

Allan R. BREWER-CARÍAS
Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela
Individuo de Número de la Academia de
Ciencias Políticas y Sociales
Vicepresidente de la Academia Internacional de
de Derecho Comparado (La Haya)
Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, 1999

GOLPE DE ESTADO Y PROCESO CONSTITUYENTE EN VENEZUELA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México 2001

Primera edición: 2001

DR © 2001. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, C.P. 04510, México, D.F.

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-9735-6

CONTENIDO

PRIMERA PARTE

LA CRISIS POLÍTICA Y LA CONVOCATORIA A UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

- I. LA CRISIS TERMINAL DEL SISTEMA POLÍTICO VENEZOLANO Y EL MOMENTO CONSTITUYENTE A PARTIR DE 1998
- II. LOS GRANDES CICLOS HISTÓRICO-POLÍTICOS
- III. EL INICIO DEL SISTEMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO CENTRALIZADO DE PARTIDOS, SU CRISIS Y EL REMEDIO DESCENTRALIZADOR
- IV. LA CRISIS POLÍTICA DE 1992 Y LA PROPUESTA DE LA CONSTITUYENTE
- V. LA NUEVA NECESIDAD DE RECONSTITUIR EL SISTEMA POLÍTICO Y LA IDEA DE LA CONSTITUYENTE EN 1998

SEGUNDA PARTE

LA CONSTITUCIÓN DE 1961 Y EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999

- I. EL PODER CONSTITUYENTE INSTITUIDO Y LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961
- II. EL DILEMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL
- III. LA SOBERANÍA POPULAR Y EL ARTÍCULO 4° DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961 COMO REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA
- IV. LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SUFRAGIO Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

TERCERA PARTE

LA CONVOCATORIA PRESIDENCIAL DEL REFERENDO SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y EL DEBATE SOBRE SU INCONSTITUCIONALIDAD

- I. EL DECRETO N° 3 DE 02-02-99 DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, SUS VICIOS Y EL FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN

- II. LAS VICISITUDES CONSTITUCIONALES DE LA CONVOCATORIA AL REFERENDO SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LOS LIMITES IMPUESTOS A LA MISMA POR LA VOLUNTAD POPULAR
- III. EL MARCO SUPRACONSTITUCIONAL DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE IMPUESTO POR EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO EXPRESADO MEDIANTE REFERENDUM CONSULTIVO DE 25-4-99

CUARTA PARTE

EL GOLPE DE ESTADO “CONSTITUYENTE” Y LA VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

- I. ETAPAS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (JULIO 1999-ENERO 2000)
- II. EL GOLPE DE ESTADO Y LA VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN
- III. LA INTERVENCIÓN “CONSTITUYENTE” DE TODOS LOS PODERES PÚBLICOS CONSTITUIDOS
- IV. LA SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES MUNICIPALES (26-08-99)
- V. LA VIOLACIÓN SISTEMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

QUINTA PARTE

LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU RÉGIMEN TRANSITORIO

- I. LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999
- II. ALGUNAS INNOVACIONES RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO
- III. ASPECTOS RESALTANTES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
- IV. ASPECTOS DE LA CONSTITUCIÓN SOCIAL Y DEL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS
- V. ALGUNOS ASPECTOS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA
- VI. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN
- VII. EL SENTIDO DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 APROBADAS POPULARMENTE

SEXTA PARTE

LA USURPACIÓN “CONSTITUYENTE” DE LA VOLUNTAD POPULAR Y LA INCONSTITUCIONAL TRANSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO DISPUESTA POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

- I. LOS INTENTOS FALLIDOS DE DISPONER UN RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO VÍA REFERENDO APROBATORIO

- II. EL ILEGÍTIMO RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO DICTADO DESPUÉS DE APROBADA LA NUEVA CONSTITUCIÓN POR EL PUEBLO
- III. EL RÉGIMEN ELECTORAL PARA LAS PRIMERAS ELECCIONES DE 2000 DICTADO AL MARGEN DE LA CONSTITUCIÓN
- IV. LA USURPACIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS ORDINARIAS POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE
- V. LA VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA A LA LIBERTAD SINDICAL, Y OTROS ACTOS CONSTITUYENTES EN MATERIA LABORAL
- VI. LA TRASTOCACIÓN DE LA TRANSITORIEDAD CONSTITUCIONAL, EL SECUESTRO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA CONSOLIDACIÓN DE UN FRAUDE A LA VOLUNTAD POPULAR
- VII. LA BURLA A LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LAS MODIFICACIONES ILEGÍTIMAS A LA CONSTITUCIÓN

PRESENTACIÓN

PRIMERA PARTE

**LA CRISIS POLÍTICA Y LA CONVOCATORIA
A UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE**

I. LA CRISIS TERMINAL DEL SISTEMA POLÍTICO VENEZOLANO Y EL MOMENTO CONSTITUYENTE A PARTIR DE 1998

La Constitución de Venezuela de 30 de diciembre de 1999¹ fue producto de la Asamblea Nacional Constituyente convocada por el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, luego de que la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencias de 19 de enero de 1999 dictadas en Sala Político Administrativa², admitiera la posibilidad de que, mediante referendo consultivo, el pueblo pudiera “crear” dicha instancia política no prevista ni regulada en la Constitución de 1961, para revisar la Constitución.

Ese proceso fue producto del momento constituyente que ha venido viviendo el país desde hace algunos años, con 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 de 1958³, en el cual la élite política del momento acordó hacer todos los esfuerzos por consolidar en el país un régimen democrático representativo.

Dicho Pacto, firmado por los líderes de los tres partidos políticos fundamentales de la época (Acción Democrática, Copei y Unión Republicana Democrática) fue producto, por una parte, del fracaso de dicha élite en haber logrado establecer un régimen democrático a partir de 1945, montado sobre la hegemonía de un partido político dominante, exclusivis-

1 Véase el texto en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.453 de 20-03-90. Véase, además, en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, 3ª Edición 2001; y en Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *La Constitución de 1999*, Caracas 2000.

2 Véase el texto de las sentencias y los comentarios a la misma en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 25 a 53. Véase también los comentarios en pp. 85 y ss. de este libro.

3 Véase sobre el Pacto de Punto Fijo y los orígenes de la Constitución de 1961 y del sistema de partidos en Juan Carlos Rey, “El sistema de partidos venezolano” en J.C. Rey, *Problemas socio políticos de América Latina*, Caracas 1980, pp. 255 a 338; Allan R. Brewer-Carías, *Evolución histórica del Estado, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 394 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas 1997, pp. 201 y ss.; y Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución y sus Enmiendas*, Caracas 1991, pp. 13 y ss. El texto del Pacto puede consultarse en *El Nacional*, Caracas 27-01-98, p. D-2.

ta y exclusionista, sin tener en cuenta que toda democracia debe construirse sobre el pluralismo partidista, donde el diálogo, la tolerancia, la negociación y la conciliación sean instrumentos de acción; y por la otra, de la consecencial y dolorosa experiencia del régimen militar que sucedió a dicho fracaso en la década 1948-1958.

La lección aprendida condujo a la inmodificable voluntad del liderazgo político, en 1958, de implantar un régimen democrático en Venezuela, país que en esa época era de los que menos tradición y cultura democrática tenía en toda América Latina.

En esa tarea los partidos políticos asumieron el papel protagónico -por eso el Estado que comenzó a desarrollarse en 1958 fue un Estado democrático centralizado de partidos- y tuvieron un extraordinario éxito: la democracia se implantó en Venezuela⁴; pero, lamentablemente, de Estado de partidos se pasó a partidocracia, pues los partidos se olvidaron que eran instrumentos para la democracia y no su finalidad.

En efecto, conforme a ese sistema político, los partidos políticos asumieron el monopolio de la participación y de la representatividad en todos los niveles del Estado y de las sociedades intermedias, lo que sin duda había sido necesario en el propio inicio del proceso. Pero con el transcurrir de los años se olvidaron abrir el cerco que tendieron para controlarlo y permitir que la democracia corriera más libremente⁵. Y al final del último período constitucional de la década de los ochenta, la crisis del sistema estalló cuando el centro del poder político definitivamente se ubicó fuera del Gobierno y del aparato del Estado, en la cúpula del Partido Acción Democrática que en ese momento dominaba el Ejecutivo Nacional, el Congreso y todos los cuerpos deliberantes representativos; que había nombrado como Gobernadores de Estado incluso a sus Secretarios Generales regionales, y que designaba hasta los Presidentes de cada uno de los Concejos Municipales del país. El gobierno del Partido Acción Democrática durante el período 1985-1989 hizo todo lo contrario de lo que reclamaban las más de dos décadas de democracia que teníamos cuando se instaló, que era la apertura frente a la autocracia partidista que se había desarrollado, y la previsión de nuevos canales de participación y representatividad. Fue el Gobierno donde más se habló de reforma del Estado y durante el mismo se nombró la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE)⁶, para precisamente no ejecutar nada en ese

4 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela*, Madrid, 1975, pp. 178 y ss.

5 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Estado. Crisis y Reforma*, Caracas, 1982, pp. 7 a 89; Allan R. Brewer-Carías, *El Estado Incomprendido. Reflexiones sobre el sistema político y su reforma*, Caracas, 1985.

6 La COPRE fue creada por Decreto N° 404 de 17-12-84, *Gaceta Oficial* N° 33.127 de 17-12-84. El conjunto de estudios y libros publicados por la COPRE y las propuestas de reforma que formu-

campo, sino todo lo contrario, pues en ese período de gobierno fue que apareció la partidocracia con todo su espanto autocrático⁷. Afortunadamente, al menos de esa época, quedaron los estudios de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado.

El “Caracazo” es decir, la protesta popular generalizada que se produjo en Caracas, la capital de la República, el 27 de febrero de 1989⁸, a escasos días de la toma de posesión del nuevo Presidente electo por segunda vez, Carlos Andrés Pérez, fue el signo trágico del estallido social de la crisis del sistema de Estado de partidos, seguido de dos intentos militaristas de golpe de Estado, del 4 de febrero y del 27 noviembre de 1992, los cuales, además de atentatorios contra la Constitución, costaron centenares de vidas⁹.

Se trataba, en definitiva, de la crisis terminal del sistema político¹⁰ que había sido instaurado a partir de los años cuarenta del siglo XX, y que montado sobre un esquema de Estado centralizado de partidos, como dijimos, tuvo como proyecto político la implantación de la democracia en el país de América Latina que para entonces era el que menos tradición democrática tenía. Más de cuarenta años después de la Revolución democrática de 1958 y más de cincuenta años después del fin del primer ensayo democrático en 1948, en Venezuela teníamos una de las democracias más viejas de América Latina, pero ante el asombro de otros países latinoame-

ló durante su existencia de tres lustros, constituye un aporte muy significativo a la bibliografía jurídico política venezolana. Véase en particular el Proyecto de Reforma Integral del Estado en COPRE, *La Reforma del Estado (Proyecto de Reforma Integral del Estado)*, Vol. I, Caracas 1988.

⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, Caracas 1988, pp. 14 y ss.

⁸ Véase sobre esta protesta J. Civit y L.P. España, “Análisis socio-político a partir del estallido del 27 de febrero”, en *Cuadernos del Cendes*, N° 10, UCV, Caracas 1989, pp. 35 a 46.

⁹ Sin embargo, asombrosamente, el partido Movimiento al Socialismo (MAS) los calificó como una “conducta democrática” de los militares para expresar su descontento (*El Nacional*, Caracas 28-06-98, p. D-3). El MAS colaboró con el gobierno del Presidente Caldera (1994-1999) y ha sido aliado en el gobierno del Presidente Chávez. Véase sobre el intento de golpe militar del 4 de febrero de 1992: H. Sonntag y T. Maingón, *Venezuela: 4F1992. Un análisis socio-político*, Caracas 1992; G. Tarre Briceño, *4 de febrero-El espejo roto*, Caracas 1994.

¹⁰ Véase Pedro Guevara, *Estado vs. Democracia*, Caracas 1997; Miriam Kornblith, *Venezuela en los 90. Crisis de la Democracia*, Caracas, 1998. Por nuestra parte, véase lo que expusimos en Allan R. Brewer-Carías, *Cinco siglos de Historia y un País en Crisis*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Comisión Presidencial del V Centenario de Venezuela, Caracas 1998, pp. 95 a 117; Allan R. Brewer-Carías, “La crisis terminal del sistema político” en *Una evaluación a estos cuarenta años de democracia*, *El Globo*, Caracas, 24-11-97, pp. 12 y 13; Allan R. Brewer-Carías, *La crisis terminal del sistema político venezolano y el reto democrático de la descentralización*, Ponencia al IV Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, Caracas, noviembre 1995. Dicho texto está publicado en Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Nacional y el Sistema democrático de gobierno, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo III, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 655 a 678. Véase además lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “Presentación” al libro *Los Candidatos Presidenciales ante la Academia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998, pp. 9 a 66. Véase además, Allan R. Brewer-Carías *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas 1999, pp. 15 a 85, cuyo texto seguimos en estas páginas.

ricos que nos la envidiaban, era de las que menos prestigio tenía incluso en nuestro propio país.

Lamentablemente, la crisis del sistema político de partidos condujo a que se la confundiera a veces deliberadamente, con una supuesta crisis de la democracia en sí misma como régimen político, contribuyendo a su desprestigio; cuando en realidad de lo que se trataba era de perfeccionarla y liberarla del despotismo o autocracia de los partidos. Por ello, hemos insistido en que no es la democracia la que ha estado en crisis, pues régimen político democrático no es lo mismo que sistema político de Estado de partidos, que sí es el que ha estado en crisis¹¹.

El proyecto político ideado por el liderazgo que asumió el poder a partir de los años cuarenta, y luego a partir de 1958, indudablemente que se desarrolló, y el país se democratizó. El problema es que ese mismo liderazgo y los partidos políticos que contribuyeron a la consolidación y mantenimiento de la democracia, décadas después no llegaron a entender la obra que habían realizado y todavía aún muchos no la entienden.

Los venezolanos nos habituamos a la democracia y la gran mayoría de los votantes en las elecciones de 1999 y 2000 nacieron en democracia. Tan habituados estábamos a ella que, a pesar de su desprestigio, nos parecía natural el disfrute de la libertad sin que el riesgo de perderla fuera motivo de particular preocupación.

Pensamos que tenía que cambiar, aun cuando la gran mayoría no sabía cómo; y el liderazgo político de los partidos encargados de orientar, no comprendió que para continuar y sobrevivir la democracia tenía que perfeccionarse y, al contrario, siguió tratando de conducir al país como si estuviese en la etapa inicial de la democratización.

Esta incompreensión fue, precisamente, la que condujo a la crisis política terminal de los últimos años, donde un cambio inevitable está en curso, querámoslo o no; tal y como ocurrió a mitades del siglo XIX en la víspera de la Revolución Federal, cuando finalizó la etapa del Estado independiente semi-centralizado; como sucedió a fines del mismo siglo XIX, en la víspera de la Revolución Liberal Restauradora, con el fin del período del Estado federal liberal; y como también ocurrió hace más de medio siglo en la víspera de la Revolución de Octubre (1945), con el fin de la era del Estado autocrático centralizado. En cada uno de esos fines de períodos políticos se puede apreciar, históricamente, el mismo signo de agotamiento del proyecto político y del liderazgo que lo desarrolló. La incompreensión de lo hecho y, a pesar de todas las advertencias, de la necesi-

11 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La crisis de las instituciones: responsables y salidas" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 64, Caracas 1985, pp. 130 a 155. Dicho texto está publicado en Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 523 a 541.

dad de renovar y transformar el sistema, fue lo que contribuyó, en cada caso, a su deterioro final y a su colapso¹².

Lamentablemente, en el actual momento histórico que ya se prolonga por varios años, estamos en una situación algo similar, con una crisis institucional global, pues la mayoría no sólo no cree ni confía en el Parlamento, ni en el Poder Judicial, ni en la Administración Pública, ni en las fuerzas de seguridad ciudadana, sino que tampoco cree ni confía en los partidos políticos, ni en las sociedades intermedias que éstos penetraron y controlaron, como los sindicatos, los colegios profesionales y los gremios. Y además, en medio de una de las crisis económicas más agudas del Estado petrolero, en la cual, sin conciencia alguna de lo que significa, los grupos que lo han controlado han educado a la población para que pida más como si la riqueza petrolera fuera inagotable, y como si no se hubiera comprobado que el modelo de repartir dadivosamente esa riqueza ha sido, no sólo una fuente de corrupción, sino una de las causas de la crisis por la que estamos ahora atravesando. Lo lamentable es que todo este despresti-

12 Incluso, no debe olvidarse que en cada uno de esos fines de períodos histórico-políticos, la posibilidad del cambio político se planteó por la vía democrática y su fracaso fue lo que condujo, en definitiva, al derrumbe final del sistema. Así sucedió con la elección presidencial de 1846, donde Antonio Leocadio Guzmán enarbolaba la bandera del cambio apoyada por el Partido Liberal que amenazaba desplazar del poder al liderazgo de los próceres de la independencia. Guzmán perdió la elección, fue perseguido, vino el día del fusilamiento del Congreso (1848) y luego, con la dinastía de los Monagas, el deterioro total del sistema desembocó en las Guerras Federales. Así sucedió también con la elección presidencial de 1897, donde el General Manuel Hernández (el Mocho Hernández) postulado por el Partido Liberal Nacionalista, con una enorme popularidad, amenazaba también con desplazar del poder al desprestigiado liderazgo del Liberalismo Amarillo. La Revolución de Queipa que promovió luego del fraude electoral, terminó con la muerte del Presidente Joaquín Crespo y con ella, se produjo el vacío de poder que fácilmente llenó Cipriano Castro. Y por último, así sucedió igualmente con el intento de que se cambiara el sistema electoral en 1944, que permitiera la elección presidencial directa, y que el liderazgo medinista, lopecista y gomecista no permitió pues de lo contrario hubieran podido ser desplazados del poder por el liderazgo emergente de los nuevos partidos, particularmente de Acción Democrática. La frustración democrática provocada por el vacío político dejado por la incapacidad del candidato Diógenes Escalante como producto del consenso político, provocó la Revolución de Octubre de 1945. En todo caso, todos esos fracasos de cambio político por la vía democrática, por las razones circunstanciales que existieron en cada caso, condujeron, en definitiva, a la ruptura del orden constitucional, respectivamente, con el inicio de las Guerras Federales, 12 años después de 1846; con la Revolución de Queipa (1898) y la Revolución Liberal Restauradora (1899) como secuela del vacío de poder que se produjo a raíz de la elección de 1897; y con la Revolución de Octubre de 1945, meses después de la insuficiente reforma constitucional, de abril de ese año, y un año después de la elección local de 1944; y, en definitiva, a que se produjera un cambio radical del sistema político, pero como consecuencia de la fuerza y la violencia. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, *cit.*, pp. 314 y ss.

El hecho electoral de 1998, por tanto, se configuró como una disidencia histórica. La voluntad popular de cambio expresada democráticamente, produjo la elección de Hugo Chávez Frías, quien también amenazaba, ciertamente, con desplazar del poder a los viejos partidos políticos. Pero en este caso, el cambio, a diferencia de otros tiempos, se expresó electoralmente y tuvo un inicio democrático que debíamos exigir y velar por que continuara. El éxito de su realización democrática, en todo caso, dependía de que el liderazgo, tanto tradicional como emergente, entendieran e identificaran el pago que tenían que pagar para asegurar la paz, que siempre se traduce en la pérdida de cuotas de poder.

gio institucional del aparato del Estado y de las organizaciones políticas y sociales; en definitiva, de la forma de gobernar, está arrastrando a la propia democracia, a la cual se asocia la corrupción y la ineficiencia. Y así han comenzado a surgir cantos de sirenas autoritarios que se han querido apoderar hasta del nombre de Bolívar y de la Patria, opacando las propias virtudes de la democracia.

La mayoría, sin embargo, quiere cambios radicales, pero contrariamente a cualquier autoritarismo, en libertad; por ello, esa mayoría que quiere en fin que la gobiernen, no llega a tomar conciencia de que la libertad está en riesgo de quedar perdida si la conducción de aquellos cambios totales pasa o se queda en manos de un liderazgo antidemocrático. Por ello, el verdadero dilema que hemos tenido los venezolanos en estos tiempos, es cómo lograr los cambios inevitables, indispensables y necesarios que se requieren en libertad y, por tanto, sin perder la democracia que no es, precisamente, la culpable del deterioro ni está en su destrucción el camino para la reconstrucción de la Nación.

II. LOS GRANDES CICLOS HISTÓRICO-POLÍTICOS

Lo anterior pone en evidencia que Venezuela está en pleno proceso de terminación de uno de los grandes ciclos históricos de su vida política, a cuyo aceleramiento, sin duda, ha contribuido el hecho político más importante que se produjo en el siglo XX después de la introducción de la elección universal y directa del Presidente de la República a raíz de la Revolución de Octubre de 1945, y que fue la elección directa de Gobernadores y Alcaldes, a partir de 1989. Este no fue un hecho más dentro del proceso político venezolano, sino que puede considerarse como el detonante de la introducción en nuestro sistema político, de mecanismos de descentralización y participación políticas¹³ y, en consecuencia, el hecho fundamental que ha contribuido en la última fase del Estado de partidos, a poner fin al ciclo histórico que se inició en los años cuarenta. Este ciclo histórico, que abarca el período de la segunda mitad del siglo XX, como hemos dicho, en realidad es uno más de los grandes ciclos históricos que han caracterizado, marcado y dividido la vida política venezolana.

En efecto, en nuestra historia política desde el año 1811 a la actualidad, pueden distinguirse cuatro grandes ciclos o etapas, dominadas, cada una, por un determinado régimen político estatal. A lo largo de los 190 años de vida republicana hemos tenido 26 Constituciones, pero ello no significa que hayamos tenido el mismo número de pactos y regímenes

¹³ Véase *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías, Ministro de Estado para la Descentralización*, Caracas 1994, pp. 13 a 20.

políticos diferentes¹⁴. Al contrario, todo el conjunto de Constituciones y de hechos políticos acaecidos en el transcurso de la historia del país, pueden agruparse en *cuatro* grandes ciclos, cada uno con sus características, su régimen estatal, su propio liderazgo, su proyecto político y su propia crisis, decadencia o agotamiento que, en cada caso, marcaron una etapa histórica de algo más de una generación a la que correspondió, con sus sucesores, la implantación de un proyecto político concreto¹⁵.

Todos los ciclos políticos anteriores, hasta ahora, no evolucionaron en sí mismos, sino que se derrumbaron, en gran parte por la incompreensión del liderazgo político en haber tomado conciencia de los cambios que produjo, en cada etapa, el propio desarrollo del proyecto político concreto que las caracterizó.

1. *El Estado independiente y autónomo semidescentralizado (1811-1864)*

El primero de estos grandes ciclos político-constitucionales fue el del Estado independiente y autónomo semidescentralizado, que se inició con la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 21-12-1811, y que estuvo dominado por la generación de los líderes y próceres de la Independencia, y sus sucesores. El proyecto que lo caracterizó fue la construcción e implantación de un Estado nuevo, fundado en lo que fue el territorio de ex-colonias españolas, basado en cuanto a la forma del Estado en la organización federal de las siete Provincias que quedaron como legado del régimen español; Provincias que se habían desarrollado en el sistema colonial como organizaciones administrativas altamente descentralizadas. Precisamente, fue por esa enorme descentralización y autonomía provincial que existía en los territorios de la Capitanía General de Venezuela establecida en 1777 que, como forma para estructurar un Estado nuevo -que fue lo que se propuso ese liderazgo político-, se escogió el esquema federal.

Por ello puede decirse que Venezuela, como Estado independiente, nació bajo una forma federal de Estado, porque entre otros factores, en el constitucionalismo de la época no había otra forma para construir un Estado sobre la base de una estructura político-territorial de ex-colonias descentralizadas. La “Confederación de Venezuela”, por ello, fue el esquema

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997.

¹⁵ Para el estudio detallado de estos ciclos históricos en el constitucionalismo venezolano, véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado, Instituciones Políticas y Constitucionales*. Tomo I, *cit.* pp. 257 a 389; y Allan R. Brewer-Carías, “Estudio Preliminar”, *Las Constituciones de Venezuela, cit.*, pp. 11 a 256.

político tomado de la experiencia norteamericana para unir lo que estaba y había estado siempre desunido, salvo en los treinta años anteriores a la Independencia, a raíz de la creación de la Capitanía General de Venezuela (1777), que comprendía el grupo de Provincias que conformaron el territorio; pero en todo caso, incomunicadas entre sí, y altamente disgregadas.

La progresiva instauración de un Poder central dentro de las vicisitudes iniciales de la Guerra de Independencia, con Simón Bolívar como el líder político-militar del nuevo país en formación; antes y después de la separación de Venezuela de la llamada “Gran Colombia”, llevaron al mismo liderazgo que hizo la Independencia, y que asumió el control del Estado reconstituido a partir de 1830, a no entender los cambios que habían provocado; y a pretender aplicar a finales de la década de los cincuenta del siglo XIX, los mismos criterios políticos iniciales, como si no hubieran transcurrido casi tres décadas de vida republicana. Precisamente, hacia fines de la década de los cincuenta del siglo XIX, fue la lucha entre el Poder central, que había sido construido por los propios líderes regionales en el Gobierno, y el poder regional, que se había afianzado en las Provincias, lo que provocó la ruptura del sistema, culminando con las Guerras Federales (1858-1863). No faltaron en ese período de crisis, reformas constitucionales en 1857 y 1858, las cuales en nuestra historia, siempre han sido el prelude del derrumbe de los sistemas. De allí el gran temor que siempre hemos expresado en relación con las reformas constitucionales cuando se plantean como la “única solución” a los problemas de un sistema político en crisis.

Así, la Constitución se reformó en 1857 y 1858, y de allí, en medio de la guerra, no hubo más remedio que llamar al prócer que había estado actuando en la vida política del país desde la Independencia, y la había dominado por completo: José Antonio Páez. Fue llamado como el salvador, y la realidad fue que no duró sino meses en el poder, con dictadura y todo, acabando definitivamente con el sistema y concluyendo la última fase de las Guerras Federales.

2. *El Estado federal (1864-1901)*

Del derrumbe del Estado autónomo semidescentralizado surgió un nuevo Estado, un nuevo liderazgo político en el poder y un nuevo proyecto político, el del Estado federal. El cambio fue radical. Basta repreguntarse quién podía saber en 1856, por ejemplo, quienes eran Ezequiel Zamora o Juan Crisóstomo Falcón, líderes reconocidos de la Federación, ¿qué representaban? o ¿dónde estaban?. Eran, sin duda, líderes locales, pero sin que se sospechara siquiera de su potencialidad para dominar el país. Incluso, el mismo Antonio Guzmán Blanco no era la persona que en esos momentos de crisis podría vislumbrarse como el que dominaría el segundo

gran ciclo de la historia política del país, que va de 1863 hasta fines del siglo XIX.

Lo cierto es que en 1863, el anterior sistema fue barrido y comenzó la instauración de uno nuevo, en este caso basado en la forma federal del Estado, con una disgregación extrema del poder. La Constitución de 13-4-1864 estableció, así, los Estados Unidos de Venezuela.

Antonio Guzmán Blanco fue *primus inter pares* en el sistema político que dominaron los caudillos regionales, y entre otros instrumentos, en los primeros lustros del período gobernó a través de lo que se llamaron las “Conferencias de Plenipotenciarios”, que no eran otra cosa que la reunión de los diversos caudillos regionales en Caracas, para resolver los grandes problemas del país; un país, además, muy pobre, endeudado y sometido progresivamente a la autocracia central que al ser abandonada por el “Gran Civilizador”, quien se retiró a Francia, contribuyó progresivamente al deterioro del debilitado Poder central.

La última década del siglo XIX también estuvo signada por las reformas constitucionales de 1891 y 1893, entre otros factores y como ha sido una constante en la historia venezolana, para extender el período constitucional. Sin embargo, la crisis política derivada de la confrontación liberal de los liderazgos regionales no se podía resolver con reformas constitucionales; el problema era el del deterioro general del sistema, entre otros factores, por la lucha sin cuartel entre el Poder central y los caudillos regionales.

Este ciclo histórico concluyó con las secuelas de la Revolución Liberal Restauradora, la cual, frente al Poder central, pretendía restaurar el ideal liberal y federalista, y a cuya cabeza surgió Cipriano Castro; y luego, con la guerra que Juan Vicente Gómez desarrolló a comienzos del siglo XX, para terminar el liderazgo caudillista regional, y consolidar la hegemonía andina.

3. *El Estado autocrático centralizado (1901-1945)*

La Revolución Liberal Restauradora, en 1899, como se señaló, se inició en defensa de la soberanía de los Estados que se pensaba lesionada con la designación provisional de los Presidentes de los mismos por el Gobierno central.

Así, la protesta de Cipriano Castro que provocó su primera proclama, fue contra las decisiones del Congreso Nacional respecto al nombramiento provisional por el Presidente de la República, de los Presidentes de los Estados que se habían recién reinstaurado, después de que en la época de Guzmán Blanco se habían convertido en “secciones” de agrupaciones territoriales mayores. Pero esa idea original, luego el propio caudillo de los Andes, Juan Vicente Gómez, se encargó de desvirtuarla como motivo

de la revolución, y con una “evolución dentro de la misma causa”. La salida de Cipriano Castro del Poder -enjuiciado por la Corte Federal y de Casación-, puso fin definitivamente al ciclo del Estado federal, dándose inicio a un nuevo ciclo histórico en nuestra vida política, el ciclo del Estado autocrático centralizado, que se inició con la Constitución del 29-3-1901, concluyendo en 1945¹⁶.

Durante este ciclo del Estado autocrático centralizado, se comenzó la verdadera integración del país y se consolidó el Estado Nacional, el cual en muchos países de América Latina ya se había consolidado mucho antes, hacia mitades del siglo XIX. En este sentido puede considerarse que ese proceso fue tardío en Venezuela, por la disgregación nacional que produjo el federalismo del siglo XIX, y la aparición, luego, del Estado autocrático centralizado en la primera mitad del siglo XX.

Pero de nuevo, después de varias décadas de autocracia centralista y de construcción del Estado central que fue acabando progresivamente con todos los vestigios del Estado federal, salvo con su nombre, el liderazgo político andino no supo o no quiso entender los cambios que habían venido provocando en la sociedad y en las relaciones de poder, la propia consolidación e integración del Estado Nacional, el cambio político en el mundo como consecuencia de las dos guerras mundiales, y el proceso general de democratización que se estaba iniciando a comienzos de los años cuarenta del siglo pasado.

Por ejemplo, los sucesores políticos de Gómez, a pesar de la apertura democrática y de la modernización iniciada por Eleazar López Contreiras e Isaías Medina Angarita, no supieron entender que el sufragio universal, directo y secreto en el año 1945, después de la Segunda Guerra Mundial, era el elemento esencial para consolidar la democracia que comenzaba a nacer. Se reformó la Constitución de nuevo en ese año, pero a pesar del clamor de los nuevos actores políticos, producto del sindicalismo naciente y de la apertura democrática que había surgido desde fines de los años 30, no se estableció el sufragio universal y directo, y lo que se consagró fue el sufragio universal limitado sólo para darle el voto a las mujeres en las elecciones municipales, excluyéndolas de las elecciones nacionales; sin modificarse el sistema de elección indirecta para Presidente de la República.

Se reformó la Constitución en 1945, pero sin tocarse los aspectos esenciales del régimen; por ello, dicho texto y el régimen político que se había iniciado a principios del siglo XX, no duraron sino algunos meses más, hasta que se produjo la Revolución de Octubre de 1945. Basta leer el

¹⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El desarrollo institucional del Estado Centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas”, *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, Madrid, 1985, N° 227, pp. 483 a 514; y N° 228, pp. 695 a 726.

Acta Constitutiva de la Junta Revolucionaria de Gobierno, para constatar, al menos formalmente, la idea de que la Revolución se hacía, entre otros factores, para establecer el sufragio universal, directo y secreto en beneficio del pueblo venezolano¹⁷.

4. *El Estado democrático centralizado de partidos (1945-)*

En 1945, de nuevo, terminó un ciclo histórico y quedó barrido el sistema, su liderazgo y la generación que había asumido el proyecto político iniciado a principios de siglo, instaurándose en su lugar un sistema de Estado democrático, pero igualmente centralizado. En esta forma, el centralismo que se inició a principios del siglo XX, como sistema estatal no terminó en 1945, sino que abarcó dos de los ciclos históricos recientes: el primero, el autocrático centralizado, y el segundo, el democrático centralizado que se instauró a partir de la Constitución del 5-7-1947, basado en dos pilares fundamentales que han caracterizado a nuestro Estado y a nuestro sistema político desde esa fecha: la democracia de partidos y el Estado centralizado.

En efecto, en primer lugar, el sistema político iniciado en 1945 y sobre todo, consolidado a partir de 1958 y en la Constitución de 1961, ha sido el de un régimen democrático pero de democracia de partidos, conforme al cual los partidos políticos han sido los que han monopolizado la representatividad y la participación políticas; en definitiva, han monopolizado el poder.

No hay duda de que en las últimas décadas la representatividad política en Venezuela ha sido representativa de los partidos, para lo cual se estableció, desde el año 1946, el sistema ideal para que los partidos asumieran ese monopolio de la representatividad: el sistema de representación proporcional conforme al modelo d'Hondt, que fue el que se aplicó, en general, hasta la reforma electoral de 1993¹⁸. Conforme a ese sistema, sólo los partidos pudieron tener representación en los cuerpos deliberantes, sin que a estos pudieran acceder otras organizaciones sociales. Y a pesar de las reformas legislativas que introdujeron elementos de uninominalidad para las elecciones de 1993, poco cambio se logró en esta materia por la propia conformación del "tarjetón electoral" con clara inducción al voto partidista.

Pero los partidos políticos no sólo tuvieron el monopolio de la representatividad, sino también el monopolio de la participación: asumieron

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, cit.*, pp. 977 y 978.

¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela, cit.*, pp. 178 y ss.

también la conducción política del país, no habiendo otra forma de participar que no fuera sino a través de los partidos políticos.

Esta situación, por supuesto, era perfectamente legítima, pero los partidos políticos, lamentablemente, a lo largo de los últimos cuarenta años de desarrollo del sistema, se cerraron en sí mismos y comenzaron a configurarse como un fin en sí mismos, de manera que, incluso, no sólo no había otra forma de participar políticamente que no fuera a través de los partidos, sino que el acceso a los mismos partidos políticos fue progresivamente cerrándose y, por tanto, sin canales de participación adicionales. Progresivamente, además, se produjo el ahogamiento de todo el nuevo liderazgo que había estado surgiendo a pesar de la dirigencia tradicional, y que, sin la menor duda, estaba comenzando a irrumpir y a asumir la conducción del país.

En este proceso de centralismo democrático, los partidos no sólo ahogaron la sociedad civil penetrando a los gremios y a todas las sociedades intermedias, sino que además, ahogaron a los Estados y Municipios. Los Estados quedaron como meros desechos históricos; sus Asambleas Legislativas, como meras formas de reducto del activismo político partidista local, y los Ejecutivos estatales como meros agentes del Poder nacional, particularmente agentes de carácter policial; funciones que compartían con las de gestores para sus jurisdicciones de alguna que otra obra pública que podían lograr del Poder central.

Todo ese proceso contribuyó a configurar la gran entelequia contemporánea del Estado federal, vacío de contenido, donde no había efectivo poder político regional y local, ni niveles intermedios de poder, habiendo quedado concentrado todo el poder político, económico, legislativo, tributario, administrativo o sindical, en el centro. El centralismo de Estado fue, así, acompañado de otros centralismos, como por ejemplo, el de los partidos políticos, organizados internamente bajo el esquema del centralismo democrático. En igual sentido se desarrolló un centralismo sindical, como otro elemento fundamental del sistema.

Todo este sistema, desde la década de los ochenta del siglo XX, comenzó a resquebrajarse, y se ha estado desmoronando ante nuestros ojos. Los venezolanos de estos tiempos hemos sido testigos de ese proceso de cambio y transformación que, a la vez, y ello es lo más importante, ha sido producto de la propia democracia.

III. EL INICIO DEL SISTEMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO CENTRALIZADO DE PARTIDOS, SU CRISIS Y EL REMEDIO DESCENTRALIZADOR

En todo caso, no debe olvidarse que con motivo de la muerte de Juan Vicente Gómez, a partir de 1936 puede decirse que comenzó el surgimiento de una nueva Venezuela, no sólo desde el punto de vista políti-

co, sino también desde el punto de vista económico y social, precisamente en virtud de los efectos de la explotación petrolera. En esos años la movilidad social se acentuó; el antiguo campesino en gran parte se convirtió en obrero petrolero y las ciudades comenzaron a ser progresivamente invadidas por todo tipo de buscadores de oportunidades que el campo no daba, iniciándose el proceso de marginalización de nuestras ciudades, tan característico de la Venezuela contemporánea. La riqueza fue más fácil y a veces gratuita, quedando desvinculada del trabajo productivo. El petróleo así, enriqueció, pero también impidió que se llegara a implantar al trabajo como valor productivo de la sociedad, precisamente cuando el mundo vivía la más extraordinaria de las revoluciones industriales y se hubiera podido construir la etapa de despegue del desarrollo de nuestro país.

Ciertamente, a partir de 1936 resurgió paulatinamente el ejercicio de los derechos políticos y de las libertades públicas inexistentes cuando Gómez, y se inició la marcha del país en el campo demográfico, social y cultural que se había paralizado durante un cuarto de siglo; pero ello ocurrió en un país que continuaba atrasado, ignorante de lo que sucedía en el mundo y abiertamente saqueado por inversionistas extranjeros con aliados criollos.

Con la reforma constitucional de 1936, promulgada por Eleazar López Contreras, se inició el lento proceso de transición de la autocracia a la democracia, siendo el período de López testigo del nacimiento de los movimientos obreros y de masas y de las organizaciones que desembocaron en los partidos políticos contemporáneos y cuyo inicio estuvo en los movimientos estudiantiles de 1928. En 1941, en plena II Guerra Mundial, a López lo sucedió Isaías Medina Angarita, su Ministro de Guerra y Marina, como López antes lo había sido de Gómez, hecho que si bien significó en cierta medida la repetición dinástica del gomecismo, no detuvo, sino más bien alentó la continuación de la apertura democrática.

Pero ya en la Venezuela de 1944-1945, esa tímida apertura no era suficiente. A pesar de las importantísimas reformas legales que Medina realizó para ordenar la explotación petrolera y minera y hacer que las concesionarias pagasen impuestos; y a pesar de existir ya un país más abierto al mundo en la víspera del inicio de la democratización contemporánea provocada por el fin de la II Guerra Mundial, el liderazgo medinista no supo interpretar la necesidad de una sucesión presidencial mediante sufragio universal y directo. Lamentablemente, de nuevo, aquí también como tantas veces antes en la historia, la incompreensión del momento político engeguenció al liderazgo, perdido en tratar de imponer un candidato de origen andino para su elección por el Congreso mediante un sistema indi-

recto de elección de tercer grado, ante la sombra de López Contreras que amenazaba con su propia candidatura¹⁹.

La Revolución de Octubre de 1945, provocada por la confusión candidatural generada por el liderazgo andino, de nuevo llevó a los militares al poder, aún cuando con una mediatización temporal, sin embargo, por el apoyo que le dio el partido Acción Democrática a la Revolución, que hizo gobierno a sus líderes.

No es el momento de juzgar a la Revolución de Octubre; en realidad tenemos más de cincuenta años juzgándola y en todo caso, ya quedó en la historia. Lo importante a destacar es que seguramente se habría evitado si no hubiese sido por la miopía política del liderazgo del lopecismo y del medinismo, es decir, de los sucesores del régimen de Gómez, en entender lo que habían hecho y logrado en sólo una década, entre 1935 y 1945. Para esta fecha, fin de la II Guerra Mundial, ciertamente que ya estaban en otro país totalmente distinto al que había dejado el dictador a su muerte, tanto desde el punto de vista político como social y económico. Ellos habían contribuido a cambiarlo todo al comenzar e impulsar la apertura democrática; pero a la hora en que esta podía ponerlos en el riesgo cierto de perder el control del poder, se cegaron en cuanto a la senda que debían continuar.

Fueron incapaces de comprender y reconocer desde el punto de vista democrático, que la extraordinaria obra que habían realizado de abrir el país a la democracia, requería de un paso más que permitiera la abierta participación electoral de los partidos de masas que bajo su ala se habían constituido, con el riesgo, por supuesto, de que estos pudieran ganar la elección. Ese era quizás el precio que tenían que pagar por la continuación del proceso democrático. Reformaron la Constitución en abril de 1945 pero, como ya señalamos, no fueron capaces de establecer la elección directa para la elección presidencial, ni el voto femenino salvo para las elecciones municipales, y seis meses después de la flameante reforma constitucional se produjo la Revolución de Octubre, con la bandera de establecer el sufragio universal y directo, enarbolada por el partido Acción Democrática.

La incompreensión del liderazgo de lo ocurrido en la década que siguió a la muerte de Gómez, puede decirse que hizo inevitable la Revolución para hacer lo que aquél no había entendido como indispensable, que era terminar de implantar la democracia mediante el sufragio universal, directo y secreto. Ello, por supuesto, podía acabar democráticamente con la hegemonía del liderazgo andino, lo que en efecto ocurrió en el mediano

19 No se olvide que el sistema implicaba primero, la elección de los miembros de los Concejos Municipales y de las Asambleas Legislativas; cuyos miembros, elegían, respectivamente, a los Diputados y Senadores al Congreso; quienes eran los que elegían al Presidente de la República.

plazo pero mediante un golpe militar, con todas las arbitrariedades, injusticias y abusos que acompañarían a un gobierno originado en un hecho de fuerza.

Las generaciones y el liderazgo político tienen la obligación de entender, en momentos de crisis, cual es el precio que hay que pagar para el mantenimiento de la paz, y en nuestro caso actual, para el perfeccionamiento de la democracia. Ese fue el reto que tuvieron en 1945; y es el mismo que existe en estos comienzos del siglo XXI.

En 1945 no se quiso identificarlo y se inició en Venezuela el cuarto de los grandes ciclos políticos de la época republicana. El Estado centralizado autocrático de la primera mitad del siglo XX comenzó a ser sustituido por el Estado centralizado democrático que encontró su marco constitucional en la Asamblea Constituyente de 1946, una de nuestras grandes Constituyentes, que sancionó la Constitución de 1947. Su texto fue, básicamente, el mismo que el de la Constitución de 1961 la cual, sin embargo, se dictó sobre una base política democrática que no existió en 1946: la del pluralismo. La diferencia abismal que existía entre una y otra, por tanto, no radicaba en el texto mismo de la Constitución que era casi igual, sino en su base política: en la Asamblea Constituyente de 1946 no estaban presentes todos los actores políticos, pues el medinismo estuvo ausente y fue perseguido; en el Congreso Constituyente de 1961, en cambio, si estaban todos los actores políticos de manera que la Constitución respondió a un consenso o pacto para la democracia, sin exclusiones.

Lamentablemente, fue necesaria una década de dictadura militar para que los venezolanos que se habían definido como proyecto político el implantar la democracia en Venezuela, con Rómulo Betancourt a la cabeza, se dieran cuenta que la democracia no podía ni puede funcionar sobre la base de la hegemonía de un partido único o casi único sobre todos los otros, ni con exclusiones. El Pacto de Punto Fijo de 1958 fue el producto más depurado de la dolorosa experiencia del militarismo de los años cincuenta, precisamente con el objeto de implantar la democracia, dando sus frutos plenos en las décadas posteriores.

