuevo recurso de interpretación sobre el mismo asunto, conjuntamente con Raúl Pinto Peña y Enrique Ochoa Antich, en nombre de la Fundación para los Derechos Humanos (Funda humanos), cuyo contenido sería el mismo que el presentado por nosotros, pero con una interpretación distinta, en la cual se haría énfasis en que se interpretare también el artículo 4 de la Constitución de 1961, conjuntamente con el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y se pudiera concluir sobre el carácter vinculante de un referéndum que decidiese sobre la convocaría de una Asamblea Nacional Constituyente.

A pesar de tener posiciones distintas, en virtud de la mayor apertura y porque considerábamos que procesalmente era lo procedente, le sugerimos que se hicieran parte en el mismo recurso presentado por nosotros, el cual no había sido decidido aún, y así la Sala Político-Administrativa podría decidir con base en una mayor fundamentación de ambas posturas; no obstante, finalmente el 16 de diciembre de 1998, Funda Humanos presentó un recurso de interpretación separado, cuya ponencia fue asignada al magistrado Humberto La Roche.

Un aspecto que nos pareció relevante de la anterior situación es que, siendo materias idénticas las propuestas por ambos recursos de interpretación, lo procedente procesalmente es que fueren resueltos en una misma sentencia, para evitar fallos contradictorios; no obstante, el hecho que se planteare por separado, y que obligare a la

---

[1] El abogado Laguna, por quien tenía un gran sentido de aprecio y amistad derivado del tiempo que compartimos trabajando en algún momento en la Corte Suprema de Justicia, me había prometido una copia, pero el triste destino que tuvo en manos del hampa lo impidió.

designación de un ponente distinto siempre nos ha llamado la atención en el tanto que podría haber sido posible la existencia de una ponencia del magistrado Alfredo Ducharne en un sentido distinto al deseado por los recurrentes, respecto de lo cual, éstos, presumiendo de su posible existencia, habrían preferido plantear un nuevo recurso, para la designación de un ponente distinto. Este es otro aspecto que resultaría interesante conocer, para tener los detalles de este hecho tan importante de la historia legal venezolana.

Lo sucedido luego ya es conocido, el 19 de enero de 1999, se dictaron dos sentencias, una para cada recurso de interpretación, el presentado por nosotros y cuyo ponente fue el magistrado Héctor Paradisi, en sustitución del magistrado Alfredo Ducharne, y la otra dictada por el magistrado Humberto La Roche.

Como señala el profesor Brewer-Carías, ninguna de dichas sentencias resolvió realmente la cuestión propuesta, sobre el carácter vinculante del referéndum consultivo, en caso de ser favorable a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, sin una reforma previa de la Constitución de 1961 que estableciera y regulara a ésta como un mecanismo para su derogatoria. Como el mismo profesor Brewer-Carias indica también, la contenida en la ponencia presentada por el magistrado La Roche se acerca más a sugerir que sí podría ser vinculante, lo cual quizás sería decidido luego a posteriori, pero incluso una lectura de ese fallo permite inferir que más bien se habría asumido nuestra posición sobre la necesidad de una reforma, cuando esta sentencia afirma[2]:

> "Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiera vigencia inmediata, su eficacia solo 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".

---

2 Cfr. Brewer Carías, Allan, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente,* Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, 63-66.

No obstante, la interpretación que asumieron los medios de comunicación en el caso *Funda Humana*, con ponencia del Magistrado La Roche, fue que había sido aprobado por la Corte Suprema de Justicia un referéndum popular para decidir sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, con carácter vinculante, sin que la Sala Político-Administrativa nunca hubiese hecho valer lo contrario, incluso en sus decisiones posteriores sobre otros recursos de interpretación directamente relacionados con el tema, como fue el caso de las condiciones para la convocatoria de ésta.

CONCLUSIÓN: ULISES NUNCA LLEGÓ A ÍTACA

Durante mis estudios de maestría en Temple University, escuché al profesor de Derecho Constitucional Mark Rahdert hacer el símil muy interesante con la *Odisea* de Homero. El profesor Rahdert contaba el capítulo de la *Odisea*, cuando Ulises finalmente decide partir de la isla donde Calipso lo "mantenía retenido" con sus encantos, pero antes de ello le advierte sobre el peligro que encerraba unos cantos de sirena que escucharían ya navegando, y que serían tan atractivos e irresistibles que él y sus argonautas se dirigirían hacia ellos, donde encallarían y, por lo tanto, naufragarían fatalmente. Ante ello, como todos sabemos de la obra de Homero, Ulises se haría atar del mástil, con instrucción a sus argonautas de no desatarlo hasta que pasaren de los arrecifes, con indicación expresa de no hacerle caso a sus órdenes en esa parte del trayecto, mientras que sus argonautas remarían con cera en los oídos que le impedirían escuchar los cantos de sirena. Cada uno obedeció al plan, y pasaron exitosamente sin encallar, pudiendo arribar a Ítaca.

Pues bien, como señalaba el profesor Rahdert, la Constitución es esa cera en los oídos, esas sogas que nos atan al mástil, para que cuando los cantos de sirena del populismo tientan a las mayorías a hacer lo que les atrae, incluso en contra de su propia vida, puedan evitarlo y actuar con razón para evitar encallar en las aguas del caos.

Lamentablemente no se escucharon a los llamados que un -para entonces- grupo de jóvenes hicieron para evitar que nuestro Estado de Derecho no encallara, y se entendiera el verdadero sentido que una Constitución posee, a la par de la organización del Poder Público y el respeto a los derechos fundamentales, y es controlar que la mayoría no se destruya a sí misma y a quienes navegan con ella.

"A MANERA DE EPÍLOGO"

EL "FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN".

Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia.

(1943)

por Georges Liet-Veaux

Professeur Agrégué des facultés de droit,
Chargé des conferenes a la Faculté de droit,
Université de Paris

Artículo publicado en la *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l`Etranger,* Tomo 58º, Año XLVIII, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente, Paris 1943, pp. 116-150; traducido del original en francés por el Dr. Sergio Díaz Ricci, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina, y publicado en la *Revista Peruana de Derecho Público,* No. 10, Año 10, Enero junio 2005, pp. 11-41.*

---

* NOTA DEL TRADUCTOR: La noción de "fraude a la Constitución" forma parte del fondo conceptual de la dogmática constitucional. Y todos los autores remiten como fuente el artículo de George Liet-Veaux, escrito en 1942 para la *Revue de Droit Public et de la Science Politique* (tomo 58, XLVIII année, pp. 116-150) que aquí se traduce. Aunque es reiteradamente citado por numerosos autores (Pablo Lucas Verdu, Pedro De Vega, etc.) este artículo francés es muy difícil acceso, por ello el interés de esta traducción para hacerlo accesible al lector en español. Quizás nos proporcione una clave para desenmascarar las falsificaciones en que incurren numerosas concreciones constitucionales de valiosas instituciones previstas por el constituyente latinoamericano. El lamentable panorama de desviaciones que la práctica cons-

"A MANERA DE EPÍLOGO": GEORGES LIET-VEAUX EL "FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN"

Las recientes revoluciones políticas de Italia, Alemania y, en particular, Francia han trastocado el sistema constitucional de Europa. Ellas se desarrollaron según procedimientos cuyo análisis jurídico no ha sido todavía abordado. Parece haber una laguna tanto en el estudio de la continuidad del todo el derecho, como en la apreciación de los poderes y de las responsabilidades que corresponden a sus artífices.

¿Más se dirá, cómo estos actos de fuerza, estos puros hechos, pueden ser objeto de un estudio *jurídico*? A esta objeción liminar, conviene responder que, contrariamente a lo que a veces supone el sentido común, aquéllos no son los actos de violencia característicos de las revoluciones, sino más bien la violación de disposiciones relativas la revisión de la constitución en vigor[1]. La intervención de la fuerza no es siempre una consecuencia necesaria de la violación de esas disposiciones. Toda acción revolucionaria tiende, en efecto, a derribar a los titulares del poder político despreciando el orden jurídico que funda el poder de aquéllos. Si este orden jurídico se derrumba por sí mismo, no deberá ejercerse ninguna violencia: así ocurrió en 1870 luego de la caída de Sedan. Además, únicamente esta violación del orden constitucional es la que permite contraponer una revolución con aquellos problemas "menores" denominados insurrecciones, revueltas, rebeliones, etc. Por lo tanto, tal criterio es, por naturaleza, *jurídico*[2].

---

titucional nos ofrece pone de manifiesto auténticos "fraude a la constitución". Es decir, sin violar las formalidades externas, se produce una distorsión del sentido institucional. A diferencia del fenómeno de las "mutaciones constitucionales" que no afecta el espíritu de la norma, aquí la letra permanece pero con un contenido opuesto a su finalidad. El deber de los constitucionalistas es velar no sólo por el cuidado de las formas constitucionales sino también por el respeto del espíritu que anima cada institución. Por ello consideramos muy valiosa la traducción de este artículo de Liet-Veaux que, con el telón de fondo de los fascismos en Italia, Alemania y Francia, nos brinda una formidable herramienta conceptual para analizar los casos de desviación del sentido profundo de cada institución hechos en "fraude de la constitución".

1 Vid. G. Liet-Veaux, *La continuité du droit interne; essai d'une théorie juridique des révolutions*, 1943, p. 70 a 73.

2 Sin embargo, el decano Bonnard, estudiando *Las Actas Constitucionales de 1940*, sostuvo en su Revista (1942, p. 52, nota 2) que las revoluciones pue-

No provoca ninguna dificultad su aplicación a los tradicionales golpes de Estado, pronunciamientos, *putschs*, restauraciones y revoluciones al modo liberal que han agitado la Europa en el siglo XIX. Por el contrario, la dificultad surge en las recientes revoluciones políticas. Su desarrollo saca a la luz esta paradoja: el respeto aparente de las formas constitucionales vigentes, seguido de un cambio radical del espíritu de las instituciones. El fenómeno es original, se lo puede individualizar, aunque aún resta darle un nombre. Es un concepto del cual, eventualmente, pueden extraerse consecuencias para la ciencia política.

Una primera parte, empleando un análisis histórico jurídico, tendrá por fin describir los métodos políticos utilizados por las revoluciones políticas recientes. Una segunda parte, procediendo deductivamente, tendrá por fin incorporar el proceso descrito en una categoría jurídica cercana al fraude a la ley, a la cual nosotros proponemos darle el nombre de "fraude a la constitución".

PRIMERA PARTE: ESTUDIO DE LOS MÉTODOS POLÍTICOS UTILIZADOS DURANTE LAS TRES GRANDES REVOLUCIONES POLÍTICAS RECIENTES

Es la revolución fascista italiana -por el momento se supondrá que hubo una *revolución* fascista, una *revolución* nacional-socialista y una *revolución* francesa en 1940- la primera que revela esta contradicción fundamental. Esta inicio este proceder y eso, a veces, no lo fue sin esfuerzos, sin incoherencias.

La revolución nacional-socialista alemana lo adoptó algunos meses después y la Asamblea Nacional francesa lo hizo durante una sesión parlamentaria.

---

den, en ciertos casos, ser *legales*. Al parecer, partía desde el punto de vista de la letra de las disposiciones analizadas.

I. LA INSTALACIÓN DEL RÉGIMEN FASCISTA EN ITALIA

La instalación del régimen fascista en Italia, a los ojos de un positivista, estuvo bien realizada respetando las formas constitucionales en vigor[3].

Si nos situamos en las postrimerías de la guerra de 1914-1918, la Carta acordada en 1848 por el rey de Cerdeña a sus súbditos, conforma la Constitución del Estado. Por estar asociada a la historia del *Risorgimento*, ésta era muy célebre. Sin contener ninguna disposición relativa a su revisión, ella era modificada por obra del órgano legislativo. Tal era la costumbre constitucional de este pequeño reino que se convirtió en un gran Estado.

Empero, reinaba el desorden y la anarquía. Los pillajes y las huelgas se generalizan; deliberadamente se habla de "guerra civil"; llamadas "*jacquerie*" (revueltas populares). El Gobierno deja actuar a los pequeños agitadores pues prefiere acordar con los más fuertes. Es en este desorden y a causa de él, que va a crecer el partido fascista.

Tres fases pueden ser distinguidas en el cambio de régimen: la génesis del partido (1919-1920), la fase del "*escuadrismo*" (de 1920 hasta la Marcha sobre Roma); y la instalación del régimen (1922-1928).

Si se exceptúan los "grupos de acción revolucionaria" de 1915, la génesis del partido tuvo por marco a Milán, donde el 23 de marzo de 1919 nace el primer grupo fascista en el ámbito de un "círculo industrial y comercial". Tuvo poco éxito: en noviembre de 1919, recogió en Milán mismo, 4.700 votos sobre 200.000 votantes. Sin embargo, el desorden aumentaba en el Estado y la falta de gobernabilidad era escandalosa. Motines sangrientos tuvieron lugar a lo largo del año 1920. Fue entonces que "las camisas negras" se encargaron por sí mismas de hacer de policía. La línea de conducta del partido se manifestó de este modo: actuar en el país, generalmente por la fuerza, en lugar de ganar votos.

---

[3] Vid. Prélot, *L'empire fasciste*, 1936; Joseph Barthélémy, *La crise de la démocratie contemporaine*, 1931; P. Marion*, Leur combat : Lénine, Mussolini, Hitler, Franco*, 1939.

Esta primera fase en la historia del partido no comporta ninguna violación de las reglas constitucionales en vigor. La monarquía parlamentaria se limitaba a dejar hacer: esto no iba contra el *Statuto*.

El *"squadrisme"* marca la segunda fase del advenimiento del fascismo: es el período de los pelotones de asalto y de las "expediciones punitivas" contra las "ligas rojas". Una policía privada, improvisada, que bajando en motocicletas o en automóviles en un pueblo, castiga a los adversarios políticos, cambia a las autoridades municipales, toma a veces rehenes y después desaparece. Por el temor a los socialistas, el gobierno por lo general no interviene. La postura de Giolitti debe ser vista de otra manera; en todo caso, el 15 de mayo de 1921, el partido fascista obtuvo la elección de 35 representantes, de los cuales 34 figuraban en las listas gubernamentales.

Este acceso a la dirección de la vida pública llevó a sus jefes a precisar su doctrina. Mussolini la declara republicana, lo que no fue sin alguna oposición, en particular en el Piemonte. Al mismo tiempo, en Roma, Bonomi es nombrado jefe del Gobierno. Los poderes públicos parecen en fin reaccionar y ordenan la disolución de los cuerpos civiles armados. Pero en el inicio de 1922, una crisis parlamentaria insignificante, conduce a Facta al poder. Se dijo que en esto tuvieron que ver Giolitti y el mismo Mussolini. Lo cierto es que las expediciones punitivas se multiplicaron. Los fascistas organizaron los servicios públicos. Ocuparon Bolonia el 1 de junio, tomaron la alcaldía de Milán en agosto. Sustituyeron las autoridades municipales en Génova. Finalmente, el Congreso de Nápoles le permitió al partido apoderarse del sur de la península: Roma se encontraba rodeada por las fuerzas fascistas. El 20 de septiembre, en un discurso en Udine, Mussolini anuncia que colaborará con el Rey, y que si no "él no lo salvará". Los fascistas de combate se concentraron alrededor de la capital. Se estableció un gabinete de transición presidido por Salandra. Sin embargo, el número de milicianos creció rápidamente; incluso el ejército deja de rehusar su cooperación, a condición de que sea respetada la Corona. Se aventuran hasta los límites mismos de Roma.

Frente a esta situación, el Gobierno permanece impotente: tampoco declara el estado de sitio. ¿Facta estuvo poco decidido o el Rey lo rechazó?.

Mussolini llega de Milán, y cuatro generales fascistas marchan sobre Roma el 28 de octubre. El Rey cede y Facta es removido. Salandra es convocado por el Rey para formar el nuevo gobierno

pero fracasa. Mussolini es entonces convocado a formar gobierno: había triunfado. Presta juramento a la Constitución y a las leyes, y recibe de Facta la dirección de la administración. El nuevo jefe del Gobierno reúne los asuntos interiores y exteriores. Por lo demás, tres fascistas solamente entran en la integración de los ministerios. El 16 y 17 de noviembre, Mussolini se presenta ante la Asamblea y las deliberaciones finalizan con un voto de confianza.

Así termina la segunda fase, aquélla de la de la acción y de la fuerza. La Marcha sobre Roma no entra en la categoría de los golpes de Estado ni de los pronunciamientos pues, en último análisis, ninguna irregularidad aparece aún en este cambio de régimen. Entonces, técnicamente, es cometer un abuso de lenguaje hablar, en sentido formal, de la "revolución de octubre", como lo hizo el legislador creando la Comisión de los Quince en septiembre de 1924, o modificando la Constitución el 9 de diciembre de 1928. Esta pretendida revolución no fue más que una especie de manifiesto frente al cual el Gobierno en el poder creyó necesario dimitir. Hasta allí la crisis había sido bien resuelta dentro de la ortodoxia constitucional, como lo escribió el *Popolo d'Italia* del 29 de octubre. Esto es lo que justamente destacaba el profesor Gemma en 1924, remarcando que: "En Italia, se ha llegado hasta pronunciar la palabra de *revolución* y, en cierto sentido, con razón. Pero, puesto que todo esto se cumplió sin tocar los fundamentos de la Constitución..., no puede haber una interrupción de la continuidad de la vida gubernamental en Italia"[4].

Y esta continuidad formal se mantuvo a lo largo de la tercera fase, durante el período de la instalación del régimen. El gobierno restaura la noción de autoridad. La reforma escolar es la obra de Gentile; Oviglio reorganiza la justicia y Stefani equilibra el presupuesto, cada uno actúa dentro del marco de sus respectivas atribuciones constitucionales.

Mas debido a las dificultades sobrevinientes en la dirección del partido, ante de los problemas suscitados por la elección (el partido acusa 18 muertos y 147 heridos de una sola vez), y después de la desaparición de Mateotti, el jefe del Gobierno decide cambiar de método y suprime entonces la libertad de prensa. Su importante discurso del 3 de enero de 1925 es verdaderamente revolucionario:

---

4 S. Gemma, «Les gouvernements de fait», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1924, III, t. IV, p. 307.

el régimen ha elegido su camino y evoluciona rápidamente hacia el Gobierno unipersonal. Las etapas son conocidas: la ley del 24 de diciembre de 1925 relativa a las atribuciones del jefe del Gobierno; la ley de 31 de enero de 1926 acerca de la facultad del poder ejecutivo para dictar decretos legislativos; la ley de 3 de abril de 1926 de sindicatos; la ley del 21 de abril de 1927 sobre la organización del Estado corporativo; del 17 de mayo y 2 de diciembre de 1928 de reorganización del Parlamento; del 9 de diciembre de 1928 y 14 de diciembre de 1929 sobre la Constitución y las atribuciones del Gran Consejo fascista; del 20 de marzo de 1930 del Consejo nacional de las corporaciones, etc.