La crisis del sistema político establecido en 1958 para operar la democracia que hemos tenido, y que desde hace años nos angustia, precisamente tiene sus raíces en las décadas anteriores de democratización. Y si todavía al comenzar el siglo XXI tenemos democracia, más de una década después del afloramiento de la crisis, sólo se debe a los remedios inmediatos, pero incompletos, que se le suministraron al sistema democrático, sin mucho convencimiento por cierto, al inicio del segundo gobierno de Carlos Andrés Pérez (1989)²⁰; con el comienzo del proceso de descen-

20 Véase los proyectos presentados por los candidatos presidenciales en 1988, en materia de reforma política en Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, cit., pp. 309 y ss.

tralización política mediante la revisión constitucional que se hizo, con la previsión de la elección directa de Gobernadores y el inicio de la transferencia de competencias nacionales a los Estados, reformándose el viejo y dormido esquema federal²¹.

En efecto, esas transformaciones políticas que se produjeron no fueron producto de factores externos al sistema democrático: fue la propia democracia, desarrollada por los partidos y bajo su conducción centralizada, la que provocó este cambio. No olvidemos que la democracia venezolana de la segunda mitad del siglo XX, fue producto del centralismo. Si no hubiésemos tenido un modelo de Estado de partidos altamente centralizado en el año 1958, quizás no hubiese habido forma de implantar la democracia en el país. No teníamos cultura democrática; la única forma que había para lograr el objetivo era que nos la impusieran; y la impuso el centralismo conducido por los partidos políticos. Al centralismo político partidista y al Estado de partidos, por tanto, le debemos la democracia, pero luego ha sido la propia democracia de partidos, la que ha estado conspirando contra el régimen de libertades²².

En todo caso, como hemos dicho, los partidos, en general, no entendieron cabalmente el proceso que se había operado por su propia acción, por lo que muchas de las transformaciones que aprobaron en los últimos años, a veces fueron adoptadas bajo presión de la sociedad civil, y no por propio convencimiento de su importancia como aportes a la sobrevivencia de la democracia.

El hecho político más elocuente de estos cambios en 1989 fue la elección directa de Gobernadores. Esa no fue una decisión política partidista propia de un sistema que venía funcionando. Esa fue, realmente, una decisión de sobrevivencia: no había otra forma de enfrentarse al proceso electoral de 1989, después de la protesta popular del 27 de febrero de ese año, recién instalado en la Presidencia de la República Carlos Andrés Pérez, que no fuera con el sometimiento a un proceso electoral en los Estados, distinto al nacional y para ello, la pieza clave era la elección directa de los Gobernadores. Esa decisión fue un signo del inicio de un esfuerzo de democratización de la democracia, a lo que se agregó la elección dire-

21 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Los problemas de la federación centralizada en Venezuela", *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Lima, N° 12, 1988, pp. 49 a 96; Allan R. Brewer-Carías, "Bases Legislativas para la descentralización política de la Federación Centralizada, (1990: el inicio de una reforma)", en Allan R. Brewer-Carías y otros, *Leyes y Reglamentos para la Descentralización política de la Federación*, Caracas 1994, pp. 7 a 53. Véase también Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público Nacional, Estatal y Municipal, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, Caracas-San Cristóbal, 1996, pp. 394 y ss.

22 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Problemas del Estado de Partidos*, cit., pp. 92 y ss.

cta de Alcaldes, establecida en la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de ese mismo año²³.

En 1989, por tanto, se dictaron varias leyes de enorme importancia: La Ley que fijó el período de los poderes públicos estatales y municipales, en tres años; la Ley de elección y remoción de Gobernadores; la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que previó la elección directa de los Alcaldes, y por último, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, que fue la consecuencia ineludible de la decisión de elegir en forma directa a los Gobernadores. Se entendió que no había otra forma de atender a las expectativas derivadas de la elección, que no fuera transfiriendo poder y competencias nacionales a los Gobernadores²⁴. Si estos hubiesen sido electos en un esquema totalmente centralizado, ello hubiera equivalido a elegir guerrilleros por votación popular, que iban a ponerse a la búsqueda de poder, si éste no se les comenzaba a transferir.

En consecuencia, la descentralización estuvo en el centro de este proceso de transformación que se había venido produciendo en el país, signado por la búsqueda de una mayor participación, y con una repercusión progresiva en la apertura de la propia democracia²⁵.

Por eso, las reformas que se adoptaron fueron buscando otro tipo de sistema electoral que no fuera el de representación proporcional tradicional, y de allí los ingredientes de elección uninominal que se establecieron en 1993. Con ello se había estado buscando una mayor apertura de la democracia que había estado cerrada y controlada básicamente por los partidos políticos, los cuales, en su momento, no supieron abrirla a la penetración de la sociedad civil. Por ello, muy posiblemente si los sistemas de postulación hubiesen sido más abiertos en periodos anteriores, no hubiera habido necesidad de concluir en el sistema mitad plurinominal, mitad uninominal que no necesariamente, por si mismo, rindió los frutos de democratización esperados²⁶.

En todo caso, en el futuro, no tenemos la menor duda que en Venezuela seguirá habiendo democracia sólo en tanto en cuanto seamos capaces de entender que una vez que quedó consolidada, tiene que efectiva-

23 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Municipio, democracia y participación. Aspectos de la crisis", *Revista Venezolana de Estudios Municipales*, N° 11, Caracas, 1988, pp. 13 a 30.

24 Véase el texto de las leyes en Allan R. Brewer-Carías y otros, *Leyes y Reglamentos para la Descentralización de la Federación*, cit., pp.273 y ss. Allan R. Brewer-Carías y otros, *Ley Orgánica de Régimen Municipal*, Caracas 1990, pp. 269 y ss.

25 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Reforma Política del Estado: la Descentralización Política" en Allan R. Brewer-Carías, *Estudios de Derecho Público, (Labor en el Senado 1982)*, Tomo I, Caracas 1983, pp 15 a 39.

26 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Sufragio*, Caracas 1993. Véase sobre el sistema electoral de 1993, J.G. Molina y C. Pérez Baralt, "Venezuela ¿un nuevo sistema de partidos?. Las elecciones de 1993, en *Cuestiones Políticas*, N° 13, 1994, pp. 63 a 99.

mente descentralizarse; es decir, se hace necesario acercarla más al ciudadano, para que pueda participar en ella; y esto sólo puede lograrse llevando el Poder cerca de las comunidades, organizaciones o regiones; es decir, descentralizando el poder. Sin descentralización efectiva del poder la democracia, en el futuro, no podrá sobrevivir²⁷.

La experiencia universal, por otra parte, enseña que no hay democracia occidental consolidada después de la Segunda Guerra Mundial, que no se haya descentralizado. Es un fenómeno universal producto de la democratización, que ha llegado a convertirse en condición para su sobrevivencia²⁸. Por ello es que no existen autocracias descentralizadas²⁹.

Pero sin duda, a pesar de todas las advertencias, las reformas en tal sentido se iniciaron demasiado tarde³⁰, sin anticiparnos a la crisis como había que hacerlo, y más bien en medio de ella. Por ello, en 1998-1999 la crisis de la democracia, de su consolidación y afianzamiento, ya no se podía solucionar con una simple reforma constitucional, sino abriendo efectivamente nuevos canales de representatividad y participación democrática para llenar el vacío que había dejado el deterioro de los partidos políticos tradicionales y que de nuevo colocaron al país en una orfandad política; participación que por supuesto, ya no podía ser la del pueblo armado en milicias que originó el caudillismo del siglo pasado, y sobre lo cual más de uno habrá soñado. Al contrario, el reto que teníamos y aun tenemos los venezolanos es el de formular un nuevo proyecto político democrático que sustituya el Estado centralizado de partidos por un Estado descentralizado participativo.

IV. LA CRISIS POLÍTICA DE 1992 Y LA PROPUESTA DE LA CONSTITUYENTE

La crisis del sistema político centralizado de partidos, sin duda, había afectado los cimientos del Estado de derecho. Sin embargo, para reconstruirlo, como se señaló, no bastaba con reformar unos artículos de la Constitución, ni con decretar la disolución del Congreso y la destitución

27 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999. Una reforma insuficiente y regresiva*, Caracas 2001.

28 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La descentralización territorial: autonomía territorial y regionalización política" en *Revista de Estudios de la vida local*, N° 218, Madrid 1983, pp. 209 a 232.

29 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Organización Territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial*, Caracas 1997, pp. 108 y ss.

30 Véase en general, sobre las propuestas de reforma política y constitucional: COPRE *Constitución y Reforma. Un proyecto de Estado Social y Democrático de Derecho*, Caracas 1991; Ricardo Combellas (coordinador), *Venezuela, Crisis Política y Reforma Constitucional*, Caracas 1993; y COPRE, *Una Constitución para el ciudadano*, Caracas 1994. Más recientemente: Miguel Van der Dijs, *Transformaciones posibles del Estado venezolano*, Caracas 1999.

de todos los jueces, ni con llenar de militares o ex-militares los cargos ejecutivos. Así no se logra crear el Estado que necesitamos para asumir el siglo XXI. En esa forma, ni de la noche a la mañana, ni por Decreto se puede organizar un gobierno que efectivamente gobierne; una Administración Pública eficiente que preste los servicios públicos necesarios a satisfacción de los usuarios convertidos en contribuyentes productivos; en esa forma no se puede establecer una efectiva administración de justicia que la imparta rápida e independientemente, ni se puede crear un Congreso que efectivamente legisle y controle.

La tarea de hacer o rehacer el Estado es la tarea de al menos una generación, para lo cual en democracia no hay otra forma de lograrlo que no sea sino mediante un acuerdo político de largo alcance, que la verdad es que en momentos de crisis como los que hemos tenido en los últimos años, ya no lo podían hacer como en otros tiempos los líderes de unos cuantos partidos políticos cada vez más deteriorados, pues había que incluir a muchos otros nuevos actores políticos.

Es decir, el asunto era mucho más complejo, por lo que para resolver la crisis de la segunda transición democrática en la cual nos encontramos al finalizar el siglo XX, en nuestro criterio, no teníamos otra salida que no fuera la de realizar un proceso de reconstitución democrática del sistema político, convocando democráticamente a una Asamblea Constituyente; y, por supuesto, no porque en años recientes la hubieran descubierto y la propusieran algunos candidatos presidenciales, sino porque en la historia constitucional en un momento de crisis terminal de gobernabilidad y de pérdida de legitimación del Poder, no hay otra forma de reconstituir al Estado y al sistema político que no sea mediante una convocatoria al pueblo. La idea de la Asamblea Constituyente, por tanto, no debía ni podía ser una propuesta partidaria de uno u otro candidato presidencial, pues pertenecía a todos.

En la Venezuela de finales del siglo XX, esta idea de la convocatoria a una Constituyente la había planteado en 1991 el denominado Frente Patriótico³¹ y en 1992, el Grupo de Estudios Constitucionales del cual formamos parte, en particular, a las pocas semanas del intento de golpe de Estado militarista que motorizó el entonces Teniente Coronel Hugo Chávez Frías contra el gobierno de Carlos Andrés Pérez y contra la Constitución y la democracia.

³¹ Frente Patriótico, *Por una Asamblea Constituyente para una nueva Venezuela*, Caracas 1991.

El planteamiento, que fue objeto de debate público durante varios meses,³² lo formulamos un mes después de ese acontecimiento en el Aula

32 En concreto, el 1º de marzo de 1992, a menos de un mes del intento de golpe de estado militarista del 4 de febrero de ese año, declaramos en el diario *El Nacional*, al periodista Elías García Navas, lo siguiente:

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 referendo 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 de 1991, 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 a 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 sí 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.

Magna de la Universidad de Los Andes, en Mérida, en una Asamblea convocada precisamente para tratar el tema. En ese tiempo no sólo la sugirió el Consejo Consultivo designado por el Presidente Pérez a raíz del intento de golpe³³, sino que llegó a ser incluido en el Proyecto de Reforma General de la Constitución que motorizó el ex Presidente Rafael Caldera en el Congreso³⁴.

En 1992, por otra parte, el entonces Gobernador del Estado Zulia, Oswaldo Álvarez Paz, propuso formalmente el camino constituyente co-

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 referendo 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 referendo, 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. Debe concebirse como la depositaria de la soberanía popular y representar al pueblo en su conjunto. Por ello tiene que establecerse que sus miembros deben actuar individualmente, según su conciencia y no estar ligados por mandatos expresos o instrucciones de ningún género. Por ello debe establecerse que no pueden ser candidatos a la Constituyente quienes al momento de la elección sean diputados o senadores.

El número de miembros de una Asamblea Constituyente no debería ser excesivo. Podría por ejemplo, pensarse en 80 miembros, de los cuales 50 podrían ser electos uninominalmente, dividiéndose al país en 50 circunscripciones electorales, lo que en líneas generales significa dos constituyentistas por cada Estado y en los más populosos un número mayor. 25 miembros, por ejemplo, podrían ser electos por listas nacionales candidateados por partidos y grupos de electores de constitución más flexible.

También podrían presentarse candidatos individuales con respaldo de un número determinado de electores. En un esquema como en el mencionado, además de los 50 uninominalmente elegidos y de los 25 por listas, la Asamblea podría tener otros 5 miembros designados por ella misma, incluyendo personalidades que no hubiesen sido candidatos y sean considerados representativos de la vida nacional.

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. (Véase en *El Nacional*, Caracas 01-03-92, p. D-2).

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

34 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.

mo salida a la crisis³⁵; la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado también planteó el tema de la Constituyente al debate público³⁶, e igualmente, el Fiscal General de la República, Ramón Escovar Salom, planteó a la Cámara de Diputados como el camino más racional y prudente para superar la crisis política, la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente³⁷. En 1994, el Frente Amplio Proconstituyente formuló la propuesta³⁸ y asimismo, en 1995, la planteó Hermán Escarrá Malavé³⁹.

En todo caso, en 1992, nuestra propuesta sobre la Constituyente pasaba por la necesaria reforma de la Constitución de 1961, para regular dicha institución para luego convocarla⁴⁰.

35 Véase Oswaldo Alvarez Paz, *El Camino Constituyente*, Gobernación del Estado Zulia, Maracaibo, Junio 1992.

36 Véase los trabajos de Ricardo Combellas, "Asamblea Constituyente. Estudio jurídico-político" y de Angel Alvarez, "Análisis de la naturaleza de la crisis actual y la viabilidad política de la Asamblea Constituyente" en COPRE, *Asamblea Constituyente: Salida democrática a la crisis*, Folletos para la Discusión N° 18, Caracas 1992.

37 Véase *El Fiscal General y la Reforma Constitucional*. Comunicación del Dr. Ramón Escovar Salom al Presidente de la Cámara de Diputados Dr. Luis Enrique Oberto. Ministerio Público, Caracas 08-07-92. Véase, además, R. Escovar Salom, "Necesidad de una Asamblea Nacional Constituyente" en *Cuadernos Nuevo Sur*, N° 2-3, julio-diciembre, Caracas 1992, pp. 156 a 160.

38 Véase Frente Amplio Proconstituyente *¿Qué es la Constituyente?*, *El Nacional*, Caracas, 30-06-94.

39 Véase Hermán Escarrá Malavé, *Democracia, reforma constitucional y asamblea constituyente*, Caracas 1995.

40 *El Proyecto alternativo de Reforma Constitucional relativo a la Asamblea Constituyente y su inmediata convocatoria*, que presentamos un conjunto de organizaciones y personas el 7 de mayo de 1992, para convocar la Constituyente, consistía en agregar un nuevo artículo (250) a la constitución, con el siguiente texto:

Artículo 1°:

Se agrega un nuevo artículo a la Constitución, que será el 250, en los siguientes términos:

Artículo 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 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 referendo 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 referendo se convocará dentro de los sesenta días siguientes a dicha formalización.*

3° *Para la validez del referendo 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.*

V. LA NUEVA NECESIDAD DE RECONSTITUIR EL SISTEMA POLÍTICO Y LA IDEA DE LA CONSTITUYENTE EN 1998

El intento de golpe militar de febrero de 1992 que motorizó el entonces Teniente Coronel Hugo Chávez Frías, fue seguido de otro intento similar en noviembre de 1992, y fue el principio efectivo del fin del sistema político que se había consolidado al amparo del Pacto de Punto Fijo.

La Asamblea, así constituida podrá incorporar a la misma miembros designados por los anteriores electos.

A. Miembros electos uninominalmente

Se elegirá, en forma uninominal y en circuitos electorales de base poblacional análoga que preservará la división territorial entre los Estados, un número de representantes igual al que resulte de dividir los habitantes que tenga cada entidad federal por la base de población, la cual será igual al uno por ciento (1%) de la población total del país.

Si hecha esta división resulta un residuo superior al cincuenta por ciento (50%) de la base de población se elegirá un Representante más. Aquellos Estados que no tengan un número de habitantes suficientes para elegir dos Representantes a la Asamblea elegirán, en todo caso, este número. Cada Territorio Federal elegirá un Representante.

Para ser electo en cada circuito electoral se requerirá haber obtenido el cincuenta por ciento (50%) de los votos válidos; si ninguno de los candidatos obtuviere dicho porcentaje, se procederá dentro de los treinta días (30) días siguientes y en la oportunidad que fije el Consejo Supremo Electoral, a una segunda vuelta de votación en la que participarán los dos candidatos que hubieren obtenido mayor número de votos en la primera vuelta.

B. Miembros electos nominalmente de una lista nacional

Igualmente se elegirán en forma nominal, veinticinco Representantes adicionales de acuerdo al siguiente procedimiento:

Una vez concluido el lapso previsto para la postulación de listas de candidatos a nivel nacional, el Consejo Supremo Electoral procederá a la elaboración de un listado único, organizado en estricto orden alfabético, de todos los candidatos que hayan sido postulados a nivel nacional. En dicho listado, se colocará un número para cada uno de los candidatos, el cual corresponderá a su puesto de colocación, determinado por orden alfabético, en el mencionado listado nacional de candidatos.

El listado nacional de candidatos deberá ser publicado al menos tres veces en la Prensa Nacional, durante los quince días anteriores a aquel en que se realizará el proceso de votaciones.

En el momento de sufragar le será entregado a cada elector el listado nacional de candidatos y el elector expresará su voto mediante una boleta o planilla que contendrá veinticinco casillas en cada una las cuales colocará el número que corresponde, en el listado nacional, a los candidatos de su preferencia. Toda boleta o planilla en la que el elector haya colocado uno o más números contenidos en el listado nacional de candidatos, hasta un máximo de veinticinco, será considerado como expresión válida del voto.

Resultarán electos los veinticinco (25) candidatos que hubieren obtenido el mayor número de votos.

C. Miembros designados

La Asamblea elegida en la forma indicada anteriormente podrá decidir, dentro de los quince (15) días siguientes a su instalación, por una mayoría de dos terceras partes de sus integrantes, por lo menos, la incorporación a su seno, de hasta quince miembros plenos, que ella considere conveniente integrar a la misma.

7° Las postulaciones para la elección uninominal de Representantes o para la elección nominal del listado nacional, serán presentadas en la siguiente forma:

a. Para la elección de candidatos en los circuitos electorales, las postulaciones podrán formularse por los partidos políticos nacionales o por partidos políticos regionales constituidos en la entidad federal en la cual se encuentre el circuito, o por grupos de electores respaldados por la menos un mil firmas;

Con posterioridad, un año después, en 1993, el Presidente de la República Carlos Andrés Pérez fue enjuiciado y lo sustituyó transitoriamente el Presidente Ramón J. Velázquez hasta terminar el período del primero; lapso durante el cual le dimos un gran impulso institucional al proceso de descentralización⁴¹.

La elección presidencial de 1993 pudo haber constituido la apertura de la vía democrática para el cambio político que ya resultaba indispensable y que podía superar el centralismo partidocrático, pero lamentable-

b. Para la postulación de candidatos a ser electos nominalmente del listado nacional, las postulaciones podrán formularse por los partidos políticos nacionales o por grupos de electores respaldados por al menos veinte mil firmas.

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.*

9° *La Asamblea Nacional Constituyente dictará su propio Reglamento Interior y de Debates, así como los otros Reglamentos que sean necesarios para su organización y funcionamiento.*

10° *Un número no menor de cincuenta mil electores podrá ejercer el derecho de iniciativa popular mediante la introducción, para la discusión y consideración por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, de proyectos de reforma total o parcial de la Constitución.*

11° *El procedimiento para la discusión y elaboración de la nueva Constitución comprenderá, en todo caso, mecanismos que aseguren la participación de todos los sectores nacionales del país, particularmente mediante la consulta a los sectores sociales, económicos, políticos, culturales, religiosos y militares del país.*

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.*

13° *La Asamblea aprobará la nueva Constitución en el plazo máximo de ciento ochenta (180) días continuos a partir de su instalación. La Asamblea podrá prorrogar este plazo hasta por sesenta (60) días continuos adicionales, con el voto favorable de la mayoría de sus miembros.*

14° *La nueva Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente entrará en vigencia el día de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.*

En la propuesta, se planteaba, además, la necesidad de que la reforma constitucional que se proponía fuese aprobada por referendo, y que debía contener las siguientes Disposiciones Transitorias:

Primera: La aprobación por referendo de la presente Reforma implica la aprobación de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente prevista en esta Reforma. Segunda: No podrán formar parte como miembros electos de la Asamblea Nacional Constituyente quienes a los quince días de iniciado el período de postulación de candidatos, se encuentren investidos de los cargos de Ministros, Presidentes de Institutos Autónomos o Empresas del Estado, Jefes de misiones diplomáticas, Gobernadores de Estado, miembros electos principales o suplentes del Congreso de la República, de las Asambleas Legislativas o de los Concejos Municipales, Contralor, Fiscal o Procurador General de la República, Alcalde, o Juez en cualquier instancia del Poder Judicial. Tercera: El Proyecto de Reforma General a la Constitución de 1.961, elaborado por la Comisión Bicameral designada al efecto, y el cual ha sido objeto de discusión por el Congreso de la República, será presentado a la consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, adjuntándole el conjunto de modificaciones que haya sufrido hasta el momento de la aprobación por el Congreso o alguna de sus Cámaras, del presente Proyecto de Reforma Parcial de la Constitución de 1.961.

41 Véase *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993. Memoria del Dr. Allan R. Brewer-Carías*, Ministro de Estado para la Descentralización, Caracas, 1993.

mente, la opción popular se inclinó por el que consideramos era el menos indicado de los candidatos para motorizar cambio alguno, el Presidente Rafael Caldera, bajo cuya presidencia el sistema político de Estado centralizado de partidos entró en la etapa definitiva de crisis terminal.

La exigencia de cambio político al final del período constitucional del Presidente Caldera era incontenible, y ante el deterioro y desmoronamiento de los partidos políticos tradicionales, en particular Acción Democrática y Copei, y el consecuente vacío político que dejaron, el candidato popular que había enarbolado la bandera del cambio, Hugo Chávez Frías, quien había sido indultado por el Presidente Caldera, como se dijo, ganó la elección presidencial el 6 de diciembre de 1998⁴².

Con ello, sin embargo, se abrió la posibilidad de una vía democrática para el cambio político en el país.

Los motivos que nos habían llevado a proponer en 1992 la necesidad de una consulta popular sobre la Constituyente fueron los mismos que, agravados, también nos impulsaron en 1998 a pensar que ésta era inevitable para reconstituir el sistema político y el Estado⁴³.

El reto que entonces teníamos los venezolanos, era darnos cuenta definitivamente, de cual era la disyuntiva real que teníamos planteada: o convocábamos democráticamente la Asamblea Constituyente para reconstituir el sistema político en ejercicio de nuestros propios derechos democráticos, o nos la iban a convocar quizás después de conculcarnos por algún tiempo o “por ahora”, que siempre es un tiempo impreciso, por arbitrario.

La fórmula legal para llegar a ella, de la cual carecíamos en 1992, estaba en el referendo consultivo que se introdujo en la reforma de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1997⁴⁴, que atribuía la decisión para convocarlo al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a las Cámaras Legislativas en sesión conjunta o a un grupo equivalente al 10% de los electores (art. 181).

De nuevo nos encontrábamos en la situación de que estaba en manos de los poderes del Estado la decisión para que en las elecciones de noviembre o diciembre de 1998, se hubiera podido incluir una tercera tarjeta para efectuar la consulta sobre el tema de la convocatoria a una Constituyente, y hubiéramos podido salir de una vez del asunto en forma democrática, de manera que si el voto era afirmativo, como lo hubiera

42 En la elección presidencial de 1998 Hugo Chávez Frías obtuvo el 56,20% de los votos válidos, seguido por Henrique Salas Römer, con 39,99%. La abstención fue de aproximadamente el 35,27%. Véase en *El Universal*, Caracas 11-12-98, p. 1-1.

43 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Reflexiones sobre la crisis del sistema político, sus salidas democráticas y la convocatoria a una Constituyente”, en “Presentación” del libro *Los Candidatos Presidenciales ante la Academia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1998, pp. 11 a 66.

44 Véase en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.200 de 30-12-97.

sido según lo que informaban las encuestas, el Congreso que se eligió en noviembre de 1998 hubiera tenido como tarea inmediata prioritaria, por mandato popular, no por un acuerdo de partidos o por una propuesta política aislada, proceder a la reforma de la Constitución para regular la Constituyente y así poder convocarla constitucionalmente en 1999⁴⁵.

En esta situación de crisis terminal estimamos que no había que temerle a una Constituyente convocada democráticamente, es decir, no había que temerle a la democracia, siempre queuviésemos claro que su sola convocatoria y funcionamiento no iba a acabar con los problemas del país; a lo que teníamos que temerle era a la incomprensión del liderazgo político sobre lo que estaba ocurriendo.

En todo caso, lo que sí consideramos que se debía evitar era que se procediera a su convocatoria sin previsión constitucional, como lo había anunciado el entonces candidato presidencial Hugo Chávez Frías y sus seguidores; y que de golpe fuéramos a resucitar otra “revolución legalista” como la de fines del siglo XIX que tuvo su origen, precisamente, en una reforma constitucional hecha irregularmente.

Una Asamblea Constituyente en estos tiempos de crisis política generalizada, consideramos que no es otra cosa que un mecanismo democrático para formular un proyecto de país, como lo fueron las grandes Constituyentes de 1811, 1830, 1864, 1901 y 1947, pero con la diferencia de que aquellas fueron el resultado de una ruptura política y no el mecanismo para evitarla. En estos tiempos de crisis de la democracia, estimábamos que una Constituyente era para que las fuerzas políticas pudieran llegar democráticamente a un consenso sobre ese nuevo proyecto de país. Por eso, lo importante era que la democracia la asumiera como cosa propia, por supuesto con el riesgo para el liderazgo tradicional de poder perder el control del poder que los partidos tradicionales habían tenido durante 40 años. Ese, quizás, era el precio que había que pagar para que la democracia continuara. Identificarlo era la tarea histórica que teníamos por delante.

La Constituyente así planteada, por supuesto, no era para destruir ni para excluir como se había sugerido por algunos, pues para establecer cualquier forma de autocracia o de autoritarismo no era necesario Constituyente alguna, más bien constituía un estorbo y un enredo.

La conclusión de la crisis terminal en la cual nos encontrábamos, por tanto, no era otra que reconstituir el sistema político para lo cual no sólo debía seguir siendo democrático, sino ser más democrático.

⁴⁵ Véase lo que expusimos al respecto, en noviembre de 1998, en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas 1999, pp. 78 a 85.

1. *La necesidad de un nuevo acuerdo, pacto o consenso para asegurar la gobernabilidad democrática*

En 1998 e independientemente de la legítima tarea de cada candidato y de cada partido en presentar en las elecciones una cara o máscara propia y distinta para buscar votos, lo que sí era claro era que ninguno de los candidatos ni partidos aisladamente parecía estar en capacidad de asegurar la gobernabilidad democrática después de las elecciones, pues no era difícil vaticinar que ningún partido llegaría a obtener la mayoría parlamentaria, y aunque así fuera, ello no hubiera sido suficiente; precisamente en un año en el cual el nuevo gobierno tenía que enfrentarse a una de las más grandes crisis económicas que habíamos tenido en los últimos años, que derivaba de la caída de los precios del petróleo. No era la crisis financiera interna la que iba a agobiar al Estado, sino la crisis global del propio Estado petrolero.

Y ella, que va aparejada a la crisis política como siempre ha sucedido en la historia, sólo podía enfrentarse con un acuerdo que garantizase la gobernabilidad.

De eso precisamente se trata la democracia: de acuerdos, de consenso, de disidencias, de discusiones y de soluciones concertadas o votadas. Nos espantó leer a comienzos de 1998 todos los epítetos inimaginables que salieron de las cuevas y trincheras políticas, cuando el Profesor Luis Castro Leiva en su Discurso en la Sesión Solemne de las Cámaras Legislativas con motivo de la celebración de los cuarenta años del 23 de Enero de 1958, planteó este mismo problema de la gobernabilidad y de la necesidad de un acuerdo político para asegurar la gobernabilidad democrática⁴⁶. Lo insólito es que si no lo había, lo que íbamos a perder era la propia democracia y quizás a ello estaban apuntando unos cuantos, utilizando, por cierto, a muchos ingenuos.

Un acuerdo que asegurase la gobernabilidad, por supuesto, conllevaba el pago de un precio por la paz y la democracia por parte de cada uno de los que quisieran que éstas continuaran.

No era que estuviésemos planteando la disyuntiva electoral de 1998 en términos de democracia o guerra civil como algún candidato lo hizo, pues en definitiva ni la democracia ni la Constituyente podían ser monopolio de algún candidato. Era de todos y la guerra civil con la que se nos amenazaba como una posibilidad que podía estar cerca, tenía que ser la aversión de todos.

⁴⁶ Véase el texto en *El Nacional*, Caracas, 24-01-98, p. D-1. Véanse los comentarios sobre dicho planteamiento en *El Nacional*, Caracas, 27-01-98, p. D-1. Véase asimismo sobre el tema del acuerdo para la gobernabilidad, los comentarios de Arturo Sosa S.J. en *El Universal*, Caracas 03-02-98, p. 1-16 y 17-06-98 p. 1-14.

La democracia venezolana se mantuvo por cuarenta años gracias a que el partido Acción Democrática abandonó el exclusivismo sectario de los años cuarenta del siglo XX, y tuvo que comprender, por la represión de la dictadura militar, que en estas tierras no se podía pretender gobernar con exclusiones ni con un partido único mayoritario que impusiere su voluntad; y que había que llegar a un acuerdo de gobernabilidad democrática con los partidos existentes, así fueran minoritarios. Ese fue el Pacto de Punto Fijo, y ese acuerdo hizo posible la sobrevivencia del sistema.

Pero esos pactos por supuesto se habían acabado, porque cuarenta años después el país era otro; la democracia centralizada de partidos conducida por partidos regidos por el principio del centralismo democrático, había quedado en la historia, es decir, había terminado; y para que la democracia pudiera sobrevivir, por supuesto, no podían revivirse ninguno de aquellos pactos que también habían quedado en la historia. Esto estaba claro, pero no por ello resultaba que no se requiriera de otro acuerdo político de mucho mayor espectro para definir el Estado democrático que queríamos para las próximas décadas, que era lo que teníamos y aún tenemos planteado por delante.

Por supuesto, no podía ser el “Acuerdo Nacional” que habían propuesto algunos partidos y líderes políticos en 1998, formulado tardíamente por cierto, como tantas otras veces ha ocurrido en nuestra historia. No, como señalábamos en 1998, el asunto era más complejo, más democrático: un acuerdo no podía ser lo que todavía había podido haber sido hace décadas, es decir, un documento al estilo del de Punto Fijo, firmado por tres, cinco o diez líderes políticos. En aquel entonces ellos representaban la democracia, eran los únicos que representaban la militancia democrática, pues el país no lo era. En 1998 la situación era otra, la mayoría de los venezolanos eran demócratas y la democracia se había desparramado por todos los rincones de esta tierra, de manera tal que nadie se hubiese sentido representado si sólo tres, cinco o diez líderes, de los de siempre, llegaban a un pacto para gobernar.

La propia democracia había complicado las cosas, para bien ciertamente, y entonces debía haber muchos más convidados al acuerdo, no sólo partidos y organizaciones intermedias de la sociedad civil, sino por sobre todo, intereses regionales de los nuevos centros de poder que para bien democrático se habían desarrollado en las provincias gracias al proceso de descentralización. Hacía todavía treinta años que bastaba que luego de hablar con el Alto Mando Militar se reunieran Rómulo Betancourt, Rafael Caldera y Jovito Villalba, los líderes de los partidos tradicionales, con los Presidentes de la Confederación de Trabajadores de Venezuela y de Fedecámaras, y quizás el Arzobispo de Caracas y algún otro dirigente partidista -pocos-, para que cualquier situación político-económica encontrase solución. En 1998, eso no era posible, ni podía serlo.

Ese necesario acuerdo que se requería para asegurar la gobernabilidad futura, por tanto, era mucho más complejo que el de 1958, requería de la participación de muchos nuevos actores y, por sobre todo, requería de un mecanismo que les garantizara su representatividad democrática. Pero precisamente, la misma crisis impedía la identificación precisa de todos los nuevos actores políticos; por eso la idea de la Constituyente para convocarlos democráticamente, como un medio para garantizar la participación de todos los actores, sin exclusiones, con el objeto de reconstituir el sistema político para la gobernabilidad democrática en el futuro; donde por supuesto, debían desarrollarse todos los poderes creadores necesarios, aún cuando con el rechazo de todas las fantasmagóricas ideas de clara inspiración totalitaria que comenzaron a aflorar como las de un “Poder Moral” o fórmulas por el estilo.

Pero la historia también nos enseña que esa oportunidad creadora, muy lamentablemente, muchas veces se ha perdido. Sucedió con la crisis que comenzó a aflorar en los años que precedieron a la Revolución federal, con dos reformas constitucionales y una Asamblea Constituyente tardía, la de 1858; sucedió con la crisis de fin del siglo XIX, también con dos reformas constitucionales y otra Asamblea Constituyente tardía y mal convocada, la de 1891; y sucedió con la crisis de los cuarenta del siglo pasado, con una reforma constitucional y una Asamblea Constituyente exclusionista, la de 1946. En ninguna de esas ocasiones el liderazgo pudo inventar nada nuevo para cambiar lo que era indispensable e inevitable cambiar, y fue necesaria la Guerra Federal para llegar a la Constituyente de 1863; fue necesaria la otra guerra de Gómez contra los caudillos federales para llegar a la Constituyente de 1901; fue necesario el golpe de Estado del 18 de octubre de 1945 para llegar a la Constituyente de 1946; y fue necesario el militarismo de los años cincuenta para llegar al Congreso constituyente de 1958.

Lo que no había derecho en el fin del siglo XX, en la época de las comunicaciones inmediatas, interactivas y virtuales era que el liderazgo político no inventara y tuviera a toda la población como espectadores de una función que había terminado, a la espera de que subiera el telón, pero sin que nadie supiera a ciencia cierta del espectáculo que íbamos a tener, el cual podía ser cualquier cosa. Por ello, lo que no había derecho era que en un país democrático, tuviéramos que esperar, de nuevo, como tantas veces en la historia, una ruptura política para llegar a la Constituyente.

El reto que teníamos era el de asegurar que el cambio inevitable que se iba a producir, similar al que habíamos tenido en otros períodos de nuestra historia, fuera democrático, para lo cual se necesitaba de una estabilidad política que garantizara la gobernabilidad, de manera que si ésta no se aseguraba desde el inicio, podía que el colapso definitivo de la democracia estuviese próximo.

En esta situación, hay que tener claro que al poder, en democracia, no se llega ni se puede pretender llegar por las buenas o por las malas; se llega con votos, gústele o no a quien quiera gobernar. Pero el problema real en 1998, no era llegar al poder, sino qué hacer una vez que se llegase a él y sobre esto los venezolanos habíamos oído muy poco en la campaña electoral, salvo algunas frases cohete que sirven para cualquier cosa.

Teníamos por delante, por tanto, un proceso de cambio inevitable, una revolución que estaba corriendo como río subterráneo bajo nuestros pies, y que además, implicaba un cambio generacional.

Por ello, en 1998, desde el punto de vista político, lo más peligroso para la democracia no era que ganase un candidato u otro, pues todos tenían el derecho de competir y de ganar democráticamente, sino que no se transformase la propia democracia y se pretendiera edificar un nuevo régimen sin cambio alguno, que fuera más de lo mismo, o que pretendiera suprimir la democracia y tuviera como sustento el uso arbitrario de la fuerza.

Lo que estaba en juego, por tanto, en definitiva, después de cuarenta años de su manejo centralista por los partidos, era la propia democracia. Para que sobreviviera, tenía que ser consolidada en todo el territorio nacional y no sólo en las cúpulas partidistas en Caracas; es decir, tenía que ser afianzada y arraigada en todos los pueblos, comunidades, organizaciones, regiones y Estados. Para ello, de nuevo, no había ni hay otra forma de garantizar su sobrevivencia que no fuera la descentralización política, y si bien la descentralización por sí sola no soluciona todos los males políticos, mediante ella es que se puede participar. Por ello, en nuestro criterio, si había un termómetro infalible para determinar el grado democrático de las propuestas electorales de cualquiera de los candidatos o partidos en esos momentos, en Venezuela, era su concepción sobre la descentralización política del país.

La descentralización, por último, ha sido el signo de la historia de Venezuela: por ser Provincias coloniales pobres durante los primeros tres de los cinco siglos de nuestra historia, fuimos altamente descentralizados, originándose un poderoso poder local que se arraigó en los Cabildos; el cuarto siglo, el XIX, fue el del Federalismo ciertamente disgregante, que en un país que no había logrado consolidarse como Estado nacional, nos llevó a la ruina; y el siglo XX fue el del centralismo, tanto para construir el Estado nacional como para implantar la democracia.

Hecho esto, para reformular ese Estado nacional y para precisamente preservar la propia democracia, el péndulo necesariamente tenía y tiene que moverse de nuevo hacia la descentralización política y participativa. Descentralización y participación son, por tanto, las dos vías para que la democracia perviva y responden a la necesidad del cambio en libertad que los venezolanos quieren.

Más democracia desde el punto de vista del Estado, es decir, democratizar el Estado, sólo se logra con la descentralización política. Pero además de descentralizar el Estado para afianzar la democracia, ésta tiene que despartidizarse para que aquél pase de ser un Estado de partidos y convertirse en un Estado participativo. Es decir, hay que hacer a la democracia más democrática, y esto sólo se logra con la participación del pueblo en el proceso político, y no solamente cada 5 ó 6 años en las elecciones. Dada la agudeza de la crisis política de los últimos años del siglo XX, el país exigía cambios en democracia y con participación, y por ello la propuesta que habíamos formulado desde 1992, de una Asamblea Constituyente, no para sustituir a todos los Poderes del Estado ni convocada al margen de la Constitución y del Estado de derecho, sino dentro de su marco. Esa Constituyente, por tanto, era una Constituyente democrática, convocada en democracia; no una Constituyente que fuera producto de alguna ruptura política ni de una autocracia; sino convocada conforme a la Constitución.

2. *Las Asambleas Constituyentes en la historia de Venezuela*

Ahora bien, una Asamblea Constituyente, como resulta del significado propio de las palabras, es un congreso de representantes convocado con el objeto de constituir un Estado, es decir, establecer la organización política de una sociedad dada, en un territorio determinado⁴⁷. En este sentido estricto, en Venezuela, en realidad, hemos tenido sólo dos Asambleas Constituyentes: el Congreso General de 1811 reunido en Caracas con el objeto de constituir el Estado venezolano independiente de la Corona Española⁴⁸ con la sanción de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela 21-12-1811⁴⁹; y el Congreso Constituyente convocado en Valencia, en 1830, por el General Páez, para reconstituir el Estado venezolano separado de la Gran Colombia y la sanción de la Constitución del Estado venezolano (22-9-1830)⁵⁰. Con ello se inició el ya indicado primer período de nuestra historia política: el del Estado semidescentralizado (1811-1864).

47 Véase Allan R. Brewer-Carías, "Las Asambleas Constituyentes en la Historia de Venezuela", *El Universal*, Caracas 08-09-98, p. 1-5.

48 Véase *Textos Oficiales de la Primera República*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2 Vols., Caracas 1982.

49 Véase los textos constitucionales que hemos tenido en Venezuela, en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas 1997; y sobre la evolución constitucional, véase el "Estudio Preliminar" en ese libro, pp. 11 a 256.

50 Véase Eleonora Gabaldón, *La Constitución de 1830 (el debate parlamentario y la opinión de la prensa)*, Caracas 1991.

Una vez constituido el Estado venezolano independiente y autónomo, a partir de 1830, ha habido Asambleas Constituyentes pero no en el sentido estricto de “constituir” un Estado, sino de reconstituir el sistema político y reformar la Constitución, lo que en toda nuestra historia política siempre había ocurrido después de una ruptura de hilo constitucional.

En efecto, la Constitución de 1830 fue reformada por el Congreso conforme al procedimiento previsto en la misma (art. 227), en 1857. Posteriormente, como consecuencia del golpe de Estado contra el gobierno del Presidente Monagas, con la denominada Revolución de Marzo de 1858 comandada por Julián Castro, se convocó a una Gran Convención Nacional reunida en Valencia que sancionó la Constitución de 31-12-1858⁵¹.

Luego de la anulación de dicha Constitución de 1858 por José Antonio Páez en 1862, y de las Guerras federales, la Asamblea Constituyente reunida en Caracas en 1863, sancionó la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (13-4-64), con la cual se inició el segundo período constitucional de Venezuela, el del Estado federal (1864-1901)⁵².

Después de múltiples vicisitudes políticas que afectaron la vigencia de la Constitución de 1864, como la Revolución Azul de 1868 comandada por José Tadeo Monagas y la Revolución de Abril de 1870 comandada por Antonio Guzmán Blanco; conforme a sus normas (art. 122), el Congreso modificó, en 1874, la Constitución de 1864. Igual sucedió después de la Revolución Reivindicadora comandada por Guzmán Blanco en 1879, correspondiendo al Congreso modificar de nuevo, en 1881, la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (27-4-1881).

El Congreso volvió a reformar la Constitución de 1864 (conforme al artículo 118 de la reforma de 1881) en 1891, y luego de la Revolución Legalista de 1892 comandada por Joaquín Crespo, se convocó una Asamblea Nacional Constituyente que se reunió en Caracas en 1893, que sancionó la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1893 (21-6-93).

Luego de la Revolución Liberal Restauradora comandada por Cipriano Castro en 1899, en 1900 se convocó una Asamblea Nacional Constituyente que sancionó la Constitución de 1901 (29-3-01), con lo que se inició el tercer período constitucional de Venezuela, el del Estado centralizado autocrático (1901-1945).

Después de la Revolución Reivindicadora comandada por Manuel Antonio Matos, y del triunfo militar de Juan Vicente Gómez contra los

⁵¹ Véase Eleonora Gabaldón, *La Convención de Valencia (la idea federal), 1858*, Caracas 1988.

⁵² Véase la obra *Ideas de la Federación en Venezuela 1811-1900*, Biblioteca del Pensamiento Político Venezolano José Antonio Páez, 2 Vols., Caracas 1995.

caudillos liberales, en 1904 el Congreso asumió las funciones, facultades y derechos que correspondían al poder constituyente, y sancionó la Constitución de 1904.

Después de la definitiva asunción del poder por Gómez y el exilio de Cipriano Castro, conforme la preveía la Constitución de 1904 (art. 127), el Congreso enmendó la Constitución en 1909. La consolidación de Gómez en el poder originó la convocatoria de un Congreso de Diputados Plenipotenciarios que promulgó un Estatuto Constitucional Provisorio de 1914 y luego sancionó la Constitución de 1914 (19-6-14). Dicha Constitución, como lo establecía su texto, (art. 130), fue enmendada o reformada en varias ocasiones durante el régimen de Gómez, en 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931. Luego de la muerte de Gómez, en diciembre de 1935, la Constitución fue objeto de otras reformas por el Congreso, en 1936 (20-7-36) durante el gobierno de López Contreras y en 1945, durante el gobierno de Medina Angarita (5-5-45).

El 18 de Octubre de 1945 estalló la Revolución de Octubre comandada por militares y el partido Acción Democrática, iniciándose en esta forma el cuarto de los períodos políticos de nuestra historia, el del Estado democrático centralizado. La Junta Revolucionaria de Gobierno convocó en 1946 la elección de una Asamblea Constituyente que se reunió en Caracas y sancionó la Constitución de 1947 (5-7-47).