Desde el punto de vista formal, esta tercera fase, al igual que las dos primeras, tampoco es una revolución. Puesto que la Constitución no contiene ninguna disposición relativa a su modo de revisión, el órgano legislativo no está ligado por nada en el ejercicio de su competencia constituyente, a menos hasta la ley de 9 de diciembre de 1928.

Más desde el punto de vista material, el nuevo Gobierno ha trastornado, por sus métodos, la vida constitucional de Italia: es allí donde se halla a la revolución. Será suficiente para recordar, para convencerse, los axiomas fundamentales de la doctrina fascista, tal como ella ha sido aplicada a partir de 1922, dentro del marco de un régimen hasta entonces *parlamentario*, *liberal,* inspirándose desde la formación de la unidad italiana en los principios *individualistas* de la *soberanía nacional*.

El fascismo es, en primer término, *antiparlamentario*[5]. La oposición fue suprimida en la Cámara de Diputados. El Senado, cuyos miembros terminaron por ser designados por el Gobierno, dejó de formular críticas. Las Asambleas perdieron su derecho de control sobre la política de la administración. Algunos han visto en esta evolución un retorno a la verdadera doctrina del *Statuto,* de esencia monárquica. La introducción de la colaboración entre poderes, del parlamentarismo, había trasformado el espíritu autoritario en el cual el Estatuto había sido primitivamente concebido. Realzando el prestigio del órgano ejecutivo y restaurando sus poderes, Mussolini hacía una mejor aplicación de la Constitución. Para A. Rocco, por ejemplo, la ley de 24 de diciembre de 1925 sobre los poderes y las

5 En este sentido: A. Rocco, en la *Revista Política*, febrero 1927.

prerrogativas del jefe del Gobierno, entraba "dentro del marco del Estatuto fundamental del reino; las reglas de este Estatuto no son de ninguna manera modificadas: al contrario son reforzadas"[6].

Esta opinión no podrá ser compartida. El régimen unipersonal, tal como lo concebían los autores del Estatuto de 1848, debía entenderse referido a la Corona. Restaurar el Estatuto habría significado restaurar a Víctor Manuel III. Desde el punto de vista material, el régimen fascista rompe rotundamente con el espíritu de las primeras instituciones italianas. Además, en 1922, el régimen había quebrado indiscutiblemente la forma parlamentaria: el rechazo al principio parlamentario fue por si sólo una revolución.

Más el fascismo fue más lejos y se hizo *antiliberal*. Las libertades de reunión y de asociación desaparecieron. La opinión pública dejó de ser representada por esos partidos inestables que habían arruinado la fuerza de los Gobiernos de Giolitti, Bonomi y Facta. Pasa a ser dirigida por un partido único, integrado dentro del Estado, cuyo órgano supremo, el Gran Consejo fascista, ha ocupado la primera posición en la evolución de la política constitucional italiana. El régimen es autoritario, ya no es más liberal.

En tercer lugar, el fascismo se declara *anti-individualista*, en beneficio de un sindicalismo que fue comparado con el soviético. En este campo, la doctrina es absoluta: "Todo para el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado" (A. Rocco).

Finalmente, el fascismo ha renegado del principio de la *soberanía nacional*. Mussolini ha gobernado siete años sin consultar al pueblo. Las elecciones de carácter plebiscitario de marzo de 1929, por otra parte, tuvieron lugar con un espíritu nuevo: de una fuente del poder se convierte en un simple medio de prueba, una verificación de la conformidad entre el Gobierno y el país.

Así, ya no subsiste casi nada del espíritu y tampoco las instituciones del viejo *Statuto*. Si, desde el punto de vista formal, parece precipitado situarla el 28 de octubre de 1922, de todos modos ha habido allí, en el fondo, una revolución que finalmente ha llegado

---

6 A. Rocco, «La réforme constitutionnelle en Italie», *Revue politique el parlementaire*, marzo 1926, p. 329 a 345. En este sentido: Arrigo Solmi, *La riforma costituzionale*, Milan, 1924.

hasta "los fundamentos de la constitución", para emplear los términos del profesor Gemma.

La práctica gubernamental y la jurisprudencia italiana están en lo demás de acuerdo. Desde ya el programa del partido, redactado en agosto de 1919, conducía a la abolición del Senado y la convocatoria de una Asamblea Constituyente, "Constituyente nacional, sección italiana de la Constituyente internacional de los pueblos". Más tarde, la ley de 9 de diciembre de 1928 sobre la Constitución y las atribuciones del Gran Consejo fascista, otorgó, en su artículo 4, los honores particulares a aquéllos "que tuvieren grandes méritos con la *revolución* fascista". La ley de 14 de diciembre de 1929, teniendo el mismo objeto, habló varias veces de "la causa de la *revolución* fascista" (artículos 4, 6, etc.). El artículo 14 de esa misma ley, y el decreto del 17 de noviembre de 1932, obligaron a los jóvenes fascistas a prestar juramento "a la causa de la *revolución* fascista". El Jefe habla habitualmente de *su revolución*. También los juristas analizan la *revolución* fascista, en particular Joseph Barthélemy[7].

Pero, si ha habido una revolución desde el punto de vista material, no ha habido revolución desde el punto de vista formal. De allí proviene una cierta confusión en la doctrina. Un especialista, Prélot, no supo qué partido tomar sobre esto que denomina: "la transformación constitucional". En Italia, Sergio Panunzio, aludiendo a una idea mucho más próxima a los hechos, desarrolla una cierta concepción de revolución permanente[8]. ¿Pero estos dos términos no se contraponen como para poder ser unidos?.

II. EL ADVENIMIENTO DEL RÉGIMEN NACIONAL-SOCIALISTA EN ALEMANIA.

Aunque procede de un origen diferente a aquél del partido fascista, el partido nacional-socialista alemán ha llevado a cabo una revolución cuya técnica se acerca a aquélla que fue empleada en Italia.

---

7 En este sentido: Pietro Gorgolini, *La révolution fasciste*, trad. 1924; Mirkine-Guetzevitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, 1938, t. II, p. 371; P. Marion, *Leur combat*, 1939, p. 63 y ss.; etc.

8 M. Prélot, *L'empire fasciste*, 1936, p. 52 y ss.; Sergio Panunzio, *Rivoluzione e Costituzione*, Milan, 1933.

"A MANERA DE EPÍLOGO": GEORGES LIET-VEAUX EL "FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN"

Desde el punto de vista de las formas constitucionales, el advenimiento al poder de los dirigentes no fue una revolución. Tres períodos pueden ser distinguidos para esclarecer esta idea: el funcionamiento de la Constitución de Weimar de 1930 a 1933, la llegada al poder de Hitler y las primeras medidas tomadas por el nuevo gobierno.

Si se remonta a 1930, se encuentra una Alemania regida por un texto constitucional muy mal aplicado. Es un régimen parlamentario en el cual las Asambleas no son capaces de presentar una mayoría estable. En el Reichstag, los partidos son muy numerosos (21 en las elecciones del 6 de noviembre de 1932). Las coaliciones artificiales no lograron sostener a gobiernos efímeros. Ahora bien, el Estado, preso de una grave crisis económica y social, necesitaba una cierta continuidad en la acción gubernamental. En esas condiciones, el 17 de julio de 1930 el Presidente del Reich dio su apoyo al canciller Brüning cuando éste se encontraba en minoría en el Reich: el Gobierno es autorizado a valerse del artículo 48 de la Constitución, permitiendo la legislación por decretos de necesidad y la suspensión de ciertas garantías constitucionales. La práctica subsistió: los sucesores de Brüning no contaron con otro recurso para gobernar. Así se instala una suerte de régimen presidencialista. En 1932, se cuentan 5 leyes votadas por el Parlamento y 59 decretos de necesidad.

¿Esta práctica constituye una revolución? Se debe hablar de utilización abusiva del artículo 48. Mas ¿es que no había necesidad de gobernar?. Si ninguna mayoría se forma en el seno del Reichstag, al punto de hacer muy difícil hasta entonces la composición misma de un gobierno, esto es una insurrección que se está gestando. Entonces no era momento de dejar que sigan su curso los problemas que amenazaban a las regiones industriales. De todas maneras, sólo el presidente del Reich tenía la función de apreciar la necesidad contemplada en el artículo 48 de la Constitución: de allí que, en apariencia, éste ha actuado regularmente.

En este marco político, el partido nacional-socialista va a hacer rápida fortuna y a imponer la elección de su jefe a presidente del Reich. Después de haber ensayado en vano el uso de la fuerza, el partido poco a poco se hizo reconocer por las vías constitucionales. En las elecciones de 1928 obtuvo apenas 12 bancas en el Reichstag. El 14 de setiembre de 1930 obtuvo 107. Durante las elecciones a la presidencia de abril de 1932, Hitler recibió 13.420 votos contra 19.366.000 del Mariscal Hindenburg. Tres meses después, el parti-

do nacional-socialista se hallaba representado en el parlamento con 230 bancas. En las Dietas de los Länder, las proporciones fueron las mismas, en general incluso más favorables al nuevo partido. Se comprende, en esas condiciones, que dentro del régimen parlamentario entonces vigente, el jefe de Estado haya apelado al jefe de este partido para formar un nuevo gobierno. Fue así que después de un fracaso, en agosto de 1932, fuera constituido un gabinete nazi, el 20 de enero de 1933.

Todo en estas operaciones es perfectamente regular. Con justo título el canciller Hitler ha hablado, en su proclamación del 31 de enero de 1933, de su gobierno "constituido legalmente".

En la tercera fase anunciada, la constitucionalidad de las disposiciones que fueron tomadas por el gobierno han sido objeto de más de una crítica. El Reichstag, elegido tres meses después, es disuelto. Podrá haber sido una incorrección política, pero esto no fue dictado menos legalmente. Invocándose el artículo 48, base del régimen constitucional desde 1930, fue que las libertades individuales fueron suspendidas, que rigurosas medidas afectaron al partido comunista, que comisarios del Reich fueron nombrados en los principales Länder: Baviera, Hessen, Bremen, Hamburgo, etc. Después de estas reformas, los nacional-socialistas obtuvieron 288 bancas en las elecciones del 5 de marzo de 1933.

Por la ley del 24 de marzo de 1933, llamada ley de plenos poderes[9], el gobierno fue habilitado parea tomar todas las medidas conducentes a la modificación de las disposiciones constitucionales, salvo aquellas referidas al Reichstag, al Reichsrat y a los poderes del presidente jefe de Estado. Se habla de nuevo de revolución. Más esta delegación de poderes es regular en la forma. La Constitución exigía una mayoría de dos tercios para modificar su texto. Entonces, en el Recihstag, el proyecto del gobierno obtuvo 441 votos contra 94. En el Reichsrat, es adoptado por unanimidad. Después, como lo dejó entender el canciller, el Parlamento fue puesto en vacaciones.

La revolución parece consumarse con la ley del 31 de enero de 1934, que condujo a la supresión de los Länder y otorga todos los

9 Prorrogada hasta el 10 de mayo de 1943 por la ley del 30 de enero de 1939, y prorrogada de nuevo por Decreto del 15 de mayo de 1943, que fue sometido a la aprobación del Reichstag de la Gran Alemania.

poderes constituyentes al gobierno. El artículo 4 es explícito: "El gobierno del Reich puede dictar un derecho constitucional nuevo".

No hay hasta allí ninguna irregularidad formal: la ley es votada por unanimidad en las dos Asambleas. De este modo, en ningún momento, en ninguna de las tres fases que marcan el cambio de régimen, aparece acto alguno contrario a la Constitución.

A pesar de ello, en el funcionamiento mismo de las instituciones, la revolución abarca hasta los primeros principios de la ciencia del derecho público[10]. La Constitución de 1919 estuvo animada por el principio *individualista* de la *soberanía nacional* que introdujo en un *Estado Federal* las reglas de la *democracia parlamentaria.*

Al *individualismo* fundamental que inspiraba la obra del profesor Preuss, que se manifestaba en instituciones tales como el sufragio universal directo y secreto adaptado al principio de la representación proporcional, el nuevo gobierno sustituyó la noción de comunidad (*Gemeinschaft)*: el derecho se define por lo es útil a esa comunidad, y las libertades individuales pasan a un segundo plano. La consecuencia extrema de este totalitarismo comunitario deberá ser la política racista, destinada a conservar la pureza de sangre del pueblo, por la eliminación de los desechos, defectos de la comunidad.

Además de los principios individualistas, la *soberanía nacional* tampoco permaneció. La Constitución de Weimar disponía en su artículo primero: "El poder político emana del pueblo". La nueva noción de liderazgo (*Führung)* de la comunidad hace surgir un poder personal originario, autónomo, unitario, prácticamente irresponsable, que recoge la *adhesión* de la nación a su labor[11].

Alemania en 1919 estaba a medio de camino entre dos tipos de Estados: en ciertos aspectos permanecía como un *Estado Federal,* pero en otros era ya un Estado unitario. El partido nacionalsocialista siempre se concibió a sí mismo como centralizador. Eran ya una gran revolución las dos leyes del 7 de abril de 1933, estableciendo el estado de prevención en los Länder, y, sobre todo, la del

---

10 R. Bonnard, *Le droit et l'Etat dans la doctrine nationale-socialiste,* 2ª ed., 1939, especialmente p. 3, *loc.cit.*

11 R. Bonnard, *ibid.,* p. 85 a 164.

31 de enero de 1934 que, pura y simplemente, suprime a los Länder. El Reichsrat, que no tenía más razón de ser, habrá de ser abolido por la ley del 14 de febrero siguiente.

Finalmente, la Constitución del profesor Preuss debía instalar la *democracia parlamentaria* en Alemania. Había dispuesto con cuidado la separación de poderes y su colaboración. Había previsto contrapoderes para cada autoridad y la manera de resolver todos los conflictos. La noción de *Führung* no se aviene en nada a todo este procedimiento. Los plebiscitos dejan de ser fuente de poder para convertirse en verificaciones de la comunión de pensamiento entre el *Führer* y el pueblo. Las sesiones del Reichstag brindan la ocasión para dar explicaciones al país o para anunciarles una decisión importante: no existe más control de la actividad política del *Führer.*

De este modo son derribados los fundamentos de la Constitución de 1919. El mismo canciller Hitler a veces hablaba de la *Revolución* nacional. La opinión pública reconocía la amplitud de los trastornos ocurridos: el 5 de abril de 1933, la *Kölnishe Zeitung* escribía: "No es necesario intentar detener las grandes *revoluciones*, por el contrario, en necesario tender a cooperar con ellas". Y la cuestión de la revolución aparece incluso en la ley: la ley del 14 de julio de 1933, modificada por la ley del 3 de julio de 1934, dirigida a asegurar la unidad del partido y del Estado, comienza con estas palabras: "Después de la victoria de la *revolución* nacional-socialista...".

III. LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL FRANCESA DE JULIO DE 1940

Algunos años más tarde, el problema se presentó de la misma manera en Francia. Una revolución tuvo lugar en relación a la letra de las leyes constitucionales en vigencia. Sin embargo, el cambio fue tal que se calificó y se califica en seguida como revolucionario.

El artículo 8 de la ley del 25 de febrero de 1875 estaba concebido así: "Las Cámaras tendrán el derecho, por deliberaciones separadas, tomadas en cada una por mayoría absoluta de votos, sea espontáneamente o sea a requerimiento del Presidente de la República, de declarar que se hace lugar a revisar las leyes constitucionales. Después que cada una de las Cámaras haya tomado esta resolución, se reunirán en Asamblea Nacional para proceder a la revisión. Las deliberaciones dirigidas a la revisión de las leyes constitucionales,

en todo o en parte, deben ser tomadas por mayoría absoluta de los miembros que componen la Asamblea Nacional. La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de una proposición de revisión. Los miembros de las familias que hayan reinado en Francia no son elegibles para la Presidencia de la República".

El procedimiento seguido en 1940 parece haberse conformado mucho a la letra de este texto[13], durante sus tres fases.

El 7 de julio, el Parlamento es convocado a sesión extraordinaria. El 8 de julio, un decreto tomado por aplicación el artículo 59 de la ley del 11 de julio de 1938 sobre organización de la nación en tiempo de guerra, transfirió provisoriamente a la ciudad de Vichy la sede de las Cámaras y del gobierno. El 9, se somete a la Cámara de Diputados y al Senado un proyecto de resolución disponiendo que se hace lugar a revisar las leyes constitucionales. En la Cámara de Diputados el proyecto es aprobado, con correcciones, por 393 votos contra 3 (396 votantes sobre 546 miembros de la Cámara); en el Senado el proyecto, con modificaciones, obtiene 225 votos contra 1 (226 votantes sobre 304 miembros legales). Esta fase preparatoria es regular.

La fase principal se desenvuelve al día siguiente. La mañana del 10 de julio estuvo consagrada a las negociaciones políticas durante una sesión plenaria oficiosa que reunió a diputados y senadores. Su instigador, Pierre Laval, allí hizo conocer los términos del proyecto que entendía someter, en nombre del gobierno, a la Asamblea Nacional. Taurines y Dormann anuncian un contra-proyecto, en nombre del grupo de Antiguos Combatientes en el Senado. Laval, apoyándose en la autoridad del Mariscal Petain, obtiene que éste sea retirado, a través de una modificación del texto propuesto por el gobierno: la nueva Constitución no será ratificada "por las Asambleas que ella había creado" sino "por la Nación". De lo que se supo, este es el único incidente notable de esa reunión oficiosa.

En efecto, el público y la prensa no habían sido admitidos. Un registro taquigráfico debió haberse levantado para ser sellado y depositado en los archivos de la Asamblea Nacional. La sesión permanece "al margen de la deliberación oficial", como lo hizo remar-

---

13 *Journal Officiel* del 10 y 11 de julio, Debates Parlamentarios, tener en cuenta *in extenso*.

car el presidente Jenneney. La Constitución del Año III había previsto (artículo 66) este género de sesiones "solamente para discutir y no para deliberar". Ningún texto la prohíbe en 1940: ella queda en el ámbito de las maniobras parlamentarias. Como las votaciones preparatorias, entonces, estas negociaciones políticas han respetado la legalidad.

Durante esa tarde el gobierno sometió a la Asamblea Nacional el único proyecto. El presidente Jenneney comenzó dando lectura a los apartados 1 y 2 de artículo 8 precitado.

Después se produjo un incidente por la lectura de un telegrama fechado en Argelia el 9 de julio a horas 12:30, y suscrito por 20 parlamentarios que se quejaban por haber sido impedidos de llegar a Vichy. Mientras Laval lamentaba el incidente, Herriot tomó la palabra para sostener la regularidad del embarque de los parlamentarios en el *Massilia*; el Presidente lo aprueba. Laval se puso a explicar, entonces, que el Gobierno había empleado todos los medios a su poder para reunir el más alto número posible de diputados y de senadores; pero la Comisión del Armisticio de Wiesbaden no había dado curso a un pedido de medios de transporte. Desde punto de vista parlamentario, explica, la actitud del Gobierno era irreprochable. Por invitación de su Presidente, la Asamblea cierra el incidente, levanta acta del reclamo antes de pasar a tratar el orden del día.

¿Esta actitud era la jurídicamente correcta? La presencia y la intervención de estos veinte parlamentarios, sobre todo teniendo en cuenta su investidura, pudo indudablemente haber modificado el sentido de las discusiones. Por lo tanto, la Asamblea ¿no debió levantar la sesión y retomar la discusión del proyecto de revisión luego de la llegada a Vichy de los reclamantes?. Conviene subrayar que, desde el punto de vista estrictamente constitucional, la posición adoptada por la Asamblea nacional fue regular. En efecto, la cuestión debe plantearse, como el mismo Laval nos lo sugiere, sobre el terreno de la responsabilidad gubernamental.

Si el Gobierno no es responsable, por haber hecho todo lo posible para facilitar el viaje de los firmantes, no había motivo para una suspensión en razón de la protesta. Por lo demás, habiéndose alcanzado el *quorum*, ningún texto fue violado, el procedimiento pudo proseguirse regularmente.

En cambio, si el Gobierno es verdaderamente responsable, si el telegrama de Argel estaba en lo cierto, la cuestión es más complica-

da. Normalmente, corresponde sancionar esa falta del gobierno a través de la responsabilidad política. Pero la Asamblea Nacional no tenía competencia para cuestionar la responsabilidad del Gobierno[14]: la responsabilidad del Gobierno estuvo suspendida por veinticuatro horas. Por el contrario, esa responsabilidad pudo haber sido puesta en juego durante la víspera, ante la Cámara o ante el Senado. Pero el reclamo, redactado el día 9 a horas 12,30, está destinada solamente la Asamblea Nacional. Entonces, cualquiera haya sido su comportamiento en este asunto, el Gobierno permanece en una posición jurídicamente correcta. En cuanto a la Asamblea, pudo levantar la sesión hasta el arribo de los reclamantes, pero no estaba *obligada* a hacerlo. La decisión que tomó no vicia pues la continuidad de las deliberaciones.

Después de este incidente, se presentó una cuestión reglamentaria. El Reglamento de la Asamblea Constituyente de 1848, tradicionalmente seguido en Versailles, fue ligeramente modificado. Fernand Bouisson hizo adoptar el artículo 50 bis del Reglamento de la Cámara de Diputados que permite al Gobierno someter un proyecto de su autoría a votación antes de proceder al examen de proyectos en contra y de enmiendas, lo que permite abreviar las deliberaciones.

Se produjo, entonces, una confusa discusión acerca del sentido del artículo 8 y de los términos: "por mayoría absoluta de los miembros que componen la Asamblea Nacional". El Presidente Jeanneney sostuvo la interpretación literal que siempre había prevalecido: la mayoría del número *legal* de bancas cuyo total, sin tener en cuenta los cargos desechados, detenidos, ausentes o excusados, era de 932 (618 diputados más 314 senadores), o sea, la mayoría era 467. Emile Mireaux y Laval, haciendo una distinción errónea entre este problema y el del Reglamento, invocan las circunstancias excepcionales, para propiciar una nueva interpretación. Boivin-Champeaux se acotaba a la fórmula: "mayoría absoluta con los votos". La Asamblea adoptó esta modificación del artículo 8, tal como lo había precisado la costumbre constitucional.

En esto no hubo nada de irregular. Ciertos renombrados autores habrían sostenido, antes y después de la revisión de 1940, que la interpretación: "número legal de miembros" no obligaba de ningún

14 Barthélemy et Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 1933, p. 892-893.

modo[15]. Sin embargo, la costumbre constitucional había hecho su tarea, y la interpretación dada en Versailles al artículo 8 se convirtió en el derecho positivo en contra de las mejores interpretaciones exegéticas. En realidad, la Asamblea Nacional, que tenía competencia para modificar las leyes constitucionales, también contaba con competencia para derogar implícitamente una costumbre constitucional.

Al final de la sesión sólo surgieron algunos incidentes relativos al Reglamento de la Asamblea.

Después de lectura del informe de Boivin-Champeaux, el proyecto único fue sometido al voto de la Asamblea y adoptado sin más discusión ni argumentación en las votaciones, por 549 votos contra 80 (con 649 votantes). El proyecto fue concebido así: "La Asamblea Nacional confiere todos los poderes al gobierno de la República, bajo la autoridad y el refrendo del Mariscal Pétain, a efecto de promulgar por uno o varios actos, una nueva Constitución del Estado francés. Esta Constitución deberá garantizar los derechos del Trabajo, de la Familia y de la Patria. Ella será ratificada por la Nación y aplicada por las Asambleas que ella habrá creado".

Un decreto de 10 de julio dispuso la clausura de la sesión extraordinaria.

Ahora se abre la tercera fase de la revisión constitucional, referida a los primeros actos del jefe del Gobierno, investido del poder constituyente. El Mariscal Pétain interpretó inmediatamente acumular esas funciones con las de jefe del Estado. A partir de entonces, era necesario sacar de la escena política al Presidente, Albert Lebrun, así, pues por Acta Constitucional Nº 1 se procede a una verdadera desinvestidura por supresión del cargo, como lo ha destacado G. Burdeau. Aunque ha sido objeto de críticas, esto ha permanecido dentro de la legalidad, porque el jefe de Gobierno investido de poder constituyente puede hacer caducar, por una disposición con su firma, la enumeración limitativa de casos de cese del poder del Jefe del Estado, contenida en las leyes de 1875.

Seguidamente el Mariscal Pétain hará uso de su competencia constituyente sin jamás transgredir las rudimentarias condiciones

---

15 Barthélemy et Duez, *ibid.*, p. 892; J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France*, 1942, p. 30 a 33.

impuestas por la ley de 10 de julio de 1940 a su ejercicio, dejamos pendiente para más adelante discusión que va a hacerse *infra,* respecto del Acta Constitucional Nº 4 *quinquies*. Ciñéndose a lo literal, la revolución en ningún momento aparece.

Así como el profesor Laferrière analizó la *revisión* de las leyes constitucionales, también el profesor Burdeau menciona "el fin *legal* de un régimen"[16].

Sin embargo, el espíritu de nuestras instituciones y la estructura misma del Estado han sido trastocadas. Desde el punto de vista material, claramente ha habido una revolución.

Los principios fundamentales de la Tercera República y de nuestro derecho público tradicional han sido arrollados: *la igualdad de los ciudadanos, la separación de poderes, el liberalismo económico, el régimen parlamentario* como conjunto.

La *igualdad de ciudadanos delante de la ley* ha dado lugar a la distinción entre los judíos y los no judíos.

La *separación de poderes* y su colaboración según el modo parlamentario no existen más. El jefe del Estado ejerce la competencia legislativa, la competencia constituyente, la competencia administrativa y, asimismo, en cierta medida, la competencia jurisdiccional (Acta Constitucional Nº 7). La responsabilidad de jefe del Gobierno ante el jefe de Estado, tal como fue establecida por las Actas Constitucionales del 18 de abril, 19 y 26 de noviembre de 1942, no denota ninguna colaboración entre las autoridades: ella es más bien una aplicación del principio jerárquico, del principio del "jefe en consejo" que expuso el decano Bonnard en aquella revista.

El *liberalismo económico*, instaurado con estrépito por la Revolución de 1789, ha dado lugar a una economía dirigida, con las leyes fundamentales del 16 de agosto de 1940, a través de los comités provisorios de organización, y del 4 de octubre de 1941, llamada la Carta del Trabajo.

Y también hay que mencionar de la suspensión de las libertades públicas fundamentales (ley de 4 de septiembre de 1942, relativa a la utilización de mano de obra, etc.); pero en este campo más que en

---

16 J. Laferrière, *op. cit*., p. 23 a 43 ; G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, 1942, p. 157 a 163.

todos los demás, es difícil distinguir la parte que le corresponde a la Revolución nacional con aquélla que es necesaria durante un estado de guerra.

La responsabilidad política de Ministros ante la nación por medio del voto de confianza en las Asambleas recién elegidas constituye el fundamento de nuestro *régimen parlamentario.* Ahora bien, no existe ningún otro medio de control relativo a las Cámaras, pues sólo el Gobierno tiene la iniciativa de convocarlas después de su disolución.

Por otra parte, esta revolución, en sentido material, ha sido provocada por la práctica gubernamental. En su informe del 10 de julio de 1940, Boivin-Champeaux hablaba de "refundación total de nuestras instituciones". El jefe de Estado no ha ocultado la amplitud de la ruptura: "La revolución desde arriba, como se la ha llamado, descenderá poco a poco hasta los cimientos mismos del Estado y de la Nación" (Mensaje 13 de agosto de 1940). La idea de Revolución nacional ha pasado al derecho positivo francés. La ley del 11 de agosto de 1941, creando los Comisarios del poder, dispuso en su último apartado: "Los Comisarios del poder vigilan la aplicación las leyes, decretos, decisiones e instrucciones del poder central *según el espíritu de la Revolución Nacional*". Los estatutos de *la Francisque*, aprobados por el decreto del 31 de julio de 1942, exigen para todo candidato incuestionables garantías morales: debe reunir "dos de las condiciones siguientes: a) Antes de la guerra, haber ejecutado una acción... conforme a los principios de la *Revolución Nacional*;..."

Los propios juristas han hablado de una verdadera revolución[17]. Más, ellos han tropezado con grandes dificultades para develarla. Si no han cuestionado seriamente la competencia de la Asamblea nacional para proceder a una revisión total de la Constitución, han llegado a adelantar que ha sido desconocida la disposición del artículo 8, apartado 4º, que dispone que "la forma republicana del Gobierno no puede ser objeto de una proposición de revisión"; han llegado a sostener, en segundo lugar, que la Asamblea no había po-

---

17 R. Bonnard, «Les Actes constitutionnels de 1940», *Rev. du droit public*, 1942, p. 67 y ss.; G. Burdeau, *op. cit.*, p. 165 a 169. *Vid* la opinión del profesor alemán R. Hohn: *Frankreichs Demokratie und ihr geistiger Zusammenbruch* (La democracia en Francia y derrumbe moral), Darmstadt, 1940.

dido delegar válidamente su competencia constituyente. ¿De qué valen estas dos consideraciones para el análisis de la revolución de julio de 1940?

Para saber si la Asamblea nacional ha violado o no el artículo 8, apartado 4º, en cuanto que "la forma republicana de Gobierno no puede ser objeto de una proposición de revisión", es necesario resolver previamente la cuestión de saber si se aún se estaba en una República. Pueden adelantarse los argumentos de forma y los argumentos de fondo.

En la letra de los nuevos textos, el término República ha cedido su lugar al de Estado. El 10 de julio, el Mariscal Pétain recibe la misión de dar una nueva constitución al *Estado*, no ya a la *República* francesa. Éste recibe el único título de *Jefe de Estado* (Acta Constitucional Nº 1 del 10 de julio de 1940). Por consiguiente, los otros títulos han sido modificados: fue así que el *Boletín Oficial*, a partir del 4 de enero de 1941, es del "*Estado Francés"*; los membretes de los papeles oficiales de la administración llevan la fórmula "*Estado francés"*, así como las monedas; las estampillas no llevan más la mención "*Postes Françaises*". La opinión pública parece muy interesada por estos cambios: habla, a toda hora, de los "procuradores del *Estado francés*".

Sin embargo, los argumentos de forma no son decisivos porque los hay en ambos sentidos. Así el profesor Laferrière ha remarcado que la ley del 10 de julio de 1940 dio competencia constituyente solamente al Gobierno de la *República*, con exclusión –agrega-- cualquier otra forma de gobierno. Incluso, la ley de 17 de julio de 1940, dirigida a modificar la fórmula de promulgación dispone que las expediciones de resoluciones y de testimonios serán intituladas "*República* francesa, en nombre del pueblo francés". En su mensaje radial del 22 de junio de 1942 (llamando al "levantamiento"), el jefe del Gobierno, Laval, ha invocado que: "Una *República* más joven, más humana, más fuerte debe nacer". Es necesario deducir de ello que las consideraciones sobre las formas son insuficientes, por sí solas, para establecer si el Estado francés permanece siendo o no una República.

Es en el funcionamiento mismo de las instituciones que la forma republicana de Gobierno es abandonada de una manera más clara (ver *supra*). Ya no es más un asunto de la forma republicana en el sentido como lo entendieron los hombres de 1884. No es sino la República con una "r" minúscula, como finalmente lo ha resalta-

do Mestre, *res publica*, Estado. Por lo demás, los más renombrados autores son concordantes en este sentido. Hablando del Mariscal Pétain el 25 de junio de 1940, el decano Bonnard escribía muy acertadamente: "es un jefe que se afirma en una autoridad propia y personal: esto es la negación total de la democracia parlamentaria y la afirmación de un régimen autoritario"[19].

Habiéndose zanjado la cuestión previa, resta examinar cuáles eran los poderes de la Asamblea Nacional. ¿Podía ella consentir regularmente este abandono de la forma republicana del Gobierno?

No, para ciertos autores, entre los cuales Barthélemy y Duez quienes han resumido perfectamente este pensamiento: "Si las Cámaras emitieron la votación general que 'hay lugar para revisar las leyes constitucionales', la forma republicana de gobierno estaría tácitamente excluida... en razón de la *intangibilidad absoluta*, *la inmutabilidad de la República*" (en itálica por los autores)[20]. Para esta concepción, el voto del 10 de julio había violado una condición de fondo de la revisión constitucional: la Asamblea nacional había consagrado una revolución de nivel máximo.

Pero, esta primera opinión no fue compartida por toda la doctrina. El decano Duguit sostenía que la disposición insertada en 1884 prohibía solamente esto: "que se pueda iniciar *por las Cámaras* (itálicas por este autor) las deliberaciones sobre forma misma del Gobierno"[21]. En esta segunda visión, la Asamblea nacional, habría podido desconocer esta disposición que era obra suya: de allí, que ésta no la había incurrido en violación alguna el 10 de julio de 1940.

Puesto que no hay más remedio que ir al fondo del debate; sólo debe ser examinado el procedimiento seguido en julio.

---

19 R. Bonnard, «Les Actes constitutionnels de 1940», *Rev. du droit public*, 1942, p. 69

20 Barthélemy et Duez, *Traité*, 1933, p. 896; en este sentido: Carré De Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, t. II, 1922, p. 592; Esmein, *Éléments*, t. I 1928, p. 553 y 544-545.

21 Barthélemy et Duez, *Traité*, 1933, p. 896; en ce sens : Carré De Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, t. II, 1922, p. 592; Esmein, *Eléments*, t. II, 1928, p. 553 y 544-545

Conviene remarcar ante todo que Boivin-Champeaux en el Senado y el Presidente Jeanneney en la Asamblea nacional, al dar lectura del artículo 8, han tenido el cuidado de omitir las restricciones agregadas en 1884. ¿No hubo allí un gesto de pudor, especie de discreción frente a un texto que se temía violar luego?.

La precaución sería superflua si se sujeta a la *letra* del artículo 8, apartado 4º. En efecto, el texto de la Resolución votada el 9 de julio por cada Cámara disponía: "que hay lugar para revisar las leyes constitucionales". La forma del Gobierno no estaba en juego. Ciertamente, la exposición de motivos no dejan de dudar sobre el alcance de la revisión, aunque el artículo 8, apartado 4º, no se refiere a la exposición de motivos.

En la segunda fase estadio del procedimiento de revisión, la Asamblea tenía pues todo el poder para desconocer y abrogar tácitamente el artículo 8, apartado 4º, porque la resolución no limitaba la extensión de la revisión.

A la luz de estos datos, el desconocimiento del apartado 4º, en el sentido que la forma republicana de Gobierno no podía ser objeto de una proposición de revisión, aparece como un criterio incierto para caracterizar la revolución de 1940. Así la mayoría de los autores admiten la revolución en la delegación de poderes constituyentes hecha por la Asamblea el 10 de julio.

El mecanismo interno de revisión parece poder analizarse como una delegación de competencias: "La Asamblea Nacional da todos los poderes al Gobierno de la República..., al efecto de promulgar... una nueva constitución...". En su informe a la Asamblea, Boivin-Champeaux hablaba explícitamente de "delegación de poderes". De Monzie ha mencionado "delegación constitucional", y el decano Bonnard "ley de plenos poderes constitucionales". Laferrière escribe en itálica: "*La Asamblea Nacional no ha ejercitado por sí misma el poder constituyente; ella lo ha delegado al Gobierno*"[922].

La hipótesis extraordinaria de esa delegación por parte de un órgano constituyente no parece haber sido directamente tenida en cuenta antes de 1940.

---

22 A De Monzie, *Ci-devant,* 1941, p. 259; Duguit, Monnier Y Bonnard, *Les Constitutions de la France*, *addendum*, 1942, p. 4 ; J. Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France*, 1942, p. 34.

Fue necesario pues recurrir a las reglas de derecho común sobre la delegación de competencias en el derecho público francés.

La práctica gubernamental, la jurisprudencia y la doctrina no estaban de acuerdo sobre este punto.

La práctica gubernamental había introducido en nuestro derecho político la idea de delegación de la competencia legislativa al órgano ejecutivo a través de la práctica crónica de los "decretos leyes". La misma jurisprudencia se mofaba de dicha noción. Una sentencia de la corte de casación del 11 de marzo de 1941 ha juzgado que un decreto disponiendo medidas represivas, tomado por el Gobierno de la Tercera República en ejecución de una "ley de plenos poderes", era obligatorio desde su promulgación y hasta su abrogación, aun cuando este decreto no había respetado la condición impuesta por la "ley de los plenos poderes" según la cual una ratificación debía darse en el plazo de un mes o, a falta de Cámaras, después de su primera reunión[23].