El 24 de noviembre de 1948 se produjo un golpe de Estado contra el gobierno del Presidente Rómulo Gallegos, disponiendo la Junta Militar en el Acta de Constitución del Gobierno Provisorio la aplicación de la Constitución de 1936, reformada en 1945. En 1953, en pleno régimen militar, se eligió una Asamblea Constituyente de los Estados Unidos de Venezuela, que sancionó la Constitución de 1953 (15-4-53).

Luego de un nuevo golpe de Estado, en 1958, la Junta Militar y la subsiguiente Junta de Gobierno asumieron el poder continuando en aplicación la Constitución de 1953, hasta que el Congreso electo en 1958, conforme a dicho texto (art. 140 y sigts.), reformó totalmente la Constitución, sancionando la Constitución del 23-1-61, que tuvo como modelo la de 1947.

Del panorama histórico antes descrito, resulta que después de las dos iniciales Asambleas Constituyentes del Estado venezolano independiente (1811) y autónomo (1830), que dieron inicio al primer período político de nuestra historia, la del Estado semidescentralizado (1811-1864); todas las Asambleas Constituyentes posteriores hasta 1948 fueron consecuencia de golpes de Estado o revoluciones. Así sucedió con la Asamblea Constituyente de 1858, dentro de dicho primer período histórico, que concluyó con las Guerras federales (1858-1863).

Como resultado de estas guerras, se celebró la Asamblea Constituyente de 1864 que dio inicio al segundo período de nuestra historia políti-

ca que fue la del Estado federal (1864-1901). En ese período, luego de la Revolución Legalista de 1892 se celebró la Asamblea Constituyente de 1893, concluyendo el período con la Revolución Liberal Restauradora (1899).

Como consecuencia de esa Revolución, se dio inicio al tercer período histórico de la vida política venezolana, la del Estado autocrático centralizado, con la Asamblea Constituyente de 1901. En ese período histórico, en 1904 el Congreso asumió el poder constituyente reformando la Constitución, concluyendo dicho período con la Revolución de Octubre de 1945.

Con esta Revolución se inició el cuarto período de nuestra historia política, el del actual Estado democrático centralizado con la Asamblea Constituyente de 1947, y la reconstitución del sistema político con la Revolución Democrática de 1958.

Cuarenta años después, en medio de la crisis del sistema político, resultaba inevitable una nueva reconstitución del sistema político y del Estado. Entonces, por primera vez en nuestra historia se planteó claramente la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente pero en democracia, para precisamente evitar la ruptura del hilo constitucional y reconstituir el sistema político en libertad, lo que ocurrió en 1999.

3. *Precisiones sobre la Asamblea Constituyente en 1998*

Del panorama histórico antes señalado resulta que las Asambleas Constituyentes de 1864, después de las Guerras Federales; de 1901, después de la Revolución Liberal Restauradora, y de 1946, después de la Revolución de Octubre, tuvieron su origen en el hecho de que la crisis del sistema político que existía no pudieron resolverse antes de su ruptura, mediante la evolución del sistema mismo; y ello, básicamente, por la incomprensión del liderazgo actuante sobre la gravedad de las respectivas crisis; y fueron necesarias guerras o revoluciones para que se convocase al pueblo para reconstituirlo. En todos esos casos, la Asamblea Constituyente después de una ruptura, de acuerdo a las épocas y a los sistemas electorales que existían, implicaron la convocatoria de representantes del pueblo y de los actores políticos que existían, para que formularan un nuevo proyecto político que siempre dio origen a la emergencia de un nuevo liderazgo para ejecutarlo.

Como hemos dicho, los venezolanos de final del siglo XX no nos merecíamos tener que esperar una ruptura constitucional para convocar al pueblo. En la situación de crisis política terminal que teníamos en 1998, producida por el deterioro de los partidos políticos que a partir de 1958 habían asumido el monopolio del poder y de la representatividad y participación democráticas; y por el deterioro del Estado centralizado por su

ineficiencia, la posibilidad de convocatoria de una Asamblea Constituyente, en democracia, era la vía más adecuada para evitar la ruptura del proceso democrático, resolver la crisis, formular un nuevo pacto social-constitucional y un nuevo proyecto político, que garantizando la democracia, abriera nuevos canales de participación y descentralizase territorialmente al país.

Por tanto, en los finales del siglo XX, para reconstituir el sistema político y el Estado no tenía sentido alguno que tuviera que producirse una ruptura constitucional que sin duda conduciría a conculcar derechos y libertades y a la propia democracia, para que después de un interregno autoritario se terminase convocando a una Constituyente para, precisamente, reconstituir el sistema político y permitir la emergencia de un nuevo liderazgo. Ello lo debíamos hacer en democracia y este fue el reto que se le planteó al liderazgo político, aún cuando no todos lo entendieron.

Pero toda decisión política dentro de un Estado de derecho democrático, tiene que ser adoptada de acuerdo a la Constitución. La Constitución de 1961 no preveía la posibilidad de convocatoria a una Asamblea Constituyente con esa misión de reconstituir el sistema político y reformar la Constitución, por lo que resultaba indispensable preverla en el propio texto de la Constitución mediante una reforma, que era el mecanismo adecuado para reformar la Constitución en este aspecto.

Pero para ello era necesario forzar al liderazgo político, para que efectivamente reformase la Constitución. Con tal fin, el primer paso que debió haberse dado era el que se procediera a realizar un referendo, por ejemplo, mediante la inclusión de una “tercera tarjeta” en las elecciones legislativas de noviembre o diciembre de 1998, para que el pueblo se pronunciase sobre la necesidad o no de la Constituyente y de la reforma constitucional que la regulase. Esto lo planteó formalmente al Congreso el Diputado Enrique Ochoa Antich⁵³, y con ello coincidió Oswaldo Alvarez Paz⁵⁴. En todo caso, sobre la convocatoria a la Constituyente conforme a la Constitución, se pronunciaron el Presidente de la COPRE, Ricardo Combellas⁵⁵ y otra serie de destacados intelectuales⁵⁶.

53 Véase *El Universal*, Caracas 30-06-98, p.1-16; *El Nacional*, Caracas 31-07-98, p. D-6; *El Universal*, Caracas 31-07-98, pp. 1-2; y *El Nacional*, Caracas 18-08-98, p. D-4

54 Véase Oswaldo Álvarez Paz, “Constituyente a la Vista”, *El Universal*, Caracas 06-08-98, p. 1-5; y sus declaraciones en *El Globo*, Caracas 14-08-98, p. 4; en *El Nacional*, Caracas 24-08-98, p. D-3 y en *El Universal*, Caracas 24-08-98, p. 1-18

55 Véase Ricardo Combellas, *¿Qué es la Constituyente?, Voz para el futuro de Venezuela*, Caracas 1998. Muchas de las afirmaciones formuladas en este libro sobre la naturaleza de la Asamblea Constituyente fueron radicalmente distintas a las formuladas por el mismo en su libro Ricardo Combellas, *Poder Constituyente (Presentación, Hugo Chávez Frías)*, Caracas 1999.

56 Véanse los trabajos contenidos en el libro R. Combellas (coordinador) *Constituyente. Aportes al Debate*, COPRE, Konrad Adenauer Stiftung, Caracas 1998. Véase además, Juan M. Raffalli Arismendi, *Revolución, Constituyente y Oferta Electoral*, Caracas 1998.

En esta forma, si se obtenía un voto afirmativo mayoritario, como seguramente así hubiera ocurrido, la primera actividad que le hubiera correspondido al Congreso que resultase electo en noviembre de 1998, hubiera sido el proceder a reformar la Constitución para prever la Asamblea Constituyente y convocarla.

La iniciativa para ese referendo de noviembre o diciembre de 1998, con fundamento en el artículo 4 de la Constitución y conforme a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sólo la tenían el Presidente de la República en Consejo de Ministros, las Cámaras Legislativas en sesión conjunta o el 10% del electorado. Si los órganos del Estado realmente hubieran tenido conciencia de la crisis terminal en la cual nos encontramos, el Gobierno o las Cámaras Legislativas habrían resuelto convocar a esa consulta de la voluntad popular para que el pueblo se pronunciara sobre el tema de la Constituyente en las elecciones de 1998, y así establecerle al que sería el próximo Congreso un mandato popular de cumplimiento obligatorio como programa prioritario para el 1999.

Con fundamento en lo antes dicho, el 24 de agosto de 1998 presentamos al Presidente y Vicepresidente del Congreso de la República, una nueva propuesta sobre la necesidad de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, -que estimamos que no podía ser bandera ni de un candidato presidencial, ni de un partido, ni de individualidades aisladas, pues era 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 político⁵⁷.

⁵⁷ En comunicación de 24 de agosto de 1998, conforme a lo establecido en el artículo 67 de la Constitución que garantiza el derecho de petición, formalmente les solicitamos considerasen 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, con base en lo siguiente:

“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 (1999).

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?”

Si se quisiera ser más preciso en la pregunta, a los efectos de que el mandato popular que resulte del referendo, establezca los principios conforme a los cuales debe procederse a reformar la Constitución en este aspecto de prever la Asamblea Constituyente, la pregunta podría formularse de la siguiente manera:

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 Oswaldo Alvarez Paz y por el Diputado Enrique Ochoa Antich en la Cámara de Diputados el 30-07-98. Las Cámaras Legislativas, en sesión conjunta el día 27 de agosto de 1998, sin embargo, decidieron nombrar una Comisión Especial para estudiar el asunto -la mejor manera, por supuesto, de no considerarlo-, el cual no se pudo discutir antes de que concluyeran las sesiones ordinarias el 03-09-98.

4. *El necesario régimen constitucional de la Constituyente*

Ahora bien, se efectuase o no el referendo para consultar la voluntad popular para regular y convocar a una Constituyente que no estaba regulada en la Constitución de 1961, resultaba indispensable establecer las

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, conforme a los siguientes principios:

1. La Asamblea Constituyente tendrá carácter unicameral, integrada por un número reducido de hasta 80 miembros.
2. Los miembros serán electos en tres formas: 48 electos en forma uninominal, dos en cada Estado y en el Distrito Federal; 22 electos nominalmente de una lista nacional y 10 electos por cooptación por los constituyentistas electos en la forma antes indicada.
3. Los miembros electos uninominalmente en cada Estado y en el Distrito Federal deberán obtener más del 50% de los votos válidos o, en su defecto, la mayoría de votos en una segunda vuelta.
4. Las postulaciones de los candidatos uninominales la podrán hacer, en cada Estado y el Distrito Federal, los partidos políticos nacionales o regionales y cualquier grupo de electores respaldados por al menos 1.000 firmas; las postulaciones de candidatos a integrar la lista nacional la podrán hacer los partidos nacionales o grupos de electores respaldados por al menos 10.000 firmas.
5. No podrán ser electos para formar parte de la Asamblea Constituyente quienes hubieran sido electos para los cuerpos representativos en las elecciones de noviembre de 1998 o desempeñen algún cargo en los órganos del Poder Público, salvo que renuncien a su investidura durante los 15 días siguientes de iniciado el período de postulación de los candidatos a la Asamblea Constituyente.
6. La Asamblea Constituyente tendrá como mandato elaborar una nueva Constitución en un lapso de 180 días, para lo cual deberán preverse mecanismos que aseguren la consulta a todos los sectores nacionales y regionales. En consecuencia, la Asamblea Constituyente no interrumpirá el funcionamiento de los Poderes Públicos, salvo en lo que resulte de la nueva Constitución, una vez promulgada.
7. La Asamblea Constituyente 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 expreso o instrucciones partidistas de ningún género.
8. Los miembros de la Asamblea Constituyente no podrán ser candidatos para integrar el primer órgano del Poder Legislativo Nacional que se elija después de la promulgación de la Nueva Constitución.?"

Una comunicación con texto similar le enviamos en la misma fecha al Presidente de la República, Dr. Rafael Caldera. Véase el texto en *El Globo*, Caracas 26-08-98). Véase sobre esto Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Nacional Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, cit., pp. 56 y ss.

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. La Asamblea Constituyente de la cual estábamos 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 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 planteamos 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.

Ese régimen de la Constituyente, cualquiera que fuera, dentro del régimen democrático tenía que estar establecido formalmente por el poder constituyente instituido, 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 que debía ser aprobada mediante referendo⁵⁸. No era admisible, bajo ningún punto de vista democrático, hubiera o no referendo consultivo sobre la Constituyente, que luego, 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 que hubiera sido un típico caso de usurpación de autoridad.

Precisamente para establecer el régimen de la Asamblea Constituyente, con rango constitucional, fue que en mayo de 1992, como antes se dijo, cuando el tema de la Constituyente dominó la discusión política, un grupo de organizaciones de la sociedad civil⁵⁹, habíamos presentado a consideración de la opinión pública y de todos los ciudadanos, como alternativa frente a la Reforma Constitucional que en ese momento estaba discutiendo el Congreso, un *Proyecto Alternativo de Reforma Constitu-*

58 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los procedimientos de revisión constitucional”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 134, Caracas 1997, pp. 169 a 222.

59 Entre ellas el Centro Educativo de Acción Popular al Servicio de las Organizaciones Comunitarias (CESAP), la Fundación de Derecho Público, y el Grupo de Estudios Constitucionales que integramos varios profesores universitarios (Allan R. Brewer-Carías, Pedro Nikken, Carlos Ayala Corao, Gerardo Fernández, Gustavo Linares Benzo, Armando Gabaldón, entre otros). Véase particularmente Carlos Ayala Corao, “El funcionamiento de la Constituyente”, “La crisis política y la salida Constituyente”, y “La convocatoria Constituyente”, *El Diario de Caracas*, 14-05-95; 21-05-95 y 04-06-95, p. 4. Véase *Revista Sic*, Año LV, N° 544, Mayo 1992, (Tema “Revolución constitucional”). Véase *El Diario de Caracas*, Caracas, 16-05-92, p. 27.

cional relativo exclusivamente a la Asamblea Nacional Constituyente y su convocatoria inmediata, el cual volvimos a presentar en 1998 a la consideración de la opinión⁶⁰.

En 1992, teníamos el convencimiento 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, que era precisamente una crisis de representatividad y de participación, que luego se había agravado.

Ello había originado la pérdida de legitimidad democrática de las instituciones electas, la cual sólo podía recuperarse democráticamente mediante la convocatoria inmediata al pueblo 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 en 1998 aún persistía. Un referendo 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 lo anterior resultaba que una Asamblea Constituyente para ser convocada democráticamente en el marco de la Constitución de 1961 que estaba vigente, en todo caso, debía tener un régimen relativo a su integración y funcionamiento que tenía que tener rango constitucional. De lo contrario, quedaría en los órganos constituidos 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.

Ahora bien, el triunfo electoral del Presidente Chávez en diciembre de 1998 y la falta de disposición del liderazgo mayoritario del Congreso electo en noviembre de 1998, en asumir el proceso de cambio constitucional⁶¹, la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente quedó en manos y bajo el liderazgo del Presidente electo, máxime cuando esa había sido su bandera electoral más destacada.

Con la toma de posesión del Presidente Chávez de la Presidencia de la República el 2 de enero de 1999, se inició entonces 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 anteriores Asambleas Constituyentes en toda nuestra historia.

60 Véase el texto de la *Propuesta* en nota 40, pp. 36 y ss. de este libro. Véase la posición contraria a este planteamiento en Carlos M. Escarrá Malavé, *Proceso Político y Constituyente. Papeles Constituyentes*, Maracaibo 1999, pp. 33 y ss.

61 Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento...* cit. p. 78 y ss.

La pauta, aún cuando bastante ambigua, la dio la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencias dictadas el 19 de enero de 1999, (*Casos: Referendo Consultivo I y II*), con motivo de resolver sendos recursos de interpretación que se le habían formulado, sobre la posibilidad de convocar un referendo consultivo sobre la Asamblea Constituyente conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio, y la posibilidad de la convocatoria de la misma, no estando dicha instancia política prevista en la Constitución de 1961⁶².

Nuestra posición desde 1992, había sido la de la necesaria reforma puntual de la Constitución de 1961 para regular la Asamblea Nacional Constituyente como un instrumento político para la reforma constitucional, a los efectos de que pudiese ser convocada, ya que dicha institución no se encontraba dentro de los mecanismos de revisión de la Constitución. En todo caso, el dilema entre supremacía constitucional y soberanía popular, que en nuestro criterio inclinaba la balanza hacia el primer aspecto, sólo podría conducir a que pudiera prevalecer la soberanía popular sobre la supremacía constitucional con una interpretación constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que se concretó en dichas sentencias de la Sala Político Administrativa del 19 de enero de 1999, de la cual se dedujo que se podía convocar un referendo consultivo sobre la Constituyente, la cual en definitiva se podía crear mediante la voluntad popular al margen de la Constitución de 1961.

Con dichas sentencias, en definitiva, se abrió el camino para la estructuración de una tercera vía para reformar la Constitución de 1961 y la Asamblea Constituyente.

SEGUNDA PARTE

LA CONSTITUCIÓN DE 1961 Y EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999

62 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 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. Asimismo, en la segunda parte de este libro.

I. EL PODER CONSTITUYENTE INSTITUIDO Y LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961

Venezuela es, quizás, la República latinoamericana que mayor número de Constituciones ha tenido en toda su historia política. Entre 1811, año en el cual se sancionó la Constitución Federal para los Estados de Venezuela (21-12-1811), que fue no sólo la primera de la República sino de todos los países iberoamericanos; y 1999, cuando se promulgó la Constitución vigente (30-12-1999) se han sucedido 26 Textos constitucionales, a los cuales hay que agregar otro tanto de actos estatales de rango constitucional, producto de múltiples rupturas del hilo constitucional regular.

Fueron precisamente esos antecedentes de variaciones constitucionales, los que hicieron completamente relativa la rigidez constitucional, motivando la inclusión en la Constitución de 1961 de procedimientos variados de revisión y adaptabilidad formal de la Constitución, que si bien eran cónsonos con la rigidez también lo eran con la necesidad de que el Texto no se petrificara.

En esta forma, en la Constitución de 1961, podían distinguirse dos procedimientos formales para la modificación constitucional: el que correspondía al poder constituyente instituido para la Reforma General y el que correspondía a las Enmiendas, previstos en el Capítulo X del Texto⁶³. En los artículos 245 a 248 de ese Título, sin embargo, no se indicaba cuándo debía acudir a uno u otro procedimiento. De la “Exposición de Motivos” del Proyecto de Constitución (1960), en todo caso, se deducía que la diferenciaron entre los dos procedimientos sometidos a requisitos distintos, derivaba de que se tocasen o no aspectos fundamentales del pacto político constitucional.

En esta forma, la Reforma era el procedimiento que debía seguirse si se iban a modificar las decisiones fundamentales o básicas para organizar políticamente a la comunidad; en cambio, la Enmienda debía referirse

⁶³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los Procedimientos de Revisión Constitucional en Venezuela”, en *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Urbino, 23-24 de abril de 1996, Universidad de Urbino, Italia 1999, pp. 137 a 181; publicado también en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 134, Caracas 1997, pp. 169 a 222. Véase también en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas 1999, pp. 89 a 149; texto que seguimos en estas páginas.

a aquellos aspectos de la Carta Fundamental donde predominase más lo incidental que lo fundamental. La Enmienda era, entonces, un instrumento para facilitar cambios no fundamentales; era, en definitiva, el vehículo para la modificación de “artículos que permitían dejar incólume el texto original o fundamental”. En cambio, la Reforma consistía en un “cambio en lo más profundo del contenido de la Carta, modificaciones del espíritu mismo del Constituyente, en fin, derogación de la Constitución y su sustitución por otra”.

Por eso, aparte de otras diferencias fundamentales, había una esencial entre los procedimientos para la Reforma y la Enmienda, y era que en el primero, necesariamente debía someterse el proyecto a referendo “para que el pueblo se pronunciase a favor o en contra de la Reforma”. En la Enmienda esto no era necesario, y se preveía, en cambio, la aprobación del Proyecto por las Asambleas Legislativas de los Estados (arts. 245 y 246).

De acuerdo con estas regulaciones, el Congreso de la República, aún siendo el representante por excelencia del pueblo, no podía libremente modificar la Constitución, pues no era poder constituyente originario ni instituido ni tenía mandato para actuar como tal. La consecuencia de esta rigidez constitucional era que toda reforma de la Constitución, es decir, toda modificación de la decisión política que ella implicaba y que configuraba el régimen político y constitucional de la República, sólo podía tener vigencia si era aprobada mediante referendo, por la mayoría absoluta de los sufragantes (art. 248). Por tanto, sólo el poder constituyente originario, es decir, el pueblo soberano, podía modificar su decisión política consagrada en la Constitución.

En esta forma, toda revisión constitucional que implicase una modificación de las decisiones políticas básicas contenidas en la Constitución, tenía que ser objeto del procedimiento de Reforma General, pues requería la intervención del poder constituyente. Por tanto, por ejemplo, toda modificación del régimen de gobierno presidencial que implicase su sustitución por otro, exigía una Reforma de la Constitución. Asimismo, toda modificación de la forma del Estado que implicase transformar la forma federal por la de un Estado unitario o por cualquier otra forma de descentralización territorial regional, exigía una Reforma de la Constitución. Por otra parte, por ejemplo, constituyendo los derechos y garantías partes esenciales de la decisión política contenida en la Constitución, toda eliminación o restricción de dichos derechos, también debía ser objeto de Reforma constitucional, siempre y cuando se tratase de derechos constitucionales que no supeditasen su ejercicio a lo establecido en la ley.

En todo caso, lo que debe quedar claro del carácter del ordenamiento constitucional de 1961, era su rigidez, que implicaba que la decisión política del poder constituyente no podía ser modificada sino por el propio

poder constituyente, mediante referendo; y cualquier otra modificación del texto constitucional, que no incidiera sobre lo fundamental de dicha decisión política, podía ser enmendada a través de un procedimiento, que si bien no exigía la intervención del pueblo, sí preveía la participación de las Asambleas Legislativas de los Estados. En ambos casos, la modificación del orden constitucional escapaba de la competencia ordinaria del poder legislativo como poder constituido.

La consecuencia de esta rigidez constitucional, era la existencia de una distinción radical o separación profunda entre el ordenamiento constitucional integrado por la Constitución, sus Enmiendas, y otras modificaciones previstas en la misma, y el ordenamiento legal; de manera que el segundo estaba supeditado al primero. Por tanto, el legislador ordinario, creador de normas de orden legal, no podía modificar el orden constitucional; y si el mismo Congreso intervenía en las Reformas de la Constitución y sus Enmiendas, no lo hacía en tanto que órgano del poder legislativo (poder constituido), sino en tanto que copartícipe del poder constituyente.

Ahora bien, en cuanto al régimen de las Enmiendas, el artículo 245 de la Constitución exigía que la iniciativa partiera de una cuarta (1/4) parte de los miembros de alguna de las dos Cámaras Legislativas que integraban el Congreso (Cámara de Diputados o Senado); o bien de una cuarta (1/4) parte de las Asambleas Legislativas de los Estados Federados de la República, mediante acuerdos tomados en no menos de dos discusiones por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea (Art. 245, ord. 1°).

La Enmienda se debía discutir en las Cámaras Legislativas según el procedimiento establecido en la Constitución para la formación de las leyes (Art. 245, ord. 3°). Aprobada la Enmienda por el Congreso, la presidencia la debía remitir a todas las Asambleas Legislativas de los Estados 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 (Art. 245, ord. 4°).

En cuanto al régimen de las Reformas Generales, el artículo 246 establecía que la iniciativa debía partir de una tercera (1/3) parte de los miembros del Congreso (las Cámaras Legislativas reunidas en sesión conjunta), 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 (Art. 246, ord. 1°).

La iniciativa de la Reforma se debía dirigir a la Presidencia del Congreso, la cual debía convocar a las Cámaras a una sesión conjunta con tres días de anticipación por lo menos, para que se pronunciase sobre la procedencia de aquélla. La iniciativa debía ser admitida por el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los presentes (Art. 246, ord. 2°).

Admitida la iniciativa, el proyecto respectivo se debía comenzar a discutir en la Cámara señalada por el Congreso, y se debía tramitar según el procedimiento establecido en la Constitución para la formación de las leyes (ord. 3°).

El proyecto de Reforma aprobado se debía someter a referendo en la oportunidad que fijasen las Cámaras en sesión conjunta, para que el pueblo se pronunciase en favor o en contra de la reforma (Art. 246, ord. 4°).

Conforme a la Constitución de 1961, en consecuencia, la revisión de la Constitución sólo podía producirse a través del procedimiento de Enmienda o del procedimiento de Reforma General. No se regulaba en su texto la figura de la Asamblea Constituyente como, por ejemplo, si lo hacían otras Constituciones modernas (EE.UU., Paraguay), como poder constituyente instituido de revisión constitucional.

El debate sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en consecuencia, a partir de 1998, tuvo que plantearse en términos jurídico-constitucionales: 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 de la Constitución a la Asamblea Constituyente, para poder convocarla; por otro lado, se argumentaba que en virtud de que la soberanía residía en el pueblo, éste, como poder constituyente siempre podía manifestar su voluntad y, por tanto, como consecuencia de un referendo consultivo, se podía convocar la Asamblea Constituyente para la reforma de la Constitución, sin que fuera necesario reformar previamente la Constitución para regularla⁶⁴.

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

1. *Los pilares del Estado constitucional*

La discusión jurídica que resultaba de las posiciones antagónicas antes indicadas, por supuesto, no era 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

⁶⁴ Véase la discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas 1999, pp. 153 a 227, texto que seguimos en estas páginas. Véase la apreciación de Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Valencia, 2001, pp. 151. No creemos que pueda simplificarse la cuestión debatida como una mera “utilización del derecho vigente para obstaculizar el proceso de cambio en Venezuela”, como parece que lo hacen estos autores, pp. 148 y ss.

principio democrático representativo y por la otra, el principio de la supremacía constitucional. Así lo reconoció la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (*Caso: Referendo Consultivo I*) de 19-1-99⁶⁵, 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

65 Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 25 y ss.

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 ha sucedido en Venezuela a lo largo de la historia, 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 de nuestro país en 1999, 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 resultaba indispensable resolver el conflicto político entre la soberanía popular que quería manifestarse y la supremacía constitucional, lo que exigía, por sobre todo, mantener el equilibrio entre ambos principios⁶⁶.

Si nos atenemos 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 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

⁶⁶ Véase los comentarios sobre el dilema en Lolymer 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*. Thèse Docteur de l'Université Panthéon Assas, (Paris II), Paris 2001, pp. 366 y ss.

no debían quedar reducidos a los que se preveían 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 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 preveyera 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 *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.

Es claro, por tanto, cual era el dilema abierto en ese momento histórico de Venezuela desde el punto de vista constitucional: 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, 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 sucedía en Venezuela, 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 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 constituidos⁶⁷. 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 sí 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 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 19-1-99⁶⁸, si bien desde el punto de vista jurídico no resolvió abierta y claramente el conflicto⁶⁹, desde el punto de vista político inició su resolución, dejando establecidos diversos argumentos que permitían resolverlo e, incluso, vaticinaban cual podría ser su decisión futura, en caso de que se plantease de nuevo la cuestión ante la Corte, dependiendo de cual fuera la reacción de los poderes constituidos.

67 Véase en este sentido, Sylva Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University, 1990, p. 113.

68 Véanse los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 25 a 53.

69 Véase en sentido coincidente, Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., pp. 54, 56, 59.

2. *Las decisiones de la Corte Suprema sobre el referendo consultivo relativo a la convocatoria a una Asamblea Constituyente de fecha 19-01-99*

En efecto, el tema de la convocatoria de una Asamblea Constituyente puede decirse que dominó el debate político electoral durante toda la campaña electoral 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.

En definitiva, como ya lo mencionamos anteriormente, 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 establecía 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.

Independientemente del debate político que surgió en torno al tema, es indudable la importancia que desde el punto de vista jurídico constitucional tenía y tiene, el cual por lo demás, no era nada nuevo. 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 importancia de la discusión, en todo caso, originó que se hubieran presentado dos recursos de interpretación ante la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de que el supremo tribunal de la República resolviera el asunto, es decir, determinara como máximo intérprete de la Constitución, si era o no posible convocar a una Asamblea Constituyente como consecuencia de un referendo consultivo,

sin que fuera necesario regularla previamente en la Constitución, mediante una reforma⁷⁰.

El centro de la interpretación jurídica solicitada, en todo caso, estuvo en el texto del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que prevé la iniciativa del Presidente de la República en Consejo del 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 referendo con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional.

Ambos recursos de interpretación fueron resueltos por la Sala Político Administrativa en sendas sentencias publicadas el 19 de enero de 1999, que denominaremos *Caso Referendo Consultivo I* y *Caso Referendo Consultivo II* según el orden en que fueron publicadas.

A. *La sentencia Caso Referendo Consultivo II (Ponencia del Magistrado Héctor Paradisi) de 19-01-1999.*

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 *Caso Referendo Consultivo II* 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 enmienda⁷¹.

⁷⁰ Véase los comentarios sobre los recursos en Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution...*, cit., pp. 362 y ss.

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 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 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 referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, sino si efectuado el referendo 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 *Caso Referendo Consultivo II*, sin embargo, y muy lamentablemente, 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 que había dictado la Sala el mismo día 19 de enero de 1999 (*Caso Referendo 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 *Caso Referendo Consultivo II*, se limitó a interpretar el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, llegando a la conclusión, obvia por lo demás, de que conforme a dicha norma si se podía efectuar un referendo consultivo sobre “la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente”.

Sin embargo, el aspecto que estimamos era el 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 *Caso Referendo 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, *Caso Referendo Consultivo II*, la Corte no resolvió la discusión constitucional que estaba planteada, sino que al contrario, la dejó abierta al señalar que efectuado el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, ello para lo que servía era para que fuera factor decisivo para que los *órganos competentes* del Poder Público Nacional posteriormente 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 (referendo 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 exigía determinar, conforme a la Constitución y a las leyes, qué *órganos del Poder Nacional* tenían 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* tomaran la iniciativa de enmienda o de reforma que incluyera la figura de una Asamblea

Constituyente, lo que conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución solo correspondía, 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 *Caso Referendo Consultivo II*, no resolvió en forma clara y precisa la cuestión constitucional que se le había planteado⁷¹.

B. *La sentencia Caso Referendo Consultivo I, (Ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche) de 19-01-1999*

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 (referendo 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 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

71 Sobre esta decisión de la sentencia, Lolymer Hernández Camargo señala: “lejos de dar una respuesta directa a la importante interrogante planteada, abre la posibilidad para que se realice el referendo consultivo, pero no establece con precisión el mecanismo que permita tal convocatoria, sino que entrega tal cometido a los ‘órganos competentes’” en *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., pp. 54, 63.

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 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 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”.

El recurso fue decidido por la sentencia *Caso Referendo 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 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, también se limitó 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, es decir, se podía 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 era evidente que la convocatoria de una Asamblea Constituyente era 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 referendo consultivo o era necesario, además, reformar previamente la Constitución.

En realidad, sobre este asunto, en esta sentencia *Caso Referendo Consultivo I* la Sala, en la parte motiva de la misma, llegó a una conclusión similar a la ya comentada respecto de la sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, al indicar 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 adquiriera 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, surgía la misma perplejidad que con su equivalente en la sentencia *Caso Referendo 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 bastaba 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* 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, 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, seguía 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, era el poder constituyente instituido (Reforma constitucional), que combina la participación de los diputados y senadores y de las Cámaras Legislativas, con la participación del pueblo vía referendo aprobatorio conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución.

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.

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, estimó que con las mencionadas decisiones se habría legitimado el referendo consultivo para convocar la Constituyente sin necesidad de reforma constitucional previa⁷². Lamentablemente, en estricto derecho, no fue así, a pesar de que nadie quería saber de ello.

Sin embargo, 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 efecto, al dejar sentado esos criterios, la Corte quizás apuntaba indirectamente a la resolución del conflicto, pues en caso de que efectuado el referendo consultivo sobre la Constituyente, si se plantease de nuevo -como efectivamente ocurrió- un conflicto constitucional sobre el régimen de la Asamblea Constituyente, ya había suficientes elementos como para poder determinar cual sería el sentido de la futura decisión.

III. LA SOBERANÍA POPULAR Y EL ARTÍCULO 4° DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961 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 democráti-

⁷² *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

camente, era un tema inédito en Venezuela, no sólo porque no era una institución regulada en la Constitución, que era la voluntad del pueblo, sino porque todas las Asambleas Constituyentes que habíamos tenido en nuestra historia constitucional habían sido convocadas como resultado de una situación de hecho, consecuencia de una revolución, de un golpe de Estado o de una guerra. Tampoco era 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 y diciembre de 1998, en el cual, sin duda, como lo hemos señalado, se dio inicio al cambio político que era y es inevitable e indetenible, afortunadamente dicho cambio político se inició democráticamente, mediante una elección popular. Ello nunca había ocurrido en el pasado, donde la incomprensión política del liderazgo siempre había conducido a una ruptura constitucional para que pudiera iniciarse el necesario proceso de cambio.

Sin embargo, el cambio político iniciado democráticamente exigía tanto el respeto a la voluntad popular como al propio texto constitucional que nos regía, que seguía 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. Ese era el texto constitucional que nos debía regir y el que debía seguir rigiéndonos como expresión de la soberanía popular, hasta que fuera modificado o cambiado conforme estaba expresado en su texto, que es la voluntad popular, o mediante el mecanismo de la Constituyente derivado del referendo consultivo que se realizare conforme a la interpretación que se derivaba 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 preveía, como hemos señalado, dos mecanismos para su revisión o modificación mediante el poder constituyente instituido o de revisión: primero, la Reforma General, que sancionadas por las Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Diputados), debía ser aprobada por referendo aprobatorio de la mayoría de los sufragantes de toda la República (art. 246); y segundo la Enmienda, que sancionada en discusión bicameral por las Cámaras Legislativas, debía ser ratificada por las 2/3 partes de las Asambleas Legislativas de los Estados de la Federación mediante Acuerdos aprobados por la mayoría absoluta de los miembros de las mismas (art. 245).

Es decir, la Constitución había regulado con precisión el poder constituyente instituido, 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 podían, por sí solos, reformar la Constitución. Es decir, las normas relativas al poder constituyente instituido eran manifestaciones de la rigidez constitucional que impedían a los poderes constituidos efectuar las reformas constitucionales.

El poder constituyente instituido de reforma, en efecto, se constituía y actuaba, en primer lugar, cuando existiera una iniciativa de miembros (Senadores y Diputados) de las Cámaras Legislativas Nacionales o de las Asambleas Legislativas (Diputados); en segundo lugar, cuando se admitiera 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 sancionasen la reforma mediante discusión bicameral; y en cuarto lugar, cuando se aprobara la reforma constitucional por el pueblo soberano mediante referendo aprobatorio.

Esa había sido 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 podía 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 estaba dotada de supremacía, pues era manifestación de la voluntad popular, y sólo la voluntad popular podía cambiarla o modificarla conforme a sus dictados.

La supremacía, además, es un derecho ciudadano⁷³. 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 era posible, que algún poder constituido o que mediante cualquiera que fuera otro medio distinto al previsto en la Constitución, esta pudiera ser revisada o derogada.

Frente a esta posición constitucional, sin embargo, se había planteado el criterio de que como la soberanía residía en el pueblo, lo que no estaba en discusión, cualquier manifestación popular podía conducir a la reforma constitucional, lo cual indudablemente era 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 podía condu-

⁷³ Véase lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas 1993, p. 13.

cir a su revisión o derogación; de resto, entrábamos en el terreno de los hechos, no del derecho. Sin embargo, como se ha indicado, de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia del 19-01-99, (*Casos Referendo Consultivo I y II*), se dedujo la admisión de la posibilidad de otro mecanismo del poder constituyente de revisión constitucional, derivado de un referendo 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 la situación en 1999 era evidente: no estábamos en una circunstancia de hecho, sino de cambio democrático que se había iniciado dentro de los canales de la Constitución. En estas circunstancias, en principio, no podían pensarse ni propugnarse otros cambios que no fueran conformes con la Constitución, pues hubiéramos estado 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 ese momento histórico en Venezuela, en un proceso de cambio político democrático, siempre habíamos insistido en que éste debía ser constitucional, por la sencilla razón de que si no se adaptaba a la Constitución, nadie iba a tener control de la situación y cada quien buscaría imponer a los demás por vía de hecho, su voluntad, deseo o criterio.

En este sentido es que siempre insistimos en que la Asamblea Constituyente que necesitábamos convocar en 1999 para recomponer el pacto político constitucional que asegurase 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 agotado Pacto de Punto Fijo de 1958; teníamos que hacerla ajustándonos a la Constitución; y como esta no la preveía, consideramos entonces que tenía que ser regulada en ella, mediante una reforma constitucional exclusivamente dirigida a establecerla junto con su régimen, el cual debía ser aprobado -como toda reforma constitucional- por el pueblo mediante un referendo aprobatorio. El régimen constitucional de la Asamblea Constituyente debía ser establecido por el poder constituyente instituido, conformado por las Cámaras Legislativas, es decir, la representación popular, y homo-

logado por el pueblo mediante un referendo aprobatorio por la mayoría de los sufragantes de la República. Este, sin duda, era el mecanismo previo previsto en la propia Constitución para convocar la Asamblea, a fin de que, como instrumento político, formulase un nuevo pacto político social constitucional que, en definitiva, conduciría 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 era otra cosa que un desconocimiento de la Constitución de 1961.

En efecto, el referendo 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 podía considerarse inconstitucional, pues es una manifestación de la democracia. Pero pretender que mediante una consulta popular pudiera crearse un órgano constitucional, como la Asamblea Constituyente, establecerse su régimen y que pudiera proceder a realizar la reforma constitucional, eso sí podía considerarse inconstitucional, pues ello implicaba reformar la Constitución, y para ello, había que seguir ineludiblemente el procedimiento pautado en el artículo 246 que exigía la actuación del poder constituyente instituido que implicaba, incluso, que la reforma sancionada se sometiera a un referendo aprobatorio. Sustituir todo ello por un referendo consultivo podía considerarse como una violación de la Constitución.

El referendo consultivo, en realidad, sólo era y 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, significaba 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, (*Caso Referendo Consultivo I y II*), aún cuando no con la expresión y precisión requeridas.

C. *La trayectoria histórica del artículo 4° de la Constitución (democracia representativa)*

Como en uno de los recursos de interpretación que se formularon ante la Sala Política Administrativa se requería que el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio se analizara conforme a lo establecido en el artículo 4° de la Constitución de 1961, 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 referendo 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 de dicho artículo 4° de la Constitución de 1961, que decía lo siguiente:

La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio por los órganos del Poder Público⁷⁴

Esta norma la calificaba la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961 como “el principio básico” del sistema democrático y no significaba otra cosa que lo que decía, por supuesto, leída completamente, y no sólo en su primera frase. El artículo 4° de la Constitución no se limitaba a decir que la soberanía residía en el pueblo, sino que agregaba que este la ejercía mediante el sufragio por los órganos del Poder Público.

Es decir, era la norma básica del sistema democrático representativo que consagraba la Constitución de 1961, y que continua consagrando la Constitución de 1999, y que exigía que el pueblo actuase 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, era una que tiene que leerse íntegramente, con sus tres componentes que constituían sus frases: que la soberanía residía en el pueblo; que el pueblo ejercía la soberanía mediante el sufragio; que este persigue la elección de sus representantes, que integran los órganos del Poder Público, que se especifican en la propia Constitución.

Este, por otra parte, había 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

⁷⁴ El artículo 5 de la Constitución de 1999, con mayor amplitud, establece: “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”.

1811⁷⁵, 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 inició 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.

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

⁷⁵ 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.

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 implicaba un rechazo constitucional a toda figura de una Asamblea que asumiera la totalidad del Poder soberano y que no respetase el principio de la separación orgánica del mismo, como garantía de la libertad.

Luego del interregno de la República de Colombia (1821-1830), al reconstituirse el Estado venezolano como Estado independiente y autónomo, en la Constitución de 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 sí 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, había dispuesto, 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 pudiera 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 precisó 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 mismos principios en igual 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, era la misma norma que estaba en el artículo 4º de la Constitución de 1961, con la variante de que la última frase reza: “por los órganos del Poder Público”.

En consecuencia, el artículo 4º de la Constitución de 1961, como lo dijo la Exposición de Motivos, era 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 regulaban los artículos 110 a 112, y por los órganos del Poder Público que de acuerdo a la Constitución eran los órganos del Poder Nacional (que se regulaban en los artículos 138 y siguientes); del Poder de los Estados (Poder Estatal) que se regulaban en los artículos 19 y siguientes; y del Poder Municipal, que se regulaban 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 podía hacerlo; y si se pensaba que el sistema electoral que debía regir para su elección, debía ser, por ejemplo, uninominal, y apartarse del principio de la representación proporcional de las minorías, entonces también resultaba indispensable modificar el artículo 113 de la Constitución que consagraba 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, era violatorio de la Constitución y constituía 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 misma reflejó el cambio político que se había comenzado a operar en el país, lo que fue reconfirmado con la elección presidencial de diciembre de 1998⁷⁶. 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 que tenían que interpretarse como lo que eran: 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 no fuera 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 o de popularidad de un dirigente; era de orden constitucional pues el pueblo no podía ni 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 sustentaban, estaba en pugna con la soberanía popular que podía derivarse de un referendo 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, (*Casos Referendo Consultivo I y II*), aún cuando no en forma, expresa, abrió las vías para su resolución dándose

⁷⁶ En las elecciones presidenciales del 6 diciembre de 1998, el Presidente Hugo Chávez Frías recibió el respaldo del 56,20% de los votos válidos. Véase *El Universal*, Caracas 11-12-98, p. 1-1.

primacía a la soberanía popular, manifestada a través de un referendo consultivo; sobre el principio de la supremacía constitucional que en este aspecto cedió, pero sólo en el sentido de que supuestamente las normas constitucionales sobre la reforma constitucional estaban destinadas a los poderes constituidos pero no al poder constituyente manifestado en una consulta popular, de la cual podía surgir una nueva forma de reformar de la Constitución a través de una Asamblea Constituyente no prevista en ella⁷⁷.

2. *Las salidas derivadas de las sentencias de 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 *Caso Referendo 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, como hemos dicho, sentó diversos criterios que permitieron entender o deducir que en caso de un nuevo conflicto jurisdiccional, que sin duda se presentó posteriormente, 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 permitiera configurar, como consecuencia de la voluntad popular, un régimen de la Asamblea Constituyente.

En efecto, la sentencia *Caso Referendo 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 4° de la Constitución, dedicó un Capítulo (IV) a analizar el “sentido y alcance del artículo 4° de la Constitución”, cuya trayectoria histórica ya hemos analizado.

⁷⁷ Como lo ha señalado Claudia Nikken, con esta sentencia, la Corte Suprema se constituyó en instancia pre-constituyente, actuando como poder constituyente secundario, dando origen a un acto de des-constitución, es decir, de abandono del orden constitucional en vigor hasta ese momento. Ver su tesis, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution... cit.*, pp. 36, 359, 363, 365.

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), gozaba de supremacía, pues estaba “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 establecía el Estado constitucional que, conforme a la sentencia, y de acuerdo a lo que ya hemos destacado:

Cimiento 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 destacó las bases del sistema constitucional venezolano, propios de un Estado constitucional democrático representativo, es decir, primero, un Estado organizado por una Constitución que goza de supremacía y rigidez; y segundo, el 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 *Caso Referendo Constitucional II*, entonces señaló la doble cuestión que estaba planteada en el recurso de interpretación, y que era la tensión existente, por una parte, entre el principio de la *soberanía popular y la democracia* y, por la otra, el principio de la *supremacía constitucional*; es decir, como dijo 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,

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 planteó la Corte, pues la Constitución siempre es la obra del poder constituyente que la había sancionado; y había sido ese poder constituyente el que organizó políticamente a la sociedad prescribiendo un régimen democrático representativo, en el cual el pueblo sólo podía actuar mediante sus representantes conforme a la Constitución que era obra del poder constituyente.