La doctrina tiene una opinión completamente distinta. Estimando que cada órgano constituido no ha recibido en propiedad más que una cierta competencia y solamente el ejercicio legal de esta competencia, concluye que su titular no puede disponer válidamente de aquélla por su sola autoridad. Los más grandes autores se encuentran detrás esta opinión[24]. Es curiosa la opinión de Esmein sos-

---

23 *Cass crim.*, 11 de marzo 1941 (D. A. 1941, J. 246).

24 Esmein, *Eléments*, t. II, 1928, p. 81a 83; Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, p. 261y ss.; y en *Principes*, 1916, p. 637 y ss..; del mismo: nota sobre *C. d'Et*., 22 de junio de 1928, *Epoux de Sigalas* (S. 1928.3.113), teoría de la delegación de materias; Barthélemy et Duez, *Traité*, 1933, p. 196; G. Jèze, *Principes généraux*, t. II, 1930, p. 373 y nota 2; E. Pujol, *Essai critique sur l'idée de la délégation de la souveraineté*, tesis, Toulouse, 1911; J. Delvolvé, *Les délégations de matières en droit public*, tesis, Toulouse, 1930; nota Rolland, sobre *C. d'Et.*, 27 de diciembre de 1938, *Association amicale des Anciens Combattants dés chemins de fer* (D. P. 1939.3.57); nota de A. Mestre, sobre Casa. Crim., 22 de febrero de 1939 (S. 1940.1.1), teoría de la « de-legalización »; J. Dabin, *Doctrine générale de l'Etat*, 1939, n° 136; G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, tesis, Paris, 1930, p. 41 a 43; Carré De Malberg estimaba que la competencia legislativa no podía ser delegada sino a través del consentimiento de la nación (*Théorie générale de l'Etat*, t. 1, 1920, p. 592 y t. II, 1922, p. 309); Duguit, opniendo competencia con dere-

teniendo que la Asamblea Nacional habría podido válidamente convocar a los electores para elegir una nueva Constituyente[25]. Esto no sería una negación de la condena pronunciada por la doctrina y por el mismo Esmein contra la noción de delegación de competencia. En efecto, no habría tenido lugar en esta hipótesis, una verdadera delegación: la Constituyente que hubiera reunido habría recibido poderes, no de la Asamblea Nacional, sino de la nación misma. Esto no habría sido una delegación de competencias, sino solamente la Asamblea habría procedido a una abdicación de competencia, o sea una suerte de autodisolución.

El 10 de julio de 1940 la Asamblea Nacional habiendo hecho una delegación de poder condenada por el derecho público francés, había incurrido en una revolución de máximo grado. El profesor Laferrière lo resume así: "Encargada y sólo encargada por la Constitución para ejercer el poder constituyente, la Asamblea Nacional no podía delegarla ni transferirla a otros"[26].

Es, pues, a partir de la violación de esta regla tradicional del derecho público francés según la cual un órgano constituido no puede delegar válidamente el ejercicio de la competencia de la que ha sido legalmente investido, que hay para ver una revolución.

Más este criterio se aplica equivocadamente a la revisión de julio de 1940. Esto supone, en efecto, aceptar que el método seguido por la Asamblea Nacional se analice como una delegación de competencias. Lo cual es dudoso[27]. Delegar una competencia, consiste en transferir momentáneamente su ejercicio y en conservar su titularidad. Si el ejercicio se encuentra transferido con una duración ilimitada, la titularidad no es más que un atributo ilusorio. Si el órgano "delegante" no puede nunca más ejercer de nuevo la competencia "delegada", es que ha transferido también la titularidad. Esta parece haber sido la actitud de nuestros últimos constituyentes que

---

cho subjetivo, afirma que « la idea de delegación deber ser absolutamente descartada del derecho público y la expresión debe ser desterrada » (*Traité*, t. IV, 1924, p. 705 y ss.).

25 Esmein, *Eléments*, t. II, 1928, p. 554.

26 Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France*, 1942, p. 3 y 33 a 37.

27 En este sentido: R. Bonnard, «Les Actes constitutionnels de 1940», *Rev. du droit public*, 1942, p. 83; cf. ibid., p. 359.

han dado al Mariscal Pétain el encargo de dar a Francia "una nueva constitución". No hubo aquí ninguna delegación semejante a aquélla que contenían nuestras leyes "de plenos poderes" que jamás han encargado al Gobierno dar al Estado una nueva legislación, dentro de un plazo, con una duración y en materias indeterminadas. En julio de 1940, la noción de delegación es incorrecta: allí hay transferencia de poder, *sucesión*. Incurre en un error parte de la doctrina, la práctica gubernamental y la opinión pública, cuando asimilan las nociones de delegación y de transferencia total y definitiva de competencias.

Cualquier consideración que se intente en el estado actual de nuestro derecho público, tiene que reconocer que no hay elementos por los cuales pueda ser reconocida técnicamente una revolución en julio de 1940. Sin embargo, como en la Italia de 1922 a 1928 y como en la Alemania de 1933, se produjo dentro de la evolución constitucional francesa una ruptura neta a la cual conviene de darle un nombre.

SEGUNDA PARTE: ENSAYO DE UNA TEORÍA DEL FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN

Con un estudio teórico vamos a aclarar el concepto de fraude a la constitución; luego una visión de la historia política permitirá verificar cómo este concepto nos muestra la evolución constitucional que está destinado a definir, y las consecuencias que deben ser deducidas de éste.

I. ESTUDIO TEÓRICO: LA NOCIÓN DE FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN

l derecho privado conoce el fraude a la ley, según el cual una persona "tuerce" a la ley, es decir, va en contra del fin de la ley, violando el espíritu, en tanto que se respeta la letra. La mejor definición nos viene del jurisconsulto romano Paulo: actúa en fraude a la ley aquel que *salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit*[28]. La expresión no debe suscitar ningún dejo peyorativo, a pesar del empleo de la palabra fraude, pues sólo la ley es defraudada; las partes pueden haber actuado con un fin loable. Así, en materia de tes-

[28] Paulo, *Digesto,* 1, 3, 29.

tamento, la jurisprudencia civil francesa tiende a presumir nulo, como dirigidos a una persona incapaz de recibir, como hechos en fraude a la ley, los cargos secretos que pudieron haber sido inspirados por una profunda gratitud cubierta de una cierta delicadeza de espíritu.

¿El derecho público no conoce un fraude a la ley constitucional? Siguiendo las huellas de Enrique IV, Luis Felipe se esforzó, desde su llegada al trono, de sustraer algunos de sus bienes personales a la regla fundamental de nuestro Antiguo Régimen, según la cual los bienes del príncipe eran reunidos en la Corona desde el momento en que era llamado a reinar. Luis Felipe creyó lograr esos fines haciendo ciertas donaciones a sus hijos. El decreto del 22-27 de enero de 1852 vino a desbaratar este cálculo pronunciando la nulidad de esas donaciones, en razón de los motivos que éstas tenían en vista en beneficio del príncipe constitucional mencionado más arriba. Es un caso de fraude a la ley constitucional, que interesa tanto al derecho privado como al derecho público.

Ciertas situaciones de puro derecho público se analizan como un fraude a la constitución, aunque no hayan recibido ese nombre. El desvío de poder no es sino un caso de fraude a la ley, a veces de fraude a la constitución. Cuando una autoridad administrativa recibe ciertos poderes en vista a realizar ciertos fines de interés general, ella comete una irregularidad si usa de esos poderes para satisfacer otros intereses. Poco importa que la letra de las disposiciones que la invisten de esos poderes haya sido respetada: se dice que su espíritu ha sido trastocado. La decisión así tomada podrá ser anulada por el Consejo de Estado, por vía del recurso por exceso de poder. Si la disposición legal que determina los poderes de la autoridad administrativa cuya decisión es atacada es de naturaleza constitucional, es la misma constitución que habrá sido sorteada: allí habrá habido fraude a la constitución. Mas esta hipótesis supone que el Consejo de Estado controlar el funcionamiento de la constitución.

Es en Estados Unidos que el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes ha condenado una cierta política que tendía, según los jueces, a torcer el espíritu de la Constitución. Por la sentencia *Schechter*, dictada en 1935, la Corte Suprema estimó que el plan de reformas del presidente Roosvelt (el *New Deal)* colisionaba con dos principios constitucionales generales: por una parte, la separación de poderes y, por otra parte, la estructura federal de la

Unión. ¿Esta argumentación no nos evoca por sí misma a las revoluciones políticas que analizamos?

Tratándose de revoluciones, la dificultad proviene de la pretendida soberanía del órgano constituyente. La hipótesis debe ser claramente establecida.

Una constitución escrita o consuetudinaria comporta ciertas reglas relativas a su revisión. El órgano constituyente, actuando según el procedimiento previsto, adopta una disposición acerca del modo de revisión en que constitución vigente será modificada hacia el futuro: las revisiones ulteriores seguirán un nuevo procedimiento en el cual el órgano constituyente se revestirá de una nueva forma. ¿Hubo en esto una revolución?

Una de dos. O las reglas de revisión no son superiores al órgano constituyente en el sentido que éste puede, por una decisión que se conforme a aquéllas, modificarlas para ulteriores revisiones. En ese caso, la hipótesis planteada no es la de una revolución pues en ningún momento aparece ni aparecerá una violación de las formas de revisión. O bien las reglas de revisión se imponen al órgano constituyente con una rigidez tal que éste no puede modificarlas y, por tanto, todas las revisiones deben someterse al procedimiento primitivamente previsto por la constitución. En este caso, la hipótesis presentada es una revolución porque la violación de las formas de revisión aparecerá durante la próxima reforma constitucional efectuada según las nuevas reglas diferentes a aquéllas impuestas por la constitución primitiva, entonces nada se podrá modificar válidamente. En este segundo caso habrá, a la vez, conformidad a la letra de la constitución y revolución.

La cuestión es pues saber si las formas de revisión que prevé una constitución se impone a perpetuidad al órgano constituyente o si, por el contrario, aquéllas pueden ser modificadas por este órgano a través de una revisión conforme al procedimiento previsto. Es el *summum* de la dificultad porque la respuesta no está claramente zanjada ni en un sentido ni en otro.

Es necesario partir de una constatación: las formas de revisión de las constituciones están íntimamente ligadas a los caracteres de los regímenes políticos. En una monarquía de derecho divino, el monarca es el principal agente de revisión; en un régimen de soberanía nacional es el pueblo, sea por intermedio de una Asamblea

constituyente dentro de un régimen democrático y parlamentario; sea por vía de un plebiscito en régimen autoritario[29].

Habiendo admitido este punto de partida ¿cuáles son los exactos poderes del órgano constituyente sesionando regularmente y deseoso de proceder a un cambio en la forma de modificar en adelante la constitución entonces vigente?

Éste tiene competencia para proceder a ciertos retoques en las condiciones de las formas de revisión, cambiar el lugar de reunión de la Asamblea constituyente, exigir un quorum más elevado, una mayoría menos exigente, etc. Igualmente, éste puede modificar ligeramente las condiciones de fondo, decidir que tal artículo será o no será más revisable, que la forma republicana de gobierno no podrá más ser puesta en cuestión, etc. Aun así sería necesario reservar los casos de abuso.

En efecto, el órgano constituyente no puede decidir el *abandono total y definitivo de las reglas de revisión sustituyéndolas por nuevas reglas.* Ello porque se viene de ver que las reglas de revisión de una constitución son la traducción, en textos positivos, del fundamento filosófico del poder. Desde luego, si el órgano constituyente abroga en bloque esas reglas de visión es porque al mismo tiempo repudia el fundamento del poder político hasta entonces admitido, el espíritu de la constitución; repudia el título de su propio poder. Partiendo que no hay más poderes, cuando el órgano constituyente establece la nueva autoridad que dará su constitución al Estado, la contradicción es flagrante. Si el órgano constituyente reconoce que no hay más poderes, sólo puede hacer una cosa: abdicar.

Las nuevas reglas de revisión que éste imponga quedan entonces sin fundamento, nulas. Las revisiones ulteriores deberían continuar conformándose a las reglas primitivas que no han dejado de ser obligatorias. Si esas reformas no lo hacen y violan las reglas de revisión, hay revolución.

---

[29] M. G. Burdeau desarrolla esta idea «de la revisión de la constitución considerada como inseparable de un orden jurídico preestablecido» en *Essai d'une Théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, tesis, Paris, 1930, p. 1 a 47.

Aunque diferida, esta violación es evidente desde el momento que el órgano constituyente, acompañado por la nación y el gobierno, ha instaurado el nuevo procedimiento de revisión. Desde ese instante habrá revolución por violación diferida de las reglas de revisión.

Tan proceder es extraño pues la letra de los textos es respetada mientras que el espíritu de la institución es negado. El respeto de las formas para combatir el fondo es *fraude a la constitución* o, más exactamente, el caso más interesante de fraude a la constitución.

Si se compara la revolución por fraude a la constitución con el fraude a la ley del derecho privado, se convendrá, por lo demás, en destacar que el primero tiende a la *abrogación* de una parte de la constitución, en cambio el segundo sólo tiende a la *violación* de una disposición legislativa.

Gracias a la forma regular que ella reviste, la revolución por fraude a la constitución evita muchos problemas e insurrecciones. Esta ventaja a sido verificada tres veces en Italia, en Alemania y en Francia.

II. LA NOCIÓN DE FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN Y LAS TRES GRANDES REVOLUCIONES POLÍTICAS RECIENTES

La revolución italiana ha procedido con fraude a la constitución, estampada por un acto que marca el fin de su desenvolvimiento: la ley del 9 de diciembre de 1928 relativa a la Constitución y las atribuciones del Gran Consejo fascista. Por lo demás, después de 1925 una serie de leyes llevó al gobierno por este camino.

En diciembre de 1928, las Asambleas italianas son llevadas, a la vez, a renegar del fundamento de su propio poder y a pretender organizar la Constitución futura del Estado. El segundo punto no ofrecía dificultades: La Constitución podía ser modificada sólo después de la venia del Gran Consejo fascista (ley del 9 de diciembre de 1928, art. 12); ya no era más del tipo de constituciones flexibles. El primer punto amerita algunas explicaciones. ¿En qué las Asambleas legislativas ha renegado del fundamento de su poder, abdicado?

Esta actitud aparece en los textos de las disposiciones votadas. Las Asambleas obtienen su competencia constituyente del principio

de soberanía nacional, tal como fue introducido durante la formación de la unidad italiana. Como emanación directa del pueblo estas Asambleas no debían estar ligadas en el ejercicio de su competencia suprema por ninguna otra consideración que la preocupación de traducir fielmente el pensamiento del conjunto de la nación. Al introducir la competencia concurrente del Gran Consejo fascista, cuyos miembros no son el resultado del sufragio popular, las Asambleas han rechazado el principio de soberanía nacional, es decir, el fundamento, la causa final de su competencia constituyente, consagrada por la costumbre.

Esta revolución exige un delicado análisis; sin embargo, debe destacarse que si la violación de una costumbre a veces es difícil de discernir, el fraude a una costumbre lo es mucho más. Tampoco conviene situar con mucho rigor la revolución fascista italiana en la ley del 9 de diciembre de 1928. Esta no es más que un signo técnico que marca más claramente la llegada de la revolución en el fondo mismo de las instituciones.

El concepto de fraude a la constitución es de un abordaje más sencillo en la revolución alemana de 1933: el procedimiento se perfeccionó. Fundándose en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, un decreto de necesidad del 28 de febrero de 1933 vino a abrogar los artículos 114, 115, 117, 118, 123 y 153 de esa Constitución relativo a las libertades individuales. Este decreto parece haber gestado el fraude a la constitución y la revolución en el funcionamiento de las instituciones alemanas. Cualquiera haya sido, en efecto, la necesidad de tomar medidas contra los comunistas, este decreto pudo desconocer la Constitución, violarla. La abrogación de la constitución queda fuera la teoría de los decretos de necesidad. Además, el artículo 48 preveía la suspensión de aquellos artículos, pero no su abrogación.

Se objetará que el hecho fue confirmado por el Reichstag reunido el 23 de marzo en Potsdam. Ciertamente, las formas constitucionales fueron respetadas: este Reichstag recientemente elegido asumiendo el papel de constituyente se reunió para reglamentar la competencia constituyente. Pero no podía trastocar los principios de la Constitución sin abdicar inmediatamente, y haciendo esto, él no tenía más la aptitud para designar el órgano llamado a sucederlo ni para darle directivas.

El mismo procedimiento debía haber recorrido nuestra Asamblea Nacional en julio de 1940. *Stricto sensu*, ningún vicio de forma ha aparecido. Pero la Asamblea ha consagrado por el texto votado el 10 de julio a la tarde, el abandono total y definitivo del procedimiento previsto por el artículo 8, mientras que ella designaba el órgano que debía sucederla y le trazaba, asimismo, ciertas líneas de comportamiento. En esto hay una contradicción interna, pues en el instante en que la Asamblea repudiaba los principios fundamentales cuyo el artículo 8 era su traducción, ésta se encontraba sin poderes para organizar hacia el futuro el ejercicio de la competencia constituyente.

La doctrina ha criticado el abandono de la forma republicana de Gobierno; y ha denunciado la irregularidad de una pretendida delegación de competencias. Más imbuida de "literalismo", apenas ha cuestionado el poder de la Asamblea Constituyente para rehacer toda la Constitución. Ahora bien, elevándose hasta los principios, hasta el "espíritu" de los textos, parece que es esta soberanía del órgano constituyente la que debe ser puesta en entredicho. Esta es la cuestión decisiva, el punto de partida del proceso revolucionario que ha sido calificado de *fraude a la constitución*.

Todo este análisis no tiene solamente un interés puramente especulativo. Permite deducir del procedimiento utilizado en julio de 1940, consecuencias fecundas para la determinación exacta de los poderes del Mariscal Pétain. Habiendo abdicado sus poderes, la Asamblea Nacional no tenía competencia para reglamentar el ejercicio ulterior del poder constituyente. Los límites que ella ha impuesto a los poderes del Mariscal son pues nulos, si se sostiene la idea de fraude a la constitución.