Este, el poder constituyente, al dictar la Constitución, era el que había resuelto subsumirse en el marco de una Constitución otorgándole supremacía y prescribiendo la forma de su modificación, que no se verificaba en forma alguna, por los poderes constituidos, sino por el poder constituyente instituido en la propia Constitución que se manifestaba 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.

B. *El artículo 4° 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 analizar el artículo 4° 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 4° 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.

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, que la sentencia confundió con democracia participativa, que contrasta con el principio de la democracia representativa que adoptaba la Constitución, 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 instituido⁷⁸ mediante la participación de representantes electos integrantes 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 indica 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.

⁷⁸ 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*, Paris 1943, p. 143. Cfr. Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution... cit.*, p. 385.

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.

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 referendo 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 referendo 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 de 1997⁷⁹ había establecido también una consulta popular para autorizar la instalación de los primeros en determinadas zonas turísticas.

Adicionalmente, la Constitución de 1961 regulaba el referendo 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 referendo.

En esta forma, en relación con la reforma constitucional, la Constitución de 1961 regulaba expresamente el referendo aprobatorio como parte del ejercicio del poder constituyente instituido; y el planteamiento político que había 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 referendo consultivo se podía consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente y si ello bastaba para con-

79 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.254 de 23-07-97.

vocarla 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 administrativas⁸⁰.

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 había dado una Constitución, la de 1961. Esa Constitución establecía que sólo podía 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 preveía otro mecanismo de reforma general de su texto -esa era la expresión de la voluntad popular- distinto al procedimiento de Reforma regulado en su artículo 246, que atribuía 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 por la Cámara del Senado y por la Cámara de Diputados como colegisladores, y su sanción definitiva mediante referendo 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 tenía que manifestarse en dos formas: primero, mediante sus representantes, en el Congreso; y segundo, mediante un referendo aprobatorio de la nueva Constitución.

80 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y acción de amparo, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo V, Caracas 1998; *Justicia constitucional, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, Caracas 1996; y *Justicia contencioso-administrativa, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII, Caracas 1997.

La consecuencia de ello es 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 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 estatales, 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.

Por tanto, como se ha dicho, la Constitución de 1961 no preveía que se pudiera convocar una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución conforme al artículo 4° del propio texto. Es cierto que esa norma señalaba que “la soberanía reside en el pueblo” pero agregaba “quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público”. De ello resultaba, 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 era el régimen del sufragio para que el pueblo eligiera sus representantes en la Asamblea.

Por ello, estimamos siempre que un referendo 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, como coparticipes del poder constituyente, para que asumieran, 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 referendo consultivo, pues se distorsionaba el funcionamiento del poder constituyente instituido que regulaba la Constitución.

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: imaginémos 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 prohibía 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 convoca-

toria 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) tomaran 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 consultase 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.

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

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 Políti-

ca”, 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 plebiscitaria”, 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 3^{ème} 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 adquiriría 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.

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 *Caso Referendo 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 cam-

bio, 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, y sólo en este caso, como lo dijo el Abate Sieyès el 20 de julio de 1789 ante el Comité Constitucional de la Asamblea revolucionaria francesa,

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 adoptar⁸¹.

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.

⁸¹ Véase la cita en Pedro De Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1988, p. 28.

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 Venezuela 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 límites 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 competencias⁸².

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 principio, salvo por lo que se refiere al ingreso a la Unión Europea, 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 en-

82 Véase Pedro De Vega, *op. cit.*, p. 32

cuentran insertos 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 imprescriptible de cambiar su Constitución; sin embargo, considerando que es más conforme con el interés nacional usar solamente, por los medios expresados en la propia Constitución, del derecho de reformar los artículos que, según la experiencia, se estime deben ser cambiados, decreta que se procederá a ello por medio de una Asamblea de revisión en la forma siguiente...⁸³.

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 reformar la Constitución y se encuentran sometidos a ésta. Por ello, tenía razón la Corte Suprema cuando en la sentencia *Caso Referendo Consultivo I* expresó 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 Constituyente” 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 como instituido no pueden 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 confundida en forma alguna con el poder constituyente originario, ni nunca podría ser “soberana”.

⁸³ Art. Primero, Título VII. Véase en Jacques Godechot (ed), *Les Constitutions de la France, depuis 1789*, Paris 1979, pp. 65-66.

4. *El poder constituyente instituido y la reforma constitucional*

Por último, en el Capítulo de la sentencia *Caso Referendo 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 ejusdem.

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 de 1961, era incorrecto decir que la reforma constitucional se atribuía a “los poderes constituidos, en función de poder constituyente derivado”.

Al contrario, en la Constitución de 1961 se distinguía con toda precisión, entre los poderes constituidos (de los cuales formaban parte, en particular, a nivel nacional, el Congreso o a nivel estatal, las Asambleas Legislativas), y el poder constituyente instituido para la reforma constitucional que no se podía confundir con aquellos. Una cosa era constatar que algunos poderes constituidos, en alguna forma, participaran en el poder constituyente instituido de reforma constitucional; y otra es decir que el poder constituyente instituido de reforma constitucional se atribuía a los poderes constituidos, lo cual no era correcto.

En efecto, el poder constituyente instituido para la reforma constitucional, conforme al artículo 246 de la Constitución de 1961, funcionaba como un proceso complejo, con la participación de las siguientes institu-

ciones: los representantes populares electos; las Cámaras Legislativas Nacionales; y el pueblo directamente mediante referendo aprobatorio.

En efecto, en la reforma constitucional, por ejemplo, *primero*, debían participar los miembros del Congreso, es decir, los Senadores y Diputados electos. Eran estos, a título de representantes populares individualmente considerados, los que podían tener la iniciativa para la reforma constitucional, siempre que sumasen al menos una tercera parte de los miembros del Congreso. En sentido similar la iniciativa de la reforma también podía partir de los diputados de las Asambleas Legislativas, considerados individualmente como representantes populares, siempre que adoptasen acuerdos en cada Asamblea, con no menos de dos discusiones, por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea, y siempre que se manifestasen la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas.

Segundo, en el poder constituyente instituido también debían 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, debían pronunciarse sobre la procedencia de la iniciativa, la cual sólo era admitida por el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes;

Tercero, una vez admitida la iniciativa, el proyecto respectivo se debía comenzar a discutir en la Cámara señalada por el Congreso, y se debía tramitar 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 debía participar el pueblo soberano, al cual debía someterse el proyecto de reforma constitucional sancionado para que mediante referendo aprobatorio, se pronunciase en favor o en contra de la reforma, de manera que la nueva Constitución se declaraba sancionada si era aprobada por la mayoría de los sufragantes de la República.

Como se puede apreciar, por tanto, no es cierto que la Constitución de 1961 atribuyera al Congreso de la República (poder constituido) la potestad de poder modificar la Constitución; y tampoco es cierto que la reforma constitucional se atribuía a los poderes constituidos, en función de constituyente derivado; al contrario, se atribuía al poder constituyente instituido en cuya formación participaban, en un acto complejo, tanto los representantes electos popularmente considerados individualmente, como las Cámaras Legislativas Nacionales y el pueblo soberano mediante referendo aprobatorio.

Siendo errada la premisa de la cual había partido la Corte al confundir el poder constituyente instituido para la reforma constitucional con los poderes constituidos, en nuestro criterio, era igualmente errada la apreciación que formuló en el sentido de que el artículo 250 de la Consti-

tución de 1961 sobre la inviolabilidad de la Constitución, solo estaba dirigido a los poderes constituidos y no al poder constituyente. Al contrario, mientras la Constitución estuviese vigente, el artículo 250 se aplicaba al poder constituyente instituido para la reforma constitucional y era, 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 *Caso Referendo 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 un 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 estaba regulado por las normas jurídicas que hubieran 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 este 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 estuviesen sólo “dirigidas al poder constituido”. Constituían, sin duda, manifestaciones de la rigidez constitucional que proscibía que la Constitución pudiera ser modificada mediante la legislación ordinaria adoptada por las Cámaras Legislativas como poder constituido, pero no podía decirse que sólo estaban dirigidas a los poderes constituidos. Al contrario, esencialmente regulaban al poder constituyente instituido y constituían una autolimitación que el poder constituyente originario se había impuesto.

Por ello, insistimos, la conclusión que se formuló 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 de 1961, las Cámaras Legislativas como poderes constituidos, jamás ejercían ni ordinaria ni extraordinariamente la función constituyente. Participaban en el poder constituyente instituido, como también participaba el pueblo soberano al aprobar mediante referendo aprobatorio la reforma constitucional. Pero de allí a atribuirle a los poderes constituidos la función constituyente, había 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 que la soberanía radicaba 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, constituía expresión de un “proyecto político nacional”, que era el de la democracia representativa que estaba plasmado en el artículo 4 del Texto constitucional de 1961, la cual siem-

pre debía conciliarse con el principio de la supremacía constitucional que informaba todo el articulado de la Constitución.

Finalmente, de nuevo, debe hacerse particular referencia al último párrafo de la cita anterior de la sentencia, *Caso Referendo Consultivo I*, donde se afirmó, con razón, que “la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquella, 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 regía incluso para el pueblo, que era quien se había impuesto la autolimitación de que la misma fuera reformada, con su directa participación (referendo aprobatorio), en el poder constituyente instituido.

Pero en *segundo lugar*, el mencionado párrafo de la sentencia permitía que en caso de que la soberanía popular se manifestase mediante los mecanismos jurídicos de participación, como un referendo consultivo, a través del mismo pudiera 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 busco darle al conflicto que estaba planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional: aún cuando la Constitución no regulaba expresamente la Asamblea Constituyente como poder constituyente instituido para la reforma constitucional, la misma podía ser convocada como resultado de una consulta popular realizada mediante referendo 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 *Caso Referendo 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 de 1961, el derecho a la consulta popular sobre la con-

vocatoria al pueblo para una Asamblea Constituyente, era un derecho no enumerado o implícito, inherente a la persona humana⁸⁴.

Esta conclusión de la Corte derivó de la integración de la laguna constitucional originada en la no enumeración expresa de tal derecho, considerando en general, que:

El referendo 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, debía celebrarse porque era una muestra más de la progresión en la consagración de los derechos fundamentales, mediante la aplicación del artículo 50 de la Constitución. Sin embargo, derivar que el derecho a la participación política era un derecho inherente a la persona humana quizás era una exageración, porque no se trataba 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, que sólo había sido establecido en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, perfectamente podía considerarse como un derecho político inherente al ciudadano venezolano.

Por ello, sin duda, 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.

Ahora bien, la Corte, en su sentencia, al considerar el referendo 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.

⁸⁴ Claudia Nikken argumentó, con razón, que considerar que el referendo consultivo es un derecho inherente a la persona humana se tradujo por un artificio que sirvió para justificar que la Corte Suprema de Justicia admitiese que se trataba de una vía de ejercicio del poder constituyente, en *La Cour Suprême de Justice et la Constitution...cit.*, p. 376. Cfr. M.E. Lares, *Contribution à l'étude du processus constituant vénézuélien de 1999*, OEA de droit public interne, Université Panthéon Sorbonne (Paris I), Paris 1999, p. 47.

De este párrafo, sin embargo, de nuevo surge la observación que ya hemos efectuado: la reforma constitucional prevista en la Constitución no se atribuía al poder constituido como impropriadamente se afirmó en la sentencia, sino al poder constituyente instituido en cuya conformación participaban los representantes y las Cámaras Legislativas, pero también participaba el pueblo directamente mediante referendo aprobatorio.

Por lo demás, y salvo esta precisión, la conclusión del párrafo es evidente: conforme al criterio de la Corte no era necesaria reforma constitucional alguna para que se pudiera reconocer como derecho constitucional al referendo o la consulta popular sobre la convocatoria al pueblo para una Asamblea Constituyente. En realidad, ese no era el problema; este resultaba de la secuela de la consulta popular.

En efecto, el referendo consultivo, conforme al artículo 182 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política debía 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 “sí” o un “no”.

Si la mayoría (que había que determinar si era sobre los electores inscritos en el Registro Electoral o los votantes efectivos) la obtenía el “sí” 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 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.

He aquí el problema jurídico que quedaba por resolver y que dependía de la forma cómo se hiciera la consulta popular o de la manera cómo se manifestara la voluntad popular. Una vez que el pueblo, mediante el referendo consultivo, se manifestare a favor de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, venía ineludiblemente la tarea de establecer formalmente el régimen de la misma por los órganos del Poder Público Nacional *con competencia* para ello, los cuales debían, obligatoriamente, mediante los mecanismos legales *establecidos*, dar cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el referendo.

Sin embargo, en el ordenamiento constitucional y legal que estaba vigente no había 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 de 1961 por una vía distinta a la de los artículos 245 y 246 de la misma.

Ese régimen no podía establecerse ni por una Ley del Congreso ni por un Decreto del Presidente de la República, salvo que en la consulta popular se preguntase expresamente sobre los diversos elementos que configuraban 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 debía regular la Constituyente. Sin embargo, en dicho régimen no se podían 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 garantizase el derecho a la representación proporcional de las minorías, como lo preveía el artículo 113 de la Constitución.

Para establecer un régimen de esa naturaleza, indudablemente que en la Constitución de 1961, la competencia la tenía el poder constituyente instituido para la reforma constitucional conforme al artículo 246 de la Constitución.

Precisamente, por este escollo jurídico, quizás, la sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, expresamente se refirió a las dos vías que se abrían para hacer efectivo el referendo consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente:

La *primera*, era 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 fuera factible, tenía 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 existía. La única posibilidad que quedaba, sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, era 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 debía formalizar ese régimen, y siempre que el mismo no implicara modificaciones a la Constitución que estaba vigente.

La *segunda*, como alternativa, era 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 resultaba necesario si el régimen de la Constituyente implicaba 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 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.

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 previa⁸⁵.

El paso inicial para dilucidar la situación, con el cual se abrió el proceso constituyente, 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.

⁸⁵ 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

TERCERA PARTE

**LA CONVOCATORIA PRESIDENCIAL DEL REFERENDO
SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE
Y EL DEBATE SOBRE SU INCONSTITUCIONALIDAD**

I. EL DECRETO N° 3 DE 02-02-99 DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA,
SUS VICIOS Y EL FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN

1. *La iniciativa presidencial para realizar el referendo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente*

Después que la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, mediante las comentadas sentencias *Casos Referendo Consultivo I y II* de 19-01-99,⁸⁶ 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; todo el país estaba preparado para que el Presidente de la República, o el Congreso de la República, o ambos órganos del Poder Público, elaboraran el conjunto de preguntas que eran necesarias e indispensables para que, mediante un referendo consultivo, se pudiese elaborar el régimen de la Asamblea Constituyente como resultado, precisamente, de la consulta popular.

La discusión sobre si era necesaria o no una reforma constitucional previa para convocar la Asamblea Constituyente, sin duda, había cesado de hecho con las ambiguas sentencias de la Corte y la apreciación de la opinión pública sobre su significado; y se trasladó a otros dos aspectos: primero, quién tomaría la iniciativa de convocar al referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente: el Congreso o el Presidente de la República; y segundo, cuál sería 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 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, el mismo día que tomó posesión de su cargo, dictó el Decreto N° 3 mediante el cual tomó la iniciativa de decretar “la realización de un referendo para que el pueblo se

⁸⁶ Véase los comentarios a esas sentencias en la Segunda Parte de este libro, pp. 61 y ss. Los textos de las sentencias puede consultarse en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp.25 y ss.

pronunciase sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente” (art. 1)⁸⁷.

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; lo que por supuesto no descartaba que el Congreso pudiera también convocar otro referendo o sumarse al convocado por el Presidente.

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 para crear una Asamblea Constituyente con el objeto de reformar la Constitución, mediante un referendo consultivo, debía pronunciarse sobre los diversos aspectos que debían configurar el régimen (estatuto) de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, el Decreto N° 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 que buscaba la delegación al propio Presidente de la República para regular él sólo “las bases del proceso comicial” en el cual se elegirían los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente.

Por otra parte, es indudable que después de las sentencias de la Corte Suprema, el carácter de la Asamblea Nacional Constituyente había quedado delineado: de acuerdo a las mismas, se trataba de un nuevo medio de reforma constitucional, distinto a los previstos en la Constitución de 1961 (art. 245 y 246), que podía derivarse de una consulta al pueblo, es decir, de una manifestación de la soberanía popular. Conforme a ello, la Asamblea Constituyente tenía que actuar con sujeción a la Constitución de 1961, hasta que este texto fuese sustituido por uno nuevo, producto precisamente de la actividad de la Asamblea; por lo que la Asamblea Constituyente convocada bajo el marco de la Constitución de 1961 luego de un referendo consultivo, no podía tener otras funciones que no fueran las de

87 El Presidente, mediante dicho acto, publicado en *Gaceta Oficial* N° 36.634 de 02-02-99, decretó lo siguiente:

Artículo 1°: La realización de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

Artículo 2°: 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 “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?.

elaborar una nueva Constitución producto del pacto político-social-constitucional a que llegara la Asamblea.

Este carácter de la Asamblea Nacional Constituyente, que después de las sentencias de la Corte Suprema, de hecho, no estaba en discusión; sin embargo, volvió a ser tema de debate por la redacción del Decreto N° 3 que concebía a la Asamblea Nacional 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, Primera); es decir, un órgano con poderes imprecisos e ilimitados.

El Decreto N° 3 de 02-02-99, en todo caso, era de los textos más importantes y polémicos de ese tiempo; razón por la cual debe ser analizado con detenimiento.

2. *Naturaleza y fundamentos del Decreto N° 3 de 02-02-99*

Debe señalarse, ante todo, que el Decreto N° 3 de 02-02-99, tuvo su fundamento único y exclusivo, “en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en concordancia con los artículos 182, 185 y 186, *ejusdem*”.

Por tanto, se trataba de un acto administrativo, que siempre es de rango sublegal y que no es dictado en ejecución directa de la Constitución; fundamentado y dictado en ejecución directa de disposiciones legales, en este caso, de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y, particularmente, de los citados artículos 181, 182, 185 y 186 que regulan los referendos consultivos.

Ahora bien, en cuanto a la base legal del Decreto, la primera norma legal en la cual se fundamentó fue el artículo 181 de la Ley Orgánica que, conforme lo había interpretado la Sala Político Administrativa en sus sentencias del 19-1-99, *Casos Referendo Consultivo I y II*, limitó el referendo que allí se regula a la categoría de referendo consultivo, es decir, aquél que tiene por objeto “consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional”, que en definitiva era el único regulado con efectos nacionales en nuestro ordenamiento jurídico, hasta la Constitución de 1999.

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 mo-

dalidades para la iniciativa en la convocatoria de la *consulta* popular. (Sentencia *Caso Referendo Consultivo II* 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)

En consecuencia, conforme a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y la interpretación que la Sala hizo de su artículo 181, se podían convocar referendos consultivos sobre las materias que ella misma no excluía de tal procedimiento. Pero ninguna disposición en dicha Ley autorizaba a convocar referendos aprobatorios, revocatorios, autorizatorios o decisorios, que fueran más allá de indagar sobre el parecer de los electores sobre determinadas materia de interés nacional.

La conducta o actividad consultiva, por su misma naturaleza, siempre es de carácter previo a la toma de una decisión que necesariamente se adopta por otro órgano del Estado diferente al consultado. Incluso, en los casos de consultas obligatorias (pues las puede haber facultativas) o vinculantes (pues las puede haber no vinculantes) el ente que emite o evacúa la consulta nunca es el que decide, sino quien decide es la entidad que requiere la consulta, es decir, el órgano consultante.

En consecuencia, estando el Decreto N° 3 fundamentado única y exclusivamente en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que se concuerda con otras normas de la Ley Orgánica, el referendo que se podía convocar conforme dicha Ley no podría ser sino un referendo consultivo, de consulta a la población, en este caso, sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente; pero no podría implicar, en sí mismo, como pretendía hacerlo el Decreto, la adopción de una decisión directamente por el pueblo de convocar una Asamblea que ni siquiera

existía, pues no había sido creada ni regulada y ni siquiera se le consultaba al pueblo sobre ello.

La consulta en lo que podía consistir era en la obtención de la opinión del pueblo sobre la convocatoria de la Asamblea; convocatoria que correspondía ser decidida por el órgano que ejercía la iniciativa de convocar al referendo para efectuar la consulta, es decir, en este caso, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, una vez que la consulta refrendaria al pueblo hubiera precisado el régimen de la Asamblea Constituyente que se iba a convocar. Sin embargo, como se analizará más adelante, el Decreto N° 3, lejos de convocar un referendo consultivo para que la voluntad popular pudiera configurar la Asamblea Constituyente con su régimen, lo que hizo fue convocar un referendo *decisorio o plebiscito* de convocatoria a una Asamblea, no previsto en el ordenamiento jurídico y que, en definitiva, era de imposible ejecución pues la institución que se pretendía que el pueblo convocara, no existía⁸⁸.

En cuanto al artículo 182 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que también se citó en el fundamento del Decreto N° 3, éste establecía los requisitos que debía contener la convocatoria al referendo, y que son los siguientes:

1. 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 “sí” o un “no”; y
2. Exposición breve de los motivos acerca de la justificación y propósito de la consulta.

En consecuencia, el Decreto de convocatoria a la celebración de un referendo necesariamente debía contener una “exposición breve de los motivos, acerca de la justificación y propósito de la consulta”, y la pregunta debía formularse en forma clara y precisa, en los términos exactos en que sería objeto de la *consulta*, de tal manera que pudiera contestarse con un “sí” o un “no”.

De nuevo, aquí, la Ley Orgánica era precisa y exacta al referirse al carácter consultivo, (no decisorio, ni aprobatorio, ni autorizador, ni revocatorio) del referendo regulado en ella, lo cual tenía que condicionar el carácter de la pregunta que se formulara, que tenía que ser sobre una decisión que el órgano consultante debía adoptar teniendo presente la opinión del pueblo, lo que implicaba que la pregunta tenía que formularse acorde con el carácter consultivo. Ello excluía cualquier forma de pregunta concebida en sí misma como una decisión, y exigía, ineludiblemente, la con-

⁸⁸ Véase la apreciación coincidente de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., p. 66.

catenación de las preguntas de manera de obtener, efectivamente, una manifestación de la voluntad popular coherente. La formulación de preguntas, unas aisladas de otras, de manera que las respuestas pudieran ser divergentes en cuanto a “sí” o “no” como sucedía en el caso del Decreto mencionado, lo hacían totalmente ineficaz y de imposible ejecución.

En efecto, en el caso de la consulta sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, las preguntas tenían que ser formuladas de manera de, efectivamente, consultar, es decir, de conocer la opinión del pueblo sobre una decisión que correspondía tomar al ente consultante; y no podían, en sí mismas, configurarse como una decisión adoptada directamente por el pueblo. La Ley Orgánica que regulaba los referendos consultivos, simplemente no permitía la figura del referendo decisorio y, ni siquiera, de carácter aprobatorio. El Decreto N° 3 del 2-2-99, en consecuencia, irrespetaba flagrantemente esos límites legales, al convocar un referendo decisorio, violándolos.

El Decreto también invocó como fundamento, al artículo 185 de la Ley Orgánica que establece las materias que *no pueden* someterse a referendos nacionales, y que son lo siguientes:

1. Presupuestarias, fiscales o tributarias;
2. Concesión de amnistía o 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. Revocatoria de mandatos populares, salvo lo dispuesto en otras leyes; y
6. Asuntos propios del funcionamiento de algunas entidades federales o de sus municipios

Esta norma, a lo que se destinaba era a enumerar las materias que no podían ser sometidas a referendos nacionales que, por supuesto, se entiende que sólo eran los referendos consultivos que regulaba la Ley Orgánica. En dicha enumeración no estaba la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, la cual podía perfectamente realizarse, y así quedó precisado por las citadas sentencias, *Casos Referendo Consultivo I y II*, de 19-1-99 de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, la aplicación del Decreto que pretendía otorgar poderes ilimitados e imprecisos tanto a la Asamblea Constituyente que se convocare, como al Presidente de la República para regular algunos aspectos de la elección de sus integrantes, sin hacer mención siquiera a la existencia de materias supraconstitucionales, podría conducir a afectar materias como la relativa a los derechos y garantías

constitucionales que no podían ser suprimidos por Poder alguno, incluso el que pudiera emanar de la soberanía popular, y sobre cuya disminución ni siquiera podía consultarse al pueblo.

Por último, el Decreto también hacía referencia al artículo 186 de la Ley Orgánica que precisaba las situaciones excepcionales en las cuales no podían celebrarse referendos y que eran, primero, durante la vigencia del Decreto que declarase el estado de emergencia; segundo, durante la vigencia del Decreto de suspensión o restricción de garantías constitucionales; y tercero, durante la vigencia del Decreto que se dictase para evitar graves trastornos del orden público que preveían los artículos 240, 241 y 244 de la Constitución de 1961. Ninguna de estas situaciones se daba *a nivel nacional*, de manera que pudiera impedirse la realización de un referendo consultivo; pero era evidente que sí se daban en áreas fronterizas, lo que podía afectar de ilegalidad la realización del referendo decretado.

Ahora bien, como resulta de la propia fundamentación del acto administrativo contenido en el Decreto N° 3, el mismo violaba el contenido del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que se invocó como su base legal, en virtud de que las preguntas que se formularon en el artículo 3° evidenciaban que en lugar de estarse convocando un referendo consultivo, lo que el Presidente estaba convocando en realidad, era un referendo decisorio y autorizador, en definitiva, un plebiscito que no estaba regulado ni previsto en dicha norma legal.

La diferencia, incluso, fue establecida expresamente por la Corte Suprema en su sentencia *Caso Referendo Consultivo I* del 19-1-99, al precisar el alcance del “análisis interpretativo” que hizo de la Ley Orgánica del Sufragio, señalando:

Que el mismo versa sobre la convocatoria a referendo. No a *consulta plebiscitaria*. 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.

Pero además, el contenido de las preguntas que se formularon en el Decreto, tal como estaban concebidas, violaban los principios establecidos en los artículos 3 y 4 de la Constitución; violaban el derecho a la participación que la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema había reconocido como de rango constitucional consagrado en el artículo 50 de la Constitución de 1961; y, en definitiva, se configuró como un instrumento que podía conducir a un fraude a la Constitución, pues mediante el mismo se pretendía crear un instrumento político que desconociera y destruyera la propia Constitución, sin siquiera sustituirla por otra. El acto impugnado, además, estaba viciado de desviación de poder pues el Presidente de la República había utilizado el que le confería el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio, para convocar un referendo decisorio no

previsto en la norma; y estaba viciado de nulidad absoluta, conforme al Artículo 19, ordinal 3º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por ser de imposible ejecución.

Debemos insistir en que habíamos estado y estábamos de acuerdo con la necesidad de la convocatoria de una Asamblea Constituyente para recomponer el sistema político venezolano en ese momento histórico, y asegurar la gobernabilidad democrática hacia el futuro. Ello ya no se podía lograr con una simple reforma constitucional, pues era muy tarde dada la crisis terminal del sistema de Estado centralizado de partidos instaurado en 1945 y reinstaurado en 1958, que estábamos presenciando⁸⁹. Pero en democracia y en un régimen de Estado de derecho bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que hasta que no fuera sustituida por otra luego de un referendo aprobatorio (art. 246 de la Constitución de 1961) continuaba en aplicación; la convocatoria y realización de un referendo consultivo sobre la Asamblea Constituyente debía realizarse conforme al ordenamiento jurídico-constitucional que estaba vigente, de acuerdo con la interpretación que le había dado la Corte Suprema en sus sentencias del 19-1-99.

3. *La convocatoria a un referendo decisorio (plebiscito) y autorizatorio estaba viciada de desviación de poder y era de imposible ejecución*

Tal como se ha dicho, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establece y regula la figura del referendo consultivo, y ello fue así, a iniciativa de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, con fundamento en los trabajos elaborados por Carlos M. Ayala Corao⁹⁰.

La Ley Orgánica, conforme al proyecto que dio origen a las normas que contiene, como lo puntualizó la Corte Suprema en las citadas sentencias *Caso Referendo Consultivo I y II* del 19-1-99, en todo caso, sólo reguló un tipo de referendo, el referendo consultivo que, como su nombre lo indica, tiene por objeto consultar al pueblo soberano sobre una decisión que debe adoptar un órgano del Poder Público. No se trataba, por tanto, de un referendo aprobatorio que consiste en la aprobación popular, mediante referendo, de una decisión estatal ya adoptada, como era el caso de la

89 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Cinco siglos de historia y un país en crisis*, Caracas 1998, pp. 95 y ss.

90 Véase Carlos M. Ayala Corao, "Los mecanismos de participación referendaria en el ordenamiento jurídico venezolano", en el libro *Participación Ciudadana y Democracia*, COPRE-OEA, Caracas 1998, pp. 69 y ss. Véase además Carlos M. Ayala Corao "La democracia venezolana frente a la participación política", en UCAB, *Encuentro y alternativas, Venezuela 1994*, Tomo 2, pp. 709 y ss. Ricardo Combellas, *¿Qué es la Constituyente? Voz para el futuro de Venezuela*, Caracas 1998, p. 39.

previsión del artículo 246 de la Constitución de 1961 que regulaba el referendo aprobatorio por la mayoría de los sufragantes, de la reforma general de la Constitución una vez que fuera sancionada por las Cámaras Legislativas. Tampoco se trataba de un referendo decisorio, en el cual es el pueblo soberano a través del referendo el que adopta una decisión y que, en la terminología constitucional, equivale al plebiscito que, en definitiva, es la manifestación de voluntad popular decisoria sobre un hecho o una situación jurídica, o como lo dijo la Corte Suprema en la sentencia *Caso Referendo Consultivo I* de 19-1-99 sobre la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica, para ratificar la confianza en un hombre o gobernante.

Como lo había señalado Ricardo Combellas, miembro de la Comisión Presidencial Constituyente, en relación con el referendo consultivo previsto en la Ley Orgánica:

Estamos hablando de un referendo consultivo, no de un referendo decisorio, cuya aprobación demanda necesariamente en Venezuela, tal como lo propuso con visión avanzada la Comisión Bicameral, una reforma constitucional. El referendo de marras no tiene efectos vinculantes, es decir, no establece obligaciones jurídicas para ninguna de las ramas del Poder Público⁹¹.

Este carácter estrictamente consultivo del referendo regulado en la Ley Orgánica, incluso llevó a este autor a afirmar que como “la Asamblea Constituyente no está contemplada entre las modalidades de reforma constitucional recogidas en el Título X de la Constitución vigente”,

Resulta que la formulación de la pregunta no puede implicar, por ningún concepto, una violación del texto constitucional. En términos sencillos, una pregunta que solicite directa y tajantemente el “sí” o el “no” de los electores en torno a la convocatoria de una Constituyente, es flagrantemente inconstitucional⁹².

En todo caso, por ser un referendo consultivo el previsto en la Ley Orgánica, el Legislador al sancionarla no reguló régimen alguno rígido de mayoría de votantes o de votación para que se pudiera considerar expresada la consulta, en forma positiva o negativa, fuera mediante un “sí” o mediante un “no”. En el referendo consultivo, en realidad, poco importa el número de votos, pues la consulta que se formula no es en sí misma una decisión (en cuyo caso, por supuesto si se requeriría de determinada ma-

91 Véase, Ricardo Combellas, *¿Qué es la Constituyente?. Voz para el futuro de Venezuela*, cit., p. 38.

92 *Idem*. Meses después de expresar esta opinión, Combellas cambiaría de opinión al asumir la defensa del referéndum para la convocatoria de la Constituyente convocado por el Presidente Chávez. Véase, R. Combellas, *Poder Constituyente*, Caracas 1999, pp. 189 y ss.

yoría), sino un parecer para que un órgano del Estado adopte la decisión correspondiente.

Se insiste, en la Ley Orgánica sólo se regulaba el referendo consultivo, lo que implicaba que la consulta popular que conforme a la misma podía hacerse, en *primer lugar*, era de carácter facultativo, no obligatorio, por no disponerlo así norma alguna del ordenamiento; y, en *segundo lugar*, aún cuando pudiera considerarse como vinculante desde el punto de vista político, como lo había señalado la Corte Suprema en la mencionada sentencia *Caso Referendo Consultivo I* del 19-1-99, no lo era desde el ángulo estrictamente jurídico, por no disponerlo así norma alguna del ordenamiento.

Como actividad consultiva, la consulta popular que se realizare mediante referendo siempre debía ser previa a la adopción de una decisión por parte del órgano del Estado consultante, el cual debía estar dotado de competencia para adoptar esa decisión.

Ahora bien, en el caso del referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, como se ha señalado y de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema en las sentencias citadas de 19-01-99, al darle más peso al principio de la soberanía popular en relación con la supremacía constitucional en materia de reforma constitucional, se trataba de la posibilidad de manifestación de la voluntad popular para, precisamente, dar origen a una tercera vía para la reforma constitucional, distinta a las previstas en los artículos 245 y 246 de la Constitución, que se podría convocar siempre que se consultase previamente la soberanía popular mediante el referendo consultivo que preveía la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. La iniciativa para realizar el referendo la tenían, conforme a la Ley Orgánica, tanto el Presidente de la República en Consejo de Ministros como el Congreso de la República, y la competencia para convocar la Asamblea, si la consulta popular era favorable a ello, y de ella se derivaba el régimen de la Asamblea según las preguntas que debían hacerse al pueblo.

Ahora bien, en contraste con ese carácter y régimen legal del referendo consultivo, el referendo decisorio cuya realización había decretado el Presidente de la República conforme al Decreto N° 3, supuestamente “para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente” (art. 1), no se ajustaba a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; y ello no por lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto, cuyo texto sugería la forma de consulta sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente; sino por lo dispuesto en las preguntas contenidas en el artículo 3° del Decreto, que *desvirtuaban completamente* el carácter consultivo del referendo autorizado en la Ley Orgánica.

En efecto, el artículo 3° del Decreto, en relación con la Primera Pregunta establecía:

Art. 3° 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?*

Por ahora nos interesa referirnos sólo a la forma cómo se había formulado la pregunta (el contenido será objeto de análisis más adelante), que 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.

En efecto, la pregunta era *¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente.....?*; lo que significa que responder con un “sí”, era decidir convocar la Asamblea; es decir, 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.

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 3° 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 3° 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.

Lo mismo puede decirse respecto de la forma como también se formuló la segunda pregunta para el referendo, en el artículo 3° del Decreto:

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 3° del Decreto, debe señalarse que debiendo tratarse de un referendo consultivo, conforme a la interpretación que le dio la Sala Política 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. Tal y como el propio Presidente de la República Hugo Chávez Frías había señalado meses antes en la campaña electoral, en su “Propuesta para Transformar a Venezuela”:

Se convocará la Asamblea Nacional Constituyente (tercera fase) mediante una *consulta popular* en forma de referendo amplio y democrático, capaz de generar una legitimidad originaria, con fundamento en la soberanía popular. *Se consultará al pueblo sobre su voluntad de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, sobre el número de sus integrantes, sobre la forma de elección de los constituyentes y acerca de la duración de la Asamblea.*⁹³

Lamentablemente nada de esto apareció en el Decreto N° 3 del propio Presidente Hugo Chávez Frías, y ese contenido de las interrogantes, que era el lógico e indispensable para que pudiera configurarse la Asamblea como producto de la soberanía popular, fue sustituido por la escueta pregunta de solicitud de autorización popular al propio Presidente, ni siquiera en Consejo de Ministros, para que éste estableciera, él sólo, ni siquiera la totalidad del régimen de la Asamblea, sino sólo parte del mismo que era el proceso comicial, confiscándose así el derecho del pueblo a la participación que la Corte Suprema estableció con rango constitucional

93 Véase Hugo Chávez Frías, *Una Revolución Democrática*, Caracas 1998, p. 7.

para permitir, precisamente, el referendo consultivo como mecanismo para originar la Asamblea Constituyente para reformar la Constitución.

Por ello, el artículo 3° del Decreto era también violatorio del derecho de participación que la Corte Suprema en sus sentencias mencionadas en los *Casos Referendo Consultivo I y II*, del 19-1-99, reconoció como inherente a la persona humana, para admitir la realización del referendo sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente.

Por otra parte, la expresión utilizada en la pregunta de autorizar al Presidente para que fijase mediante un *acto de gobierno* las bases del proceso comicial, no se entendía, salvo que se pretendiera dar rango constitucional a la propia respuesta al referendo, en caso de que fuera por el “sí”, lo cual sólo podía ocurrir si era formulada realmente por el pueblo soberano, es decir, por al menos la mayoría absoluta del electorado, lo cual no estaba regulado. No se podía pretender darle rango constitucional a una respuesta al referendo convocado, ni carácter decisorio, si sólo una minoría del electorado se pronunciaba; y esto no estaba regulado en ninguna parte, por lo que el resultado del mismo era ineficaz.

En todo caso, ni un referendo decisorio ni un referendo autorizatorio estaban previstos en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, texto que había sido el que había interpretado la Corte Suprema de Justicia en sus citadas sentencias de 19-1-99 al abrir la posibilidad de una tercera vía para la reforma constitucional no prevista expresamente en la Constitución, por lo que las preguntas mencionadas, contenidas en el artículo 3° de la Ley Orgánica, tal y como estaban redactadas, violaban lo dispuesto en los artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

Además, como se ha dicho, las preguntas tal como estaban formuladas, viciaban el acto en su objeto por ser de imposible ejecución, ya que con la primera se pedía al pueblo convocar una Asamblea Nacional Constituyente que no existía ni estaba regulada en parte alguna, siendo imposible convocar un ente que no existía. La imposibilidad de la ejecución del acto administrativo resultaba, además, de la ausencia de preguntas al pueblo sobre el régimen de la Asamblea que no existía, pues ni siquiera quedaba comprendido dentro de la autorización que se pretendía dar al Presidente de la República para fijar las bases del proceso comicial en el que se elegirían los constituyentes. Esta autorización estaba restringida a establecer *la forma de elección, las condiciones de elegibilidad, las condiciones de postulación y la forma de escrutinio*, pero no comprendía los aspectos fundamentales para configurar la Asamblea, como era su carácter y estructura (unicameral, por ejemplo), número de integrantes, duración, misión o tarea de la Asamblea. Sin la definición de estos elementos, que debían ser necesariamente objeto de una consulta popular, pues no estaban establecidos en ninguna parte y la Pregunta Segunda no los incorporaba a la auto-

rización que se pretendía dar al Presidente de la República, simplemente no era posible que la Asamblea, que no existía, fuera convocada y llegase a funcionar. En consecuencia, por ser de imposible ejecución, el Decreto N° 3 también estaba viciado de nulidad absoluta conforme al Artículo 19, ordinal 3° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por último, el Decreto N° 3 también estaba viciado de ilegalidad por desviación de poder, ya que el Presidente de la República había usado el poder y competencia que derivaban del Artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que, conforme lo había determinado la Corte Suprema en sus sentencias del 19-1-99, sólo permitía convocar un referendo consultivo, para un fin distinto al establecido en la norma, consistente en la convocatoria a un referendo decisorio o autorizatorio, es decir, plebiscitario que no autorizaba la legislación. Al haber utilizado el poder que le confería la norma para un fin distinto al previsto en ella, el acto estaba viciado de desviación de poder.

4. *La ineficacia de un referendo decisorio o autorizatorio sin precisión de la mayoría requerida para que la decisión popular se considerase adoptada*

Tal como antes se señaló, para que un referendo decisorio, plebiscitario o autorizatorio pueda tener validez como decisión del pueblo soberano, tiene que determinarse mediante Ley la mayoría requerida para que la decisión pueda considerarse adoptada, la cual, por principio debería ser al menos la mayoría de los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral como votantes del país; es decir, debe determinarse la mayoría que debe pronunciarse favorablemente en el referendo para que pueda considerarse que el pueblo soberano efectivamente ha decidido o autorizado algo que lo compromete en su globalidad.

Ahora bien, debe señalarse que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, al regular el referendo consultivo, no preveía mayoría alguna para que se pudiera considerar como favorable la consulta que se formulase, precisamente porque la regulación legal se refería a una consulta que no era obligatoria. La votación en la misma podía resultar, incluso, con una alta abstención, pero como se trataba de una consulta no obligatoria, en realidad no importaba que un porcentaje bajo de las votantes inscritos en el Registro Electoral fuera el que en definitiva se pronunciara, pues el efecto consultivo siempre existiría.

Si la regulación de la Ley Orgánica se hubiese referido, en cambio, a un referendo consultivo con efectos vinculantes u obligatorios, la regulación de la mayoría necesaria para considerar dicha obligatoriedad hubiera sido necesaria. Ello se desprendía del proyecto presentado por el pro-

yectista de los Artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio, que al regular los efectos obligatorios del referendo consultivo precisó:

La decisión tomada por los electores en el *referendo consultivo será obligatoria*, cuando la pregunta que ha sido sometida a referendo haya obtenido *el voto afirmativo de la mitad más uno* de los sufragios válidos, siempre y cuando haya *participado por lo menos la tercera parte de los electores* inscritos en el Registro Electoral Permanente.⁹⁴

El legislador, sin embargo, no acogió esta propuesta, regulando exclusivamente un referendo consultivo no obligatorio ni vinculante, para el cual no se reguló mayoría alguna.

Ahora bien, en ningún caso ello podría ocurrir en un referendo decisorio o autorizatorio, es decir, en un plebiscito, en el cual para que una decisión pudiera llegar a considerarse como *adoptada directamente por el pueblo* como soberano, tendría que pronunciarse favorablemente sobre la decisión una determinada mayoría que, en nuestro criterio, tendría que ser más de la mitad de los votantes inscritos en el Registro Electoral y no sólo de los electores que concurren a la votación. Sin embargo, por ejemplo, el referendo aprobatorio que regulaba el artículo 246 de la Constitución de 1961, respecto de la reforma constitucional, sólo exigía que fuera “aprobada por la mayoría de los sufragantes de toda la República”.

En el caso del ilegal referendo decisorio o autorizatorio que se decretó realizar en el Decreto N° 3 del 02-02-99, el mismo no sólo era violatorio del Artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, no sólo era nulo por ser ineficaz y de imposible ejecución y estar viciado de desviación de poder; sino que tampoco podía tener efecto jurídico alguno, pues no se sabía ni se preveía cuál era la mayoría que se requería para que tuviera valor, ya que dicha figura no tenía regulación en el ordenamiento jurídico venezolano. Es decir, fuera cual fuera la votación favorable que pudiera tener la respuesta al “sí”, no había forma alguna de determinar si la decisión había sido adoptada o no por el pueblo soberano, ya que no estaba establecido legalmente de antemano cual era la mayoría de votos requerida para que la decisión popular se entendiera como tomada; y en ningún caso podía determinarse dicho régimen de mayoría absoluta en un reglamento, como lo tenía proyectado el Consejo Nacional Electoral en el Reglamento de Referendos que estudiaba en ese entonces.

En efecto, conforme lo establecían los Artículos 55, ordinal 3° y 266 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el Consejo Nacional Electoral estaba en el proceso de discusión de un *Reglamento*

⁹⁴ Véase Carlos M. Ayala Corao, “Los mecanismos de participación referendaria...”, *loc. cit.*, p. 73.

sobre *Referendos* en el cual, supuestamente, conforme a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, estaba por establecer un nuevo referendo no regulado en la Ley Orgánica, en la siguiente forma:

Artículo 7. Cuando el referendo se fundamente en el artículo 4º de la Constitución, y tenga por objeto autorizar la creación de un órgano del Poder Público no contemplado en ésta, sus efectos serán vinculantes cuando haya participado la mayoría del cuerpo electoral convocado.

Es decir, en un Reglamento de Referendos que iba a ser dictado en ejecución de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política por un órgano con autonomía funcional como el Consejo Nacional Electoral, se pretendía regular una figura no prevista en la Ley, para lo cual el Consejo no tenía competencia, lo cual de dictarse hubiera viciado el Reglamento de ilegalidad, por apartarse del espíritu, propósito y razón de la Ley.

Sin embargo, si se hubiese llegado a dictar este Reglamento, y se hubiese llegado a regular el referendo destinado a crear un órgano constitucional no previsto en la Constitución ni la Ley, que supuestamente sería el que el Presidente de la República había convocado en el Decreto N° 3, como referendo decisorio; en el mismo sólo se pretendía establecer un quórum de participación para que pudiera considerarse como válido y con efectos vinculantes, de un porcentaje de los votantes inscritos en el Registro Electoral Permanente, pero no se regulaba en forma alguna, cuál era el porcentaje de votos favorables de los electores participantes para que se pudiera considerar tomada la decisión por el pueblo, por lo que, de nuevo, si se hubiera llegado a dictar dicho Reglamento, se hubiera estado en una incertidumbre de saber si se requerían 2/3 partes de votos “sí”, la mitad más uno de los mismos o si bastaba que los votos “sí” fueran más que los votos “no”, cualquiera fuera el porcentaje.

En todo caso, la ineficacia del referendo decisorio que se pretendía convocar con el Decreto N° 3, quedaba confirmada por la ausencia de regulación legal sobre la mayoría de votos que se requería para considerar que el pueblo soberano, mediante el mismo, había decidido convocar la Asamblea Nacional Constituyente y había decidido autorizar al Presidente de la República para fijar las bases del proceso comicial para elegir los constituyentes. Sin la regulación legal de dicho quórum, simplemente no se podía saber cuál era el número de votos necesarios para que el resultado del referendo se pudiera llegar a considerar como una decisión del pueblo soberano, directamente, considerado en su conjunto y, por tanto, de obligatorio acatamiento por parte de todos los ciudadanos, hubieran o no votado y de todos los órganos del Estado.

La circunstancia de que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política no hubiera fijado quórum alguno para el referendo consultivo en ella previsto, como hemos dicho, se explicaba precisamente porque

se trataba de una consulta no obligatoria ni vinculante, en la que sólo participaban quienes tuvieran interés en expresar su parecer. Pero tratándose, en el caso del Decreto N° 3, de un referendo del cual se pretendía derivar una decisión del pueblo, es decir, de un plebiscito en el cual se pretendía decidir materias tan importantes como la creación de un órgano de reforma constitucional no previsto en la Constitución, era inconcebible que se corriera el riesgo de que ellas resultasen de la imposición de una minoría circunstancial del pueblo, razón por la cual el Decreto N° 3 era ineficaz y debía considerarse de imposible ejecución, estando viciado de nulidad absoluta en los términos del Artículo 19, ordinal 3° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

5. *La inconstitucionalidad de una Asamblea Constituyente con poderes imprecisos e ilimitados*

A. *La Asamblea Constituyente y los poderes constituidos*

Hemos señalado que conforme a las sentencias de la Sala del 19-01-99, ésta había admitido que mediante la realización de un referendo consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, se podía configurar un mecanismo político para reformar la Constitución, distinto a los instrumentos previstos en sus artículos 245 y 246 de la Constitución de 1961, que era la Asamblea Constituyente.

Esto significaba que la convocatoria a dicha Asamblea Constituyente, en ningún caso, en sí misma podía significar la derogación o relajamiento de la Constitución de 1961, la cual continuaba y tenía que continuar en vigencia hasta que fuera sustituida por otra como consecuencia del trabajo de la Asamblea, y luego de la realización de un referendo aprobatorio de la reforma constitucional. En consecuencia, el funcionamiento de la Asamblea Constituyente no significaba que esta pudiera suplantar los poderes constituidos del Estado o pudiera asumir las funciones que correspondían a los órganos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial.

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 19-1-99 en ningún caso podían interpretarse como un quebrantamiento de la Constitución de 1961, o que ésta hubiera perdido vigencia o que la perdía si la Asamblea Constituyente que se convocara como resultado de un referendo consultivo, resultaba electa y constituida. Las sentencias lo único que significaban era la posibilidad de que mediante un referendo consultivo como manifestación de la voluntad popular, pudiera surgir una nueva forma de reforma de la Constitución, no prevista expresamente en su texto.

En efecto, conforme a la sentencia *Caso Referendo Consultivo II* del 19-1-99, la Corte asentó 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.

En la parte motiva de esta sentencia se había expresado que:

Ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso, tiene una especial trascendencia nacional, en la medida en que 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. (Ponente Magistrado Héctor Paradisi León).

Por otra parte, la misma Corte Suprema, en la otra sentencia *Caso Referendo Consultivo I* de la misma fecha había decidido que:

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

Ahora bien, de ninguna de estas dos sentencias podía deducirse que la Constitución de 1961 había perdido su vigencia, por lo cual los artículos 3, 4 y 117 de la Constitución mantenían su fuerza normativa. Conforme al primero, el régimen democrático representativo, responsable y alternativo continuaba vigente; según el segundo, si bien la soberanía residía en el pueblo, éste la ejercía mediante el sufragio, “por los órganos del Poder Público”; y de acuerdo al tercero, las atribuciones del Poder Público eran las que estaban definidas en “la Constitución y en las Leyes”.

De allí que de las sentencias mencionadas sólo se desprendía que cuando el pueblo se pronunciara favorablemente (con la mayoría que estaba por determinarse) sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, el Ejecutivo Nacional y el Congreso quedaban comprometidos a efectuar los arreglos institucionales necesarios para que tal convocatoria pudiera efectuarse; es decir, se señalaba que los órganos competentes del

Poder Público Nacional eran los que debían diseñar los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente.

Ahora bien, como antes hemos señalado, en el texto constitucional vigente de 1961, no se confería competencia alguna ni a la rama legislativa ni a la rama ejecutiva del Poder Público Nacional para “diseñar los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos”, por lo que tenía que ser el pueblo directamente, conforme se infiere de la doctrina sentada por el Máximo Tribunal en las sentencias aludidas, a quien competía directamente pronunciarse sobre estos aspectos, lo cual, sin embargo, se le pretendió confiscar con la Pregunta Segunda del Artículo 3° del Decreto.

En consecuencia, conforme a las sentencias de la Corte Suprema del 19-1-99, la Constitución de 1961 continuaba vigente hasta tanto fuera sustituida por otra Constitución que se sancionase por la Asamblea Constituyente y se aprobase por el pueblo mediante referendo consultivo. Como lo señaló el Presidente de la República Hugo Chávez Frías en su “Propuesta electoral para transformar a Venezuela”: “Mientras no entre en vigencia la nueva Constitución de la República, regirá la existente”⁹⁵.

Así mismo se expresó la Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Cecilia Sosa Gómez al indicar que: “hasta que no se promulgue una nueva Carta Magna, la Corte seguirá defendiendo el texto fundamental vigente”⁹⁶. La Magistrado Sosa Gómez, anteriormente había señalado lo siguiente: “Estamos viviendo bajo la Constitución de 1961. Tenemos que mantener el hilo constitucional hasta suplantarlo por otro. No podemos caer en un ámbito de inexistencia del Estado”⁹⁷.

En consecuencia, como lo advirtió Tulio Alberto Alvarez, otro de los miembros de la Comisión Presidencial Constituyente que había participado en la elaboración del Decreto N° 3: “En el caso venezolano, la Asamblea Constituyente... es sólo una vía más de modificación de la Constitución”⁹⁸. Agregando además, que “La Asamblea Constituyente no es un fin en sí mismo, ni tiene otra función que la de ser un mecanismo de modificación del texto constitucional”⁹⁹. Y concluyendo con lo siguiente: “La Asamblea Constituyente es un procedimiento más para modificar la Constitución. Como tal su objeto se agota en la aprobación de una nueva Constitución”¹⁰⁰.

95 Hugo Chávez Frías, *Una revolución democrática*, cit., p.10

96 Véase *El Nacional*, Caracas 12-2-99, p. D-1.

97 Véase *El Nacional*, Caracas 24-1-99, p. D-1

98 Véase Tulio Alvarez, *La Constituyente. Todo lo que Usted necesita saber*, Libros de El Nacional, Caracas 1998, p. 26.

99 *Idem*, p. 106.

100 *Ibidem* p. 127.

Ahora bien, en contraste con lo anterior, tal como estaba formulada la primera pregunta del Artículo 3° del Decreto, la misma pretendía hacer que el pueblo convocara una Asamblea Nacional Constituyente: “con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico...”

Es decir, se pretendía que mediante un referendo decisorio no previsto legalmente, se convocase una Asamblea Constituyente, no para reformar la Constitución, sino para que asumiera un poder total y pudiera incluso sustituir a los poderes constituidos aún antes de la aprobación de la reforma constitucional.

El Decreto N° 3, por tanto, propugnaba una doble concentración de poderes: primero, en cabeza de una sola persona, el Presidente de la República, en quien se pretendía delegar el poder soberano de decidir sobre las bases comiciales de la Constituyente; y segundo, en cabeza de una Asamblea a la cual se pretendía asignar el poder total de transformar el Estado, lo que vulneraba los principios más elementales del Estado de derecho y era incompatible con los valores supremos de una sociedad democrática. Era, además, contraria a la doctrina que ha inspirado a la República desde su fundación, aun si usurpadores de paso por la historia han concentrado poderes y ejercido la tiranía. Vale, a este respecto, recordar lo expresado en el Título 5° de la Constitución de Angostura de 1819, fruto en gran medida de las ideas políticas de El Libertador, Simón Bolívar; en relación a “del soberano y del ejercicio y de la soberanía”:

Artículo 1°. La soberanía de la nación reside en la universidad de los ciudadanos. Es imprescriptible e inseparable del pueblo.

Artículo 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 contraste con este principio, en la Pregunta Primera del artículo 3 del Decreto N° 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 permita 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 derecho 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 adquiriera 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 3° del Decreto N° 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”.

En efecto, *transformar el Estado* no significa otra cosa que cambiar o modificar la organización y distribución del Poder Público; porque el Estado es la organización del Poder.

Ahora bien, de acuerdo con la Constitución de 1961, el Poder Público se dividía en las ramas Nacional, Estadal y Municipal (art. 118) y dentro de cada rama, conforme al principio de la separación orgánica de poderes, se distribuía a nivel Nacional, entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y a nivel Estadal y Municipal, entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo. En consecuencia, “transformar el Estado”, ante todo,

podía ser transformar la distribución vertical del Poder Público, lo que significaba transformar la forma federal del Estado, fuera para eliminar la Federación y establecer un Estado unitario y, por tanto, centralizado; fuera para acentuar la Federación, reforzando el proceso de descentralización política; fuera sustituyendo la forma federal por otra forma de descentralización territorial.

Pero “transformar el Estado”, sin referencia alguna distinta a la de una “democracia social y participativa”, que era un continente que servía para cualquier contenido, constituía una suerte de firma en blanco que el pueblo entregaría a la Asamblea Nacional Constituyente. También podía implicar transformar el principio de la separación orgánica de poderes, entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial en los diversos niveles territoriales, fuera para eliminar tal separación estableciendo un régimen de unicidad del Poder Público, fuera acentuando la separación de poderes.

Además, en este contexto de la separación de poderes, “transformar el Estado” era transformar el sistema de gobierno que resultaba de la relación entre los poderes. Si la separación de poderes se eliminaba se hubiera establecido un sistema de gobierno por una Asamblea que concentraría todo el Poder, y si la misma permanecía, la transformación hubiera tenido que conducir a estructurar o un sistema parlamentario o un sistema más presidencial.

De igual manera, “transformar el Estado” podía ser transformar la estructura y funcionamiento de los órganos del Poder Público, es decir, a nivel Nacional, del Ejecutivo Nacional (Presidencia, Ministerios y Oficinas Centrales), del Congreso (Senado y Cámaras de Diputados) y de la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales; a nivel Estatal, de las Gobernaciones y de las Asambleas Legislativas, y a nivel Municipal, de las Alcaldías y de los Concejos Municipales.

En este contexto, “transformar el Estado” también podía implicar transformar el régimen de formación de los órganos del Poder Público, es decir, el régimen del gobierno democrático, representativo, responsable y alternativo (art. 3 de la Constitución) que en numerosos pasajes sombríos de nuestra historia ha sido desconocido en la práctica por tiranos de turno, pero que obedece a principios inescindibles de la forma democrática republicana de gobierno.

Una Asamblea Constituyente que asumiera cualquiera de esas transformaciones, durante su funcionamiento, no era un instrumento o mecanismo para reformar la Constitución, sino para asumir el Poder Público en su totalidad o parcialmente, lesionando las competencias de los órganos que lo ejercían conforme a la Constitución de 1961, vigente en ese momento, y violando su artículo 117. En consecuencia, la única manera de interpretar el propósito de la Asamblea Nacional Constituyente a que se

refería el Decreto N° 3, de “transformar el Estado” acorde con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, era el reducir su mandato o propósito a elaborar y sancionar el texto de la nueva Constitución que “transforme el Estado”, de manera que la transformación estatal que se reflejase en la misma, sólo podía entrar en vigencia cuando dicha nueva Constitución se aprobase mediante referendo, oportunidad en la cual quedaría sustituida la Constitución de 1961. Pero ello no estaba así expresado en la pregunta, y de allí su inconstitucionalidad, pues sin duda, la intención de la Primera Pregunta del artículo 3° del Decreto N° 3, parecía consistir en darle el Poder Público total a la Asamblea, lo cual era contrario a la Constitución de 1961 y a principios universalmente reconocidos para la vigencia de una sociedad democrática y del Estado de derecho, y que necesariamente tenían que seguir vigentes durante el funcionamiento de la Asamblea Constituyente.

En sentido similar debe razonarse respecto del otro propósito que se pretendía atribuir a la Asamblea Nacional Constituyente a que se refería el Decreto N° 3 y que consistía en “crear un nuevo ordenamiento jurídico”. Si de lo que se trataba era del mandato de elaborar un nuevo texto constitucional que al ser sancionado y aprobado mediante referendo, sustituyera el texto de la Constitución de 1961, ello significaba que la Asamblea sólo tendría la tarea que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia le habían asignado.

Sin embargo, tal como se expresó en la Pregunta Primera del artículo 3° del Decreto N° 3, esa no parecía ser la intención del mismo, por lo que atribuir a la Asamblea la misión de “crear un nuevo ordenamiento jurídico” durante su funcionamiento, podía significar una usurpación de la función legislativa que correspondía a las Cámaras Legislativas y, por tanto, una violación tanto del artículo 117 como del artículo 139 de la Constitución de 1961 que necesariamente tenía que continuar en vigencia hasta que fuera sustituida por la nueva Constitución, que debía sancionarse y aprobarse mediante referendo aprobatorio.

Se insiste, el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico hasta tanto una nueva Constitución no estuviese vigente, sólo podía hacerse dentro del marco constitucional que regía. En consecuencia, si la transformación a que aspiraba el Ejecutivo podía hacerse por los mecanismos y procedimientos que estaban vigentes, no era necesario consultar al pueblo para que los órganos del Poder Público ejercieran las competencias que tenían asignadas; pero si se entendía que una respuesta afirmativa a la consulta hecha al pueblo implicaba una autorización para modificar el ordenamiento constitucional antes de la entrada en vigencia o, incluso, de la discusión de una nueva Carta Fundamental, ello constituía una infracción total al ordenamiento vigente, que no tenía otra fundamentación que el ejercicio de la fuerza, insusceptible de ser vincula-

da a ninguna norma del orden jurídico y carente de todo asidero en las interpretaciones del Máximo Tribunal.

En consecuencia, la Asamblea Nacional Constituyente que el Presidente de la República pretendía se convocara como consecuencia del Decreto N° 3 de 2-2-99, por el propósito que le asignaba la Pregunta Primera del artículo 3° del mismo, podía tener funciones que permitían violar e, incluso, ignorar del todo la Constitución de 1961, sin haber sido sustituida por una nueva, lo que hacía inconstitucional el mismo Decreto N° 3, pues el Presidente de la República no tenía competencia para convocar un referendo tendiente a dar origen a un órgano con funciones contrarias a la propia Constitución.

En efecto, el poder constituyente que podía asumir la Asamblea convocada por un referendo, de acuerdo con lo decidido por las sentencias de la Corte Suprema de 19-1-99, sólo podía ser un poder constituyente de reforma constitucional, que como lo dijo Ricardo Combellas, uno de los miembros de la Comisión Presidencial Constituyente, es “un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre”¹⁰¹.

B. *La violación del principio de la democracia representativa*

Como se ha señalado, conforme al artículo 3 de la Constitución de 1961, que contenía una de las cláusulas que pueden considerarse como “pétreas” de nuestro constitucionalismo, “el gobierno de la República de Venezuela *es y será siempre* democrático, representativo, responsable y alternativo”.

En consecuencia, el principio de la democracia representativa era una de las cláusulas inmodificables de nuestro régimen político constitucional, lo que implicaba que el mismo no podría sustituirse o eliminarse totalmente por el de una democracia directa, la cual, como la definió Manuel García Pelayo, es “aquella en la que el pueblo ejerce de modo inmediato y directo las funciones públicas que se le atribuyen”¹⁰².

La representatividad democrática, además, la regulaba el artículo 4° de la Constitución al prescribir que si bien la soberanía residía en el pue-

101 Véase Ricardo Combellas, *¿Qué es la Constituyente? Voz para el futuro de Venezuela*, cit., p. 96. Meses después de expresar esta opinión, Combellas cambiaría de opinión, como miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, electo en las listas apoyadas por el Presidente Chávez. Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 07-08-99, N° 4, pp. 16 y ss.

102 Véase lo expuesto en *Derecho Constitucional Comparado*, (Segunda Parte, Cap. II), en Manuel García Pelayo, *Obras Completas*, Tomo I, Madrid, 1991, p. 376.

blo, éste sólo podía ejercerla mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público.

Esta norma, como antes lo hemos destacado¹⁰³, la calificaba la Exposición de Motivos de la Constitución como “el principio básico” del sistema democrático y no significaba 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 consagraba la Constitución de 1961, y que exigía que el pueblo actuase través de los órganos del Poder Público, es decir, los órganos de los poderes constituidos que eran los previstos y regulados en la Constitución, cuyos titulares eran los representantes del pueblo soberano, electos mediante sufragio.

Este, por otra parte, ha sido el sentido de la norma del artículo 4 en toda nuestra historia constitucional¹⁰⁴, la cual se repite en el artículo 5º de la Constitución de 1999.

Ahora bien, ignorando por completo el principio de la democracia representativa, la Primera Pregunta formulada en el artículo 3º del Decreto N° 3 de 02-02-99, pretendía atribuir a la Asamblea Constituyente que se buscaba convocar, “el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico” con el exclusivo motivo de permitir “el funcionamiento efectivo de una *democracia social y participativa*”. Con ello se pretendía darle a la Asamblea Constituyente un mandato inconstitucional, como sería el de eliminar la democracia representativa y pretender sustituirla por una democracia directa que a veces se confundía con la “democracia participativa”.

No podía una Asamblea Constituyente convocada en democracia y en un régimen de derecho regido por la Constitución de 1961, que no había sido derogada por acto de fuerza alguno; ni durante su funcionamiento, ni al elaborar la nueva Constitución que era su misión, sustituir el régimen democrático representativo por un régimen de democracia directa o supuestamente exclusivamente “participativa”, pues ello era contrario al régimen constitucional venezolano.

La democracia representativa debe y puede ser perfeccionada y *hacerla más participativa*, pero de allí a sustituirla por un régimen político definido por una persona o grupo excluyente, hay un gran trecho.

¹⁰³ Véase lo expuesto en pp. 78 y ss. de este libro.

¹⁰⁴ Véase el texto de todas las Constituciones en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas 1997.

Por otra parte, una Asamblea Constituyente no puede tener poder soberano alguno; el soberano es el pueblo, como poder constituyente originario, y este no puede trasladar o delegar su soberanía en una Asamblea; es decir, constitucionalmente no existe una Asamblea Constituyente originaria pues es el pueblo, como poder constituyente, el único que puede ser originario.

Como lo había precisado Ricardo Combellas, uno de los miembros de la Comisión Presidencial Constituyente:

La Asamblea Constituyente no reviste como algunos con ignorancia sostienen, el rango de poder constituyente originario sino derivado, por la sencilla razón de que se trata de un cuerpo representativo. La teoría democrática sólo reconoce un poder constituyente originario, el pueblo, cuya voluntad genuina se manifiesta a través del referendo, en virtud de lo cual la Constitución más legítima es aquella ratificada refrendariamente por los ciudadanos.¹⁰⁵

Por último, el Decreto ignoraba del todo la existencia de materias constitucionales pétreas, que no estaban bajo el poder del Presidente ni de la Asamblea Constituyente que éste pudiera concebir, como los principios de la independencia de la Nación, de la integridad del territorio de la República, de la organización federal del Estado, del gobierno democrático, representativo, responsable, participativo y alternativo y del respeto y garantía nacional y universal de los derechos humanos y de su protección, de la separación los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial y de la supremacía de la Constitución; que escapaban totalmente a la posibilidad de su eliminación o modificación.

En consecuencia, al pretender el Decreto N° 3, servir de medio para convocar una Asamblea Constituyente que tuviera por misión transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico para hacer efectiva una democracia participativa, lo que podía implicar pretender eliminar el principio de la democracia representativa, el texto de la Primera pregunta del artículo 3° del mismo violaba las disposiciones de los artículos 3° y 4° de la Constitución de 1961, que eran y son consustanciales al constitucionalismo venezolano.

¹⁰⁵ Ricardo Combellas, *¿Qué es la Constituyente? Voz para el futuro de Venezuela*, cit., p. 101. Meses más tarde, Combellas se colocaría del lado de los ignorantes que refirió, al votar en la Asamblea Nacional Constituyente como miembro de la mayoría electa con el apoyo del Presidente Chávez, a favor de que la Asamblea adquiriera poderes originarios. Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, cit., Sesión de 07-08-99, N° 4, pp. 17 y ss.

C. *La violación del derecho constitucional a la participación*

Debe insistirse en que las sentencias de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 19-01-99 (*Casos Referendo Consultivo I y II*), fundamentaron la posibilidad de que mediante el referendo consultivo previsto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, pudiese derivarse un mecanismo de reforma constitucional distinto a los regulados en los artículos 245 y 246 de la Constitución de 1961 -que consideró eran limitaciones sólo aplicables y destinadas a los poderes constituidos pero no al poder constituyente originario-; en el *derecho constitucional a la participación*, que consideró como un derecho no enumerado en la Constitución, inherente a la persona humana, conforme al artículo 50 de la propia Constitución de 1961.

Es decir, fue el derecho constitucional de los ciudadanos y del pueblo soberano en general, a participar en el proceso político, el que permitió a la Corte Suprema hacer ceder el principio de la supremacía constitucional en cuanto a las formas de revisión constitucional previstas expresamente (arts. 245 y 246 de la Constitución), frente al principio de la soberanía popular, de manera que manifestada ésta a través de un referendo consultivo como instrumento de participación política, pudiera dar origen a una tercera vía para la reforma constitucional mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

Es evidente, por tanto, que la posibilidad constitucional que existía conforme a la doctrina de la Corte Suprema de que una Asamblea Constitucional pudiera ser convocada sin que estuviese prevista en la Constitución, para reformar la Constitución, derivaba única y exclusivamente de la posibilidad, también constitucional, de *establecerla directamente mediante la manifestación de la voluntad del pueblo soberano* a través de un referendo consultivo, en ejecución del derecho constitucional a la participación ciudadana; consulta que debía contener todos los elementos que configurasen el régimen de la Asamblea, en preguntas concatenadas.

En efecto, de acuerdo con las sentencias de la Corte Suprema de 19-1-99, en ausencia de una norma que en la Constitución vigente o en una modificación de ésta, consagrara la figura de la Asamblea Constituyente, la creación de dicho órgano, es decir, la determinación de las reglas fundamentales (estatuto) que definieran los cometidos, la duración y la forma de elección de los integrantes de dicha Asamblea, debía ser decidida directamente por el pueblo, en su condición de titular de la soberanía.

La única forma de lograr que el titular de la soberanía se pronunciasse sobre tales reglas -es decir, sobre la creación de la Asamblea Constituyente- consistía en que ellas se incorporasen al texto mismo de la consulta que se le hiciera, para que el pueblo, al pronunciarse favorablemente sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, aprobara también las reglas fundamentales pertinentes, que configuraban su régimen, en particular el

cometido de la Asamblea Constituyente; la forma de elección de sus integrantes, y la duración del mandato.

En consecuencia, el régimen de la Constituyente en ningún caso podía ser establecido por el Ejecutivo Nacional, ni aún cuando así lo dispusiera el pueblo en un referendo, al pronunciarse favorablemente sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, porque conforme a las normas constitucionales que estaban vigentes, la rama ejecutiva del Poder Público no tenía competencia para decidir por el titular de la soberanía, que era el pueblo, y porque los poderes constituyentes que son inherentes a la soberanía del pueblo son indelegables.

Por otra parte, para que pudiera configurarse ese régimen de la Constituyente, si bien la formulación de más de una pregunta de resultado autónomo y respuesta variada en su negación o afirmación podía en algún caso ser necesario, lógico y posible; sin embargo, cuando dos preguntas se referían a un mismo asunto, como era el caso del Decreto N° 3, la respuesta afirmativa a una pregunta y negativa de otra presentaban la posibilidad y el riesgo de llevar a un vacío lógico. Por ello, las preguntas que guardan una relación secuencial lógica deben ser formuladas en tal forma de no crear una situación contradictoria o de imposible aplicación. Aún cuando sea posible pensar que por la índole de alguna consulta, en algunos casos dos o más preguntas pueden ser necesarias; es de imperativo lógico que sean formuladas en tal forma que la respuesta negativa a una de ellas y positiva a otra, no lleve a una situación de imposible ejecución que haga de la consulta un absurdo.

Este era el caso de las dos preguntas que se formularon en el artículo 3 del Decreto. Independientemente de que ambas preguntas adolecieran de los vicios antes señalados, su mera formulación autónoma y no concatenada llevaba a la posibilidad de una respuesta afirmativa a la primera pregunta y negativa a la segunda, con lo cual se podía crear una situación absurda que hubiera hecho la consulta una burla generadora de confusiones y contradicciones.

De lo anterior se derivaba que el referendo consultivo necesariamente debía de tener la amplitud de preguntas concatenadas y derivadas necesarias, de manera que fuera la voluntad popular la que le diera forma y fijare el contorno de la Asamblea Constituyente, para que ésta pudiera ser el resultado de la manifestación de la soberanía popular. Incluso, a los efectos de la elaboración de dichas preguntas, el Presidente de la República Hugo Chávez Frías, antes de asumir su cargo, para ello había creado una Comisión Presidencial Constituyente; y había delineado el contenido de las mismas, en la “Propuesta electoral para Transformar a Venezuela”, en la cual, como ya se dijo señaló que:

Se consultará al pueblo sobre su voluntad de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, sobre el número de sus integrantes, sobre la forma de elección de los constituyentes y acerca de la duración de la Asamblea.¹⁰⁶

En consecuencia, cualquier intento de confiscar o sustraer a la voluntad popular, es decir, a la manifestación de la soberanía del pueblo mediante el referendo consultivo, la configuración del régimen de la Asamblea Constituyente que iba a convocarse para reformar la Constitución, era contrario y violatorio del derecho constitucional a la participación política, que había sido el fundamento de su propia posibilidad conforme a la doctrina de la Corte Suprema en sus sentencias de 19-1-99.

En ese vicio de inconstitucionalidad, precisamente, incurría la Pregunta Segunda del artículo 3° del Decreto N° 3 del 02-02-99, al pretender 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.

En todo caso, al no preverse otras preguntas en el referendo que se proponía, no sólo las que se referían a las bases del proceso comicial se le sustraían al pueblo para expresar la voluntad popular, es decir, al derecho de participar, sino que se dejaban de regular otros aspectos fundamentales que no se referían al “proceso comicial”, relativos a la Asamblea, como por ejemplo, su estructura y carácter (unicameral, bicameral, corporativa), el número de miembros que debían integrarla, su duración, las bases para su funcionamiento que debía estar basado en mecanismos de consulta a toda la población para que las propuestas llegasen a la Asamblea, no sólo

106 Hugo Chávez Frías, *Una Revolución Democrática*, cit., p. 7. El Decreto N° 3 de 02-02-99, dictado meses después, contradujo esta oferta electoral.

por el trabajo de sus integrantes, sino por iniciativa de todos los grupos de la sociedad interesados en su actividad reformadora.

El Decreto N° 3, por tanto, no sólo era insuficiente e ineficaz, pues pretendía que el pueblo convocase una Asamblea que no existía y que no se podía saber en qué consistía porque no había pregunta alguna que permitiera que el pueblo se pronunciase, sino que era violatorio del derecho constitucional a la participación, que era su fundamento, al sustraerse al pueblo la posibilidad de diseñarla mediante el referendo consultivo, única forma como se la podía crear; y pretender ceder la soberanía popular al solo Presidente de la República para que fuera éste el que fijase las bases del proceso comicial, dejando sin posibilidad de regular los elementos fundamentales de la Asamblea, que no eran parte del “proceso comicial” propiamente dicho.

D. *Los límites al poder constituyente y el fraude a la Constitución*

Debe señalarse que el poder constituyente como poder soberano, total e inicial que constituye un Estado y organiza políticamente a una sociedad determinada, corresponde y lo ejerce únicamente el pueblo, cuando históricamente fueron creados *ex novo* los Estados. En ese caso puede decirse que, en principio, no estuvo ligado o constreñido por norma jurídica constitucional alguna previa, pues él la creó. Por ello, históricamente actuó como *res facti, non juris*.

El poder constituyente, así calificado de originario, es un poder político *de hecho*, no encuadrable en un marco jurídico constitucional previo. Como poder inicial, tuvo su origen en el constitucionalismo moderno en la Revolución norteamericana de 1776, en la Revolución francesa de 1789 y en la Revolución hispanoamericana de 1811. En esos procesos políticos, el pueblo soberano asumió el poder total haciéndose representar por Asambleas y constituyó, sea nuevos Estados como sucedió en América, o transformó radicalmente un viejo Estado Monárquico como sucedió en Francia, dotándose siempre de una Constitución. Por ello, Juan Luis Requejo Pagés ha señalado que: “El poder absolutamente originario será el que ha constituido la primera Constitución de un Estado”¹⁰⁷.

En esos procesos, el poder constituyente originario del pueblo no tuvo límites constitucionales para su actuación, salvo los provenientes del derecho natural o de las luchas históricas de la humanidad que contribuyeron a la juridificación nacional y universal de los derechos humanos. Pero

¹⁰⁷ José Luis Requejo Pagés, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid 1998, p. 101.

una vez constituidos los Estados Constitucionales modernos, habiéndose dotado a sí mismos, por voluntad popular, de una Constitución, puede decirse que el poder constituyente originario desapareció al constitucionalizarse y se lo sustituyó por un poder constituyente instituido, derivado o de reforma que está regulado usualmente en las propias Constituciones.

En ese contexto histórico, puede decirse que salvo que exista una ruptura constitucional, el poder constituyente originario no se manifiesta de nuevo en los Estados constitucionales, salvo, excepcionalmente, como lo estableció la Corte Suprema en sus sentencias del 19-01-99, para mediante un referendo consultivo dar paso a un mecanismo de reforma constitucional distinto al establecido en el texto de la Constitución.

Puede decirse, entonces que, en general, en los Estados constitucionales 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:

Forma parte de la lógica del Estado constitucional, y así se pretendió tanto en el proceso revolucionario americano como en el francés, que una vez aprobada la Constitución el poder constituyente desaparece, cediendo su lugar a la propia norma por él creada.¹⁰⁸

La constitucionalización del poder constituyente, por otra parte, está esencialmente ligada a la democracia representativa, por lo que como principio, en el Estado constitucional, una vez aprobada la Constitución, el poder constituyente originario 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, que incluso puede atribuirse a una Asamblea Constituyente. Como lo ha señalado Antonio Negri al comentar el proceso constitucional americano: “Sin Constitución, fuera de la Constitución, fuera de la máquina constitucional y del organismo de gobierno no existe poder constituyente”¹⁰⁹.

En esta forma, sin embargo, lejos estaba la posibilidad de que una Asamblea Constituyente convocada en democracia y bajo la vigencia de la Constitución de 1961, producto de la voluntad popular manifestada mediante referendo consultivo, pudiera tener poderes ilimitados y atentar contra los mismos principios del constitucionalismo.

Existían, en consecuencia, límites al poder constituyente de revisión o de reforma constitucional ejercido por una Asamblea, que nunca, en sí

¹⁰⁸ Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid 1988, p. 34.

¹⁰⁹ Antonio Negri, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, 1994, p. 205.

misma, es soberana, derivados de las cláusulas pétreas del constitucionalismo y que la Constitución de 1961, entre otros, consagraba en sus artículos 1º, 3º, 8º y 50.

En efecto, una norma que consagraba un principio pétreo era el artículo 50 de la Constitución que reconocía la existencia de derechos inherentes a la persona humana que, por ello, son previos y superiores a la propia Constitución. De allí que era imposible que una Asamblea Constituyente desconociera los derechos inherentes a la persona humana o los desmejorase. En particular, esto era más reforzado en aquellos casos en los cuales la propia Constitución consideraba como *inviolables* ciertos derechos, como el derecho a la vida (art. 58) y el derecho a la libertad o seguridad personales (art. 60), inviolabilidad que se aplica también al hogar doméstico (art. 62) y a la correspondencia (art. 63).

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 1º de la Constitución de 1961,

La República de Venezuela *es para siempre e irrevocablemente* libre e independiente de toda dominación o protección extranjera.

Esta norma consagraba el principio de la independencia de la República, como cláusula pétrea, que impediría a cualquier Asamblea Constituyente poder desconocerla. Sería imposible, constitucionalmente hablando, que una Asamblea decida, como sin embargo lo hizo el Congreso de Angostura en 1819, extinguir al Estado venezolano, renunciar a la independencia y anexar el territorio nacional a otro Estado.

Lo mismo puede decirse del principio republicano representativo de gobierno que consagraba el citado artículo 3º de la Constitución de 1961 al prescribir que

El Gobierno de la República de Venezuela *es y será siempre* democrático, representativo, responsable y alternativo.

Esta norma pétrea impide que una Asamblea Constituyente pretenda, por ejemplo, establecer una Monarquía en sustitución de la República; pretenda extinguir la democracia representativa; pretenda consagrar la irresponsabilidad de los representantes o gobernantes, o pretenda eliminar la alternabilidad republicana, consagrando, por ejemplo, cargos vitalicios en el Poder Ejecutivo.

El mismo carácter pétreo se encontraba respecto del principio de la integridad territorial que regulaba el artículo 8 de la Constitución de 1961, al prescribir que:

El territorio nacional *no podrá ser jamás* cedido, traspasado, arrendado ni en forma alguna enajenado, ni aún temporal o parcialmente, a potencia extranjera.

La integridad del territorio, por tanto, es inviolable, por lo que era y es impensable que una Asamblea Constituyente pudiera resolver ceder parte del territorio nacional a una potencia extranjera.

Derivado de la intangibilidad del principio republicano y de los derechos inherentes a la persona humana, también puede identificarse como un principio que escapaba al poder de una Asamblea Constituyente, el de la separación de poderes y de la supremacía constitucional que, precisamente, existen en el constitucionalismo moderno como garantía de los derechos y libertades públicas.

El Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, en este sentido, en su “Propuesta Electoral para Transformar a Venezuela” de 1998, señaló:

Las limitaciones de la Asamblea Nacional Constituyente son las derivadas de los principios generales del derechos, los valores democráticos y garantías ciudadanas, los principios que identifican nuestro devenir histórico, la dignidad como derecho inalienable de la persona humana, los derechos humanos y demás principios que sustentan el concierto de naciones¹¹⁰.

Constituía, entonces, un fraude constitucional que una Asamblea Constituyente convocada en democracia, bajo la vigencia de una Constitución como la de 1961, que no perdía su vigencia hasta que fuera sustituida por otra que dictase la Asamblea y aprobase el pueblo, pudiera llegar a destruir los principios pétreos del constitucionalismo. Así lo definió hace varias décadas G. Liet-Veaux al estudiar las revoluciones de Italia, Alemania y Francia cuando se establecieron los regímenes fascista y nacional-socialista y precisar el fraude constitucional como 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 diferente¹¹¹.

Definitivamente, no puede el ordenamiento constitucional servir de cauce para su propia destrucción; es decir, no es admisible el auto atentado contra la forma democrática de gobierno, bajo la cobertura de la creación de un nuevo Estado constitucional; y ello se hubiera llevado a cabo, si se hubiera llegado a convocar, como lo pretendía el acto administrativo dictado por el Presidente de la República, una Asamblea Constituyente con poderes imprecisos e ilimitados para transformar el Estado.

110 Hugo Chávez Frías, *Una Revolución Democrática*, cit., p. 10.

111 G. Liet-Veaux, “La fraude à la Constitution”, *Revue du Droit Public*, Paris, 1943, pp. 116 a 150.

Con fundamento en todo lo antes expuesto, el 23-02-99 acudimos ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia para solicitar que declarase la nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad del Decreto N° 3 de 2-2-99, por violar los artículos 3, 4, 50, 117 y 139 de la Constitución y el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; por estar viciado de desviación de poder; ser ineficaz y de imposible ejecución, lo que lo hace nulo conforme al Artículo 19, ordinal 3° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; y, en definitiva, por configurarse, en sí mismo, en un instrumento que podía servir de fraude a la Constitución y por ser ineficaz en sí mismo¹¹². Otros recursos de nulidad contra el Decreto también fueron intentados con fundamentos relativamente similares¹¹³.

II. LAS VICISITUDES CONSTITUCIONALES DE LA CONVOCATORIA AL REFERENDO SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LOS LÍMITES IMPUESTOS A LA MISMA POR LA VOLUNTAD POPULAR

1. *La convocatoria efectuada por el Consejo Nacional Electoral*

El Decreto N° 3, como se dijo, fue objeto de diversas acciones contencioso-administrativas de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad que se ejercieron por ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa. Sin embargo, dichas acciones 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 electoral¹¹⁴.

112 Véase el texto de la acción de nulidad en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenación Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 255 a 321.

113 Véase la relación de todas las acciones de nulidad intentadas en Carlos M. Escarrá Malavé, *Proceso Político y Constituyente*, cit., Anexo 4.

114 El primero de los autos del Juzgado de Sustanciación, en el sentido indicado, fue dictado el 02-03-99.

Independientemente de las críticas u observaciones que se podían realizar 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 N° 990217-32 del Consejo Nacional Electoral de 17-02-99 dictada en conformidad con el mismo Decreto N° 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 referendo¹¹⁵.

En efecto, el acto administrativo dictado por el Consejo Nacional Electoral el 17 de febrero de 1999, contenido en la Resolución N° 990217-32¹¹⁶, 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 N° 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, ante todo, conforme a todos los argumentos antes indicados¹¹⁷, estaba viciado en su causa al fundamentarse en el mencionado Decreto N° 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 3° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; y, en

115 Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 169 a 185.

116 En estas páginas seguimos lo expuesto en 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, N° 1, Caracas, Enero-Junio 1999, pp. 29 a 92.

117 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* N° 36.669 de 25-03-99.

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 N° 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 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.

En esta forma, al convocar a los ciudadanos venezolanos a un *referendo* no autorizado en la Constitución ni la Ley, se les estaban afectando sus derechos e intereses pues se los obligaba a ejercer una función pública que era el voto, conforme al artículo 110 de la Constitución de 1961, al margen del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el propósito del Decreto que sirvió de fundamento a la Resolución del Consejo Nacional Electoral, como se evidenciaba del texto de las preguntas previstas en su artículo 3°, y que se reprodujeron en el artículo Segundo de la Resolución, era otorgarle un poder ilimitado al Jefe del Estado, sin siquiera con el control del Consejo de Ministros para, entre otras cosas, fijar mecanismos destinados a convocar y establecer, a su leal saber y entender, una Asamblea Nacional Constituyente para “transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, que permita el funcionamiento de una democracia social y participativa”.

Todo ello entrañaba una grave amenaza para la vigencia y garantía del Estado de Derecho, que podía conducir tal como la Resolución estaba concebida, a que la Constitución de 1961 pudiera ser derogada aún antes de ser sustituida por otra; a que la Asamblea Constituyente así concebida asumiera la totalidad de los Poderes Públicos, y a que se estableciera un régimen político social y participativo de contenido innominado, donde estuviesen ausentes el concepto de gobierno democrático, representativo, alternativo y responsable previsto en el artículo 3° de la Constitución de 1961, así como el derecho constitucional a la participación política, reconocido por la propia Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con tal rango constitucional, en sus sentencias del 19-1-99; es decir, en definitiva, podía conducir a llevar el caos a un proceso de transición y cambio, aún antes de que el mismo comenzase, que debía realizarse sin tener que vulnerarse los valores permanentes de una sociedad democrática ni la vigencia plena de los derechos humanos.

El fundamento de la Resolución mencionada del Consejo Nacional Electoral, además de ser el Decreto N° 3 de 02-02-99, también lo eran los artículos 181 y 184 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que exigían que cuando se le presentase una decisión de convocatoria a un referendo, como la contenida en el Decreto, el Consejo Nacional Electoral debía *verificar el cumplimiento de los requisitos de ley y pronunciarse fijando el día* en el cual debería celebrarse el referendo.

En esta forma, al fijar la Resolución el día 25 de abril de 1999 para que tuviera lugar el referendo cuya realización había decretado el Presidente de la República, era evidente que el Consejo Nacional Electoral debía haber verificado que la convocatoria formulada por el Presidente de la República supuestamente había cumplido con los requisitos de ley.

Es decir, el Consejo Nacional Electoral, para fijar fecha para el referendo, supuestamente debía haber verificado que el Decreto N° 3 del 02-02-99 cumplía los requisitos legales, es decir, que estaba ajustado a derecho. Precisamente por ello, la Resolución se dictó “de conformidad con el Decreto N° 3” del Presidente de la República para realizar el referendo en la fecha fijada tomando en consideración las bases establecidas en el mismo; es decir, la Resolución tenía como su única causa el Decreto N° 3 del Presidente de la República y, además, la decisión que contenía era la realización del referendo el 25 de abril de 1999, conforme a las bases establecidas en dicho Decreto.

Precisamente por ello, la Resolución del Consejo Nacional Electoral estaba indisolublemente ligada a la convocatoria del *referendo* contenida en el Decreto N° 3 del 02-02-99, siendo su fundamento legal el mismo conjunto de normas de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Por ello el contenido de los recursos de nulidad que se ejercieron contra la Resolución del Consejo Supremo Electoral fue el mismo de los que se habían intentado contra el Decreto N° 3.

2. *Las modificaciones y la anulación de la Resolución N° 990217-32 del 17-02-99 del Consejo Nacional Electoral*

A. *La corrección de las inconstitucionalidades presidenciales*

Precisamente, en virtud de todas las impugnaciones formuladas ante la jurisdicción contencioso administrativa contra el Decreto N° 3 y contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral de 17-02-99, así como en virtud de las observaciones críticas que se formularon a dicha Resolución, el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, el día 10 de marzo de

1999 tuvo que emitir un nuevo acto administrativo¹¹⁸ que, sin la menor

118 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*

Primero: Se considerará aprobada la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos.

Segundo: La Asamblea Nacional Constituyente estará integrada por ciento tres (103) miembros y tendrá una conformación unicameral. A la Asamblea Nacional Constituyente sólo se elegirán representantes principales.

Tercero: La elección de los constituyentes será en forma personalizada (por su nombre y apellido) de acuerdo al siguiente mecanismo:

1. Se producirá la elección de setenta y seis (76) constituyentes en veinticuatro (24) circunscripciones regionales, coincidentes con los Estados y el Distrito Federal, de acuerdo con su número de habitantes: Amazonas, dos (2); Anzoátegui, tres (3); Apure, dos (2); Aragua, cuatro (4); Barinas, dos (2); Bolívar, cuatro (4); Carabobo, seis (6); Cojedes, dos (2); Delta Amacuro, dos (2); Falcón, dos (2); Guárico, dos (2); Lara, cuatro (4); Mérida, dos (2); Miranda, siete (7); Monagas, dos (2); Nueva Esparta, dos (2); Portuguesa, dos (2); Sucre, dos (2); Táchira, tres (3); Trujillo, dos (2); Vargas, dos (2); Yaracuy, dos (2); Zulia, nueve (9); y Distrito Federal, seis (6). El elector dispondrá de tantos votos como constituyentes se vayan a elegir en la circunscripción a la que pertenezca.
2. Se producirá la elección de veinticuatro (24) constituyentes en una circunscripción nacional. El elector dispondrá de un máximo de diez (10) votos.