Las directivas: "Trabajo, Familia, Patria" no vinculan al Jefe del Estado sino en la medida en que éste las acepte.

Bajo el riesgo de contradecir la opinión unánime ¿no podría agregarse que la condición de la ratificación por la nación de nuestra futura constitución es igualmente nula?

La tercera limitación al ejercicio del poder constituyente por el Mariscal Pétain es la más interesante. El texto votado el 10 de julio parece haber remitido la competencia constituyente sólo al Mariscal, *intuitu personae*. "La persona del Mariscal está puesta en con-

sideración nominalmente por la ley de revisión, y su persona ha sido determinante para el voto de la ley"[30]. Apoyada en esta advertencia, la doctrina estima que nada podría remplazar al Mariscal en el ejercicio de esta competencia ni sucederle en esa competencia. El Mariscal no puede tampoco disponer la transmisión de esta competencia que le es personal. Esto parece confirmarlo el Acta Constitucional Nº 12 del 17 de noviembre de 1942, cuando dispone: "*Fuera de las leyes constitucionales*, el jefe del gobierno podrá, bajo su sola firma, promulgar las leyes, así como los decretos." La doctrina agrega que, si el Mariscal llegaba a no poder ejercer más sus funciones antes de haber publicado la constitución definitiva, "era necesario reunir una nueva Asamblea nacional que, recuperando sus derechos, se convertiría en Asamblea constituyente" [31].

Y esto da lugar a criticar, en primer lugar, la consecuencia que la doctrina ha extraído acerca de la personalización de los poderes constituyentes del Mariscal (eventual convocatoria de las Cámaras). Esto parece políticamente irrealizable. No tiene ningún valor jurídico. Actuando en fraude a la Constitución, la Asamblea Nacional no puede imponer válidamente este límite al ejercicio de la competencia constituyente por el órgano que le suceda. El Mariscal Pétain ha confirmado esta última interpretación cuando ha organizado la *transmisión* de esos poderes constituyentes para una cierta hipótesis y para ciertas materias.

El Acta Constitucional Nº 4 *quinquies*, del 17 de noviembre de 1942, dispone, en efecto, después de haber designado como sucesor del Mariscal, a Pierre Laval:

> "Artículo 1º: En caso de impedimento definitivo, el Consejo de Ministros, dentro del plazo de un mes, designará, por mayoría de votos, al Jefe del Estado. *Definirá y fijará al mismo tiempo los poderes y atribuciones respectivas del Jefe del Estado y del jefe del Gobierno*, cuyas funciones serán distintas."

---

30 J. Laferrière, *Le noveau gouvernment de la France*, 1942, p. 41.

31 A. Leriche, *Les décrets du chef de l'Etat ayant force de lois*, tesis, Paris, 1941, p. 131; J. Laferrière, *op. cit*., p. 42-43; G. Burdeau, *Cours de droit constitutionnel*, 1942, p. 259 y p. 285-286; R. Bonnard, «Les Actes constitutionnels de 1940», *Rev. du droit public*, 1942, p. 89-90.

Esta fijación de los poderes y atribuciones respectivos de jefe de Estado y de jefe de Gobierno emerge, incuestionablemente, de la competencia constituyente. Luego, es el Consejo de Ministros quien se hace cargo de ésta para una hipótesis particular.

La doctrina que estima que la competencia constituyente ha sido otorgada sólo al Mariscal, *intuitu personae*, el 10 de julio de 1940, y que ha negado, en consecuencia, a aquél la facultad de transmitir esos poderes constituyentes, debe concluir que el Acta Constitucional del 17 de noviembre de 1942 ha violado la ley constitucional del 10 de julio. En tanto esta violación ha traicionado al procedimiento de revisión, la doctrina deberá hablar de revolución. ¿Lo hará? En todo caso, los medios gubernamentales no han percibido ninguna irregularidad.

Si se analiza la revolución de julio de 1940 como un caso de fraude a la constitución, la situación es clara. El límite impuesto en 1940 por la Asamblea Nacional al ejercicio de la competencia constitucional futura es nulo. El gobierno del Mariscal Pétain, teniendo verdaderamente un origen revolucionario y obteniendo su poder de situaciones de hecho, pudo organizarse constitucionalmente a su albedrío. En particular, el Mariscal pudo transferir como lo crea mejor, incluso su competencia suprema.

De allí que las disposiciones del Acta Constitucional No. 4 *quinquies*, desde un punto de vista puramente técnico, son perfectamente válidas. Después de la derrota, hubo en Francia una revolución y sólo una: aquélla en la cual la Asamblea nacional el 10 de julio de 1940 ha actuado con fraude a las leyes constitucionales de 1875.

La evolución constitucional reciente parece, entonces, probar el interés que hay, para la ciencia del derecho público, de analizar las revoluciones políticas durante estos veinte años a través de la noción de fraude a la constitución.

Esta noción se relaciona con conceptos mucho más generales, tales como el abuso de derecho, que es, en derecho público, el abuso de competencia, y el desvío de poder. Algún día ésta desembocará en la responsabilidad que señala el derecho internacional cuando formula un cargo a aquellos Estados que se parapetan detrás de la aplicación de sus constituciones para eludir las obligaciones del derecho de gentes.

"A MANERA DE EPÍLOGO": GEORGES LIET-VEAUX EL "FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN"

El derecho internacional privado ya conoce una teoría del fraude a la ley. Entre el fraude a la ley internacional y el fraude a la ley ordinaria, el fraude a la constitución parece pues ser un concepto fecundo, cuya aplicación podría introducirse útilmente en diversas ramas del derecho público.

APÉNDICE

SENTENCIAS DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 19 DE ENERO DE 1999

(Casos interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que regulaba el referendo consultivo)

I. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA. SENTENCIA N° 17 (CASO *REFERENDO CONSULTIVO I*), DEL 19 DE ENERO DE 1999

Magistrado Ponente: Humberto J. La Roche

Mediante escrito presentado en fecha 16 de diciembre de 1998, los ciudadanos Raúl Pinto Peña, Enrique Ochoa Antich y Viviana Castro, titulares de las cédulas de identidad Nos. 7.375.444, 4.632.450 y 13.531.806, respectivamente, actuando en la condición de integrantes de la Junta Directiva de la Fundación para los Derechos Humanos (Fundahumanos), asistidos por la abogado Lisethlote Moreno Pineda, interpusieron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y el artículo 42, numeral 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, recurso de interpretación:

> "…con relación al artículo 4 de la Constitución nacional (*sic.*) y de conformidad con el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación política".

El día 17 del mismo mes y año se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado que con tal carácter suscribe el presente fallo, a los fines de decidir el recurso de interpretación, lo cual pasa a hacerse, previas las siguientes consideraciones:

Capítulo I. Contenido del Recurso

Alegan los recurrentes, en primer lugar, que están dados los supuestos de procedencia del recurso intentado, y en tal sentido señalan lo siguiente:

1.- Que la Ley cuya interpretación se solicita, esto es, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sí contempla expresamente en su artículo 234 la posibilidad de que los preceptos en ella contemplados sean objeto de interpretación.

2.- En segundo lugar, consideran que poseen legitimación para recurrir y en tal sentido señalan que:

> "…el interés que nos asiste deviene de nuestra condición de electores inscritos en el Registro Electoral Permanente, que nos otorga el derecho a sufragar en los comicios presidenciales".

Asimismo, señalan que se está en presencia de un caso concreto vinculado al interés en recurrir, el cual es otro de los supuestos que según ha entendido la jurisprudencia, exige la ley a los fines de que el recurrente esté debidamente legitimado. En este sentido, expresan lo siguiente:

> "…ha sido propósito nacional, recurrentemente propuesto producir una profunda reforma de nuestra Constitución. Todos sin excepción, los más diversos sectores nacionales -políticos, económicos y sociales- han expresado una común convicción: las nuevas realidades, venezolanas y mundiales, reclaman una actualización del texto constitucional de 1961 (…).
>
> El presidente electo de la República, Hugo Chávez Frías, ha expresado su intención de convocar una Asamblea Constituyente, mediante el procedimiento de conminar un Referéndum popular el 15 de febrero del próximo año.
>
> Además, se ha anunciado para el 23 de enero de 1999 fecha de instalación del nuevo Congreso, la apertura de un debate parlamentario en torno a la posición del Movimiento V

> República, ya formalizada públicamente por el Senador Hermann Escarrá, de convocar el mismo referendo, pero por vía del Poder Legislativo (…).
>
> Sin embargo, en el camino escogido por él quedan muchos cabos sueltos (…) por esto recurrimos a la Corte en el entendido de que todos los participantes aceptarán como regla de juego su veredicto inapelable. Lo hacemos antes de que los acontecimientos se precipiten y ya no sean administrables. Si la Corte interpreta que la vía sugerida por el Presidente es constitucional y legítima, quienes suscribimos el presente documento seremos sus más decididos propiciadores".

Con referencia a la procedencia de la interpretación solicitada, afirman

> "…es insoslayable para la Corte Suprema de Justicia, pronunciarse dada la competencia en un Estado de Derecho (consistente en) una labor interpretativa que valore todos los elementos jurídicos y metajurídicos que inciden en la problemática…" planteada.

Con relación al fondo del asunto objeto del recurso, señalan lo siguiente:

> "Existen dos posiciones en cuanto a la forma como deba convocarse la Asamblea Constituyente: Una Primera, propuesta por el Presidente Electo (la cual ha sido señalada ya anteriormente), quien considera que basta la convocatoria del referendo previsto en el artículo 181 de la LOSPP, para convocar la Asamblea Constituyente, en base al principio de soberanía contenido en el artículo 4 de la Constitución de la República que reconoce al pueblo como constituyente primario, y; una segunda que considera que el soberano también tiene a su vez una normativa prevista en la Constitución Nacional, que debe respetar para producir un referendo, en razón de que el artículo 4 de la Constitución de la República refiere su soberanía a los poderes constituidos, y que por lo tanto hace falta una reforma puntual de la Constitución de la República que cree la figura de la Asamblea Constituyente para llevar a cabo dicha convocatoria".

Concluyen señalando que:

> "…sin pronunciarnos por ninguna de las dos posiciones antes enunciadas, consideramos que la propuesta del Presidente Electo se basa tanto en el artículo 181 de la LOSPP, como en el artículo 4 de la Constitución (…) por lo que no sería lógico pronunciarse en relación a la viabilidad constitucional de esta propuesta interpretando sólo el primero de estos artículos (…) sino que debe incluirse forzosamente la interpretación también del artículo 4 de la Constitución de la República tal y como lo estamos solicitando".

Como petitorio final del presente recurso, solicitan a esta Sala proceda a realizar la interpretación solicitada y

> "…determine qué sentido debe atribuírsele a las referidas normas, en cuanto a la posibilidad real o no de llevar a cabo dicha convocatoria a una Asamblea Constituyente".

Capítulo II. Competencia de la Sala

Corresponde a esta Sala pronunciarse respecto al recurso intentado. No obstante, como punto previo a la decisión de fondo, resulta imperativo el análisis referente a su competencia para conocer del recurso planteado y consiguientemente de la admisibilidad del mismo. En tal sentido se observa:

Se ha interpuesto recurso de interpretación en relación con los artículos 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política y 4 de la Constitución de la República, a los fines de que la Sala emita pronunciamiento acerca del alcance de la primera de las normas invocadas, en el sentido de precisar si, a través de un referéndum consultivo, se puede determinar la existencia de voluntad popular para una futura reforma constitucional y, en caso afirmativo, si ese mecanismo 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.

Ahora bien, el artículo 42, numeral 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia atribuye competencia a la Corte para:

> "conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley".

Por su parte, el artículo 43 *eiusdem* dispone que tal atribución interpretativa de la Corte será ejercida a través de esta Sala Político-Administrativa. Habiéndose interpuesto un recurso de esa naturale-

za, resulta ciertamente competente este órgano, a los fines de conocer del presente recurso y así se decide.

Determinada como ha sido la competencia de la Sala, corresponde entonces un pronunciamiento en relación con la admisibilidad del recurso intentado. En tal sentido se observa que los supuestos que concurrentemente deben cumplirse a fin de que la interpretación proceda por la vía de este especial recurso, han venido siendo delineados por la jurisprudencia de esta Sala a la luz de la disposición legal transcrita.

Así, se ha requerido en primer lugar, que la norma cuya interpretación y análisis se solicita sea de rango legal, pues sólo procede este recurso para fijar el alcance e inteligencia de textos legales. En segundo lugar, se exige que la propia ley haya previsto de manera expresa el ejercicio de tal acto respecto de las normas en ella contenidas, sin que sea posible extender el recurso a otras leyes "*sea cual fuere el grado de afinidad que tenga con la ley susceptible de interpretación*" (sentencia de la Sala del 12-05-92), salvo que la propia ley que prevé su interpretación, disponga de modo expreso la extensión del recurso a otros textos normativos, también legales, como es el particularísimo caso de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

En tercer lugar, se ha exigido que se verifique conexidad entre el recurso intentado y un determinado caso concreto, lo cual, tal como ha señalado esta Sala, posee un doble propósito: por un lado, verificar la legitimación del recurrente evitando el simple ejercicio académico de interpretación, y por el otro:

> "permitir al intérprete apreciar objetivamente la existencia de la duda que se alegue como fundamento" (sentencia del 17-04-86).

En relación con el primero de los extremos exigidos, cabe señalar que la interpretación que corresponde efectuar en esta oportunidad deriva fundamentalmente de una norma legal, como lo es la contemplada en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, cuyo texto es además expresamente susceptible de análisis interpretativo, conforme a lo prescrito en el artículo 234 *eiusdem*, el cual dispone lo siguiente:

> "Artículo 234: El Consejo Nacional Electoral, los partidos políticos nacionales y regionales, grupos de electores y toda persona que tenga interés en ello, podrán interponer ante la Sala

> Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el Recurso de Interpretación previsto en el numeral 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, respecto a las materias objeto de esta Ley y de las normas de otras leyes que regulan la materia electoral, los referendos consultivos y la constitución, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas".

De allí que, con respecto a la interpretación del referido artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, se encuentren cubiertos los dos primeros supuestos exigidos para la procedencia de la pretensión planteada. Debe, no obstante advertirse, que los recurrentes han señalado enfáticamente en su escrito que la interpretación solicitada debe implicar su adecuación al Texto Fundamental, y específicamente al precepto contenido en el artículo 4 constitucional.

Ahora bien, tal situación en modo alguno puede llevar a considerar improcedente la posible interpretación de esa norma legal. Por el contrario, resulta imperativo para la Sala, en ésta y en todas las oportunidades de determinación del contenido y alcance de la Ley como ejecución directa de la Constitución que es -bien por vía de interpretación autónoma, bien mediante cualquier otro mecanismo de actuación procesal- el efectuar una interpretación que atienda en un todo a los principios fundamentales del orden jurídico vigente.

En otros términos, no se concibe un pronunciamiento judicial respecto al alcance de una norma jurídica cuya aplicación se requiere, si el mismo no ha tomado en cuenta y no ha conciliado su decisión con el orden constitucional.

La Sala considera que, en el seno de nuestro Estado Constitucional de Derecho, fundado en la supremacía del estatuto constitucional, la concepción hermenéutica del Derecho no puede ya referirse a interpretaciones de la ley y de la Constitución, de manera subsuntiva y aislada, pues el análisis interpretativo de la Constitución y el ordenamiento jurídico conducen a una interpretación constitucional -que no interpretación de la Constitución- en virtud de la cual se determina el alcance de la norma jurídica a partir de los principios y valores constitucionales, incluso más allá del texto positivo de ésta.

Es lo que la doctrina más reputada entiende *por interpretación del ordenamiento jurídico* considerando obsoleta la *interpretación de la ley*, pues de la interpretación concebida como mera fórmula de determinación textual de una voluntad coherente y homogénea (manifestación en última instancia de la soberanía del legislador), se pasa a la interpretación como combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del Derecho (*Vid.* Balaguer Callejón, María Luisa; *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997).

Capítulo III. Legitimación de los Recurrentes

Siendo entonces posible la interpretación en el presente caso, corresponde analizar si se da la legitimación exigida a los recurrentes, y en tal sentido se observa que los mismos aducen expresamente poseerla:

> "en su condición de electores inscritos en el Registro Electoral Permanente que nos otorga derecho a sufragar en los comicios presidenciales".

Asimismo, señalan que su interés deriva del caso concreto que, con relación a la interpretación solicitada, se plantea en la actualidad nacional, pues ante la -en su criterio- inminente convocatoria a una Asamblea Constitucional por parte del Presidente recientemente electo, consideran que:

> "en el camino escogido por él quedan muchos cabos sueltos (...) por esto recurrimos a la Corte en el entendido de que todos los participantes aceptarán como regla de juego su veredicto inapelable. Lo hacemos antes de que los acontecimientos se precipiten y ya no sean administrable. Si la Corte interpreta que la vía sugerida por el Presidente es constitucional y legítima, quienes suscribimos el presente documento seremos sus más decididos propiciadores".

Al respecto se observa:

Resulta un hecho indiscutible, relevado de cualquier necesidad de prueba, dada su más absoluta notoriedad, la formal intención de un importante sector de la vida nacional, liderizado por el Presidente constitucionalmente electo en las pasadas elecciones del 8 de diciembre de 1998, de convocar a un referéndum consultivo a fin de determinar si la intención popular mayoritaria se inclina hacia una

Asamblea Constituyente que, ejerciendo su poder originario, se aboque a sancionar y promulgar una nueva Constitución para el país.

En efecto, se ha anunciado pública y oficialmente que se convocará a un referéndum consultivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el próximo mes de febrero del presente año, cuya iniciativa correspondería a quien para entonces sería Presidente de la República. Asimismo, ha sido también formal y públicamente presentada la propuesta de miembros de los Cuerpos Deliberantes de la República en el sentido de que, iniciadas las sesiones del nuevo Congreso, el próximo 23 de enero del presente año, se planteará el debate parlamentario dirigido a convocar a la instalación de una Asamblea Constituyente mediante la iniciativa del Máximo Órgano Legislativo.

Incluso, es también sabido que se han producido movimientos populares dirigidos a recaudar el número de firmas de electores inscritos legalmente exigido para tomar la iniciativa, a fin de que se convoque a un referéndum cuyo motivo responde en idénticos términos al anteriormente señalado.

De allí pues que se encuentren en marcha, en la más inmediata actualidad del acontecer nacional, gestiones que se traducen decididamente en modalidades que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en su aludido artículo 181 consagra, para convocar a la celebración de un referéndum consultivo a nivel nacional. Esto es, a través de la Iniciativa Gubernativa e Iniciativa Popular.

Ahora bien, en criterio de la Sala, no sólo se está así en presencia de un caso concreto indispensable para proceder a la interpretación normativa, sino que, además, el mismo es de la mayor importancia para todos y cada uno de los electores inscritos, e incluso, de todo ciudadano común. Por consiguiente, la promulgación de una nueva Constitución de la República implica evidentemente la supresión o derogatoria del marco constitucional actual. Por lo tanto, los mecanismos que para ello pretendan utilizarse imprimen en todo ciudadano el más legítimo y calificado interés. A juicio de esta Sala la legitimación exigida por el artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en cuyo texto se permite a "toda persona que tenga interés en ello" la posibilidad de interposición de un recurso de interpretación de sus propias normas también está cubierto en este caso.

Por las consideraciones expuestas, la Sala conceptúa que la especial situación del caso concreto legitima, el interés de quienes han recurrido en la presente oportunidad. Así se decide.

Capítulo IV. Sentido y alcance del artículo 4 de la Constitución

La Constitución de la República data del 23 de Enero de 1961, con dos enmiendas: la de 11 de Marzo de 1973 y la del 23 de Marzo de 1983. En su texto se conforman los órganos del Estado llamados a fijar las relaciones entre ellos y los ciudadanos. Formalmente hablando, se trata del acto jurídico escrito relativo a las instituciones políticas cuya elaboración y modificación obedecen a reglas particulares, diferentes de las usuales para la adopción de las leyes ordinarias.

La rigidez constitucional coloca el Texto Fundamental en el tope de la jerarquía normativa del país, de manera que su acatamiento está por encima de las leyes ordinarias, mientras su carácter flexible significaría que se sitúa al mismo nivel de las normas comunes. De allí deriva el principio de la Supremacía Constitucional.

Las razones que explican las constituciones escritas han sido claramente expuestas en la doctrina, acudiendo a motivaciones diferentes. Jacques Donnedieu de Vabres, en su libro *L'Etat,* nos dice que su existencia obedece a diversos motivos.

> "En primer lugar, se trata de definir y justificar la autoridad política. Además de distribuir el poder entre las fuerzas dominantes, a fin de explicar a la opinión pública lo que se puede esperar del Poder. El objeto de una Constitución es establecer un orden racional claro y estable que evite, en la medida de lo posible, la subversión, el golpe de Estado, las intrigas palaciegas, las agitaciones colectivas y los delitos políticos. Una Constitución aparece así progresivamente como una barrera al abuso del poder y como una manera organizada de excluir ciertas formas o ciertos temas de cuestionamiento al Poder. La elaboración de una Constitución es un rito pacificador que acaba con las revoluciones y pacifica los tumultos para los pueblos que se someten a ella. Es también símbolo de independencia". (*Vid. L'Etat*. París, 1971, p. 20).

Las líneas maestras del desarrollo histórico de la Constitución vigente son fácilmente discernibles, si se practica un breve recorrido del período que ha marcado el acontecer del país en los últimos

38 años y se precisan los rasgos fundamentales que lo han caracterizado. Al efecto y con ligeras variantes, ha dominado en ese lapso el llamado Pacto de Punto Fijo, cuyas características han sido descritas por historiadores, politólogos y juristas contemporáneos.

El Estado Constitucional venezolano cimienta su estructura y razón de ser en dos principios fundamentales: a) Por un lado, en la tesis de la democracia o "gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo"; b) por el otro, en el principio de la Supremacía de la Constitución, que coloca a ésta en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, lo cual obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella.

Está planteado en el presente recurso de interpretación una doble cuestión:

Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso, el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración retórica, o 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, en cuyo supuesto la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía.

Se dice que difícilmente cabrá otorgar a la Constitución el calificativo de Ley Suprema si sus obligadas y más elementales adaptaciones al cambio histórico no pueden ser previstas ni reguladas por ella misma. En otras palabras, 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. Pero ello no podrá hacerse sino en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como titular de la soberanía. A la inversa el poder de revisión, o Poder Constituido, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado.

En esa línea de pensamiento, los autores hablan de medios pacíficos y de medios violentos de reforma constitucional. Se concretaría en esta forma la distancia y la separación que media entre la acción prevista en los cauces constitucionales y la revolución, entendiendo por ésta, como dice Cossio, "la ruptura en el orden lógico de los antecedentes" o, según afirman otros, "la ruptura del hilo constitucional dentro del Estado".

Consideran algunos tratadistas que, en un régimen de derecho, toda modificación de la Constitución, para que sea legal, debe efectuarse dentro de las previsiones constitucionales, ya que el Poder Constituyente ilimitado sólo actúa a través de una solución de fuerza (revolución, golpe de Estado, cuartelazo, pronunciamiento, etc.).

Dentro de los procesos de esta naturaleza están las soluciones que obedecen a otros criterios que se manejan frente al cambio, atendiendo fundamentalmente a la idea de justicia y redención social. Ello supone una serie de ajustes que, más allá de modificaciones de fachada, implican transferencia de poder, transformación de estructuras, redistribución de la riqueza, fortalecimiento de los derechos humanos. En suma, nuevas estructuras y nuevas instituciones jurídicas y políticas.

El asunto planteado es el dilema de si a la propia Constitución, le es dado 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 un carácter absoluto e ilimitado. Pareciera ocioso indicar que la idea de supremacía deja de tener sentido cuando se considera que Poder Constituyente y Poder Constituido se identifican y que el poder Constituyente es creado por la Constitución, en lugar de considerarse a la Constitución como obra del Poder Constituyente.

Como afirma Bidegain:

> "El Poder Constituyente es la potestad de dictar la primera Constitución de un Estado, de cambiar la Constitución vigente dándole un sentido político sustancialmente diferente. Los autores distinguen entre Poder Constituyente originario (al que corresponde la anterior descripción) y el que realiza reformas no sustanciales del texto vigente". (*Vid.* Bidegain, Carlos María, *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1969, p. 68)

Cuando se trata del poder de revisión, se está en presencia de una reforma constitucional, que en Venezuela puede ser parcial y entonces se llama "enmienda" o total, que se denomina "general".

La pregunta que se formula es si procede convocar a una revisión de la Constitución o si procede la convocatoria a un Poder Constituyente, a un poder soberano. Ambas hipótesis se han vivido

por diversos Estados, incluyendo a Venezuela, aún cuando no siempre la situación se ha encerrado en los esquemas que doctrinariamente se conocen o los que se han concretado en la realidad de otros países.

El artículo 4 de la Constitución de la República de Venezuela, según los criterios interpretativos tradicionalmente expuestos, consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que éste no puede ejercerla directamente, sino que lo hace a través de los órganos del poder publico a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio.

Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce.

De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación. La Constitución ha previsto a través del sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero, no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse.

Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de funciones del Estado, específicamente consagrados en el texto fundamental (funciones públicas), se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo.

Capítulo V. La técnica interpretativa de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política

El objeto de la interpretación es que la Sala se pronuncie con relación al alcance del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Ello se circunscribe a determinar si de conformidad con dicha norma, puede convocarse a un referéndum consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente.

La Sala hace constar dentro del presente análisis interpretativo, que el mismo versa sobre la convocatoria a referéndum. No a consulta plebiscitaria. En realidad, si bien ambas figuras tienden a confundirse teóricamente, mientras el referéndum se refiere a un texto o proyecto, el plebiscito tiende a ratificar la confianza en un hombre o gobernante. (*Vid.* Leclerq, Claude, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, París 3 eme., Edicion, p. 137).

Al respecto se observa:

El artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establece lo siguiente:

> "El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, El Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras, convocada con cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de su realización, por el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros presentes; o un número no menor del diez por ciento (10%) de los electores inscritos en el Registro Electoral, tendrán la iniciativa para convocar la celebración de un referendo, con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional.
>
> La celebración de los referendos en materias de interés propio de los Estados y Municipios se regirá por lo establecido en las normas que los rigen, respectivamente".

Se desprende así del texto aludido, la consagración jurídica de la figura del referéndum consultivo como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales. De allí que la regla se dirija fundamentalmente a establecer las distintas modalidades para la iniciativa en la convocatoria de la consulta popular.

Dicha norma otorga cualidad para tomar la iniciativa de convocatoria a la celebración del referéndum: i) al Presidente de la República en Consejo de Ministros, ii) a El Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras, por el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros presentes, y iii) a un número no menor del diez por ciento (10%) de los electores inscritos en el Registro Electoral. Tal iniciativa, conforme establece la Ley, deberá ser presentada por ante el Consejo Nacional Electoral, siempre que llene los extremos establecidos explícitamente en la Ley (artículos 182 y 183 *eiusdem*), el cual previa la verificación del cumplimiento de tales requisitos, procederá a publicar la resolución en cuyo texto se indique la oportunidad de celebración del mismo y los puntos concretos a ser consultadas al cuerpo de sufragantes.

Ahora bien, la duda planteada por los solicitantes viene fundamentalmente referida al aspecto sustancial del referéndum consultivo, el cual eventualmente, y dada la verificación del caso concreto, ha generado la procedencia del presente recurso. Esto es, si la materia objeto del mismo podría estar referida a la voluntad popular de reformar la Constitución mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

En tal sentido, se observa que el límite legalmente establecido para que resulte procedente la participación popular por la vía del referéndum, responde, tal como textualmente lo prevé la norma, a que el objeto de la consulta se refiera a decisiones de especial trascendencia nacional, dejando a un lado las materias de índole regional y municipal, reguladas por la normativa propia de ese ámbito. Pero la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establece a su vez limitaciones respecto de determinadas materias de importancia nacional. Al efecto, su artículo 185 establece lo siguiente:

> "No podrán someterse a referendos nacionales, las siguientes materias:
>
> 1. Presupuestarias, fiscales o tributarias;
>
> 2. Concesión de amnistías e indultos;
>
> 3. Suspensión o restricción de garantías constitucionales; supresión o disminución de los derechos humanos;
>
> 4. Conflictos de poderes que deban ser decididos por los órganos judiciales;

5. La revocatoria de mandatos populares, salvo lo dispuesto en otras leyes; y,

6. Asuntos propios del funcionamiento de algunas entidades federales o de sus municipios".

A juicio de la Corte, las excepciones indicadas tienen carácter taxativo y absoluto.

Ahora bien, la expresa consagración de restricciones, pone de relieve que el principio general en materia de participación democrática radica en que la globalidad de los asuntos de especial trascendencia nacional puede ser consultada a través de este mecanismo.

Aun cuando el resultado de la decisión popular adquiere vigencia inmediata, su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé 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.

El Poder Constituyente Originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional. En este orden de motivos, la idea del Poder Constituyente presupone la vida nacional como unidad de existencia y de decisión. Cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, estamos en presencia del Poder Constituido. En cambio, lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de los poderes constituidos es función del Poder Constituyente. Este no debe confundirse con la competencia establecida por la Constitución para la reforma de alguna de sus cláusulas.

La competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto, es Poder Constituyente Instituido o Constituido, y aun cuando tenga carácter extraoficial, está limitado y regulado, a diferencia del Poder Constituyente Originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido.

En este sentido, se observa que el hecho de estar enmarcado históricamente el Poder Constituyente en la normativa constitucional, no basta para entenderlo subrogado permanentemente al Poder Constituido.

Pretender lo contrario, o sea, que las facultades absolutas e ilimitadas que en un sistema democrático corresponden por definición a la soberanía popular puedan ser definitivamente abdicados en los órganos representativos constituidos, equivaldría, en palabras de BERLIA:

> "que los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana para convertirse en los representantes soberanos de la nación". (*Cfr*. Berlia, G., "De la Compétence Constituante*" en Revue de Droit Public*, 1945, p. 353, citado por Pedro, De Vega en *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, p. 231)

Al respecto, el mismo DE VEGA afirma:

> "De esta forma, la subsunción del poder constituyente en el ámbito de la normativa constitucional, para lo único que terminará sirviendo será, no como pretendía Frochot en su célebre discurso, 'para garantizar la Constitución contra las ambiciones de sus representantes o delegados', sino para sustraer al pueblo el ejercicio real de su soberanía y asegurar, constitucional y legalmente frente al mismo, el poder ilimitado de sus mandatarios." (*Cfr*. De Vega, Pedro, *op. cit*. pp. 231 y 232).

Nuestra Carta Magna, no sólo predica la naturaleza popular de la soberanía, sino que además se dirige a limitar los mecanismos de reforma constitucional que se atribuyen a los Poderes Constituidos, en función de constituyente derivado.

Así, cuando los artículos 245 al 249 de la Constitución consagran los mecanismos de enmienda y reforma general, está regulando los procedimientos conforme a los cuales el Congreso de la República puede modificar la Constitución. Y es, por tanto, a ese Poder Constituido y no al Poder Constituyente, que se dirige la previsión de inviolabilidad contemplada en el artículo 250 *eiusdem*.

De allí, que cuando los poderes constituidos propendan a derogar la Carta Magna a través de "cualquier otro medio distinto del que ella dispone" y, en consecuencia, infrinjan el límite que constitucionalmente se ha establecido para modificar la Constitución, aparecería como aplicable la consecuencia jurídica prevista en la disposición transcrita en relación con la responsabilidad de los mismos, y en modo alguno perdería vigencia el Texto Fundamental.

Sin embargo, en ningún caso podría considerarse al Poder Constituyente originario incluido en esa disposición, que lo haría nugatorio, por no estar expresamente previsto como medio de cambio constitucional.

Es inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente.

Esta, indudablemente, es la tesis recogida por el propio constituyente de 1961, el cual, consagró normas reguladoras de la reforma o enmienda de la Constitución dirigidas al Poder Constituido y a un tiempo, incluso desde el Preámbulo, la consagración de la democracia como sistema político de la nación, sin soslayar, coherentemente, el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo.

Ello conduce a una conclusión: la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla.

Capítulo VI. El Preámbulo de la Constitución

Es principio generalmente admitido por la Ciencia Constitucional, que el Preámbulo del Texto Fundamental forma parte del mismo. Los preceptos contenidos en él obligan tanto como los que están inscritos en su articulado.

Con motivo de la discusión del Proyecto de Constitución en vigor, su Preámbulo, entendido como su columna vertebral fue preocupación de los integrantes de la Asamblea Constituyente de 1946. El Dr. Ambrosio Oropeza se expresó así:

> "El Preámbulo es el supuesto de hecho que sirve de fundamento a la norma constitucional, algo así como el punto de partida que lleva al Poder Constituyente a dictar normas que han de ser fundamentales para la vida del país." (*Vid.* citado por el Dr. Eduardo Fernández "El Preámbulo de la Constitución" en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje al Dr. Rafael Caldera*, Tomo I, p. 197.)

En el Preámbulo de la Constitución vigente se señala como propósito fundamental de la nación venezolana:

> "Sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos y favorecer pacíficamente su extensión a todos los pueblos de la tierra".

La Sala estima la expresión contenida en el Preámbulo como algo que debe ser, lo cual acrecienta la posibilidad de que la acción se oriente por aquél en grado considerable. Se trata, como diría Max Weber, de una legitimidad legal racional.

El Preámbulo, conforme a lo expuesto por Bidart Campos:

> "...nos proporciona base para pensar que la ideología de la Constitución no consiente desfigurar, alterar o suprimir nada de lo que da fisonomía y estilo a nuestra convivencia...". (*Vid. Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1975, p. 36)

De otra parte, la norma constitucional se ha vinculado, históricamente, a condiciones de tiempo y lugar cuya dinámica es, por esencia fundamental, pero que, en un momento dado constituye expresión de un determinado proyecto nacional.

Capítulo VII. El derecho a la participación

La Sala pasa a examinar la tesis del derecho a la consulta popular sobre la convocatoria al pueblo para una Asamblea Constituyente, entendido como un derecho no enumerado o implícito, tal como lo prevé el artículo 50 de la Constitución de la República. En efecto, esta norma prescribe que:

> "la enunciación de los derechos y las garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".

Es importante destacar que el artículo 50 consagra expresamente la posibilidad de la laguna constitucional, en el sentido de que una exigencia al derecho, fundamentada objetivamente por las circunstancias sociales, políticas y económicas dadas, no encuentre satisfacción en la Constitución misma. Pero cuando el artículo 50 habla de derechos no enumerados o implícitos es la propia Constitución la que consagra la posibilidad de la laguna, no siendo ésta el resultado de una decisión del intérprete.

La Escuela italiana considera que:

> "la primera característica de la Constitución como fuente del Derecho Constitucional, es que se trata de un acto normativo escrito tendiente a regular la materia en su totalidad, aún cuando como dice Mortati, hablando en términos absolutos, ninguna Constitución regula toda la materia ya que, por varias razones, ella siempre presenta lagunas que es necesario y procedente colmar". (Citado por Lavagna, Carlo, *Istituzioni di Diritto Publico*, Roma, 1966, p. 175)

Por consiguiente, en el caso del artículo 50, la laguna posible es prevista por la Constitución, aunque su constatación sea obra de la exégesis que no encuentra regulación para el derecho a la consulta en la enumeración enunciativa de los derechos ciudadanos. Es claro, pues, que la laguna de la Constitución es reconocida por ella misma y resulta superflua por eso toda discusión respecto a si la ley fundamental es plena o no.

Pero, además, constatada la laguna, la integración puede realizarse conforme al Título VI, artículo 181 y ss. de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, dado que los referendos se relacionan con la consulta a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional.

El referéndum previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución.

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

Por lo demás, nada de lo dicho afecta al postulado de la plenitud hermética del orden jurídico. Técnicamente, el derecho es un todo pleno, y esto es así, porque el derecho no está integrado sólo por normas generales, sino también por normas individualizadas, aparte de tratarse de todo un proceso, no de un orden estático de

preceptos, de modo que su contextura es una realidad tensa y dialéctica, en permanente creación y aplicación. Además, como los criterios de valoración jurídica no se agotan en el derecho legislado (ya que éste es sólo una parte del derecho existente), hablar de lagunas es aludir al carácter parcial e incompleto de las fuentes objetivadas.

Cuando se admite la plenitud del orden jurídico o las lagunas de la ley, incluida la Constitución como ley fundamental, se reconoce que el Derecho se encuentra en una cierta relación de excedencia respecto a la ley, lo que hace que ésta, por definición, no sea apta para decidir todos los casos que puedan presentarse.