Parágrafo único: En atención al régimen de excepción constitucional vigente y a los compromisos asumidos en los tratados y acuerdos internacionales, las comunidades indígenas de Venezuela estarán representadas por tres (3) constituyentes electos de acuerdo con sus costumbres y prácticas ancestrales, y el mecanismo que elijan las organizaciones indígenas. El derecho de participación aquí previsto atenderá a la pluralidad de culturas existentes en las distintas regiones del país.

Cuarto: La postulación de los candidatos se podrá presentar en algunas de las siguientes formas:

1. Por iniciativa propia,
2. Por iniciativa de los partidos políticos legalmente constituidos,
3. Por iniciativa de cualquiera de los sectores de la sociedad civil interesados en participar en el proceso. En cualquiera de las formas de postulación antes señaladas se deberá cumplir con los siguientes parámetros:
 - a) Se podrá ser candidato sólo en una circunscripción, ya sea en la regional o en la nacional:
 - b) Para ser postulado candidato en la circunscripción nacional se requiere como mínimo veinte mil (20.000) firmas electores;
 - c) Para ser postulado candidato en una circunscripción regional se requerirá como mínimo:
 - c.1 En las entidades territoriales con más de dos millones (2.000.000) de habitantes, diez mil (10.000) firmas;
 - c.2 En las entidades territoriales que tengan entre un millón uno (1.000.001) y hasta dos millones (2.000.000) de habitantes, ocho mil (8.000) mil firmas;
 - c.3 En las entidades territoriales que tengan entre quinientos mil uno (500.001) y hasta un millón (1.000.000) de habitantes cinco mil (5.000) firmas;
 - c.4 En las entidades territoriales que tengan entre doscientos mil (200.000) y quinientos mil (500.000) habitantes, tres mil (3.000) firmas; y

duda, era un Decreto (aún cuando sin número) en los términos de los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, mediante el cual ordenó publicar en *Gaceta Oficial* una propuesta del Ejecutivo Nacional mediante la cual fijaba 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 lo habíamos 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.

c.5 En las entidades territoriales que tengan menos de doscientos mil (200.000) habitantes, mil (1.000) firmas

El elector sólo podrá postular candidatos regionales en el circuito regional en el que esté inscrito

Quinto: El tiempo de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente será de ciento ochenta (180) días contados a partir del día de su instalación.

Sexto: Para ser representante de la Asamblea Nacional Constituyente se requerirán las condiciones generales de elegibilidad: ser venezolano por nacimiento y mayor de veintiún (21) años. Los constituyentes electos gozaran de inmunidad en los términos que consagrará la Asamblea Nacional Constituyente.

Séptimo: No podrán ser elegidos representantes a la Asamblea Nacional Constituyente: el Presidente de la República, los Ministros, los Presidentes y Directores de los Institutos Autónomos o Empresas del Estado, los Gobernadores y Secretarios de Gobierno de los Estados y el Distrito Federal, los Senadores y Diputados al Congreso de la República, los Diputados a las Asambleas Legislativas de los Estados, los Alcaldes y Concejales, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de la Judicatura y demás jueces de la República, el Fiscal General, el Contralor General y el Procurador General de la República, los Militares activos y los miembros del Consejo Nacional Electoral; a menos que renuncien dentro de los quince (15) días siguientes a la convocatoria. El cargo de constituyente exige la dedicación exclusiva a los deberes inherentes a esta alta función, por lo que es incompatible con cualquier otro destino público o privado.

Octavo: El período de postulación será de treinta (30) días contados a partir del 25 de abril, fecha de la convocatoria. La campaña electoral tendrá una duración de treinta (30) días contados a partir del cumplimiento del lapso de postulación. La proclamación de los candidatos que resulten electos se realizará dentro de los cinco (05) días siguientes a la fecha de la elección.

Noveno: La Asamblea Nacional Constituyente se instalará, sin necesidad de previa convocatoria a las diez de la mañana (10.00 a.m.) del día 5 de julio de 1999.

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.

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, modificar 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.

Sin embargo, antes de que el Consejo Nacional Electoral llegara a adoptar alguna decisión al respecto, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18-3-99 (Ponente Magistrado Hermes Harting), se anticipó en juzgar la inconstitucionalidad denunciada, con motivo de la acción de nulidad ejercida por el abogado Gerardo Blyde, ejercida originalmente contra el Decreto N° 3 del 2-2-99 y luego de reformado el libelo, contra la Resolución N° 990217-32 del Consejo Supremo Electoral de 17-2-99. La Corte Suprema, en esa sentencia concluyó declarando *con lugar* dicho recurso contra la mencionada Resolución del Consejo Nacional Electoral y, en consecuencia, *anulando* la segunda pregunta destinada al *referendo* convocado, contenida en dicha Resolución¹¹⁹.

Los argumentos que sirvieron de fundamento a la mencionada acción de nulidad, tenían por objeto cuestionar la *segunda pregunta* del *referendo* convocado por el Consejo Nacional Electoral, que, como ya se ha señalado anteriormente, establecía lo siguiente:

¿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?.

Conforme a todo lo anteriormente dicho y argumentado, la Sala Político Administrativa consideró que si se formulaba una “pregunta 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

Undécimo: 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

¹¹⁹ Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 169 a 185.

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 esta sentencia de la Sala Político Administrativa del 18-03-99, además de decidirse que en el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente debía consultarse al pueblo sobre el estatuto y límites de la Asamblea, excluyendo la posibilidad de que esto pudiera ser establecido con posterioridad por el Presidente de la República; se resolvieron diversos aspectos en relación con el referendo convocado por el Presidente de la República por Decreto N° 3 del 2-2-99 y por el Consejo Nacional Electoral mediante la mencionada Resolución del 17-2-99, que deben destacarse y que se refieren, en *primer lugar*, al carácter consultivo del *referendo* regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; y en *segundo lugar*, a los límites de la Asamblea Nacional Constituyente que podía convocarse mediante tal referendo consultivo.

B. *La precisión del carácter eminentemente consultivo del referendo que se podía convocar conforme a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*

La Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 18-3-99, ante todo 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 autorizador 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 que, como se ha dicho, era del tenor siguiente:

¿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?

Dicha pregunta no había sido objeto de impugnación por el recurrente en el caso decidido; 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.

Es decir, en definitiva, la Corte resolvió que la primera pregunta era una consulta sobre la conveniencia de instalar una Asamblea Nacional Constituyente; y que por ello, resultaba indispensable que en la segunda pregunta se procediera a consultar al pueblo sobre las reglas fundamentales que detallasen su organización y régimen general; por lo que al no haberlo hecho así el Consejo, consideró que la segunda pregunta violaba el derecho a la participación. En igual vicio había incurrido, también, el Presidente de la República en su Decreto N° 3, como lo habíamos denunciado.

Pero además, sobre el carácter consultivo del referendo regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio, la Sala Política 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 cuanto 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 autoritativo 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.

Precisamente por ello, y a pesar de que en la Resolución N° 990323-71 de 23 de marzo de 1999 del Consejo Supremo Electoral sobre el referendo para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente que se efectuó el 25 de abril de 1999, la primera pregunta de la consulta quedó redactada en igual forma a la señalada, con la interpretación de la Corte quedaba claramente establecido que a pesar de su redacción, se trataba de un referendo consultivo, al punto de que después de efectuado el *referendo*, el Consejo Nacional Electoral procedió a convocar formalmente las elecciones de la Asamblea que se efectuaron el 25 de julio de 1999.

C *Los límites de 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 precisó 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.

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 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 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.

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 23-3-99¹²⁰, calificando la afirmación como “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.

3. *La necesaria reformulación de las preguntas del referendo convocado para el 25-04-99, por el Consejo Nacional Electoral*

Ahora bien, conforme a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18-03-99, anulada como fue la segunda pregunta del referendo convocado conforme a la Resolución del Consejo Nacional Electoral del 17-02-99, la Corte ordenó al Consejo Nacional Electoral:

Reformular el contenido de la pregunta N° 2 del artículo segundo de la Resolución N° 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”, publicada en la *Gaceta*

¹²⁰ Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 186 a 188.

Oficial N° 36.658 de fecha 10 de marzo de 1999, y *decidir* sobre su incorporación al referendo consultivo.

Sin embargo, conforme a la interpretación que la Corte hizo en su sentencia acerca del contenido de la primera pregunta, la misma también consideramos que debió ser reformulada en su redacción por el Consejo Nacional Electoral, de manera que en la misma se interrogase al pueblo como lo indicó la Corte Suprema, “si está de acuerdo con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente”; en lugar de pretenderse, como resultaba del texto de la pregunta primera, si la respuesta era afirmativa, que el pueblo “convocara” directamente la Asamblea.

En todo caso, en cuanto a la reformulación de la pregunta segunda, que fue la anulada por la Corte Suprema, el Consejo Nacional Electoral debía examinar las bases propuestas por el Presidente de la República al corregir su decisión inicial, y decidir sobre su incorporación al referendo consultivo a los efectos de que se garantizase el derecho a la participación política para establecer el régimen o estatuto de la Constituyente o, como lo sentó la Corte, debía proceder “a consultarse sobre aquellas reglas fundamentales que detallen su organización y régimen general”.

Ahora bien, el Presidente de la República mediante el antes mencionado acto administrativo de fecha 10 de marzo de 1999, modificatorio de su Decreto N° 3 del 02-02-99, ante la presión de la opinión pública y la inminencia de la sentencia de la Corte, ya había ordenado:

La publicación de la propuesta del Ejecutivo Nacional que fija las bases de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente analizada en Consejo de Ministros el 9 de marzo de 1999, *la cual será sometida para la aprobación del pueblo* en el referendo convocado por el Consejo Nacional Electoral a celebrarse el 25 abril de 1999.

Dicho acto administrativo, sin duda, como hemos dicho, era un Decreto conforme lo precisan los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al tratarse de una decisión de mayor jerarquía dictada por el Presidente de la República. Como consecuencia de ello, y a pesar de que no se le puso la denominación de “Decreto” ni se le asignó número, la decisión del 10-03-99 tenía el mismo rango y jerarquía que el Decreto N° 3 del 02-02-99, el cual, sin duda, quedó derogado tácitamente en lo que se refería a la pregunta segunda prevista en su artículo 3°, pues en ella se establecía que se autorizaba al Presidente para fijar esas bases después del referendo y, en cambio, en la decisión del 10-03-99, se precisaban de antemano esas bases con la indicación de que debían someterse a “la aprobación del pueblo en el referendo”.

En consecuencia, en nuestro criterio, la pregunta segunda del artículo 3° del Decreto N° 3 del 02-02-99 podía considerarse que había que-

dado derogada con el acto administrativo (Decreto sin número) dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros el 10-03-99.

Sin embargo, la pregunta segunda del artículo 3 del Decreto N° 3, al reproducirse 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, fue la que fue anulada por la Corte, como en efecto ocurrió, 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, tal y como se lo propusimos en correspondencia que le enviamos en fecha 22 de marzo de 1999¹²¹. El Consejo Su-

121 En dicha comunicación expresamos el siguiente criterio sobre lo que el Consejo Nacional Electoral debía hacer:

En cuanto a la *base primera*, la misma se refiere a la previsión de una mayoría para que pueda considerarse “*aprobada la convocatoria* de la Asamblea Nacional Constituyente”. Se trata de una base que busca complementar la *pregunta primera* de la Resolución del Consejo Nacional Electoral.

Sin embargo, si como lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia, la pregunta primera no puede entenderse como una decisión de convocar la Asamblea (referendo decisorio), sino como una consulta sobre si el electorado “está de acuerdo con la convocatoria” de la misma (referendo consultivo), no resulta necesario prever dicha base ni en las preguntas del referendo ni en la Resolución del Consejo Nacional Electoral. La mayoría que en ella se regula es para considerar “aprobada la convocatoria” de la Asamblea, pero en realidad, el referendo consultivo se va a realizar para conocer la opinión o parecer del pueblo sobre si la Asamblea se convoca, para lo cual no es necesario prever mayoría alguna, pues en una consulta popular es evidente que resultará afirmativa la voluntad popular si los votos afirmativos son superiores a los negativos y viceversa.

En cuanto a la *base segunda*, relativa al número de integrantes de la Asamblea Constituyente, la misma debería incluirse en las preguntas que se formulen en el referendo consultivo.

En cuanto a la *base tercera*, sobre la forma de elección personalizada en circuitos nacionales y regionales, mediante escrutinio nominal, la misma debería incluirse en las preguntas que se formulen en el referendo consultivo. En su formulación, sin embargo, el Consejo Nacional Electoral debería prever un mecanismo para garantizar la representación proporcional de las minorías como lo exige el artículo 113 de la Constitución.

En cuanto a la *base cuarta*, sobre la forma de postulación de los candidatos a constituyentes, la misma debería incluirse en las preguntas que se formulen en el referendo consultivo.

En cuanto a la *base quinta*, relativa a la duración de la Asamblea, la misma también debería incluirse en las preguntas del referendo consultivo.

En cuanto a la *base sexta*, sobre las condiciones de elegibilidad de los constituyentes, la misma también debería incluirse en las preguntas del referendo consultivo. El Consejo Nacional Electoral, sin embargo, debería eliminar la exigencia de venezolano “por nacimiento” como condición de postulación, para adecuar la pregunta a lo dispuesto en los artículos 111 y 112 de la Constitución que sólo exige para ser elegible y aptos para el desempeño de funciones públicas, el ser venezolano, lo cual incluye a los venezolanos por naturalización.

En cuanto a la *base séptima*, sobre condiciones de inelegibilidad de los constituyentes, la misma también debería ser incorporada a las preguntas del referendo consultivo.

En cuanto a la *base octava*, relativa al período de postulación, a la duración de la campaña electoral y a la proclamación de los candidatos electos, la misma se refiere a materias cuya regulación compete al Consejo Nacional Electoral, y que deben establecerse en el texto de la Resolución, no siendo materia que deba formar parte de las preguntas del referendo.

premo Electoral, sin embargo, no lo hizo, y reprodujo literalmente la propuesta del Presidente de la República, incurriendo en nuevas inconstitucionalidades.

4. *La nueva inconstitucionalidad derivada del desacato del Consejo Nacional Electoral en cumplir la orden judicial derivada de la anulación de la Resolución N° 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 N° 990217-32 por la Corte Suprema de Justicia, dictó una nueva Resolución, N° 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 publicado¹²².

Como se señaló, el abogado Gerardo Blyde acudió 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)¹²³, 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 N° 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.

En cuanto a la *base novena*, sobre la fecha de instalación de la Asamblea, esta materia debe regularse en la Resolución del Consejo Nacional Electoral, por ser de su competencia, no siendo necesario su inclusión en las preguntas del referendo consultivo.

En cuanto a la *base décima*, relativa a los límites de la Asamblea Constituyente, la misma debería ser reformulada de acuerdo con la interpretación que la Corte dio en su sentencia del 18-03-99 a la *pregunta primera* del Decreto N° 3 de 02-02-99, e incorporada a las preguntas del referendo consultivo.

Por último, en cuanto a la *base undécima*, relativa a la aprobación de la nueva Constitución, la misma también debería incorporarse a las preguntas del referendo consultivo. Véase el texto de esta propuesta en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 211 y ss.

122 Véase el texto en la nota N° 118 de las pp. 150 y ss de este libro.

123 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 190 a 198.

Agregó la Sala:

Sin embargo, la circunstancia de haber dictado dicho ente, el mismo 23 de marzo de 1999, la Resolución N° 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, 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 N° 990323-71 del 23 de marzo de 1999, e incorporada posteriormente a la segunda pregunta del referendo consultivo, por remisión ordenada en la Resolución N° 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 “*si*” representó un 92,4% y la votación “*no*” un 7,6%¹²⁴.

En esta forma, la Asamblea Nacional Constituyente, fue electa el 25 de julio de 1999 y estaba sometida a las normas supraconstitucionales que derivaban del *poder constituyente originario* 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 consti-

124 Véase José E. Molina V. y Carmen Pérez Baralt, “Procesos Electorales. Venezuela, abril, julio y diciembre de 1999” en *Boletín Electoral Latinoamericano*, CAPEL-IIDH, N° XXII, julio.dic. 1999, San José, 2000, pp. 61 y ss.

tuyente originario se pronunciara 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.

III. EL MARCO SUPRACONSTITUCIONAL DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE IMPUESTO POR EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO EXPRESADO MEDIANTE REFERENDO CONSULTIVO DE 25-4-99

1. *El inicio del proceso constituyente venezolano como proceso de iure*

Como resulta de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia antes comentadas, el proceso constituyente venezolano, hasta la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, al contrario de lo que sucedió con todas las experiencias constituyentes del pasado en la historia política de país, no había sido 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 vigente de 1961 y de la voluntad popular expresada, como poder constituyente originario, en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999.

De allí lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 21 de julio de 1999 (Ponencia del Magistrado Hildegard Rondón de Sansó) con ocasión de resolver un recurso de interpretación intentado por los candidatos nacionales a la Asamblea Nacional Constituyente, Alberto Franceschi, Jorge Olavarría y Gerardo Blyde, acerca del régimen jurídico que regía el proceso electoral; en el sentido de 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 venezolano¹²⁵.

La consecuencia de lo anterior estaba, conforme a la apreciación de la Corte Suprema en la víspera de la elección de la Asamblea, en que la Asamblea Nacional Constituyente no sólo “deriva 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 estable-

¹²⁵ Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 241 a 251. Véase los comentarios de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., pp. 68, 71.

cido por la voluntad popular en el referendo del 25 de abril de 1999, expresada en el conjunto de normas que derivaban de las preguntas del referendo 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”, había catalogado “como normas de un rango especial”. En anterior sentencia del 3 de junio de 1999 (*Caso Celia María Colón de González*) había considerado al referendo consultivo 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 (Ponencia del Magistrado Hector Paradisi)¹²⁶ en la cual se declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo de anulación que había sido interpuesto por el abogado Juan Carlos Apitz, en representación de 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.

La Asamblea Nacional Constituyente que se eligió el 25 de julio de 1999, en consecuencia, estaba sometida a las normas aprobadas en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, que eran de obligatorio cumplimiento y de rango y validez suprema, como manifestación del poder constituyente originario, conforme a las cuales no sólo se precisó la misión de la Asamblea sino sus límites. Sobre ello se pronunció además la Corte Suprema, como se ha señalado, en dos decisiones posteriores de 17 de junio de 1999 y de 21 de julio de 1999.

2. *La Asamblea Nacional Constituyente como producto de la soberanía popular expresada en el referendo del 25-04-99 y sus límites supraconstitucionales*

De todo lo anteriormente expuesto y, en particular, de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, resultaba con claridad que la convocatoria y posterior elección de la Asamblea Nacional Constituyente el 25 de julio de 1999, fue posible en el ordenamiento constitucional venezolano, porque dicho instrumento había sido creado y era producto de la soberanía popular manifestada en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999.

Es decir, la Asamblea Nacional Constituyente fue creada por la voluntad popular, por el poder constituyente originario que es el pueblo, como resultado del ejercicio ciudadano del derecho a la participación que la

¹²⁶ Véase el texto en Allan R., Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 223 a 240.

Corte Suprema de Justicia, en sus sentencias del 19 de enero de 1999, dedujo de la interpretación que le dio tanto al artículo 4 de la Constitución de 1961 como al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

En consecuencia, la Asamblea Nacional Constituyente, producto de la soberanía popular manifestada en el referido referendo consultivo, estaba exclusivamente sometida a lo expresado en el mismo, en el cual se le fijó el marco jurídico-político dentro el cual debía actuar. Es decir, en dicho referendo, el pueblo le precisó a la Asamblea Nacional Constituyente su misión y le indicó los límites de su actuación, los cuales, en consecuencia, no provenían ni podían provenir de los poderes constituidos del Estado, sino de la propia voluntad del pueblo, como poder constituyente originario.

De lo anterior resultaba que la Asamblea Nacional Constituyente, originada en la voluntad popular, tenía como marco jurídico de actuación la consulta popular efectuada y las bases comiciales adoptadas en el referendo del 25 de abril de 1999, las cuales, en consecuencia, adquirieron rango supraconstitucional, de manera que el trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente, al elaborar la nueva Constitución, tenía que desarrollarse con sujeción a las referidas bases.

De ello resultaba 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 referendo del 25 de abril de 1999 que, como se dijo, eran de naturaleza supraconstitucional, pues eran la manifestación más directa de la soberanía del pueblo, a la cual la Asamblea Nacional Constituyente estaba sujeta y debía respetar y seguir.

Es decir, si bien la Asamblea Nacional Constituyente no estaba sujeta a los poderes constituidos, nunca podía estar por encima de la voluntad popular y de la soberanía del pueblo, a quien correspondía, se insiste, el poder constituyente originario, al cual aquella no podía asumir.

La soberanía siempre es del pueblo, es decir, el pueblo es el soberano; es, en definitiva, el poder constituyente; por ello, nunca una Asamblea Nacional Constituyente puede pretender sustituir al pueblo y considerarse soberana o titular de la soberanía.

La Asamblea Nacional Constituyente, por tanto, teniendo como límites los que le impuso el pueblo soberano en las preguntas y bases comiciales que fueron sometidas a consulta popular en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, no podía asumir carácter “originario” alguno, pues ello hubiera significado, al contrario de lo dispuesto por la voluntad popular, suspender la vigencia de la Constitución de 1961 y pretender actuar fuera de los límites supraconstitucionales que debían guiar su actuación; en definitiva hubiera significado, como en efecto fue, un golpe de Estado.

Por ello, no era posible que la Asamblea Nacional Constituyente pudiera disponer, durante su funcionamiento que estaba limitado a un lapso de 6 meses, la disolución del Congreso o de la Corte Suprema de Justicia, o de cualesquiera de los poderes constituidos, que si bien no podían limitar la actuación de la Asamblea, continuaban rigiéndose por lo dispuesto en la Constitución de 1961 hasta tanto ésta fuera sustituida por la nueva Constitución.

La Asamblea Nacional Constituyente, como se ha dicho, estaba sometida a los límites que le impuso el poder constituyente originario, es decir, la soberanía popular manifestada en el referendo del 25-04-99¹²⁷, y que se referían, en *primer lugar*, a la precisión de su misión; en *segundo lugar*, a la vigencia de la Constitución de 1961 hasta tanto no fuera sustituida por la nueva Constitución que elaborase la Asamblea Nacional Constituyente luego de que fuera aprobada en referendo aprobatorio; y en *tercer lugar*, al conjunto de valores y principios que constituían los límites del trabajo que realizase la Asamblea Nacional Constituyente al elaborar la nueva Constitución.

A. *La misión de la Asamblea Nacional Constituyente: elaborar una nueva Constitución*

En la pregunta primera del referendo consultivo del 25 de abril de 1999, se fijó con precisión la misión constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999, indicando la voluntad popular, manifestada a través del referendo, que la misma tenía como propósito transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa.

El mandato o misión de la Asamblea, por tanto, estaba claramente indicado: se la elegía y se constituía con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, y ello sólo podía hacerse, por supuesto, modificando la Constitución vigente de 1961.

En efecto, el Estado venezolano estaba en ese momento regulado en la Constitución de 1961, cuyo propósito, como el de toda Constitución, era el establecimiento y regulación de un régimen político, en este caso, de democracia representativa; la organización, distribución y separación del Poder Público; y el estatuto de los ciudadanos (derechos y garantías).

¹²⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 255 y ss.

Por tanto, transformar el Estado implicaba modificar la organización del Poder Público que regulaba la Constitución de 1961, al igual que también era indispensable la modificación de dicha Constitución para la creación de un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa.

Es decir, la misión de la Asamblea Nacional Constituyente, precisada en la pregunta primera que se sometió a consulta popular en el referendo del 25 de abril de 1999, necesariamente conducía a una reforma de la Constitución de 1961, la cual de acuerdo con la base comicial novena que también era manifestación de la voluntad popular en el mencionado referendo del 25 de abril de 1999, sólo podía ser sustituida por una nueva que entrara en vigencia sólo cuando se aprobase mediante posterior referendo aprobatorio.

En consecuencia, mientras la Asamblea Nacional Constituyente cumpliera su tarea de elaborar un nuevo texto constitucional que reflejara su misión de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que asegurase la efectiva realización de la democracia social y participativa, durante los seis meses de su funcionamiento, necesariamente continuaba en vigencia la Constitución de 1961, la cual no podía ser violada ni siquiera por la propia Asamblea. Incluso, de acuerdo con la base comicial novena, sólo el pueblo era el que podía sustituirla por la otra que elaborase la Asamblea cuando la aprobara por referendo aprobatorio. Mientras esto no ocurriera, la Constitución de 1961 necesariamente conservaba todo su vigor.

De lo anterior resulta, por tanto, que no podía deducirse de la *pregunta primera* del referendo consultivo de 25 de abril de 1999, que la Asamblea Nacional Constituyente pudiera tener supuestos poderes ilimitados o absolutos para poder modificar o suspender la vigencia de la Constitución de 1961 durante su funcionamiento, y antes de que la nueva Constitución fuera aprobada por el pueblo. El hecho de tener como misión el transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, lo que implicaba eran sus poderes para preparar una nueva Constitución que respondiera a esa misión, la cual sólo entraría en vigencia cuando el pueblo soberano la aprobara mediante referendo aprobatorio.

En consecuencia, si la Asamblea Nacional Constituyente por voluntad popular no tenía potestad para poder poner en vigencia la nueva Constitución que elaborase, tampoco podía tener poder, durante el breve lapso de su funcionamiento, para derogar, modificar o suspender la vigencia de la Constitución de 1961.

B. *La vigencia de la Constitución de 1961 durante el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente*

En efecto, como se ha dicho, el pueblo soberano, en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, no sólo indicó con precisión la misión de la Asamblea Nacional Constituyente al contestar positivamente la pregunta primera, sino que al contestar también positivamente la pregunta segunda, que estableció las bases comiciales de la Asamblea Nacional Constituyente, le fijó otros límites de su actuación.

El primero de estos límites al cual ya nos hemos referido, es el establecido en la base comicial novena que fue objeto del referendo, conforme a la cual, la nueva Constitución que recogiera las propuestas de la Asamblea Nacional Constituyente para transformar el Estado y que contuviera el nuevo ordenamiento jurídico para hacer efectiva la democracia social y participativa, es decir, la nueva Constitución que sancionase la Asamblea Nacional Constituyente, sólo entraría en vigencia al ser aprobada por el pueblo, mediante referendo aprobatorio posterior.

En consecuencia, la Asamblea Nacional Constituyente no sólo no tenía carácter soberano, sino que tampoco tenía poderes constitucionales de actuación, salvo los que se refirieran a la elaboración de una nueva Constitución que, como se dijo, ni siquiera podía poner en vigencia directamente, pues dicho poder sólo correspondía al pueblo soberano mediante posterior referendo aprobatorio.

La consecuencia de lo anterior era que mientras esa aprobación referendaria de la nueva Constitución no ocurriera, la misma no podía entrar en vigencia y continuaba en vigencia la Constitución de 1961. Ello implicaba que durante su funcionamiento, la Asamblea Nacional Constituyente debía respetar y observar la Constitución de 1961, pero no en el sentido de que la misma pudiera regir su funcionamiento -lo que no era así, pues la Asamblea Nacional Constituyente como instrumento político no estaba prevista en la Constitución-, sino en el sentido de que nada la autorizaba para derogarla, modificarla o suspender su vigencia.

El marco jurídico de actuación de la Asamblea Nacional Constituyente durante su funcionamiento de seis meses, como se dijo, estaba establecido en las normas supraconstitucionales derivadas de la manifestación de la voluntad popular expresada en el referendo de 25 de abril de 1999, y de las mismas nada podía deducirse en el sentido de poder interpretar que la Asamblea Nacional Constituyente podía arrogarse un poder constituyente originario que le pudiera permitir disolver al Congreso, a la Corte Suprema de Justicia o a otros órganos constitucionales del Estado.

Cualquier actuación en tal sentido significaba una derogación o modificación de la Constitución de 1961, así fuera temporal, o una suspensión de su vigencia antes de haber sido sustituida por otra mediante

referendo aprobatorio, lo cual hubiera significado una violación de la base comicial novena que como voluntad del pueblo originario, era parte del marco supraconstitucional que regía el funcionamiento de la Asamblea.

La disolución del Congreso y de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de terminación anticipada del mandato de dichos órganos constitucionales, sólo podía ocurrir después de que la nueva Constitución fuera aprobada, mediante referendo, sí así se disponía, por ejemplo, en sus Disposiciones Transitorias y resultaba necesaria del diseño de la transformación del Estado que proyectase la Asamblea.

C. *Los límites supraconstitucionales impuestos por la voluntad popular a la Asamblea Nacional Constituyente para el cumplimiento de su misión*

Pero incluso, en el cumplimiento de la propia misión que el pueblo le había asignado a la Asamblea Nacional Constituyente en la pregunta primera del referendo consultivo del 25 de abril de 1999, esta no tenía poderes ilimitados, sino que su tarea de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico para hacer efectiva una democracia social y participativa, también la debía realizar dentro de los precisos límites que el pueblo soberano había dispuesto al manifestar su voluntad consultiva en relación a la base comicial octava, sometida a su consideración en el referendo consultivo de 25 de abril de 1999.

De ello resulta que en el cumplimiento de su misión, la Asamblea Nacional Constituyente no tenía poderes ilimitados ni absolutos, pues al contrario, como ya se ha dicho, estaba sometida a los límites que le fueron impuestos no por poder constituido alguno, sino por el poder constituyente originario, el pueblo, a través de la voluntad popular manifestada en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999 que le dio origen, y que se configuraba como el marco supraconstitucional de la Asamblea.

Y había sido precisamente en la *base comicial octava* del estatuto de la Asamblea Nacional Constituyente votado en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, donde se estableció dicho marco supraconstitucional dentro del cual podría actuar la Asamblea, el cual estaba configurado dentro de los siguientes “límites”: En *primer lugar*, “los valores y principios de nuestra historia republicana”; en *segundo lugar*, “el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República”; en *tercer lugar*, “el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre”, y en *cuarto lugar*, “las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos”.

a. *Los valores y principios de la historia republicana*

El primer límite que tenía la Asamblea Nacional Constituyente en su misión de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el desarrollo efectivo de una democracia social y participativa, estaba constituido por “los valores y principios de nuestra historia republicana”.

Ahora bien, la historia republicana de Venezuela ha transcurrido, toda, dentro de los valores y principios del constitucionalismo moderno que tienen sus raíces tanto en la Revolución norteamericana de 1776 como en la Revolución francesa de 1789, y que se plasmaron, en primer lugar, en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, en segundo lugar, en la Constitución francesa de 1791 y en tercer lugar, en la Constitución de Venezuela de 1811, la tercera Constitución del mundo moderno.

Esos valores y principios de nuestra historia republicana, que constituían los límites dentro de los cuales debían llevarse a cabo los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente y que, por tanto, debían ser conservados, eran los siguientes:

En *primer lugar*, el principio del republicanismo mismo, que parte del postulado de que la soberanía sólo reside en el pueblo, lo que impide que se pueda considerar a cualquier órgano del Estado como soberano. Sólo el pueblo es soberano, por lo que no hay persona u órgano estatal alguno que pueda arrogarse la soberanía.

Ello implica el rechazo a cualquier idea monárquica o a cualquier intento de situar la soberanía en un órgano del Estado, incluso, en una Asamblea Constituyente, la cual no puede ser nunca soberana ni pretender asumir la soberanía, que sólo pertenece al pueblo. El pueblo es el soberano, nunca es la Asamblea. Así fue que se plasmó dicho principio, desde la propia Constitución de 1811, en la norma que constituyó el antecedente del artículo 4 de la Constitución de 1961 y del artículo 5 de la Constitución de 1999.

En *segundo lugar*, como segundo valor y principio de nuestra historia republicana, está el de la democracia representativa, que implica que el pueblo sólo puede ejercer su soberanía mediante el sufragio, a través de representantes. Es decir, uno de los principios constantes de nuestra historia republicana es el de la democracia representativa, el cual la Asamblea Constituyente debía respetar, debiendo sin embargo, por ejemplo, modificar radicalmente el sistema electoral, de manera que los representantes que se eligieran en el futuro, lo fueran efectivamente del pueblo y no de los solos partidos políticos.

Por ello, todas las propuestas que debían formularse para hacer efectiva la democracia participativa, debían respetar el principio republi-

cano de la democracia representativa, que en ningún caso podía desaparecer o ser sustituida.

La democracia participativa, por tanto, no es un régimen político que pueda diseñarse en sustitución de la democracia representativa, sino que es su complemento y perfeccionamiento, de manera de asegurar una participación más efectiva del pueblo en la toma de decisiones políticas, por ejemplo, mediante referendos y consultas públicas.

El *tercer* principio fundamental de nuestra historia republicana, que ha sido el fundamento del constitucionalismo moderno, es el principio de la *supremacía constitucional* que implica que dado el carácter de ley suprema que tiene la Constitución, toda violación a la misma acarrea la nulidad del acto estatal que se encuentre en colisión con la Constitución. Este principio, por tanto, era otro de los límites impuestos por la soberanía popular a la Asamblea Nacional Constituyente, que esta debía respetar.

Dicho principio exige, en consecuencia, que el ordenamiento garantice la supremacía constitucional declarando nulo todo acto violatorio de la Constitución, y estableciendo, como ha sido tradición constitucional de Venezuela desde el siglo XIX, mecanismos efectivos de protección y defensa de la Constitución, como el control judicial tanto difuso como concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos.

El *cuarto* de los valores de nuestra historia republicana es el principio de la distribución territorial del Poder Público como garantía de libertad y como mecanismo para la prevención del abuso de poder.

En toda nuestra historia republicana, en efecto, el Poder Público ha estado distribuido territorialmente habiéndose originado progresivamente tres niveles de gobierno que respectivamente ejercen, conforme a la forma federal del Estado, el Poder Nacional, el Poder de los Estados y el Poder Municipal. Por ello, el federalismo y el municipalismo son dos valores de nuestra historia republicana que debían ser respetados por la Asamblea Constituyente.

El *quinto* de los principios de nuestra historia republicana, es el principio de la separación orgánica de los Poderes Públicos en los tres niveles territoriales, entre el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, lo que origina un rechazo a toda fórmula de unicidad del Poder Público, y exige su separación en diversos órganos estatales, cada uno con sus competencias y, además, un sistema de frenos, controles y contrapesos entre ellos, a los efectos de garantizar la libertad.

Por ello, sería contrario al principio de la separación de poderes toda decisión que pretendiera la unicidad del Poder, es decir, que un solo órgano del Estado asumiera el ejercicio de varios poderes estatales.

El respeto al principio de la separación de poderes, incluso, impedía a la Asamblea Constituyente poder asumir, además de su tarea constitu-

yente, el Poder Legislativo o el Poder Judicial disolviendo al Congreso o a la Corte Suprema.

Ello, además de que era contrario a la voluntad popular que le había dado origen, hubiera contrariado el principio de la separación de poderes que es esencial en nuestra historia republicana, establecido desde la Constitución de 1811, y que constituía uno de los límites específicos impuestos a la Asamblea Constituyente por el pueblo soberano en el referendo del 25 de abril de 1999.

El *sexto* de los principios de nuestra historia republicana que la Asamblea Constituyente debía respetar al organizar el Poder Público, era el del sistema presidencial de gobierno, lo que implica, no sólo la separación entre el órgano legislativo y el órgano ejecutivo, sino la atribución de la jefatura del Estado y del gobierno a un Presidente de la República electo mediante votación directa.

El presidencialismo, así, ha sido de la esencia no sólo de nuestra historia republicana sino de toda América Latina, donde nunca ha existido un sistema de gobierno parlamentario. Pueden establecerse correctivos parlamentarios (controles y contrapesos) en relación al presidencialismo como algunos de los que existían en la Constitución de 1961 (Consejo de Ministros responsable; voto de censura de las Cámaras Legislativas respecto de los Ministros; deber de comparecencia de éstos a las Cámaras; derecho de los Ministros a tener iniciativa legislativa y participar en la discusión de las leyes), pero ello no cambia la naturaleza presidencial del sistema de gobierno que, como principio del republicanismo, debía conservarse.

En relación con el sistema de gobierno, otros de los principios esenciales de nuestra historia republicana, que debían respetarse, eran los principios del gobierno alternativo y responsable, que además de los principios del gobierno democrático representativo, debían complementarse con otros como el del carácter participativo. La alternabilidad gubernamental, por tanto, es de la esencia de nuestra historia republicana, lo que había dado origen a la tradición de la limitación a la reelección presidencial; al igual que lo es la responsabilidad de los gobernantes.

El *séptimo* de los principios de nuestra historia republicana que debía respetar la Asamblea Nacional Constituyente, era el sistema constitucional de controles en relación con el ejercicio del Poder Público. Una formulación original de este principio fue la propuesta del Libertador Simón Bolívar en el Congreso de Angostura de 1819 sobre el “Poder Moral”, y que el constitucionalismo contemporáneo ha regulado mediante el establecimiento de órganos constitucionales especializados, con autonomía funcional, como la Contraloría General de la República, o la Fiscalía General de la República. Nuevos órganos de control, sin duda, debían establecerse como el Defensor del Pueblo o de los Derechos Humanos,

pero sin que se pretendiese pensar en eliminar el órgano de control fiscal o de control del cumplimiento de la Constitución.

El *octavo* de los valores de nuestra historia republicana, es la consagración constitucional de los derechos y garantías constitucionales en el texto fundamental, lo cual tiene su antecedente remoto en la “Declaración de los Derechos del Pueblo” adoptada el 1° de julio de 1811 por la Sección Legislativa de la Provincia de Caracas del Congreso General de 1811, incluso 4 días antes de la Declaración de Independencia.

La Asamblea Nacional Constituyente, por tanto, debía respetar el principio republicano de la enumeración de los derechos y garantías constitucionales, ampliándola sin duda conforme al principio de la progresividad, mediante la atribución de rango constitucional a los tratados internacionales que los han venido consagrando.

Por último, también puede decirse que se configuran como valores y principios de nuestra historia republicana, los denominados principios pétreos de nuestro constitucionalismo, a los cuales antes nos hemos referido, y que son tanto el principio de la independencia nacional como el principio de la integridad del territorio, a los que la Asamblea Nacional Constituyente estaba sujeta. La Asamblea, por tanto, en forma alguna podía afectar la Independencia de Venezuela o la integridad de su territorio que tiene su origen en el que correspondió a la Capitanía General de Venezuela antes de la transformación política independentista iniciada el 19 de abril de 1810.

b. *El cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República*

El segundo gran límite impuesto por la soberanía popular manifestada en el referendo del 25 de abril de 1999, a la Asamblea Nacional Constituyente, era el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República.

Este límite, en realidad, le establecía a la Asamblea Nacional Constituyente un marco para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que hiciera efectiva la democracia social y participativa, conformado por todos los tratados, acuerdos y compromisos suscritos válidamente por la República, tanto de carácter bilateral como multilateral y, en los cuales, entre otros, se regula el principio democrático, el régimen de protección de los derechos humanos y las garantías ciudadanas a la libertad.

Por otra parte, este límite impuesto a la Asamblea, respondía al mismo principio del artículo 7 de la Constitución de 1961 que precisaba el territorio nacional en relación con el que era de la Capitanía General de

Venezuela a inicios del siglo XIX, pero con las modificaciones resultantes de los tratados válidamente celebrados, lo que excluía toda posibilidad de que la Asamblea pretendiera desconocer los tratados de límites territoriales que habían sido celebrados por la República.

c. *El carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre*

El tercero de los límites establecidos por la voluntad popular expresada en el referendo del 25 de abril de 1999 a la Asamblea Nacional Constituyente, en su misión de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que asegurase efectivamente una democracia social y participativa, era el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre.

Esto significa que la garantía de los derechos humanos no se agota con su enumeración constitucional y la previsión de los medios judiciales de protección, como la acción de amparo, sino mediante su aplicación e interpretación progresiva, en favor de la persona humana y de la libertad. Ello implica que en todo caso de duda, la ley debe ser interpretada de manera favorable a los derechos fundamentales, a su preservación y protección, buscando que siempre prevalezca la libertad.

En tal sentido las limitaciones a los derechos fundamentales establecidas legalmente, siempre deben interpretarse restrictivamente, a favor de la libertad.

d. *Las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos*

Por último, la *base comicial octava* a que se refirió la consulta popular del 25 de abril de 1999, estableció como límite a la Asamblea Nacional Constituyente, el respeto de las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.

Estas garantías democráticas apuntan a los principios fundamentales del régimen democrático, representativo, alternativo y responsable que debían preservarse en la nueva Constitución, además de la previsión de instrumentos para hacer de la democracia un régimen más representativo, participativo y social.

Además, el respeto de las garantías democráticas implica el respeto de los valores esenciales de la democracia como régimen político, entre ellos, el de la igualdad, la libertad, la dignidad de la persona humana, el sometimiento al derecho, la tolerancia, el pluralismo, el respeto de las minorías y el control y limitación del poder como garantía de libertad.

CUARTA PARTE

**EL GOLPE DE ESTADO “CONSTITUYENTE” Y
LA VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN**

I. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LAS ETAPAS EN SU FUNCIONAMIENTO (JULIO 1999-ENERO 2000)

Luego del referendo consultivo del 25 de abril de 1999, como se ha señalado, el día 25 de julio de 1999 se eligieron los 131 miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. De acuerdo con la base comicial tercera del referendo del 25 de abril de 1999, 24 constituyentes fueron electos en la circunscripción nacional; 104 constituyentes fueron electos en 24 circunscripciones regionales coincidentes con la división político territorial del país (23 Estados y el Distrito Federal); y 3 constituyentes fueron designados en representación de las comunidades indígenas.

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 (22.1%) 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), los cuales, en cambio, recibieron el respaldo del 65% de los electores, en una elección en la cual se produjo una abstención del 53.7%¹²⁸. 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 R. Brewer-Carías, Alberto Franceschi, Claudio Fermín y Jorge Olavarría como Constituyentes Nacionales y Antonio Di’Giampaolo y Virgilio Avila Vivas como Constituyentes Regionales).

La Asamblea se instaló el 3 de agosto de 1999¹²⁹, teniendo su primera sesión plenaria formal el día 7 de agosto de 1999, en la cual se inició la discusión de su Estatuto de Funcionamiento, tal como lo exigía la base comicial octava del referendo del 25 de abril de 1999¹³⁰.

128 José E. Molina y Carmen Pérez Baralt, “Procesos electorales. Venezuela, abril, julio y diciembre 1999”, en CAPEL-IIDH, *Boletín Electoral Latinoamericano*, N° XXII, *cit.*, pp. 63 y ss.

129 En el acto de instalación, el discurso dado por quien venía de ser electo presidente de la Asamblea concluyó con estas frases “la Asamblea Nacional Constituyente es originaria y soberana”, en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 03-08-99, N° 1, p. 4.

130 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 07-08-99, N° 4, p. 151.

En dicha primera sesión plenaria, por supuesto, se planteó de nuevo la discusión sobre el pretendido carácter de “poder originario” de la Asamblea. Expusimos nuestro criterio tanto en la intervención oral como por escrito¹³¹ de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema que había originado la propia Asamblea, en el sentido de que el único poder constituyente originario en este proceso constituyente era la manifestación popular del referendo del 25 de abril de 1999, por lo que la Asamblea tenía los límites contenidos en las bases comiciales del mismo, que eran los que tenían carácter supraconstitucional, 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 del Estatuto, 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 Constituyente¹³².