La Sala entiende que el llamado problema de las lagunas nace del dogma positivista de identificar derecho y ley, y de la exorbitancia del espíritu de la codificación, que aspira a dotar al derecho positivo de un sentido pleno y hermético por razones de certeza jurídica.

Tampoco debe dejarse de lado el criterio dinámico de interpretación acogido por la jurisprudencia. Ello supone aplicar los juicios estimativos de cada época, para dar cabida a las soluciones requeridas por los problemas e ideas contemporáneas.

Capítulo VIII. Decisión

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de conformidad con el orden constitucional vigente (Preámbulo, artículo 4 y artículo 50), artículos 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y 42 ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, declara que:

La interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referéndum 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.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en caracas, a los diecinueve días del mes de enero de mil novecientos noventa y nueve. Años: 188º de la Independencia y 139º de la Federación.

La Presidente,	Cecilia Sosa Gómez
El Vicepresidente, Ponente,	Humberto J. La Roche
Magistrados:	Hildegard Rondón de Sansó,
	Hermes Harting,
	Héctor Paradisi León
La Secretaria:	Anaíz Mejía Calzadilla

II. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA. SENTENCIA N° 18 (CASO *REFERENDO CONSULTIVO II*), DEL 19 DE ENERO DE 1999

Magistrado Ponente: Héctor Paradisi León

Mediante escrito de fecha 21 de octubre de 1998, presentado ante la Secretaría de esta Sala Político-Administrativa, los abogados Miguel José Mónaco Gómez, Yulena Sánchez Hoet, José Gregorio Torrealba Rodríguez, Daniel Caballero Ozuna, Xavier Córdova Figallo y Xabier Escalante Elguezabal, titulares de las cédulas de identidad Nº 11.262.974, 11.306.798, 11.312.501, 11.312.856, 11.664.057 y 10.534.928, e inscritos en el INPREABOGADO bajo los números 58.461, 66.501, 71.763, 71.762, 73.329 y 48.460, respectivamente, actuando en su propio nombre, solicitaron la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política -contenido en el Título VI, relativo a los Referendos- de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42, numeral 24, y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Del anterior escrito se dio cuenta en Sala el 22 de octubre de 1998 y se designó Ponente al Magistrado Alfredo Ducharne Alonzo.

El 10 de noviembre del mismo año, el abogado Cesáreo Espinal Vásquez, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el Nº 134, actuando en su propio nombre y en representación de la Asociación Civil "Unión Justocrática", consignó escrito en el cual hace consideraciones sobre la petición que da lugar a la presente decisión, solicitando, finalmente, "se declare improcedente" el recurso de interpretación ejercido.

Posteriormente se restructuró la Sala con la incorporación de los Magistrados Hermes Harting y Héctor Paradisi León, reasignándose la Ponencia al Magistrado que con tal carácter suscribe el presente fallo.

Siendo la oportunidad de decidir, pasa esta Sala a hacerlo, previas las siguientes consideraciones:

I. DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN

Narran los solicitantes que, la norma cuya interpretación se solicita establece la posibilidad de que, por iniciativa del Presidente de la República, del Congreso de la República, o de al menos el 10% de los electores inscritos en el Registro Electoral, se convoque a un referendo para consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional.

Que es un hecho notorio, a raíz del debate electoral, la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente con el fin de elaborar un nuevo texto constitucional.

Que al respecto se han propuesto dos mecanismos relativos a la forma en que debería ser convocado este tipo de órgano extraordinario de carácter supraconstitucional. Los defensores del primero sostienen la necesidad de una previa reforma constitucional en la cual se le diera cabida a la figura de la Asamblea Constituyente y se establezca la forma o los medios necesarios para su convocatoria, en virtud de que la misma no se encuentra prevista en el texto constitucional. Quienes sostienen la otra tendencia, coinciden en afirmar que sólo basta realizar un referendo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política para convocar la Asamblea Constituyente, sin que medie proceso de reforma o enmienda.

Que tal discusión o polémica es, desde el punto de vista probatorio, un hecho notorio que no debe ser objeto de prueba, de acuerdo con lo previsto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil.

En opinión de los solicitantes, la norma objeto del debate "…sólo permite 'consultar' a los integrantes del cuerpo electoral nacional, sin que la opinión manifestada por dicho cuerpo pueda servir de fundamento a la convocatoria de una Asamblea Constituyente…", pues para ello sería necesaria la enmienda o reforma pre-

via de la Ley Originaria, ya que estos son los únicos medios contemplados en el ordenamiento jurídico nacional para modificar válidamente la Constitución.

En razón de lo anterior, solicitan a esta Sala "…establezca de manera cierta e indubitable la inteligencia y significado del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política a los efectos de conocer si con fundamento en dicha norma puede convocarse un Referendo que sirva de base para la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin que medie una Enmienda o una Reforma de la Constitución", todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42, numeral 24, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

II. DE LA COMPETENCIA

Previa y necesariamente debe esta Sala considerar, respecto al caso subiudice, lo relativo a la competencia, en atención al orden público del cual está investida.

En tal sentido se observa:

El artículo 42, numeral 24, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia consagra el denominado recurso de interpretación en los siguientes términos:

> "Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:
>
> (*omissis*)
>
> 24.- Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la Ley".

Por su parte, el artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establece que:

> "El Consejo Nacional Electoral, los partidos nacionales y regionales, grupos de electores y toda persona que tenga interés en ello, podrán interponer ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el Recurso de Interpretación previsto en el numeral 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, respecto a las materias objeto de esta Ley y de las normas de otras leyes que regulan la materia

electoral, los referendos consultivos y la constitución, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas". (subrayado añadido).

Una interpretación concatenada de los dispositivos legales anteriormente transcritos pone de relieve la competencia de esta Corte Suprema de Justicia y, más concretamente, de la Sala Político-Administrativa, para conocer del presente recurso, y así se declara.

III. LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

Para la admisión de este especial medio procesal, se exigen, naturalmente, los requisitos previstos en el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; formalidades que han sido constatadas en el presente caso, sin que ninguna de ellas se oponga a la admisión del presente recurso.

Pero a la par de ello, doctrina y jurisprudencia han ido delineando progresivamente su contenido y alcance y, con ello, los caracteres distintivos del mismo, a saber: 1) Que la ley que contenga la norma cuya interpretación se solicita, contemple expresamente el ejercicio de este tipo de recurso. 2) La necesaria conexión del recurso con un caso concreto y; 3) Que la norma a ser interpretada sea de rango legal.

Vistas las condiciones anteriormente anotadas, a la luz del caso *subiudice*, la Corte pasa a pronunciarse sobre la admisibilidad del presente recurso, y a tal efecto observa:

1) Ciertamente que la habilitación de este órgano judicial debe emanar expresamente de la Ley, así lo exige el numeral 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. ("…en los casos previstos por la ley"). Sin embargo, mas recientemente la Sala ha declarado que la disposición permisiva "…no necesariamente debe estar contenida en la Ley cuyo significado se requiere, ya que la habilitación puede extenderse a otros textos legales relacionados material o sustantivamente con la Ley que permite el recurso de interpretación, cuando ésta lo disponga así expresamente" (*Vid.* Sentencia del 25 de agosto de 1998).

En el presente caso, la habilitación es directa y expresa. La propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política prevé el mecanismo de la interpretación judicial, y lo estipula específicamente

para el caso de los referendos consultivos, por lo que debe entenderse satisfecha esta exigencia, cuyo fin no es otro que el de evitar el uso indiscriminado y caprichoso de esta especial forma de acción.

2) El que la interpretación solicitada esté relacionada con un caso concreto, es también una exigencia arraigada en nuestra jurisprudencia, según se aprecia de los fallos de fecha 27 de septiembre de 1984, 17 de abril de 1986 y 10 de octubre de 1991, entre otros. Ello se explica por el doble propósito de legitimar a la parte actora, asegurando el interés que la Ley reclama, y de dotar de viabilidad la aplicación del fallo a una situación determinada, respecto de la cual se exige un conocimiento objetivo y veraz de las dudas planteadas y de los eventuales efectos de la interpretación que se produzca.

Como se aprecia, de la lectura de la norma que se invoca como fundamento de la pretensión interpretativa (artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política), transcrita *ut supra*, no solo quien represente al máximo organismo electoral, a los partidos políticos y grupos de electores está facultado para accionar por esta especial vía procesal; sino también toda persona que tenga interés en ello; interés cuya naturaleza la Ley no califica, y respecto al cual surgen opiniones disímiles llegándose a afirmar que debe tratarse de un "interés legítimo derivado del caso concreto" (Antonio Silva Aranguren, *Revista de Derecho Administrativo* Nº 1).

Los recurrentes, por su parte, se afirman poseedores del interés propio de quienes serían llamados al sufragio, y de quienes resultarían claramente afectados por la iniciativa de instaurar una Asamblea Constituyente; argumentación no deleznable en forma alguna, dada la necesidad sentida de la ciudadanía, en el sentido de que tan fundamentales cambios ostenten la credibilidad y legitimidad que solo pueden aportarle o negarle los organismos competentes del Poder Público Nacional.

Pero, además, advierten que la duda jurídica que los motiva es la situación concreta planteada en el país, respecto a la posible convocatoria de una Asamblea Constituyente, como resultado de una consulta popular. Afirman que hasta el mas apático de los venezolanos conoce de las divergencias planteadas en torno al asunto, a través de los medios de comunicación.

> La veracidad incontestable de estas afirmaciones deriva de la notoriedad y publicidad conferidas al debate en cuestión, lo que constituye, sin lugar a dudas, el "hecho concreto" que tradi-

> cionalmente ha exigido la doctrina de esta Corte. Una de las mas recientes decisiones de esta Sala en la materia (fallo 12 de diciembre de 1996), alcanza ciertas precisiones conceptuales que conviene invocar, respecto de la exigencia de "un caso concreto": "…entiéndase por éste una situación de incertidumbre generalizada respecto al alcance e inteligencia de la Ley, situación que se origina en las disímiles interpretaciones dadas al mismo precepto legal".

Resulta, pues, innegable, que la situación de incertidumbre creada en torno al alcance e inteligencia de lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, configuraría un caso concreto capaz de ser analizado por vía de este especial recurso.

3) Se ha limitado claramente el recurso de interpretación a normas de rango legal. Esta restricción se ha aplicado fundamentalmente a los textos de jerarquía inferior a la Ley (reglamentos y otros decretos, resoluciones, ordenes y providencias administrativas), y también se ha negado para la interpretación de preceptos constitucionales.

Obviamente, tales limitaciones no condicionan la actuación de este juzgador en esta oportunidad, pues en el caso concreto lo que se nos plantea es el análisis de una norma legal: el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Por otra parte, es necesario, además, traer a colación que, la Asociación Civil "Unión Justocrática", representada por el abogado Cesáreo Espinal Vásquez, afirma que el debate existente debería ser planteado ante la Corte en Pleno, a la luz de la competencia establecida en el ordinal 6º del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, o conforme al ordinal 1º del mismo artículo, por existir una clara colisión de la norma legal con la Constitución. Este grupo que se opone a la procedencia del recurso objeto del presente fallo ostenta, sin lugar a dudas, el mismo interés que la parte actora; por lo que, a la luz de lo dispuesto en los artículos 370, ordinal 3º, y 379 del Código de Procedimiento Civil, y por cuanto los mismos hechos públicos y notorios que habilitan a los recurrentes, constituyen prueba fehaciente del interés de la parte opositora en el asunto, debe admitirse la participación de ésta, y así se declara.

Además, este último planteamiento, resulta, sin duda, condicionante en cuanto pudiese traducirse en una cuestión de inadmisibilidad de la acción propuesta.

> Ellos atribuyen a los recurrentes en interpretación, afirmaciones según las cuales existiría una colisión entre el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y el artículo 246 de la Constitución. Pero una vez analizado el escrito contentivo de la solicitud de interpretación, constata esta Sala que no se encuentra en su texto una precisión semejante.

Por lo demás, no es cierto que el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política resulte, per se, una formula contradictoria de los preceptos constitucionales relativos a la enmienda y a la reforma de la Carta Magna.

Por todo ello, no existiendo impedimentos formales que lo impidan, debe admitirse el recurso de interpretación interpuesto, procediendo en consecuencia al pronunciamiento de fondo solicitado.

IV

La parte actora, en su petitorio, plantea: "…que, frente a la duda jurídica se nos presenta y que existe en el país en la realidad de los hechos descrito *ut supra*, establezca de manera cierta e indubitable la inteligencia y significado del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política a los efectos de conocer si con fundamento en dicha norma puede convocarse un Referendo que sirva de base para la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin que medie una Enmienda o una Reforma de la Constitución".

El artículo cuya interpretación se solicita, es del tenor siguiente:

> "El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, el Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras, convocada con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación a la fecha de su realización, por el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los miembros presentes; o un número no menor del diez por ciento (10%) de aquellos electores inscritos en el Registro Electoral, tendrán la iniciativa para convocar la celebración de un referendo, con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional.

La celebración de los referendos en materia de interés propio de los Estados y Municipios se regirá por lo establecido en las normas que los rigen, respectivamente".

A juicio de esta Sala la aplicación de esta formula consultiva a un caso concreto, dependería de que queden satisfechos dos requisitos fundamentales, a saber: 1) La necesidad de que el asunto sometido a consulta este revestido de una especial trascendencia para el colectivo; y 2) La no inclusión de esta materia en la enumeración taxativa contenida en el artículo 185 de la misma Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso tiene una especial trascendencia nacional, en la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los Órganos competentes del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que, previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza.

En resumen, se trataría de un acontecimiento de la mayor trascendencia nacional que, tal como lo concibe los recurrentes, estaría destinado a conocer la opinión del colectivo-soberano, respecto a la procedencia o no de una convocatoria a una Asamblea Constituyente.

En lo que se refiere a las prohibiciones expresas de la Ley; esto es, a las materias cuyo contenido no puede ser sometido a un referendo consultivo, debe puntualizarse que el carácter genérico de la tendencia reformista no ha definido a ninguna de estas áreas del quehacer nacional como meta específica de los cambios al texto supremo.

Por otra parte, no se nos plantea el que cambios concretos en estas materias vayan a ser consultados al soberano por vía del referendo en cuestión. Por ello, debe concluirse el que no existe tal impedimento.

Así pues, esta forma de consulta popular sería jurídicamente viable, siempre que se ciña a los supuestos del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; esto es:

Que la iniciativa surja de una cualquiera de las tres fuentes:

- El Presidente de la República, en Consejo de Ministros.

- El Congreso, por acuerdo adoptado por las dos terceras partes de sus integrantes, en sesión conjunta.

- El 10%, por lo menos, de los electores inscritos en el Registro correspondiente.

Esta conclusión se corresponde, en un todo, con el fallo publicado en esta misma fecha, con motivo del recurso de interpretación interpuesto por Raúl Pinto Peña, Enrique Ochoa Antich y Viviana Castro, en cuyo dispositivo se afirmó que a través del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política "…puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional distinta a las expresamente excluidas por la Ley…incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente".

V

Por las razones expuestas, esta Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que, si es procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente, en los términos expuestos en este fallo.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en Caracas, a los 19 días del mes de enero de mil novecientos noventa y nueve. Años: 188º de la Independencia y 139º de la Federación.

La Presidente,	Cecilia Sosa Gómez
El Vicepresidente, Ponente,	Humberto J. La Roche
Magistrados:	Hildegard Rondón de Sansó,
	Hermes Harting,
	Héctor Paradisi León
La Secretaria:	Anaíz Mejía Calzadilla

ÍNDICE GENERAL

NOTA EXPLICATIVA 11

"A MANERA DE PRÓLOGO"

ULISES, LAS SIRENAS Y LOS MUERTOS CONSTITUYENTES, por Eduardo Jorge Praga 21

"A MANERA DE PRESENTACIÓN"
MORTE DI UNA COSTITUZIONE

(Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, 19 de enero de 1999), por Alessandro Pace 27

PRIMERA PARTE

RECUERDOS DE SOBRE MI PARTICIPACIÓN EN LA "POLÉMICA CONSTITUYENTE," Y LAS LECCIONES DEL "POPULISMO CONSTITUCIONAL" QUE CARACTERIZÓ AL PROCESO CONSTITUYENTE VENEZOLANO DE 1999, por Allan R. Brewer-Carías 45

I. EL INICIO DE UNA POLÉMICA 46
II. LA PROPUESTA SOBRE LA ASAMBLEA CONSTITIUYENTE EN 1992 48
III. MI ENTREVISTA CON EL PRESIDENTE CARLOS ANDRÉS PÉREZ SOBRE EL TEMA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 53
IV. LA NECESIDAD DE REGULAR LA ASAMBLEA COSTITUYENTE EN LA CONSTITUCIÓN PARA PODER CONVOCARLA 55

V. LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL PARA LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y LA CEGUERA DE LOS PARTIDOS POLÍTIOS 59
VI. EL SURGIMIENTO DE LA PROPUESTA CONSTITUYENTE PRODUCTO DEL POPULISMO CONSTITUCIONAL 66
VII. ALGUNOS RECUERDOS DE MI PARTICIPACION EN LA POLÉMICA CON CHÁVEZ SOBRE LA CONSTITUYENTE Y las REUNIONES CON SU ENTONCES MENTOR LUIS MIQUILENA 71
VIII. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA Y LA CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE POR CHÁVEZ 78
IX. EL NUEVO DEBATE: SOBRE LA ASAMBLEA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1961 Y SU SUPUESTO CARÁCTER DE PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO 81
X. LA RECETA DEL POPULISMO CONSTITUCIONAL 87
XI. COMENTARIOS SOBRE LA SUMISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE, MEDIANTE EL CONTRADICTORIO ACUERDO QUE ADOPTÓ SOBRE EL DECRETO DICTADO POR ÉSTA, FORMULADOS EN EL MISMO SENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE 92
1. El Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia en relación con el Decreto de Reorganización del Poder Judicial 94
2. Los Votos Salvados al Acuerdo 97
A. El Voto salvado del Magistrado Héctor Paradisi León 97
B. Voto salvado del Magistrado Nelson Rodríguez García 97
C. Voto salvado del Magistrado Hermes Harting 97
D. Voto salvado del Magistrado Héctor Grisanti Luciani 98
E. Voto salvado del Magistrado Aníbal Rueda 99
F. Voto salvado de la Magistrado Cecilia Sosa Gómez 99
3. Apreciación general sobre las contradicciones del Acuerdo 102
XII. EL RESULTADO AUTORITARIO DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 103
XIII. ALGUNAS LAS LECCIONES DEL PROCESO VENEZOLANO CON REFERENCIAS AL PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE INICIADO EN 2021 109