En esta forma, la Asamblea se autoatribuyó 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 ello, resolvió que “todos los orga-

131 Véase los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)* Tomo 1, (8 agosto-8 septiembre 1999), Caracas 1999, pp. 15 a 39. Así mismo, en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 07-08-99, N° 4, pp. 6 a 13.

132 Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 07-08-99, N° 4, p. 144. Véase el texto, además, en *Gaceta Oficial* N° 36.786 de 14-09-99,

nismos 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.

En esta forma, la Asamblea se auto atribuyó potestades públicas por encima de la Constitución de 1961 la cual, sin embargo, por disposición de la propia Asamblea, continuaba 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 Constituyente¹³³.

Con este Estatuto, la labor de la Asamblea, cuyo mandato, de acuerdo con la base comicial novena del referendo del 25 de abril de 1999 era por 180 días, se realizó en cuatro etapas hasta el momento de la sanción de la nueva Constitución, ya que con posterioridad se abrió una quinta etapa de “régimen de transición del Poder Público” desvinculada, incluso, de lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias de la propia Constitución de 1999, y totalmente ilegítima desde el punto de vista constitucional: En la *primera*, que abarcó el primer mes de funcionamiento (del 08 de agosto al 02 de septiembre de 1999), la Asamblea asumió la tarea de reorganizar los Poderes Públicos constituidos; en la *segunda*, que duró del 02 de septiembre al 18 de octubre, el trabajo se concentró en las Comisiones Permanentes y en la Comisión Constitucional, tendiente a la elaboración del proyecto de Constitución; en la *tercera*, que duró desde el 21 de octubre al 14 de noviembre, la Asamblea, en sesiones plenarias se dedicó a la discusión y aprobación del proyecto de Constitución; y la *cuarta*, desde el 15 de noviembre al 15 de diciembre, se dedicó a la difusión del texto del proyecto para el referendo aprobatorio que se efectuó el 15 de diciembre de 1999¹³⁴.

1. *Primera Etapa (agosto-septiembre 1999): la intervención de los órganos de los poderes públicos constituidos*

En la primera etapa, como se dijo, la Asamblea asumió el rol de poder constituyente originario, reorganizando e interviniendo los Poderes Públicos. Ello 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 democrática-

133 Como ha señalado Lolymer Hernández Camargo, con la aprobación del Estatuto “quedó consumada la inobservancia a la voluntad popular que le había impuesto límites a la Asamblea Nacional Constituyente... Se auto proclamó como poder constituyente originario, absoluto e ilimitado, con lo cual el Estado perdió toda razón de ser, pues si se mancilló la voluntad popular y su manifestación normativa (la Constitución), no es posible calificar al Estado como de derecho ni menos aun democrático”, en *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., p. 73.

134 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, 3ª Edición, Caracas, 2001, pp. 30 y ss.

mente el pasado 6 de diciembre de 1998”, decretando recibir la juramentación del Presidente¹³⁵. Nos abstuvimos de votar dicha propuesta, pues consideramos que la legitimidad de la elección 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 Asamblea¹³⁶.

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 negativamente¹³⁷.

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 inmediatas 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 suplantaba los órganos regulares de la Justicia¹³⁸. 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.

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 del Congreso y a la propia Asamblea. Nos opusimos a este Decreto por considerarlo inconstitucional, por violar las bases comiciales del referendo del 25 de abril de 1999, tanto oralmente como en el voto salvado negativo que razonamos por escrito¹³⁹. Con posterioridad, sin embargo,

135 Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, cit., Sesión de 09-08-99, N° 5, p. 3.

136 Véase nuestra posición en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, op. cit., pp. 41 y 42; y en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, cit. Sesión de 09-08-99, N° 5, pp. 3 y 4.

137 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, op. cit., pp. 43 a 56; y en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre de 1999, cit., Sesión de 12-08-99, N° 8, pp. 2 a 4. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.764 de 13-08-99.

138 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, op. cit., p. 57 a 73; y en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre de 1999, cit. Sesión de 18-08-99, N° 10, pp. 17 a 22. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08-09-99.

139 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, op. cit., pp. 75 a 113; y en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, cit., Sesión de 25-08-99, N° 13, pp. 12 a 13 y 27 a 30 y Sesión de 30-08-99, N° 16, pp. 16 a 19. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 26-08-99.

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 lo cual, de hecho, se dejó sin efecto el contenido del Decreto, siguiendo el Congreso funcionando conforme al régimen de la Constitución de 1961¹⁴⁰.

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, razonándolo¹⁴¹.

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, habiendo dado un golpe de Estado, sin que en las plenarias de la Asamblea se hubiese prestado fundamental atención a la elaboración del proyecto de Constitución.

2. *Segunda Etapa (septiembre-octubre 1999): La elaboración de proyectos por las Comisiones*

En la segunda etapa de funcionamiento de la Asamblea, que duró del 2 de septiembre al 18 de octubre de 1999, no se realizaron sesiones plenarias de la Asamblea, habiéndose concentrado el trabajo en las 20 Comisiones Permanentes que se habían designado, las cuales elaboraron las partes correspondientes del Proyecto de articulado. Estas se remitieron a la Comisión Constitucional, la cual durante el período comprendido entre el 28 de septiembre y el 18 de octubre de 1999, pretendió realizar la labor de integración normativa necesaria para, de los 20 informes de las Comisiones, elaborar un anteproyecto de Constitución.

Lamentablemente, desde el inicio, no se llegó a adoptar una metodología adecuada para elaborar un proyecto de Constitución. Debíó, ante todo, partirse de un anteproyecto concebido como un todo orgánico, sobre el cual las diversas Comisiones debieron haber trabajado para la elaboración de las ponencias respectivas. Lamentablemente no fue así, y no se siguió la experiencia de la Constituyente de 1947, que partió de un Anteproyecto elaborado por una Comisión que había sido nombrada por la Junta Revolucionaria de Gobierno el 17-11-45 (Decreto N° 53) y que pre-

140 Véase el texto del Acuerdo en *El Nacional*, Caracas 10-9-99, p. D-4.

141 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 115 a 122; y en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, *cit.*, Sesión de 26-08-99, N° 14, pp. 7 a 8, 11, 13 y 14. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.776 de 31-08-99.

sidió Andrés Eloy Blanco, quien luego presidió la Asamblea Constituyente de 1946-1947¹⁴². Asimismo sucedió en 1958, cuando el Congreso, para la elaboración de la Constitución de 1961, adoptó como anteproyecto el texto de la Constitución de 1947.

En la Asamblea Nacional Constituyente lamentablemente no se partió de algún anteproyecto elaborado previamente, a pesar de que el Presidente de la República había designado una Comisión Constituyente para ello. Del Presidente, sin embargo, la Asamblea recibió un documento¹⁴³ el cual, en realidad, no podía considerarse un anteproyecto de Constitución y ni siquiera fue considerado como tal por la Asamblea para que las Comisiones iniciaran su trabajo, como incluso lo propusimos en la Comisión de Coordinación.

Metodológicamente, por tanto, el trabajo de la Asamblea, se inició con la falla fundamental de carecer de un anteproyecto como punto de partida, por lo que la Comisión Constitucional, con la premura y presión que se le imprimió, no pudo realizar adecuadamente en los 15 días que sesionó, la tarea de elaborar un proyecto acabado de Constitución, totalmente integrado y coherente.

El 18 de octubre de 1999, en todo caso, la Comisión consignó ante la Asamblea el Proyecto de Constitución para la discusión en la plenaria, el cual sin embargo, fue revisado y reformulado por otras Comisiones especiales, razón por la cual la discusión en las sesiones plenarias se iniciaron el 19 de octubre de 1999¹⁴⁴.

3. *Tercera Etapa (octubre-noviembre 1999): La discusión del Proyecto de Constitución*

La tercera etapa del funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, en consecuencia, duró desde el 19 de octubre al 17 de noviembre de 1999; cuando se firmó el proyecto de Constitución, sesión a la cual deliberadamente no concurrimos por estar en desacuerdo globalmente con el proyecto¹⁴⁵.

142 Véase el texto en *Anteproyecto de Constitución de 1947. Elección directa de Gobernadores y eliminación de Asambleas Legislativas*, Papeles de Archivo, N° 8, Ediciones Centauro, Caracas 1987.

143 Hugo Chávez Frías, *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, Caracas agosto 1999.

144 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Octubre-Noviembre 1999, Sesión de 19-10-99, N° 23.

145 Véase nuestro razonamiento en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Caracas 1999, pp. 311 a 314.

Durante esa etapa, la primera discusión del Proyecto, en una forma inusitadamente rápida y con celeridad casi irracional, se efectuó en 19 sesiones plenarias que se desarrollaron entre los días 20 de octubre y 09 de noviembre de 1999, y la segunda discusión se desarrolló en sólo tres sesiones plenarias, entre los días 12 al 14 de noviembre de 1999. En las discusiones desarrolladas en dichas sesiones intervinimos en todos los Títulos, Capítulos y Secciones del proyecto y en materialmente, en la discusión de todos los artículos del mismo.

Formulamos 127 votos salvados por escrito en relación con la aprobación de 132 artículos del proyecto de Constitución, que formulamos tanto en primera como en segunda discusión, que presentamos sucesivamente, conforme al artículo 77 del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea, ante el Secretario de la misma¹⁴⁶.

El país fue testigo del tiempo que le dedicamos a los trabajos de la Asamblea, así como de las propuestas que formulamos en diversas ocasiones para tratar de mejorar el texto constitucional. Hubiéramos querido que el mismo hubiese estado redactado en otra forma y lo más importante, hubiéramos querido que en el texto se hubiesen sentado, efectivamente, las bases para la transformación del sistema político venezolano.

Sin embargo, la Constitución que aprobó la Asamblea, lamentablemente en nuestro criterio, no asegura dicha transformación, de manera de garantizar el reemplazo del Estado centralizado de partidos, que está en crisis terminal, por uno descentralizado y participativo¹⁴⁷.

Siempre pensamos que el gran debate del momento constituyente que vivía y aún vive el país, era el relativo a la descentralización política y a la democracia participativa. Más democracia exigía y exige más descentralización, única forma de lograr que sea más representativa y más participativa. Para ello debíamos construir un nuevo modelo de Estado descentralizado, con un nuevo sistema de democracia de participación, la cual no podía quedar sólo reducida a referendos, que eliminara el monopolio de la representatividad y de la participación que detentan los partidos políticos.

Lamentablemente, nada de ello se logró. La nueva Constitución, a pesar de que denomina al Estado como “Federal descentralizado” (art. 4), no pasa de consagrar el anhelo de siempre, no alcanzado. La verdad es que el texto aprobado no logró superar el esquema centralista de la Constitución de 1961, con Estados minimizados políticamente, sin recursos

¹⁴⁶ Véase el texto de los votos salvados en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 107 a 308.

¹⁴⁷ Por ello no sólo no firmamos el Proyecto, sino que en el referendo consultivo del 15-12-99 votamos negativamente. Véase los argumentos para ello en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* , pp. 309 a 340. Sólo firmamos el texto constitucional en el acto de su proclamación, el 20-12-99, una vez que fue aprobado en el referendo del 15-12-99, en virtud de que ya había una decisión popular.

tributarios propios que se le quitaron en la segunda discusión y con entes legislativos regionales que no pasan de ser las Asambleas Legislativas tradicionales con otros nombres, pero ahora reguladas por el Poder Nacional.

El centralismo del Estado, en todo caso, ahora aparece agravado con la eliminación del Senado, institución que podía permitir una representación igualitaria de los Estados para participar en la formulación de las políticas nacionales. Con una Asamblea Nacional unicameral, los Estados poco poblados serán aplastados por la representación popular de los cinco o seis Estados densamente poblados del país, que dominará la Asamblea.

La descentralización política, como condición para el perfeccionamiento de la democracia, la verdad es que quedó pospuesta, defraudándose así al país en su conjunto.

Pero no sólo no se superó el centralismo del Estado, sino que la Asamblea no cambió nada en relación con la partidocracia, es decir, el sistema en el cual los partidos políticos han ejercido el monopolio de la representación popular y de la participación política.

De acuerdo con el texto aprobado, la elección de las Juntas Parroquiales, Concejos Municipales y Comisiones Legislativas Estadales, seguirá realizándose mediante el sistema de representación proporcional, el cual conduce, inexorablemente, a la sola representación de partidos políticos, los cuales podrán así seguir mediatizando la voluntad popular. La Asamblea no quiso introducir la elección uninominal a nivel local y asegurar la efectiva representatividad popular territorial por la que tanto se ha clamado.

En esta forma, el gran cambio político por el cual hemos venido luchando durante tantos años, no encontró cabida en la nueva Constitución, por lo que con ella difícilmente podrá superarse la crisis del Estado centralizado de partidos y llegar a perfeccionarse la democracia, lo que sólo puede lograrse con un sistema político descentralizado y participativo, que ha quedado ausente de la Constitución.

Y es que al centralismo y a la partidocracia en la nueva Constitución se agrega una concepción fuertemente estatista del sistema socio económico, contrario a toda idea de libertad y solidaridad social, en el cual el Estado sustituye a la propia sociedad y a las iniciativas particulares. El signo de la Constitución aprobada es el paternalismo estatal que minimiza la educación privada, los servicios médicos particulares y la participación de los individuos, incluso los asegurados, en el manejo de la seguridad social. Nosotros no fuimos electos para formar parte de una Asamblea Constituyente para constitucionalizar los fracasos del Estado en el Seguro Social ni en los servicios públicos de salud, ni para reducir las iniciativas privadas en la educación.

Por supuesto, no nos arrepentimos de haber formado parte de la Asamblea, donde hicimos nuestro mejor esfuerzo por cumplir a cabalidad el mandato popular que nos confiaron más de un millón doscientos mil electores. Pero no podíamos votar por una Constitución que abre la vía al autoritarismo y el militarismo y que, en definitiva, cambia un centralismo por otro; cambia una partidocracia de unos partidos por otros; acentúa el estatismo y mezcla el presidencialismo con el militarismo. Ese no es el cambio político por el cual hemos luchado y por el cual continuaremos luchando¹⁴⁸.

4. *Cuarta Etapa (noviembre-diciembre 1999): La difusión del proyecto de Constitución sancionado por la Asamblea*

La cuarta etapa del funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, tuvo por objeto la difusión del texto del proyecto de Constitución, lo que se hizo entre el 17 de noviembre y el 15 de diciembre de 2000, fecha, esta última, en la cual se realizó el referendo aprobatorio de la Constitución.

En el mismo, de los 10.860.789 votantes inscritos sólo votaron 4.819.786, de los cuales votaron “sí” 3.301.475 (71,78%) y votaron “no” 1.298.105 (28,22%). Hubo una abstención de 55,62% (6.044.003 electores); y de los votantes, aprobaron la Constitución sólo el 32% de los venezolanos con derecho al voto¹⁴⁹.

II. EL GOLPE DE ESTADO Y LA VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

1. *El derecho a la Constitución y su violación*

El principio más importante del constitucionalismo moderno, fundamento mismo del Estado de derecho, es la idea de Constitución, como orden jurídico supremo producto de la soberanía y voluntad popular, destinada a regular políticamente una sociedad determinada. Esta idea constituye el aporte más importante al constitucionalismo moderno no sólo de la Revolución norteamericana de 1776 y de la Revolución francesa de 1789, sino de la Revolución hispanoamericana iniciada en 1810.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Véase uno de nuestros primeros trabajos sobre este tema: Allan R. Brewer-Carías, *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, Madrid 1975.

¹⁴⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, cit., p. 13.

¹⁵⁰ Allan R. Brewer-Carías, *Aportes de la Revolución americana (1776) y de la Revolución francesa (1789) al constitucionalismo moderno*, Caracas, 1991.

A partir de estas revoluciones puede decirse que no ha existido en el mundo, ni existe Estado alguno como organización política de una sociedad dada, que no esté regido por una Constitución (escrita o no), entendida como norma suprema de carácter obligatorio para todos, tanto para las autoridades y funcionarios del Estado como para las personas, e inmodificable mediante los procedimientos ordinarios de la legislación. La Constitución es, en esta forma, el principal instrumento de ordenación normativa de una sociedad y la principal herramienta de la seguridad jurídica de sus integrantes.

La Constitución es, por otra parte, el primer objeto de los derechos constitucionales de los ciudadanos de un Estado. Siendo la Constitución el producto más importante de la voluntad del pueblo, los ciudadanos que lo conforman, ante todo, como ya lo hemos señalado, tienen un “derecho fundamental a la Constitución”, es decir, el derecho a que ésta, como producto de la voluntad popular, sea respetada y no pueda ser modificada sino mediante los mecanismos de revisión establecidos por el mismo pueblo en el propio texto de la Constitución.

De ello deriva, por tanto, que en el mundo moderno, los ciudadanos tienen derecho a la supremacía constitucional, en el sentido de que si la Constitución se concibe como la norma suprema que regula la organización del Estado, las relaciones del Estado con la sociedad y los derechos, deberes y garantías de los ciudadanos, ese orden jurídico es obligatorio y debe respetarse por todos. Ninguna persona, institución o poder del Estado puede violar la Constitución; todos deben someterse a ella y todos los ciudadanos tienen el derecho de exigir la efectiva vigencia de esa supremacía, incluso mediante el ejercicio de las acciones que ponen en funcionamiento la justicia constitucional.

Pero además del derecho a la Constitución y a su supremacía, los ciudadanos también tienen derecho a la rigidez de la Constitución, es decir, a la inmodificabilidad de la misma salvo por los mecanismos dispuestos por el propio pueblo en su texto. Si la Constitución es producto de la soberanía popular, sólo el pueblo puede revisarla o disponer la forma de su revisión, sin que pueda órgano alguno del Estado o los individuos determinar otra forma distinta de revisión constitucional.

Estos principios del constitucionalismo han estado inscritos formalmente en todas las Constituciones de Venezuela desde 1811, cuando se constituyó la República como Estado independiente de la monarquía española, aún cuando es claro que no siempre han sido respetados. Con más frecuencia que menos, la mayoría de las sucesivas Constituciones que hemos tenido después de la de 1811, fueron violadas, su supremacía piso-

teada y su revisión hecha por la fuerza, por mecanismos distintos a los previstos en el texto constitucional¹⁵¹.

En efecto, la Constitución de 1811 perdió vigencia efectiva casi en forma inmediata por la fuerza de las guerras de independencia y como consecuencia de ellas se adoptó la Constitución de 1819 propuesta por Simón Bolívar, en Angostura, en medio de aquel conflicto. La vigencia de esta última también fue muy corta, pues a propuesta del propio Libertador, algo más de un año después se materializó la unión de los pueblos de Colombia, con la consecuente desaparición de Venezuela como Estado independiente y soberano, y la creación de la República de Colombia mediante la Constitución de 1821.

Después de la “reconstitución” del Estado venezolano en 1830, luego de casi una década de su desaparición y de la integración de su territorio en tres Departamentos de la República de Colombia (1821-1830), la mayoría de las reformas o revisiones constitucionales que se produjeron posteriormente, fueron el resultado de actos violentos contra la Constitución, sin que se hubiese respetado lo que disponían *expressis verbis*, sus normas, para su reforma o enmienda.

Así sucedió en 1857, con la irregular reforma constitucional de la Constitución de 1830 promovida por el Presidente José Tadeo Monagas; en 1858, con la Revolución de marzo, liderada por Julián Castro, la cual desembocó en la adopción de una nueva Constitución, producto de Convención Nacional (Convención de Valencia); en 1864, con motivo del triunfo de la Federación en las guerras federales y la adopción de otra nueva Constitución, por una Asamblea Nacional; en 1891, con otra irregular reforma constitucional de la Constitución de 1881, esta vez promovida por el presidente Raimundo Andueza Palacios; en 1893, con la Revolución Legalista, comandada por Joaquín Crespo, la cual originó la adopción de otra nueva Constitución, también dictada por una Asamblea Constituyente; en 1901, con la Revolución Liberal Restauradora, liderada por Cipriano Castro, la cual condujo a la adopción de otra nueva Constitución producto de una Asamblea Nacional Constituyente; en 1904, con la adopción de otra nueva Constitución, producto de otro Congreso Constituyente, también convocado por Cipriano Castro; en 1914, con la adopción de otra nueva Constitución, por un Congreso de Diputados Plenipotenciarios, consolidándose Juan Vicente Gómez en el poder; en 1947, con la Revolución de Octubre de 1945, liderizada por el partido Acción Democrática y las fuerzas militares, la cual condujo a la adopción de otra nueva Constitución, producto de una Asamblea Nacional Constituyente; en 1948, con

151 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas 1997, donde no sólo se publican los textos constitucionales sino los diversos actos constituyentes y constitucionales adoptados como consecuencia de hechos de fuerza.

la puesta en vigencia de la derogada Constitución de 1945, por una Junta Militar que asumió el Poder, derrocando al presidente Rómulo Gallegos; en 1953, con la adopción de otra nueva Constitución por una Asamblea Constituyente electa en el marco de la dictadura militar; en 1961, con la adopción de otra nueva Constitución, producto de un Congreso electo democráticamente como resultado del levantamiento cívico-militar del 23 de enero de 1958; y por último, en 1999, con la adopción de la nueva Constitución, elaborada y sancionada por una Asamblea Nacional Constituyente. La convocatoria y existencia de esta última, como se ha señalado, tampoco estaba prevista en el texto constitucional bajo cuyo marco, sin embargo, se eligieron sus miembros como consecuencia del referendo consultivo realizado el 25-04-99. Al instalarse en agosto de 1999, sin embargo, asumió poderes constituyentes originarios violando abiertamente la Constitución de 1961, la cual aún estaba vigente.

En 1999, por tanto, la Constitución de 1961 puede decirse que fue sistemáticamente violada por la Asamblea Nacional Constituyente. Posteriormente, una vez sancionada la nueva Constitución de 1999, después de ser aprobada por referendo del 15-12-99 y proclamada por la Asamblea Nacional Constituyente el 20-12-99, también fue sistemáticamente violada por la propia Asamblea Nacional Constituyente hasta que esta cesó en sus funciones (30-01-00). Con posterioridad, también fue impunemente violada por diversos órganos del Estado, con fundamento en un supuesto régimen constitucional transitorio que había sido ilegítimamente establecido por la propia Asamblea Nacional Constituyente el 22-12-99, al margen tanto de la Constitución de 1961 como de la nueva Constitución de 1999, y que no fue aprobado mediante referendo como lo exigían las bases comiciales del referendo del 25-04-99, que había originado a la propia Asamblea Nacional Constituyente.

De toda esta experiencia constitucional que hemos vivido, advirtiendo y criticando públicamente el atropello a la Constitución, en todo caso, se han producido varias situaciones jurídico constitucionales en el país violatorias del orden constitucional. En primer lugar, la Constitución fue violada, mediante diversos actos constituyentes dictados por la Asamblea Nacional Constituyente en la segunda mitad del año 1999, con los cuales se violó sistemáticamente lo que estaba dispuesto en la Constitución de 1961, la cual, supuestamente estuvo vigente hasta que la nueva Constitución de 1999 fue publicada en la *Gaceta Oficial* de 30-12-99¹⁵².

En segundo lugar, una vez sancionada la nueva Constitución la misma fue burlada, mediante un régimen transitorio ilegítimamente adoptado e impuesto a los venezolanos, no aprobado por el pueblo mediante

152 Véase la *Gaceta Oficial* N° 36.860 de 30-12-99. Véanse los comentarios a la Constitución en Allan R. Brewer-Carias, *La Constitución de 1999*, 3ª Edición, Caracas 2001.

referendo y que ha atentado contra la vigencia de la propia Constitución de 1999. A pesar de que el texto de esta sí fue aprobado por referendo el 15-12-99, sin embargo, no ha adquirido la vigencia inmediata que su supremacía implicaba, quedando tal vigencia a la merced de los diversos órganos del Estado controlados por el nuevo poder, precisamente con la manipulación de la “transitoriedad” inventada, conforme a lo que fueron interpretando o queriendo, caso a caso, sobre el supuesto régimen transitorio.

Con motivo de estas situaciones político-constitucionales puede decirse que la Constitución en Venezuela fue secuestrada; se la despojó de imperatividad, y los factores del poder se la llevaron, abusando y burlándose de ella y del pueblo que la aprobó.

A partir de su publicación, puede decirse que los venezolanos perdimos la Constitución. En 1999, cuando funcionó la Asamblea Nacional Constituyente, no fue considerada como norma suprema y rígida, violándose además el texto vigente que era el de la Constitución de 1961; pero tampoco fue considerada como norma suprema y rígida a partir de 2000, violándose también abierta y sistemáticamente. La Constitución, en definitiva, fue secuestrada, violada y burlada, por los mismos actores que entronizados en la Asamblea y en los órganos del Poder Público, además, fueron los que la diseñaron como castrada, con cláusulas contradictorias que, en la práctica político-constitucional, han originado resultados diametralmente distintos de los que supuestamente se buscaba.

2 *El golpe de Estado perpetrado por la Asamblea Nacional Constituyente*

Como antes se ha analizado, el proceso constituyente de 1999 fue conducido por una Asamblea Nacional Constituyente que fue electa el 25 de julio de 1999, de acuerdo con lo prescrito en el estatuto o bases comiciales que habían sido aprobadas por el pueblo en el referendo consultivo realizado el 25 de abril de 1999. El pueblo había manifestado su voluntad en dicho referendo y como consecuencia de la misma, la Asamblea Nacional Constituyente fue electa.

Esta Asamblea Nacional Constituyente, conforme a dicho referendo, tenía por misión elaborar una nueva Constitución cuyo texto, una vez sancionado, debía ser sometido a la aprobación del pueblo mediante otro referendo, texto que debía estar destinado a “transformar el Estado y crear un nuevo orden jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa”. El pueblo, en el referendo del 25-04-99, por tanto, no le había delegado ningún poder constituyente originario a la Asamblea Nacional Constituyente, la cual no podía poner en vigencia

la nueva Constitución que elaborara y sancionara; reservándose, el pueblo, su aprobación mediante referendo posterior.

El proceso constituyente de 1999, sin embargo, conforme a ese mandato popular no se concretó en la sola elaboración de una nueva Constitución. Después de un escaso mes de discusión, ciertamente, la nueva Constitución fue sancionada y efectivamente aprobada por el pueblo, mediante referendo aprobatorio realizado el 15 de diciembre de 1999 habiendo sido publicada en la *Gaceta Oficial* del 30 de diciembre de 1999. A partir de esa fecha, y no antes, fue que la Constitución del 23 de enero de 1961 quedó derogada.

No obstante, paralelamente a la elaboración de la nueva Constitución, la Asamblea adoptó una serie de decisiones contenidas en Decretos, mediante los cuales dictó una serie de actos constituyentes, que contrariaban abiertamente lo que disponía la Constitución de 1961, que aún estaba vigente, y a los cuales, sin embargo, *a posteriori* el máximo órgano judicial del país le otorgó carácter, naturaleza y rango constitucional.

Dichos actos fueron dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, como se ha dicho, al margen del orden constitucional establecido en la Constitución de 1961, el cual fue impunemente desconocido. Incluso, después de que la Constitución de 1961 fue derogada con la publicación de la nueva Constitución de 30-12-99, los actos constituyentes que dictó la Asamblea Nacional Constituyente en enero de 2000 también violaron la nueva Constitución que incluso había sido objeto de aprobación por el pueblo.

La emisión de estos actos constituyentes desconociendo el orden constitucional, constituyó un golpe de Estado perpetrado por la Asamblea Nacional Constituyente; el cual fue posteriormente legitimado por el supremo órgano judicial de la República, el cual, al contrario, era el que tenía la obligación de considerarlos y declararlos como contrarios a la Constitución. Así, ni la antigua Corte Suprema de Justicia, en su momento, ni el nuevo Tribunal Supremo de Justicia creado por acto constituyente el 22 de diciembre de 1999 (antes de la entrada en vigencia de la Constitución el 30-12-99), cumplieron con su deber constitucional, convirtiéndose en cómplices sobrevenidos del golpe de Estado.

Un golpe de estado ocurre, como lo ha señalado Diego Valadés, cuando se produce “el desconocimiento de la Constitución por parte de un órgano constitucionalmente electo”; agregando, incluso, como ejemplo que “un presidente elegido conforme a la Constitución no puede invocar

una votación, así sea abrumadoramente mayoritaria, para desconocer el orden constitucional. Si lo hace habrá dado un golpe de Estado¹⁵³.

Esto fue lo que sucedió en Venezuela en 1999. La Asamblea Nacional Constituyente, sin duda, fue electa por el pueblo, habiendo quedado integrada con una mayoría abrumadora de representantes que fueron electos de listas escogidas por el nuevo Presidente de la República que había sido electo en diciembre de 1998, y además con su pleno respaldo electoral; pero ello no legitimaba a la Asamblea para desconocer el orden constitucional que estaba vigente. El Presidente de la República, a pesar de haber sido también electo por una abrumadora mayoría, tampoco podía alentar a la Asamblea, invocando esa mayoría, para vulnerar impunemente el orden constitucional.

La afirmación de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, a la cual ya nos hemos referido, contenida en la sentencia de 21-07-99 dictada días antes de que hubiese comenzado la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, hasta ese momento todavía podría considerarse válida, al indicar 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, dentro del actual sistema jurídico venezolano¹⁵⁴.

Hasta ese momento, en efecto, el proceso constituyente era un proceso de derecho, cuyo origen habían sido unas sentencias de la Corte Suprema de Justicia (19-1-99) las cuales habían abierto el camino a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente con fundamento en el derecho a la participación política que derivaba de la Constitución de 1961, y que en sentencias posteriores (18-3-99; 23-3-99; 13-4-99; 17-6-99) que hemos comentado, la Corte había considerado como enmarcado en la Constitución de 1961, avalando el referendo consultivo del 25-04-99 sobre la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, en virtud de que la misma no tendría poder constituyente originario alguno, sino la misión de elaborar una Constitución (poder constituyente instituido) que para entrar en vigencia tenía que ser aprobada por el pueblo mediante referendo (el que finalmente se realizó el 15-12-99).

El golpe de Estado, en realidad, lo dio la Asamblea Nacional Constituyente dos semanas después de esa sentencia, al auto-atribuirse un po-

153 Diego Valadés, *Constitución y democracia*, UNAM, México 2000, p. 35; y “La Constitución y el Poder” en Diego Valadés y Miguel Carbonell (Coordinadores), *Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI*, Cámara de Diputados, UNAM, México 2000, p.145

154 Véase la referencia en pp. 164 y ss. de este libro.

der constituyente originario y proceder a la intervención de los órganos de los Poderes Públicos constituidos del Estado, para lo cual no tenía autoridad alguna en el mandato popular derivado del referendo del 25-04-99, que le había dado nacimiento.

A partir de entonces, el proceso constituyente venezolano comenzó a dejar de ser un “proceso de *iure*” como lo había visualizado quizás ingenuamente la Corte Suprema de Justicia, y comenzó a ser un proceso constituyente fáctico, producto de un golpe de Estado que se desarrolló violando “el sistema jurídico venezolano”, el cual, precisamente, tenía en su cúspide a la Constitución de 1961. La Asamblea no tenía autoridad alguna para violar ni para derogar dicha Constitución teniendo precisada su misión, conforme a la voluntad popular expresada en el referendo del 25-04-99, a elaborar una nueva Constitución, de manera que la vieja fuera sustituida por la nueva, cuando ésta fuera aprobada popularmente, también por referendo.

En todo caso, el proceso constituyente venezolano de 1999 no sólo condujo a la sustitución de una Constitución (la de 1961) por otra (la de 1999), sino a la violación de ambas mediante la emisión, antes de que se aprobara la nueva Constitución, de una serie de actos estatales con supuesto rango constitucional (actos constituyentes), los cuales fueron seguidos de otros dictados aún después de sancionada y aprobada por referendo la nueva Constitución e, incluso, después de que fuera publicada.

A continuación analizaremos todos esos actos constituyentes que se dictaron en el tránsito de una Constitución a otra, y que materializaron el golpe de Estado, para lo cual previamente haremos un recuento del proceso de emanación de dichos actos dentro del proceso constituyente.

3 *Repaso de las decisiones que originaron el proceso constituyente*

Como ya lo hemos analizado detenidamente con anterioridad y, además, en otro lugar¹⁵⁵, la Corte Suprema de Justicia, al dictar su nada precisa y más bien ambigua decisión del 19 de enero de 1999¹⁵⁶, 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.

Con esta decisión, la Corte Suprema no sólo sentó las bases para el inicio del proceso constituyente venezolano de 1999, sino que dio co-

155 Véase Allan Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999.

156 Véase el texto íntegro de la sentencia en *idem*, pp. 25 a 53

mienzo al proceso que condujo al golpe de Estado 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.

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 regulara¹⁵⁷.

En ese momento, la euforia de los que de ello derivaron un “triunfo” jurídico¹⁵⁸, y la incredulidad y duda de otros, que no encontraban la

157 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

158 Ello se deducía de la propia Exposición de Motivos del Decreto N° 3 del 02-02-99 del Presidente de la República convocando al referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente en la se dijo que:

- “b) La Corte Suprema de Justicia, en sus decisiones del 19 de enero de 1999, ha establecido que para realizar el cambio que el país exige, es el Poder Constituyente, como poder soberano previo y total, el que puede, en todo momento, modificar y transformar el ordenamiento constitucional, de acuerdo con el principio de la soberanía popular consagrado en el artículo 4 de la Carta Fundamental;
- c) El referendo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un mecanismo democrático a través del cual se manifiesta el poder originario del pueblo para convo-

“decisión” anunciada en el texto de la sentencia, impidieron precisar con exactitud el contenido de la misma. La verdad es que, como lo advertimos en su momento¹⁵⁹, 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 la primera pregunta, pero simplemente, *no se pronunció sobre la segunda*.

Esto lo confirmó *ex post facto* con claridad, la magistrado Hildgard Rondón de Sansó en su voto salvado a la sentencia de la Corte Plena de 14-10-99 (*Caso: impugnación del Decreto 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.

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 referendaria, 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 segu-

car una Asamblea Nacional Constituyente y un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 del Texto Fundamental y que, ese derecho de participación, se aplica no sólo durante elecciones periódicas y de manera permanente a través del funcionamiento de las instituciones representativas, sino también en momentos de transformación institucional que marcan la vida de la Nación y la historia de la sociedad”. (*Gaceta Oficial* N° 36.634 de 02-02-99).

¹⁵⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 66 y ss. Véase además, lo expuesto en pp.85 y ss. de este libro.

ramente se redactaron con el ánimo 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 N° 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 esa falta la opinión pública, 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.

Y así sucedió efectivamente. Como ya lo hemos señalado, la discusión se encaminó hacia otros dos aspectos. En *primer lugar*, 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), derecho constitucional que el Presidente de la República había querido confiscar, al pretender, con su Decreto del 2 de febrero de 1999, que el pueblo le “delegara”, a él, en el referendo consultivo que convocaba, la potestad de formular, él solo, exclusivamente, dichas “bases”. La Corte Suprema de Justicia en la misma Sala Político Administrativa, mediante la sentencia del 18 de marzo de 1999¹⁶⁰ rechazó tal pretensión presidencial, anulando la Resolución N° 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 *segundo lugar*, resuelto el tema de la posibilidad de formular una consulta popular (referendo consultivo) que incluyera el texto íntegro de las bases comiciales contentivas del estatuto que aprobaría el pueblo

160 Véase los comentarios a la misma en pp. 150 y ss. de este libro.

para la convocatoria y la posterior elección de una Asamblea Nacional Constituyente, quedaba por resolver el carácter que podía tener dicha Asamblea.

Por supuesto que la Asamblea debía convocarse e integrarse para reformar y derogar la Constitución de 1961, pero mientras ello ocurriera, el tema de discusión era si podía adoptar “actos constitucionales”, o actos constituyentes al margen de la Constitución de 1961 que era la que estaba en vigencia y que, conforme a la doctrina de la Corte Suprema, era la que había podido dar nacimiento a la Asamblea. En otras palabras, se trataba de determinar si la Asamblea tendría carácter de poder constituyente “originario” o si sería un órgano que 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 adoptaron precisaron *ex post facto*, en sendos Votos Salvados a la sentencia de la Corte Suprema en Sala Plena de 14-10-99 (*caso: Impugnación del Decreto de Regulación de las funciones del Poder Legislativo*) que en la mencionada sentencia 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 en 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:

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, al calificar esta sentencia del 19-01-99, como “el punto de partida de todo el proceso constituyente” -y así había sido-, consideró que la sentencia reconoció 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 lo que había sido realmente lo 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 a esa sentencia que se habían hecho en la sentencia de la Sala Plena del 14-10-99, habían tergiversado el contenido de aquélla, pretendiendo utilizarla 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 necesitaba el texto mismo de la sentencia de 19-01-99. Si allí se hubiese expresado esta posición con claridad, por el propio magistrado La Roche quien fue 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; en todo caso, 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 al 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 quedado 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 que se dictó la sentencia del 19-01-99 de la Sala Político Administrativa, se abrió la discusión precisamente 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, respecto de cuya creación la sentencia abría el camino, dando inicio al proceso constituyente, sin necesidad de reformar la Constitución.

4. *Los intentos del presidente de la república de otorgar a la Asamblea Nacional Constituyente algún poder constituyente de carácter originario*

En todo caso, el Consejo Supremo Electoral, mediante Resolución N° 990323-71 de 23 de marzo de 1999¹⁶¹, 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, copió las “bases” que el Presidente había publicado días antes¹⁶², anticipándose a la sentencia de la Corte, entre las cuales se establecía el carácter de la Asam-

161 *Gaceta Oficial* N° 36.669 de 25-03-99. Véanse los comentarios en pp. 155 y ss. de este libro.

162 “Propuestas del Ejecutivo Nacional”, *Gaceta Oficial* N° 36.660 de 12-03-99. Véase el texto en nota 117, pp. 147 y ss. de este libro.

blea 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 volvió 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" fue cuestionada ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, y este alto Tribunal, mediante sentencia de fecha 13 de abril de 1999¹⁶³ declaró inconstitucional la frase "como poder originario que recoge la soberanía popular" ordenando su eliminación de las "bases" con fundamento en los siguientes argumentos:

Resulta incontestable que el contenido de la base comicial identificada bajo el literal octavo -reproducida en la Resolución N° 990323-71 del 23 de marzo de 1999, e incorporada posteriormente a la segunda pregunta del Referendo Consultivo, por remisión ordenada en la Resolución N° 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 ordenó que se quitara de la "base comicial octava" impugnada la expresión cuestionada de que su-

163 Véase los comentarios en pp. 162 y ss. de este libro.

puestamente 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 referendo¹⁶⁴.

¹⁶⁴ *Gaceta Oficial* N° 36.684 de 21-04-99

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 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”.

Conforme a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, en otra sentencia posterior, la N° 639 de 3 de junio de 1999 dictada con motivo de la impugnación de la “base comicial tercera” indicada en la Resolución N° 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 inadmisibles 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 dictó las “Normas para la Elección de Representantes a la Asamblea Nacional Constituyente”¹⁶⁵ mediante Resolución N° 990519-154 de 19 de mayo de 1999, en la cual partió del *falso supuesto* de:

Que las bases comiciales contenidas en la Resolución N° 990323-71 de fecha 23 de marzo de 1999 y publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 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*.

Esta afirmación era completamente falsa. 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

¹⁶⁵ *Gaceta Oficial* N° 36.707 de 24-05-99.

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* N° 36.684 del 21-04-99, cuatro días antes de su realización, y no las publicadas en la *Gaceta Oficial* N° 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, conservar este poder constituyente originario y disponer 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 extraordinario, con la sola misión de elaborar un texto constitucional en el cual se plasma 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.

5. *La violación de la constitución de 1961 perpetrada por la asamblea nacional constituyente al asumir el poder constituyente originario en su estatuto de funcionamiento (08-08-99)*

La Asamblea Nacional Constituyente se instaló el día 3 de agosto de 1999¹⁶⁶, y con ocasión de la discusión y aprobación de su Estatuto de Funcionamiento, precisamente al cual aludía la “base comicial octava” antes mencionada, y a pesar de que había quedado claro y definitivamente juzgado por la Corte Suprema de Justicia, que la Asamblea Nacional Constituyente electa no podía asumir ningún “poder constituyente origina-

166 El Presidente de la Asamblea, electo en el día de su instalación había concluido su discurso inaugural diciendo: “Terminó estas palabras con las que quería dejar inaugurada esta Asamblea Nacional Constituyente, con esas dos promesas solemnes: primero, La Asamblea Nacional Constituyente es originaria y soberana...”. Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, Sesión de 03-08-99, N° 1, p. 4

rio”; después de un largo debate¹⁶⁷, la Asamblea Nacional Constituyente se declaró a sí misma en el primer artículo de su Estatuto, como “*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*”. Además, la Asamblea dispuso, que ella misma, “*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*”; agregando que “*Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea*”. En consecuencia, la propia Asamblea dispuso que “*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*”.

De esta norma resulta no sólo el desconocimiento más abierto de lo que había sido una decisión del Supremo Tribunal, que menospreció y retó la Asamblea, sino la asunción por la Asamblea de un supuesto poder originario que la autorizaba sin límites a “limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conformaban el Poder Público”; es decir, incluso, para sustituirse en ellos a su voluntad y, por tanto, para “suspender” la vigencia de la Constitución que los regulaba, que era la de 1961.

Con la asunción de este poder, la Asamblea había consumado el golpe de Estado, pues se daba a sí misma una carta blanca para violar una Constitución que estaba vigente, y sometía a todos los órganos del Poder Público constituido a que estuviesen “subordinados” a la Asamblea, imponiéndoles la obligación de cumplir sus “actos jurídicos estatales”.

Como la Asamblea había decidido asumir este poder constituyente originario que nadie le había cedido, resolvió decidir que la Constitución de 1961 sólo permanecería vigente durante su funcionamiento en aquello que la Asamblea no la modificara, suspendiera o derogara.

En la Comisión Redactora del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea, de la cual formamos parte, al no estar de acuerdo con la pretensión de los proyectistas, que luego fue la votada, habíamos propuesto que el artículo 1° tuviera otra redacción, acorde con lo aprobado en las bases comiciales del referendo del 25-4-99.¹⁶⁸

¹⁶⁷ *Gaceta Constituyente (Diario de Debates) Agosto-Septiembre 1999, cit.*, Sesión de 07-08-99, N° 4, pp. 6 y ss.

¹⁶⁸ Propusimos el siguiente texto:

Artículo 1°. La Asamblea Nacional Constituyente es producto de la voluntad y soberanía popular expresada en las preguntas y bases comiciales del Referendo consultivo celebrado el 25 de abril de 1999.

Nuestra propuesta no fue acogida por la Comisión, por lo cual exigimos que el Informe de la misma estuviese acompañado del texto de nuestras consideraciones sobre el artículo 1°¹⁶⁹. Además, en el debate que precedió a la aprobación del artículo 1°, adicionalmente expusimos nuestra opinión contraria, en la siguiente forma:

La Asamblea Nacional Constituyente, teniendo como límites los que le impuso el pueblo soberano en las preguntas y bases comiciales que fueron sometidas a consulta popular en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, no puede asumir “carácter originario” alguno, pues ello significaría, al contrario de lo dispuesto por la voluntad popular, *suspender la Constitución de 1961* y pretender actuar fuera de los límites supra constitucionales que deben guiar su actuación.

Por ello, no es posible que la Asamblea Nacional Constituyente pueda disponer, durante su funcionamiento que está limitado a un lapso de 6 meses, la disolución del Congreso o de la Corte Suprema de Justicia, o de cualesquiera de los poderes constituidos, que si bien no pueden limitar la actuación de la Asamblea, continúan rigiéndose por lo dispuesto en la Constitución de 1961 hasta tanto sea sustituida por la nueva Constitución¹⁷⁰.

Además en relación con la aprobación del artículo 1° del Estatuto, aprobado definitivamente el 7 de agosto de 1999¹⁷¹, salvamos nuestro voto, como voto negativo, con el texto de la comunicación que habíamos querido acompañara el Informe de la Comisión Redactora¹⁷².