SEGUNDA PARTE

EL EQUILIBRIO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL: ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

A propósito de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 19 de enero de 1999,

por Allan R. Brewer-Carías 115

I. LAS DECISIONES DE LA CORTE SUPREMA SOBRE EL REFERÉNDUM CONSULTIVO RELATIVO A LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE FECHA 19 DE ENERO DE 1999 118

1. La sentencia Referéndum Consultivo II (Ponencia del Magistrado Héctor Paradisi) 118
2. La sentencia Referéndum Consultivo I, (Ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche) 122

II. EL DILEMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL 127

III. LA SOBERANÍA POPULAR Y EL ARTÍCULO 4° DE LA CONSTITUCIÓN COMO REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA 131

1. El principio histórico de la soberanía del pueblo manifestada sólo conforme a la Constitución de acuerdo con el principio de la democracia representativa 131
   - A. El cambio político, la Constitución y la Asamblea Constituyente 131
   - B. El Poder Constituyente Instituido por la Constitución de 1961 132
   - C. La trayectoria histórica del artículo 4° de la Constitución 136
2. Las salidas establecidas por la Corte Suprema de Justicia para superar el conflicto constitucional 144
   - A. El principio democrático y la supremacía constitucional .. 144
   - B. El artículo 4º de la Constitución y el principio de la democracia representativa 146
   - C. La democracia directa 147

IV. LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SUFRAGIO Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL 149

1. La supremacía constitucional y la regulación del Poder Constituyente Instituido 150

2. La interpretación de la Corte Suprema sobre el referéndum consultivo y la reforma constitucional 155
3. Las precisiones de la Corte sobre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos 157
4. El Poder Constituyente Instituido y la reforma constitucional..... 161
5. La consulta popular sobre la convocatoria a la Asamblea Constituyente como derecho inherente a la persona humana..... 167

TERCERA PARTE

LA CONFIGURACIÓN JUDICIAL DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999: O DE CÓMO EL GUÁRDIAN DE LA CONSTITUCIÓN ABRIÓ EL CAMINO PARA SU VIOLACIÓN Y PARA SU PROPIA EXTINCIÓN
por Allan R. Brewer-Carías 173

I. LA BANDERA ELECTORAL (1998) DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y LOS OBSTÁCULOS CONSTITUCIONALES PARA CONVOCARLA 176
II. EL DILEMA ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA OMISIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN RESOLVERLO 179
III. LA APERTURA DE LA "CAJA DE PANDORA" CONSTITUYENTE POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA..... 191
IV. LA CONVOCATORIA AL REFERÉNDUM SOBRE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE Y LOS INTENTOS DE SECUESTRO DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POPULAR..... 203
V. LOS INTENTOS POR RECOGER LOS "DEMONIOS CONSTITUYENTES" DESATADOS Y LA INEFECTIVIDAD EN DEFINIRLE LÍMITES A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE CONVOCADA CON FUNDAMENTO EN EL REFERENDO CONSULTIVO 216
VI. LOS INTENTOS TARDÍOS DE LA CORTE SUPREMA EN PRETENDER SOMETER EL PROCESO CONSTITUYENTE A LA CONSTITUCIÓN DE 1961 234
VII. DE CÓMO LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE ASUMIÓ EL CONTROL TOTAL DEL PODER, HACIENDO CASO OMISO A LAS DOCTRINAS DE LA CORTE SUPREMA QUE HABÍAN FUNDAMENTADO SU PROPIA CREACIÓN..... 238

VIII. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE COMO INSTRUMENTO POLÍTICO PARA EL ASALTO AL PODER... 244

CUARTA PARTE

OTROS ESTUDIOS Y COMENTARIOS SOBRE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 19 DE ENERO DE 1999

I. JUAN M. RAFFALLI ARISMENDI, "Reconocimiento judicial del proceso constituyente y sus consecuencias," (1999)... 271
INTRODUCCIÓN ... 271
I. DUDAS RAZONABLES. ... 272
II. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DERECHO A LA REVOLUCIÓN. ... 275
III. LAS SENTENCIAS DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA ... 277
IV. PROCESO SIN REGLAS ... 286
V. LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD ... 288
VI. SOLO EL TIEMPO LO DIRÁ. ... 289
CONCLUSIONES ... 291
II. RAMÓN GUILLERMO AVELEDO, "Sobre los riesgos de reformar la Constitución por un medio no establecido en ella (Visión del proceso constituyente venezolano de 1999)" ... 293
I. RESUMEN ... 294
II. PREVISIONES VENEZOLANAS PARA LA MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. LAS ENMIENDAS Y REFORMAS. INVIOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN ... 295
III. LA PROPOSICIÓN DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE ... 300
IV. ¿ES NECESARIO REFORMAR PREVIAMENTE LA CONSTITUCIÓN PARA CONVOCAR A UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE? EL DEBATE Y SUS INCIDENCIAS ... 302
V. LA DOCTRINA PERTINENTE ... 310
VI. EL CASO COLOMBIANO ¿PRECEDENTE O ADVERTENCIA? ... 315
VII. LOS RIESGOS EN LA VIDA REAL, JURÍDICA Y POLÍTICA ... 319

III. VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE, "La contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, la Democracia y el Estado de Derecho" 331

INTRODUCCIÓN..... 331

I. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ANTE EL PROCESO CONSTITUYENTE 333

1. El reconocimiento del referendo como mecanismo de Participación Política 333

2. La impugnación de la convocatoria a referendo para realizar una Asamblea Nacional Constituyente 338

3. La impugnación de las Bases Comiciales aprobadas en el referendo por el pueblo 341

4. El establecimiento del ordenamiento jurídico aplicable para elegir a los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente..... 344

II. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ANTE LOS ACTOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE..... 345

1. La posición de la Corte Suprema de Justicia ante el Decreto de Reorganización del Poder Judicial 348

2. La posición de la Corte Suprema de Justicia ante el Decreto de de Regulación de funciones del Poder Legislativo..... 351

III. LA USURPACIÓN DE FUNCIONES DEL PODER JUDICIAL POR EL PODER EJECUTIVO 355

CONSIDERACIONES FINALES 358

IV. CARLOS LUIS CARRILLO ARTÍLES, "Las singularidades del proceso constituyente en Venezuela. Análisis histórico jurídico," 363

Antecedentes históricos 363

La acrisolada discusión y dialéctica post eleccionaria, en torno a la forma de la convocatoria a una Constituyente Nacional. 366

La tesis restrictiva positivista. 366

La fundamentación del implementado sistema de rigidez constitucional en la Constitución de la República de Venezuela de 1961. 367

El sistema de Enmiendas y Reformas implementado en los artículos 245 y 246 de la Constitución de la República de Venezuela 1961..... 368

La inviolabilidad de la Constitución de 1961. El blindaje constitucional del artículo 250. 370

Errores reinantes sobre la concepción de la subordinación del poder al derecho 373
La especificidad del Poder Constituyente. 373
Justificación y límites del Poder Constituyente. 375
El carácter revolucionario de la operación constituyente 376
Diferencias entre golpe de Estado y revolución institucional 377
La noción de soberanía y su relación con el poder constituyente. . 378
Los errores e imprecisiones de las tesis oficialista y positivista restrictiva..... 379
Las decisiones jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia que dieron piso jurídico a la propuesta oficial del referéndum consultivo para convocar a una Asamblea Constituyente. 381
La decisión del 19 de enero de 1999, bajo ponencia de Héctor Paradisi León. 381
La decisión del 19 de enero de 1999, bajo ponencia de Humberto La Roche. 382
La fractura efectuada por el máximo tribunal de los elementos jurisprudenciales preestablecidos para los recursos de interpretación. 384
La iniciativa presidencial de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. 385
Las imprecisiones de la segunda pregunta del Decreto Nº 3 del 2 de febrero de 1999..... 386
La posible distorsión hacia un referéndum autorizatorio. 387
La imprecisión en la utilización del pretendido carácter de "acto de gobierno", para fijar las bases del proceso comicial para elegir a los integrantes de la Asamblea Constituyente. 387
La modificación jurisprudencial del Decreto Nº 3 por la decisión de la Corte Suprema De Justicia, de fecha 18 de marzo de 1999, bajo ponencia del Magistrado Hermes Domingo Harting. 388
Las bases comiciales del referéndum. G.O Nº 36.669 de fecha 23 de marzo de 1999. 390
La cláusula octava..... 391
La cláusula novena. 391
La decisión de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 13 de abril de 1999, sobre la aclaratoria de la decisión de fecha 18 de marzo de 1999, y su pronunciamiento reformulador de la cláusula octava de las Bases Comiciales, bajo ponencia del Magistrado Hermes Domingo Harting. 392

Los aspectos positivos de la convocatoria. 393
Los resultados de la elección de la ANC. 393
la decisión de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 14 de octubre de 1999, sobre la emergencia legislativa, bajo ponencia del magistrado Iván Rincón Urdaneta..... 394
El Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre declaratoria de emergencia legislativa y de regulación de las funciones del Poder Legislativo 395
La fundamentación de la pretensión del recurrente. 396
Punto previo de la decisión. El establecimiento de la competencia del máximo tribunal..... 397
El planteamiento de la voluntad constituyente fuera de los órganos y potestades del Estado. La tesis de Sieyès. La idea del revestimiento de soberanía en la Asamblea Constituyente..... 398
Los diversos votos salvados en el fallo de fecha 14 de octubre de 1999, sobre la emergencia legislativa..... 401
El sucinto voto salvado de Héctor Grisanti Luciani. La omisión o descuido de la Corte De no tomar en cuenta el acuerdo previo suscrito entre la Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso. 401
El voto salvado de Hermes Domingo Harting. la evidente contradicción sentencias de la Corte de fechas 18 y 23 de marzo de 1999 y 13 de abril de 1999. El principio de la universalidad del control de los actos del Poder Público. 401
El voto salvado de Humberto La Roche. 403
El voto salvado Hildegard Rondón de Sansó. La Desnaturalización de las citas de Sieyès. 404
El voto salvado Belén Ramírez. La denuncia de la violación del Reglamento de reuniones de la Corte Suprema de Justicia. ANC como expresión de soberanía no como órgano que detenta soberanía. El posible decaimiento del interés procesal por acuerdo Congreso ANC..... 406
El problema de la revisión de la constitucionalidad del texto fundamental dictado. La irrevisibilidad de la Constitución dimanada por el Constituyente..... 407
BIBLIOGRAFÍA 408

V. RICARDO ANTELA GARRIDO, "La transición constitucional (O cómo la Asamblea Nacional Constituyente se transformó en un poder suprapopular)"..... 411
INTRODUCCION 411

I. LA INVOLUCION JURISPRUDENCIAL (DE UNA ASAMBLEA DEMOCRATICA A UN PODER SUPRACONSTITUCIONAL) 413
1. La Asamblea "de iure" (por sentencias de la Sala Político Administrativa) 413
2. La Asamblea supraconstitucional (por sentencia de la Sala Plena) 414
3. La Asamblea supraconstitucional (por sentencias de la Sala Constitucional) 416

VI. LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO, "¿Hacia un nuevo concepto de poder constituyente?: La Constitución venezolana de 1999," 421
I. El agotamiento del modelo político de la constitución de 1961 y las causas de su crisis 421
II. La consulta al pueblo sobre la convocatoria de la asamblea constituyente 427
1. La enmienda y la reforma en la Constitución de 1961 427
2. El equilibrio del Estado Constitucional: entre la soberanía popular y la supremacía constitucional 430
III. La iniciativa del Presidente de la República para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente 448
1. Decreto Presidencial No. 3 de 2 de febrero de 1999 448
2. Resolución del Consejo Nacional Electoral No. 990217-32 450
3. La anulación de la Resolución del Consejo Nacional Electoral No. 990217-32 451
4. Reformulación de las preguntas del referéndum del 25 de abril de 1999 454

VII. MICHAEL NÚÑEZ TORRES Y RAFAEL ESTRADA MICHEL, Una Asamblea Constituyente para México. (Consideraciones en torno a las relaciones entre ciencia, historia, política y normativa constitucional, con especial referencia al caso de la transición mexicana) 457
I. PELIGROS QUE PUEDE CONLLEVAR UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE SEGÚN NOS ENSEÑA EL DERECHO COMPARADO IBEROAMERICANO 457
II. NUESTRA PROPUESTA 460

VIII. JAIME GRIMALDO LORENTE, La Asamblea Constituyente de 1999 y sus implicaciones para el proceso de descentralización y el régimen federal en Venezuela. Balance en el marco de la Constitución de 1999 463

Los mecanismos de cambio del Sistema de Descentralización y del Régimen Federal 463

La Asamblea Constituyente. Convocatoria y funcionamiento 464

IX. RICARDO COMBELLAS, "El proceso constituyente y la Constitución de 1999," 471

Antecedentes Histórico-Políticos 471

La Convocatoria Constituyente de 1999 477

La Asamblea Nacional Constituyente 484

X. JESÚS M. CASAL H., "Proceso Constituyente, Constitución y Justicia Constitucional" 489

I. INTRODUCCIÓN 490

II. LA ADMISIÓN DE UN PODER CONSTITUYENTE INCONTENIBLE Y SUS CONSECUENCIAS 490

1. La situación político-institucional de 1998-1999 490

2. La convocatoria y el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente 491

III. LOS OBSTÁCULOS O RESISTENCIAS AL PLENO DESPLIEGUE DE LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN TRAS LA OPERACIÓN CONSTITUYENTE Y EL PAPEL DE LA SALA CONSTITUCIONAL 511

1. Dificultades para encauzar jurídicamente la dinámica política 511

2. El papel de la Sala Constitucional 514

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS 518

XI. TULIO ALBERTO ÁLVAREZ, "Revisión constitucional y desfiguración del Proceso Constituyente: Una crítica a la aplicación de la Supraconstitucionalidad y la teoría del Poder Constituyente Originario En América Latina" 521

I. LA CONTRADICCIÓN LÓGICA SUBYACENTE EN LA CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN VENEZUELA 521

II. LA CRÍTICA A UNA VISIÓN TOTALIZANTE Y ABSOLUTA DEL PODER CONSTITUYENTE 525

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN 533

XII. EDUARDO PIACENZA, "Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo No. 17 del 19/1/99 de la CSJ: Algunos materiales para su discusión académica"..... 535
INTRODUCCIÓN 536
I. EL USO DE LA NOCIÓN DE PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO EN EL FALLO DE LA CSJ..... 540
II. LAS CRÍTICAS DE CARRIÓ AL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO..... 541
III. LAS PARADOJAS PRAGMÁTICAS DE LA CORTE..... 551
IV. UNA ARGUMENTACIÓN AUTO-FRUSTRANTE 552
XIII. CARLOS GARCÍA SOTO, "La Asamblea Nacional Constituyente de 2017 en su contexto histórico," 557
EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999..... 557
INTRODUCCIÓN 557
I. EL CONTEXTO EN EL CUAL SE PLANTEA EL TEMA CONSTITUYENTE 558
II. LA PROPUESTA DEL CANDIDATO CHÁVEZ SOBRE LA CONSTITUYENTE 559
III. LA PROPUESTA DE LA CONSTITUYENTE EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961 559
IV. LA ELECCIÓN DEL CANDIDATO HUGO CHÁVEZ COMO PRESIDENTE Y LA CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE 560
V. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL CARÁCTER DEL REFERENDO CONSULTIVO 561
1. ¿Que se planteo a la Corte Suprema De Justicia? 561
2. Las respuestas de la Corte Suprema de Justicia 562
3. La ambigüedad de los criterios de la Corte Suprema de Justicia y la interpretacion de parte de la prensa 565
VI. EL REFERENDO CONSULTIVO CONVOCADO POR EL PRESIDENTE CHÁVEZ 567
XIV. GUSTAVO A. GRAU FORTOUL, "Reembozalando el Pitbull. Consideraciones sobre el proceso que culminó con la propuesta en vigor de la Constitución de 1999 y que está en marcha para sustituirla," 571
SOBRE EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999..... 574

XV. JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G., "La muerte de una Constitución (Veinte Años Después)" 579
INTRODUCCIÓN 579
I. LA OFERTA CONSTITUYENTE Y EL COLAPSO DEL SISTEMA POLÍTICO VENEZOLANO (1998)..... 580
II. EL DEBATE POLÍTICO SOBRE LA CONSTITUYENTE LLEGA A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 581
III. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DICTÓ SU DECISIÓN, PERO LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DICTARON EL VEREDICTO 583
IV. LA MUERTE DE LA CONSTITUCIÓN (O LA PARADOJA DE LA CAJA DE PANDORA)..... 585
V. DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO AL GOLPE DE ESTADO DEL AUTORITARISMO POPULISTA (1999-2000)..... 586
VI. QUÉ HUBIESE PASADO SI…..... 588

XVI. MIGUEL J. MÓNACO, La oportunidad pérdida para salvar una Constitución 591
INTRODUCCIÓN 591
I. DE LOS CANTOS QUE LLAMABAN A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE..... 593
II. DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961 COMO MÁSTIL DEL ESTADO DE DERECHO 595
III. DEL INTENTO POR ATAR AL ESTADO DE DERECHO CONTRA LA TENTACIÓN DE LOS CANTOS POLÍTICOS.... 597
IV. UNA CONSTITUCIÓN QUE MUERE AHOGADA EN LOS ARRECIFES..... 600
V. CONCLUSIÓN: ULISES NUNCA LLEGÓ A ÍTACA 602

A MANERA DE EPILOGO
EL "FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN".
ENSAYO DE UN ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS RECIENTES REVOLUCIONES POLÍTICAS: ITALIA, ALEMANIA, FRANCIA. (1943)
por Georges Liet-Veaux 603

PRIMERA PARTE: Estudio de los métodos políticos utilizados durante las tres grandes revoluciones políticas recientes 605
SEGUNDA PARTE: Ensayo de una teoría del fraude a la constitución... 627

APÉNDICE
SENTENCIAS DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 19 DE ENERO DE 1999

I. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA. SENTENCIA No. 17 (CASO REFERENDO CONSULTIVO I), DEL 19 DE ENERO DE 1999..... 637

II. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA. SENTENCIA No. 18 (CASO REFERENDO CONSULTIVO I), DEL 19 DE ENERO DE 1999..... 658