En todo caso, 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 apartar-

Su propósito es transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, el cual debe materializar en una Constitución que someterá a referendo aprobatorio dentro de los treinta días siguientes continuos a su sanción.

169 Véase Allan R. Brewer-Carías *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto-8 septiembre), cit. p. 20

170 *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, cit. Sesión de 07-08-99, N° 4, p. 33.

171 *Gaceta Oficial* N° 36.786 de 14-09-99

172 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*; Tomo I, (8 agosto-8 septiembre), cit. pp. 17 y ss.

se 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 Regulación de las Funciones del Poder Legislativo*) la cual analizamos detalladamente más adelante, la que 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.

Posteriormente, fue 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 convalidó 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 la sentencia N° 4 de 26-01-00 (*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 Consti-

tuyente como de naturaleza “supraconstitucional”. Así lo señaló en la sentencia de 21-01-00 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 20-06-99 (*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 25-4-99; 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).

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.

III. LA INTERVENCIÓN “CONSTITUYENTE” DE TODOS LOS PODERES PÚBLICOS CONSTITUIDOS

1. *La reorganización de los poderes constituidos*

El primero de los actos constituyentes dictados por la Asamblea en violación de la Constitución de 1961, fue el contenido en el “Decreto me-

diante el cual se declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público” de fecha 12 de agosto de 1999¹⁷³.

Para dictar el Decreto, la Asamblea invocó que ejercía “el poder constituyente otorgado por este mediante referendo...”; es decir, que ejercía un “poder constituyente” que supuestamente le había otorgado el “poder constituyente” (pueblo) en el “referendo”, lo que si era así, se configuraba como un poder constituyente derivado. Sin embargo, la Asamblea se fundamentó, para aprobar el Decreto, en “lo dispuesto en el artículo primero del Estatuto de esta Asamblea”, en el cual la Asamblea se auto confirió, a sí misma, el supuesto carácter de poder constituyente originario.

A pesar de la contradicción, la Asamblea declaró “la reorganización de todos los órganos del Poder Público”, autorizándose a sí misma para “decretar las medidas necesarias para enfrentar situaciones específicas de la reorganización”, autoatribuyéndose, además, la potestad de disponer “la intervención, modificación o suspensión de los órganos del Poder Público que así considere...”. Con esta decisión, sin duda, la Asamblea había materializado, técnicamente, el golpe de Estado, abriendo la vía para violar la Constitución vigente para ese momento (la de 1961) y colocándose por encima de la propia Constitución.

En el debate respecto de este Decreto, el cual, al principio había sido proyectado como “Decreto de Declaratoria de Emergencia Nacional”, expresamos nuestra opinión contraria y señalamos que:

Si la Asamblea Nacional Constituyente no tiene poder alguno derivado de la voluntad popular para poner en vigencia la nueva Constitución en la cual refleje la transformación del Estado que diseñe y el nuevo ordenamiento jurídico que elabore; menos aún tiene competencia alguna derivada del referendo consultivo del 25-04-99, para durante su funcionamiento, en estos seis meses, suspender, revocar, derogar o modificar, así sea temporalmente la actual Constitución de 1961, cuyo texto estará vigente hasta que se apruebe, mediante referendo, la nueva Constitución.

En consecuencia, no es posible derivar del referendo consultivo de 25-04-99, fundamento alguno para que la Asamblea pueda, durante su funcionamiento, arrogarse el poder de intervenir, modificar o suspender los órganos del Poder Público antes de que la nueva Constitución entre en vigencia al ser aprobada por referendo, pues ello implicaría una modificación o suspensión de la Constitución vigente¹⁷⁴.

A pesar de nuestra oposición, el mencionado decreto fue aprobado con nuestro voto negativo.

173 *Gaceta Oficial* N° 36.764 de 13-08-99.

174 Véase Allan R. Brewer-Carías *Debate Constituyente* Tomo I, *op. cit.* pp. 51 y 52

2. *La intervención del Poder Legislativo con la eliminación del Congreso y de las Asambleas Legislativas de los Estados y la limitación de la función legislativa de los órganos del Poder Público*

Luego de dictado el “Decreto mediante el cual se declaró la reorganización de todos los órganos del Poder Público” la Asamblea procedió a intervenir y a regular a casi todos los órganos constituidos del Poder Público, comenzando por los órganos que ejercían el Poder Legislativo.

A tal efecto, el 25 de agosto de 1999, la Asamblea dictó el “Decreto mediante el cual se regulan las funciones del Poder Legislativo”¹⁷⁵ que reformó cinco días después, el 30 de agosto de 1999¹⁷⁶.

Este Decreto, sin embargo, tuvo una fundamentación distinta al anterior. La “timidez” expresada en el “Decreto de reorganización general de los órganos del Poder Público” puede considerarse que fue superada en este Decreto, pues la Asamblea no se limitó a invocar el ejercicio de un poder constituyente (derivado) que le había otorgado el poder constituyente (originario) que era el pueblo mediante el referendo consultivo de 25 de abril de 1999; sino que se arrogó directa y abiertamente un “poder constituyente originario” que nadie le había otorgado, sino ella misma en su propio Estatuto de funcionamiento.

En efecto, en el encabezamiento del Decreto se afirmó que la Asamblea actuaba:

En nombre y representación del pueblo soberano de Venezuela, *en ejercicio del poder constituyente originario otorgado por éste* mediante referendo aprobado democráticamente el 25 de abril de 1999...

En este acto constituyente por tanto, la Asamblea partió del falso supuesto de que el poder constituyente originario (el pueblo), expresado en el referendo del 25 de abril de 1999, le habría otorgado a la Asamblea un “poder constituyente originario”, lo que no sólo era un contrasentido, sino que expresamente no fue así, en virtud de la sentencia comentada de la Corte Suprema de Justicia del 18-03-99 que había ordenado eliminar de la base comicial octava toda referencia a “poder constituyente originario” alguno, que pudiera pretender ejercer la Asamblea, precisamente para evitar toda confusión.

Se destaca, además, que la fundamentación normativa de este Decreto, como ocurrió en todos los otros actos constituyentes posteriores, fue el artículo 1º del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea y el artículo único del Decreto que declaró la reorganización de todos los órganos del

175 *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 25-08-99

176 *Gaceta Oficial* N° 36.776 de 31-08-99

Poder Público. En ausencia de manifestación popular alguna derivada del referendo de 25 de abril de 1999 y de fundamentación normativa alguna para poder dictar actos constituyentes, la Asamblea, de hecho y en aproximaciones sucesivas, fue “construyendo” su propio carácter de “poder constituyente originario” que nadie le había asignado. De hecho, la Asamblea sumió el Poder Público y se arrogó la potestad de disponer sobre el Poder Público constituido conforme a la Constitución de 1961, que violó abiertamente.

Sobre el Decreto mediante el cual se regularon las funciones del Poder Legislativo, en el debate en la Asamblea, expresamos que su contenido violaba:

La voluntad popular y soberana expresada en el referendo el 25-04-99, en el sentido de que *primero*, viola las garantías democráticas que la Asamblea Nacional Constituyente debe respetar; *segundo*, viola los principios del republicanismo, entre ellos, el de la separación de poderes, al modificar la Constitución de 1961 en cuanto la organización y funciones del Poder Legislativo Nacional y concentrar los Poderes del Estado en la Asamblea; *tercero*, viola compromisos internacionales de la República relativos al régimen democrático y a los derechos fundamentales; *cuarto*, viola el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre, y *quinto*, viola el régimen autonómico de los Estados de la República.¹⁷⁷

El Decreto finalmente, y a pesar de nuestra oposición, fue aprobado, razón por la cual dejamos constancia de nuestro voto salvado negativo en el cual expresamos que la Asamblea Nacional Constituyente, al aprobar este Decreto:

En mi criterio, ha actuado al margen de los límites que le impuso la voluntad popular, lo que ya hizo, también, al aprobar su Estatuto, particularmente el contenido de su artículo 1º; al aprobar el Decreto de Reorganización de los Poderes Públicos y al aprobar el Decreto de Reorganización del Poder Judicial¹⁷⁸.

En todo caso, en resumen, mediante este Decreto, la Asamblea Nacional Constituyente, en violación abierta de lo previsto en la Constitución de 1961, reguló y limitó las funciones del Congreso de la República cuyos miembros habían sido electos unos meses antes, en diciembre de 1998. Para ello, el Decreto comenzó eliminando el Congreso, al disponer que éste sólo actuaría “por órgano de la Comisión Delegada” (art. 2); y en cuanto a la función legislativa del Congreso (que quedaba eliminado y que

177 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.* p. 76

178 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.* p. 95

ejercía la Comisión Delegada) quedó confinada a un conjunto específico de materias, indicado como *numerus clausus* (art. 1).

La Asamblea dispuso, además, cuáles de las Comisiones Legislativas podían funcionar (Finanzas y Contraloría y dos especiales) y suspendió las sesiones del Congreso (que había reducido a ser una Comisión Delegada) en cualquier materia distinta a las indicadas, y de las otras Comisiones Legislativas que existían, distintas a las enumeradas como funcionables.

Debe señalarse en relación con el ejercicio de la potestad legislativa nacional, que la Asamblea Nacional Constituyente, incluso después de publicada la nueva Constitución (31-12-99), en fecha 18 de enero de 2000, emitió un Decreto mediante el cual decidió “asumir la competencia prevista en el artículo 187, numeral 6° de la (nueva) Constitución” de 1999 relativa a la discusión y aprobación el proyecto de Ley especial que autorizó al Ejecutivo Nacional para la contratación y ejecución de operaciones de crédito público¹⁷⁹ y, en efecto, dictó la “Ley Especial que autoriza al Ejecutivo Nacional para la Contratación y Ejecución de operaciones de Crédito Público destinadas a financiar programas, proyectos y gastos extraordinarios para atender la situación de calamidad pública, consecuencia de las precipitaciones de proporciones inusuales”¹⁸⁰.

Este Decreto, totalmente contrario a la nueva Constitución, la cual no preveía esta facultad de “asunción” de competencias atribuidas al órgano legislativo por la Asamblea Nacional Constituyente, se fundamentó en “el ejercicio del *poder soberano constituyente originario*, otorgado por este mediante referendo aprobado democráticamente el 25 de abril de 1999”, lo cual, como se señaló, no fue así.

Además, cabe señalar que conforme a la interpretación dada por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en su sentencia N° 6 de fecha 27 de enero de 2000, “*los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta*”, y la única excepción transitoria constitucional expresa que autorizó a la Asamblea Nacional Constituyente para dictar alguna ley, fue la prevista en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de 1999, en relación con la Ley Especial del Distrito Metropolitano de Caracas. Por tanto, la Asamblea Nacional Constituyente, después de publicada la nueva Constitución, no podía asumir competencias de legislador ni, por tanto, violar la Constitución. No obstante, lo hizo sin rubor alguno.

Volviendo al “Decreto de regulación de las funciones del Poder Legislativo”, la función legislativa limitada que se atribuyó a la Comisión

179 *Gaceta Oficial* N° 36.881 de 31-01-00

180 *Gaceta Oficial* N° 36.883 de 02-02-00

Delegada, convirtió al órgano (Congreso) del Poder Legislativo que era bicameral (Cámara de Diputados y Senado) conforme a la Constitución de 1961, en un órgano unicameral, regulándose, en consecuencia, un nuevo procedimiento constitucional de formación de las leyes distinto al que establecía la Constitución de 1961, con sólo dos discusiones en la Comisión Delegada (art. 3).

La Asamblea Nacional Constituyente, en su carrera de inconstitucionalidades y para concluir la intervención del Congreso, se arrogó, a sí misma, el carácter de órgano del Poder Legislativo creando una Comisión Legislativa (art. 4) para legislar en todas *las otras* materias no asignadas específicamente en el artículo 1º del Decreto a la Comisión Delegada del eliminado Congreso.

La Asamblea, además, creó una Comisión de Investigación sobre las gestiones administrativas del Congreso, con lo cual intervino la administración del mismo (arts. 6 a 10).

En todo caso, mediante el antes mencionado Decreto de regulación del Poder Legislativo, la Asamblea también intervino y eliminó las Asambleas Legislativas de los Estados de la Federación, por supuesto también violando la Constitución, al vulnerar la autonomía de los Estados y su potestad constitucional de organizar sus poderes públicos que expresamente les garantizaba la Constitución de 1961 (art. 17), que estaba vigente en ese momento. La Asamblea dispuso, además, que las funciones de las Asambleas Legislativas de los Estados se ejercerían por unas Comisiones Delegadas de cada una, regulando la forma de su integración (art. 11), y en la reforma posterior del Decreto, garantizó la integración de los siete miembros de cada Asamblea, conforme al principio de la representación proporcional (art. 11).

La consecuencia de la eliminación de las Asambleas Legislativas fue, también, la suspensión de las actividades de todas las Comisiones que pudieran existir en todas las Asambleas (art. 11) de los Estados y, en consecuencia, la revocatoria del mandato de los Diputados de las Asambleas que no integrasen las Comisiones delegadas respectivas (art. 12). Esta norma, sin embargo, fue suprimida en la reforma del Decreto (art. 3), lo que ocurrió cinco días después, con lo cual “revivió” el mandato de los Diputados de las Asambleas Legislativas, en otro disparate constitucional improvisado.

En cuanto a los Concejos Municipales de los Municipios del país, si bien no se los eliminó, se les prohibió realizar operación alguna con los ejidos municipales, y aprobar o modificar los Planes de Desarrollo Urbano Local (art. 14), lo que se configuraba en una lesión a la autonomía municipal que garantizaba la Constitución de 1961 (art.30), la cual, de nuevo, resultó violada.

Posteriormente, en esta materia, la Asamblea Nacional Constituyente dictó otros dos actos constituyentes en ejercicio del “poder soberano constituyente originario” que se había arrogado a sí misma: el Decreto de 25-01-00 que autorizó a los Municipios la enajenación de ejidos para planes de viviendas destinadas a los damnificados por las lluvias¹⁸¹; y el Decreto sobre el Régimen sobre autorización de operaciones de enajenación, disposición y afectación de terrenos ejidos de 30-01-00¹⁸², mediante el cual se asignó a las Comisiones Legislativas Estadales otorgar las autorizaciones, y se derogó el art. 13 del Decreto de Regulación de las funciones del Poder Legislativo.

El Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo, además, dispuso la evaluación por la Asamblea Nacional Constituyente, de los Contralores Generales de los Estados y de los Municipios, que eran órganos con autonomía funcional garantizada por la Constitución, arrojándose la Asamblea la facultad de ratificarlos o destituirlos “de acuerdo al resultado de la evaluación” (art. 13), violando el nuevo texto fundamental.

Este “Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo”, evidentemente contrario a lo que regulaba la Constitución de 1961 (eliminaba el Congreso, eliminaba las Asambleas Legislativas, cambiaba la estructura del Parlamento de bicameral a unicameral, e intervenía la autonomía e independencia de los órganos del Poder Público que regulaba la Constitución) fue impugnado ante la Corte Suprema de Justicia por el Presidente de la Cámara de Diputados. La Corte Suprema de Justicia en (Sala Plena), y con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, mediante sentencia de fecha 14 de octubre de 1999, (*caso: 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 desaguizados constitucionales de la Asamblea y, 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 todo caso, luego de unas confusas argumentaciones basadas en citas bibliográficas que, por supuesto, incluyeron al Abate Sièyes 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:

181 *Gaceta Oficial* N° 36.878 de 26-01-00

182 *Gaceta Oficial* N° 36.902 de 29-02-00

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 N° 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, son 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 N° 1 del referendo consultivo nacional del 25 de abril de 1999. Si el cambio constitucional es un proceso, que se inicia con dicho referendo y si este proceso implica forzosamente la coexistencia de poderes (del poder constituido y la Asamblea Nacional Constituyente), los Estatutos de Funcionamiento de ésta, basados, como se ha dicho, en normas presupuestas o supraconstitucionales, deben definir el modo de esta coexistencia, siendo la Constitución de 1961, el límite del poder constituido, pero no el criterio de solución de las controversias que puedan ocurrir entre ambos poderes.

Es decir, la Corte Suprema cambió el criterio que había sentado en la sentencia del 18 de marzo de 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 Constitución de 1961 sólo era un límite a la actuación “de los poderes constituidos”, pero no de la propia Asamblea Nacional Constituyente, cuya actuación pasaba a estar regulada por su Estatuto de Funcionamiento, que ella misma se había dictado, auto-atribuyéndose “poder constituyente originario”.

Como conclusión de estas contradicciones, sin más, la Corte Suprema, en su sentencia del 14 de octubre de 1999, afirmó que la pretensión de nulidad del “Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo”, al violar la Constitución de 1961, era “improcedente”:

Pues el fundamento del acto impugnado no puede ser la Constitución vigente, desde que la soberanía popular se convierte, a través de la Asamblea Nacional Constituyente, en supremacía de la Constitución, por razón del carácter representativo del poder constituyente, es decir, como mecanismo jurídico de producción originaria del nuevo régimen constitucional de la República, así se 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 críticas 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.

3. *La intervención del Poder Judicial*

A. *El Decreto de reorganización del Poder Judicial*

En fecha 19 de agosto de 1999, le tocó su turno al Poder Judicial, incluida la propia Corte Suprema de Justicia, para lo cual la Asamblea Nacional Constituyente resolvió declarar “al Poder Judicial en emergencia” (art. 1°), creando una Comisión de Emergencia Judicial, que asumió el proceso de intervención¹⁸³.

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 1° 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.

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 Decreto¹⁸⁴.

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).

¹⁸³ *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 25-08-99 reimpresso en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08-09-99

¹⁸⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.* p. 73.

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 obstaculizara 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 reformado¹⁸⁵, 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 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, la cual en fecha 24 de marzo de 2000, dictó la sentencia N° 659, (*caso: Rosario Nouel*), en la cual declaró que:

La Comisión de Emergencia Judicial, la Sala Administrativa del extinto Consejo de la Judicatura, así como la Inspectoría General de Tribunales ejercieron una competencia que les fue atribuida por la Asamblea Nacional Constituyente, y en consecuencia su competencia emanó de una *voluntad soberana*.

Esta vez fue la Sala Político Administrativa del nuevo y renovado Tribunal Supremo, que había sido creado el 22-12-99 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).

185 *Gaceta Oficial* N° 36.825 de 09-11-99

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 jueces¹⁸⁶.

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 Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, mediante sentencia del 2 de noviembre de 2000 N° 1320, (*Caso: Gisela Aranda Hermida*), en la cual al declarar la inadmisibilidad de la acción, consideró que el Decreto era:

Un producto del proceso constituyente recientemente vivido en Venezuela y que se encuentra dentro de los denominados actos constituyentes, respecto de los cuales esta misma Sala ha dejado sentado en anteriores oportunidades con fundamento en algunas sentencias pronunciadas por al entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno- que, al tener “(...) su régimen fundamental en las preguntas y Bases Comiciales consultadas en el Referendo del 25 de abril de 1999”, tales actos “(...) son para el ordenamiento que rige el proceso constituyente, 'de similar rango y naturaleza que la Constitución' como la cúspide de las normas del Proceso Constituyente”, concluyendo así que, “(...) habiendo sido asimilado el rango de las Bases 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 1° del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea y en conformidad con el artículo 1° 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

186 Casi dos años después, en agosto de 2001, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia admitían que más del 90% de los jueces de la República eran provisionales. 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.

diciembre del presente año” (1999) para reglamentar el plan de evaluación de los jueces, determinar la permanencia o sustitución de los mismos y el régimen de selección y concursos (art. único)¹⁸⁷.

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.

B. *El Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de 23-08-99 y su “autodisolución”*

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, en fecha 23 de agosto de 1999, y con motivo de la decisión de la Asamblea de intervenir el Poder Judicial, adoptó un desafortunado Acuerdo¹⁸⁸, 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 puedan afectarlo”, lo cual resultaba a todas luces extraño, por sólo decir lo menos. ¿A quién se le puede ocurrir que el Tribunal Supremo pueda evaluar un acto estatal que sospecha viciado, independientemente de sus vicios? ¿Puede un Tribunal Supremo desdoblarse así, acomodaticiamamente?

En todo caso, de esa escéptica evaluación, la Corte Suprema captó el compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de proceder de inmediato, a través de la citada Comisión, a la revisión de los expedientes de los jueces y a su evaluación. Consideró, además, la Corte, que la ejecución del proceso de reorganización judicial debía respetar los principios

187 *Gaceta Oficial* N° 36.832 de 18-11-99

188 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.

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:

Respalda el contenido del Decreto de Emergencia Judicial dictado por la Asamblea, (la Corte) desconoce rotundamente no sólo el contenido de sus sentencias sino los límites demarcados en las bases comiciales que gobiernan el funcionamiento de la Asamblea y el ordenamiento constitucional y legal, enteramente vigente y cuya garantía ha sido confiada a este Alto Tribunal.

Consideró, además, que la Corte, con el Acuerdo:

Reniega su propia jurisprudencia, que fijó la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, y, consecuentemente, ha mostrado su fragilidad y debilidad ante el Poder Político y, deberá su precaria permanencia al Presidente de la República, que magnánimamente no ha ordenado su disolución.

La magistrado Sosa, sin duda, tenía claro el panorama futuro de la Corte, cuyos magistrados fueron removidos tres meses después por la propia Asamblea Nacional Constituyente. Por ello, denunció, además, que con el Acuerdo, la Corte había permitido que la Asamblea enervara las facultades que el pueblo soberano:

Donde reside el único y verdadero poder originario”, confirió a la Asamblea, pues a la Asamblea no se la había autorizado “para intervenir o sustituir los poderes constituidos, erigiéndose en una suerte de “superpoder” donde se concentran todas las potestades públicas.

Consideró que ello lo había logrado la Asamblea “con el respaldo del Acuerdo” cuyo contenido deploró.

Advirtió la magistrado Sosa que la Corte, “mediante un artilugio jurídico”, se había sometido “a los designios de la Asamblea, aceptando que ella pueda sustituirse a la Corte Suprema de Justicia y al Poder Judicial, a través de una falsa colaboración”. La Asamblea “no está por encima de la Constitución que le permitió existir” -dijo-, por lo que la Magistrado disidente denunció que con el Decreto, la Asamblea:

Se 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 de lo cual este Decreto era una manifestación más, pero no la única. Finalmente, la magistrado Sosa denunció que más que “sumisión al Estado de Derecho”, la Corte con el Acuerdo, había declarado su “sumisión a la Asamblea Nacional Constituyente”; y con ello, en definitiva su disolución, como en efecto ocurrió tres meses después. Por último, la magistrado Sosa hizo esta definitiva afirmación, que patentizó la actuación de la Corte:

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

Basta glosar este voto salvado, tremendamente crítico, para entender la naturaleza del acto de sumisión de la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Nacional Constituyente. La magistrado Sosa, el mismo día del Acuerdo, renunció a su condición de Magistrado; y poco tiempo después, como se dijo, la mayoría de los otros Magistrados fueron sacados inmisericordemente de sus cargos, por el nuevo poder que ellos apuntalaron, y del cual fueron sus primeras víctimas.

IV. LA SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES MUNICIPALES

Entre los actos constituyentes violatorios de la Constitución de 1961 también se destaca el de suspensión de las elecciones municipales.

En efecto, el Congreso, al sancionar la reforma de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de fecha 28 de mayo de 1998¹⁸⁹, en el artículo 278 de las Disposiciones Transitorias había resuelto que no se realizaran las elecciones para autoridades municipales y locales previstas para finales de ese año 1998, y las fijó para el 28 de noviembre de 1999, por lo que prorrogó así el mandato de los alcaldes, concejales y miembros de las Juntas Parroquiales.

Dada la inminencia de dichas elecciones, que debían realizarse durante el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, ésta el 26 de agosto de 1999, dictó un “Decreto mediante el cual se suspende la convocatoria de los comicios para elegir Alcaldes, Concejales y Miembro de las Juntas Parroquiales hasta la fecha que considere la Asamblea Nacional Constituyente o determine el nuevo Texto Constitucional”¹⁹⁰. El Decreto, además, resolvió que:

Los actuales alcaldes, concejales y miembros de juntas parroquiales continuarán ejerciendo su mandato hasta que haya una decisión en contrario o se realicen las elecciones respectivas.

En el debate sobre este Decreto, expusimos nuestro criterio sobre la inconstitucionalidad del mismo, ya que consideramos que el Decreto no sólo prorrogaba el mandato a los concejales o a unos alcaldes, sino que afectaba:

Un derecho político de los venezolanos, que es el derecho al voto, que regula el artículo 110 de la Constitución, que corresponde a todos los venezolanos y que, además, como bien sabemos, en materia municipal, precisamente también corresponde a los extranjeros, con las condiciones de residencia que establezca la Ley, y la Ley Orgánica del Sufragio, precisamente, le atribuye también el derecho a elegir a nivel municipal a los extranjeros con residencia en el país por más de 10 años...¹⁹¹

Por ello, en el debate sobre el Decreto llamamos la atención de la Asamblea sobre el hecho de que con ese Decreto, la Asamblea estaba “legislando; dictando una Ley sin procedimiento alguno” de reforma del artículo 278 de la Ley Orgánica del Sufragio.

189 *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.233 de 28-05-98.

190 *Gaceta Oficial* N° 36.776 de 31-08-99.

191 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.* p. 115 y ss.

El Decreto, en todo caso, se fundamentó no sólo en que la Asamblea actuaba “en ejercicio del *poder constituyente originario* otorgado por este mediante referendo” como decía el “Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo” dictado cinco días antes (25-8-99); sino que esta vez, la Asamblea fue aún más allá al calificar el poder que se había otorgado a sí misma, como “*soberano*”. El Decreto, en efecto, lo dictó la Asamblea, como lo señala su encabezamiento:

En nombre y representación del pueblo soberano de Venezuela, en ejercicio del *poder soberano constituyente originario* otorgado por este mediante referendo...

Además, para dictar el Decreto, la Asamblea hizo referencia al artículo 1º de su Estatuto de Funcionamiento y al Decreto de reorganización de todos los órganos del Poder Público, antes mencionados.

La Asamblea, así, fue tejiendo su propia competencia fáctica, auto atribuyéndose poderes para violar la Constitución que estaba vigente de 1961. En cuanto a la Corte Suprema, a medida que fue avalando los desafueros constitucionales de la Asamblea, en esa misma medida se fue reduciendo el término del mandato de sus Magistrados, la mayoría de los cuales terminaron removidos.

En todo caso, mediante un proceso de aproximaciones sucesivas, como hemos destacado, la Asamblea Nacional Constituyente fue asumiendo el poder constituyente originario y fue sustituyendo al pueblo, asumiendo incluso la “soberanía” como propia. Por ello, al aprobarse este Decreto de suspensión de las elecciones, salvamos nuestro voto, como voto negativo, insistiendo en que el mismo:

Ni más ni menos, pretende tener el rango de ley, sin seguirse el procedimiento de formación de las leyes previsto en la Constitución, ni procedimiento alguno, ya que no está previsto en parte alguna que la Asamblea dicte leyes.

Ello, sin duda, viola la garantía constitucional de la reserva legal que las *Bases comiciales del Referendo* del 25 de abril exigen respetar.

En todo caso, si la Asamblea está consciente de que con la aprobación de este acuerdo está modificando la Ley Orgánica del Sufragio y Participación política, lo menos que podría hacerse en beneficio de la seguridad jurídica es indicarlo expresamente en el texto que se apruebe¹⁹²

V. LA VIOLACIÓN SISTEMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

Como resulta de todo lo anteriormente expuesto, el proceso constituyente venezolano de 1999, institucionalmente comenzó a raíz de la sen-

192 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.* p. 115 y ss.

tencia 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 1999¹⁹³, 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 misma 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

193 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 25 a 55; 169-198; 223 a 250. Véanse los comentarios en la Segunda Parte de este libro.

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, usurpándose 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 autoatribuyó 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 sobre 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.

QUINTA PARTE
LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU
RÉGIMEN TRANSITORIO

I. LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Como se ha señalado anteriormente, el texto de la Constitución de 1999 fue sometido a dos discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente durante los días 19 de octubre a 14 de noviembre de 1999, habiéndose dedicado 19 sesiones a la primera discusión y 3 a la segunda discusión.

El proyecto sancionado por la Asamblea fue firmado el día 19 de noviembre de 1999¹⁹⁴ y el mismo fue ampliamente difundido y publicado a los efectos de su sometimiento a referendo aprobatorio.

La Asamblea Nacional Constituyente, aún antes de haber concluido la primera discusión del proyecto de Constitución, había decretado la convocatoria al referendo aprobatorio que había sido previsto en la base comicial novena del referendo de 24 de abril de 1999, conforme a la cual sólo después de aprobada por el pueblo era que la Constitución se podía considerar definitivamente aprobada.

A tal efecto, mediante Decreto de 3 de noviembre de 1999 fijó del día 15 de diciembre de 1999 para la realización del referendo aprobatorio¹⁹⁵, para lo cual la Asamblea Nacional Constituyente se fundamentó, de nuevo, en el “*ejercicio del poder constituyente originario otorgado por éste mediante referendo*”, en el artículo 1º del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea y en el artículo único del Decreto que declaró la reorganización de todos los órganos del Poder Público.

Entre los considerandos del Decreto, se destaca el sexto que señala lo siguiente:

Que la Asamblea Nacional Constituyente *ejerce el poder soberano constituyente originario* de conformidad con la pregunta N° 1 y la Base Comicial Octava, aprobadas en el Referendo celebrado en fecha 25 de abril de 1999 y cuyo alcance fue ratificado en sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, en fecha 6 de octubre del presente año...

194 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, Sesión de 19-11-99, N° 46, p. 4. Nosotros no firmamos el Proyecto de Constitución por las razones que expresamos al Presidente de la Asamblea el día anterior 18-11-99. Véase en Allan R. Brewer-Carias, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)* Tomo III (18 octubre-30 noviembre 1999), Caracas 1999, pp. 311 a 314.

195 *Gaceta Oficial* N° 36.821 de 03-11-99

En esta forma, mediante este Decreto, al igual que lo había hecho en el Decreto de suspensión de las elecciones municipales de 26-08-99, la Asamblea culminó el proceso de aproximaciones sucesivas tendiente a la construcción formal del poder que se había venido arrogando o atribuyendo a sí misma, al declarar, claramente que ella ejercía, no ya el “poder constituyente originario” que supuestamente le había sido otorgado por el pueblo, como se señalaba en Decretos anteriores, sino “*el poder soberano constituyente originario*”, mediante lo cual, la Asamblea materialmente ahora pretendía suplantar totalmente al pueblo. Ahora la Asamblea se consideraba, a sí misma, como *poder soberano*. Ni más ni menos.

En este Decreto de convocatoria al referendo aprobatorio de la Constitución, debe también destacarse que la Asamblea hizo mención a que el alcance de dicho “poder soberano constituyente originario” que se autoatribuía, supuestamente, había sido ratificado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del “6 de octubre de 1999”, que es la sentencia que fue publicada el 14-10-99 antes reseñada, luego de recibirse los votos salvados. En esta sentencia, como se ha señalado, y contrariamente a lo que dedujo la Asamblea, sólo se le atribuyó rango supraconstitucional a las previsiones de las bases comiciales del referendo del 25 de abril de 1999, pero no a los actos de la Asamblea Nacional Constituyente.

En fin, el nuevo Texto Constitucional fue aprobado mediante referendo popular celebrado el día 15 de diciembre de 1999. En dicho referendo, votaron 4.819.786 de los 10.940.596 electores inscritos, es decir, sólo el 42,3% de los mismos, habiéndose producido una abstención del 57,7%. De los votos válidos, votaron “sí” el 71,8% y votaron “no” el 28,2%¹⁹⁶. Una vez realizado el referendo, la Constitución fue proclamada por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de diciembre de 1999¹⁹⁷, y entró en vigencia el 30 de ese mismo mes y año, fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial*¹⁹⁸.

A continuación expondremos los aspectos más relevantes de la Constitución en cuanto a las innovaciones introducidas en el sistema constitucional, a las reformas más destacadas en relación con el texto de 1961 y a las críticas que ameritan.

196 Véase José E. Molina y Carmen Pérez Baralt, “Procesos Electorales. Venezuela, abril, julio y diciembre 1999”, en CAPEL-HIDH, *Boletín Electoral Latinoamericano*, N° XXII, *cit.*, pp. 67 y ss.

197 Véase Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, *Noviembre 1999-Enero 2000*, Sesión de 20-12-99, N° 49, pp. 5 y 6. En la ocasión de la proclamación de la Constitución, firmamos su texto al haber aprobado popularmente, pero exigimos indicará nuestra reserva y votos salvados. Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, 1ª Edición, Caracas 2000, p. 392.

198 *Gaceta Oficial* N° 36.860 de 30-12-99.

II. ALGUNAS INNOVACIONES RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

1. *La denominación de la República como República Bolivariana de Venezuela*

La innovación más destacada del artículo 1º de la Constitución de 1999, es la denominación de la República como “República Bolivariana de Venezuela”, sobre lo cual pueden darse múltiples interpretaciones.

Esta denominación había sido propuesta por el Presidente de la República, en el texto *Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República*, (Caracas 05-08-99), la cual fue rechazada en la primera discusión del Proyecto de Constitución, por abrumadora mayoría. Ello, sin embargo, cambió radicalmente en la segunda discusión¹⁹⁹.

Ahora bien, el anterior nombre de “República de Venezuela”, nos había acompañado durante toda nuestra historia política constitucional desde 1811 cuando se constituyó la Confederación de Estados de Venezuela, con la sola excepción del período constitucional que transcurrió desde el Congreso de Angostura en 1819, y la reconstitución de la República de Venezuela por la Convención de Valencia de 1830. En 1819, en efecto, el Libertador hizo sancionar por el Congreso, la Ley Fundamental de la República de Colombia y luego, en 1821, la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia²⁰⁰ con las cuales se decretó la desaparición de la República de Venezuela, lo que se consolidó en 1821 cuando la Constitución de Cúcuta estableció la “República de Colombia” cuyo territorio comprendió tanto el de la Capitanía General de Venezuela como el del Virreinato de Nueva Granada. Esa ha sido la única “República Bolivariana” en la historia de América Latina, con la cual se hizo realidad parte de lo que había sido el sueño del Libertador en cuanto a la unión de los pueblos de América.

La idea de la República Bolivariana, por tanto, históricamente y de acuerdo con la concepción del Libertador Simón Bolívar apunta a una organización política que implicó la desaparición de Venezuela como Estado, por lo que bajo dicho ángulo, el cambio de nombre era totalmente inadmisibles y contrario a la misma idea de independencia del país.

199 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, Sesión de 12-11-99, Nº 42, pp. 4 a 6. Véase además, nuestro voto salvado sobre este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, (18 octubre- 30 noviembre 1999), Caracas 1999, p. 251

200 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997, pp. 373 a 376.

Pero además, en la concepción de la distribución del Poder Público, la República que organiza la Constitución de 1999, como “Estado federal descentralizado” (art. 4), también puede considerarse como antibolivariana. Bolívar fue un crítico feroz a la forma federal del Estado y por ello propugnó el centralismo para su organización²⁰¹.

Así, en el Manifiesto de Cartagena, en 1812, al año siguiente de la sanción de la Constitución de la Confederación de los Estados de Venezuela de 1811 que instauró un sistema federal de gobierno, escribió:

Lo que debilitó más el Gobierno de Venezuela fue la forma federal que adoptó, siguiendo las máximas exageradas de los derechos del hombre, que autorizándolo para que se rija por sí mismo, rompe los pactos sociales, y constituye a las naciones en anarquía. Tal era el verdadero estado de la Confederación. Cada Provincia se gobernaba independientemente; y a ejemplo de éstas, cada ciudad pretendía iguales facultades alegando la práctica de aquéllas, y la teoría de que todos los hombres y todos los pueblos gozan de la prerrogativa de instituir a su antojo el gobierno que les acomode”... “El sistema federal, bien que sea el más perfecto y más capaz de proporcionar la felicidad humana en la sociedad, es, no obstante, el más opuesto a los intereses de nuestros nacientes Estados²⁰².

Como se ha dicho, frente al esquema federal, el Libertador propugnaba una forma de Estado centralizada. Por ello afirmaba, en el mismo Manifiesto de Cartagena,:

Yo soy de sentir que mientras no centralicemos nuestros gobiernos americanos, los enemigos obtendrán las más completas ventajas; seremos indefectiblemente envueltos en los horrores de las disensiones civiles, y conquistados vilipendiosamente por ese puñado de bandidos que infestan nuestras comarcas²⁰³.

Posteriormente, en 1815, en su famosa Carta de Jamaica, insistió el Libertador en sus críticas al sistema federal al constatar que:

Así como Venezuela ha sido la república americana que más se ha adelantado en sus instituciones políticas, también ha sido el más claro ejemplo de la ineficacia de la forma democrática y federal para nuestros nacientes estados²⁰⁴.

201 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Ideas Centrales sobre la organización del Estado en la obra del Libertador y sus proyecciones contemporáneas” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, enero-junio 1984, N° 95-96, pp. 137 y ss.

202 Véase el texto en Simón Bolívar, *Escritos Fundamentales*. Caracas 1982, pp. 61 y 62

203 *Idem*, p. 63

204 *Idem*, p. 97

Posteriormente, en 1819, expresaba en su discurso de Angostura: “Cuanto más admiro la excelencia de la Constitución Federal de Venezuela, tanto más me persuado de la imposibilidad de su aplicación a nuestro estado”²⁰⁵.

El magnífico sistema federativo decía, “no era dado a los venezolanos ganarlo repentinamente al salir de las cadenas. No estábamos preparados para tanto bien; el bien como el mal, da muerte cuando es súbito y excesivo”.

Y agregaba

Horrorizado de la divergencia que ha reinado y debe reinar entre nosotros por el espíritu sutil que caracteriza al gobierno federativo, he sido arrasado a rogarnos para que adoptéis el centralismo y la reunión de todos los estados de Venezuela en un República sola, e indivisible...²⁰⁶.

Este criterio político del Libertador a favor del centralismo lo acompañó hasta el fin de sus días. Así lo vemos expuesto en 1829 en una carta que envió desde Guayaquil a su antiguo edecán general Daniel Florencio O’Leary, al calificar al sistema federal, como la “...anarquía regularizada, o más bien es la Ley que prescribe implícitamente la obligación de disociarse y arruinar el Estado con todos sus individuos”, lo que lo llevó a afirmar rotundamente: “Yo pienso que mejor sería para la América adoptar el Corán que el gobierno de los Estados Unidos, aunque es el mejor del mundo...”²⁰⁷.

Nada Bolivariana, por tanto, es una república que se constituya como un Estado Federal Descentralizado (art.4), por lo que la denominación es engañosa.

El cambio de nombre, por tanto, en nuestro criterio sólo tiene una motivación y es la de carácter político partidaria, partisana o partidista que deriva de la denominación inicial del Movimiento político que estableció el Presidente de la República y que, como partido político, pretendió funcionar con el nombre de “Movimiento Bolivariano 200”, denominación que tuvo que ser cambiada por exigencias de la Ley Orgánica del Sufragio. El partido del Presidente de la República entonces es el “partido bolivariano” que pretende incluso consolidarlo como “partido militar” y es por ello que se le pretendió imponer como nombre de la República.

Ello debe ser rechazado no sólo por ser antibolivariano (no se olvide que el último grito del Libertador, en la víspera de su muerte, fue por que cesaran los partidos) sino porque pretende consolidar, desde el primer artículo de la Constitución, la supuesta división del país, entre bolivaria-

205 *Idem*, p. 120

206 *Idem*, p. 140

207 *Idem*, p. 200 y 201

nos y los que no lo son; entre patriotas y realistas; entre buenos y malos; entre puros y corruptos; entre revolucionarios y antirrevolucionarios; y todo ello manipulando la historia y los sentimientos populares con el control del Poder.

2. *El Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia*

El artículo 2 de la Constitución define a Venezuela como un Estado democrático y social de derecho y de justicia, denominación que con el agregado respecto del Estado de justicia, sigue la tradición del constitucionalismo contemporáneo, tal como está expresado, por ejemplo, en la Constitución española (art. 1º), en la Constitución de Colombia (art. 1º) y en la Constitución de la República Federal de Alemania (art. 20,1)²⁰⁸.

La idea de Estado social es la de un Estado con obligaciones sociales, de procura de la justicia social, lo que lo lleva a intervenir en la actividad económica y social, como Estado prestacional. Tal carácter social deriva principalmente del valor fundamental de la igualdad y no discriminación que deriva del Preámbulo y del artículo 1º de la Constitución, que además de derecho fundamental (art. 21) es el pilar de actuación del Estado (art. 2); y de la declaración del principio de la justicia social como base del sistema económico (art. 299)²⁰⁹.

El Estado democrático, es el que fundamenta toda la organización política de la Nación en el principio democrático. Ello deriva también del Preámbulo (sociedad democrática) y de los artículos 2, 3, 5 y 6 de la Constitución. El primer valor, por tanto, del constitucionalismo es la democracia, quedando plasmado el Estado democrático en los principios fundamentales del texto constitucional, comenzando por la forma de ejercicio de la soberanía mediante mecanismos de democracia directa y de democracia representativa²¹⁰.

El Estado de derecho es el Estado sometido al imperio de la Ley como lo señala el Preámbulo, es decir, el Estado sometido a la legalidad. Ello deriva no sólo del principio de la supremacía constitucional consagrado en el artículo 7 y del sometimiento de los órganos del Poder Público a la Constitución y las leyes (art. 137), sino de los sistemas de control de constitucionalidad (arts. 334 y 336) y de control contencioso-administrativo (art. 259) que constituyen la garantía de la Constitución²¹¹.

208 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 septiembre-17 de octubre 1999), Caracas 1999, cit., pp. 21, 30 y 31.

209 Véase lo expuesto sobre el tema en Allan R. Brewer-Carías, *Evolución histórica del Estado, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 508, 513 a 516, y 593 y ss.

210 *Idem*, pp. 507, 510 a 513, y 599.

211 *Ibidem*, pp. 509, 516 a 521, y 600.

Por último, el Estado de justicia es el Estado que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal, estableciendo no sólo el valor justicia en el Preámbulo y en el artículo 1º, sino regulando expresamente el derecho de acceso a la justicia y a la obtención de una tutela efectiva de los derechos e intereses de las personas, organizando unos tribunales que deben garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (art. 26).

3. *La forma del Estado: la “Federación descentralizada”*

La forma del Estado venezolano durante toda su existencia desde 1811, puede decirse que ha sido la federal, lo que implica el reconocimiento de autonomías territoriales en el nivel intermedio, es decir, de los Estados federados y, antes de 1864, de las entonces denominadas Provincias. En esa fecha, precisamente el triunfo de la Revolución federal condujo a la adopción definitiva de la forma federal del Estado, que sustituyó a la fórmula mixta de 1830, que a la vez había sustituido a la “Confederación” de 1811; adoptándose la denominación de la República como “Estados Unidos de Venezuela”, la que se conservó hasta 1953.

Pero la Federación venezolana, a partir de 1901, cuando se produce el colapso del sistema de Estado federal liberal que se había instaurado en 1864, comenzó a ser una Federación centralizada, habiéndose centralizado el Estado en todos los órdenes²¹². El centralismo estatal continuó a pesar del cambio político de 1946 y 1958, desarrollándose a partir de esa fecha la forma democrática de la Federación centralizada que hemos tenido en las últimas décadas.

La gran transformación política que había que establecer en la Constitución de 1999 era, por tanto, sustituir efectivamente la Federación centralizada por una Federación descentralizada, tal y como lo propusimos formalmente a la Asamblea Nacional Constituyente²¹³.

212 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución histórica del Estado, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Caracas-San Cristóbal 1996, pp. 351 y ss.; y en Allan R. Brewer-Carías, “El desarrollo institucional del Estado Centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas” en *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, N° 227 y 228, Madrid 1985, pp. 487 a 514 y 695 a 726, respectivamente.

213 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 155 a 170; y Tomo II, *op. cit.*, pp. 227 a 233.

Grandes esfuerzos se hicieron en la materia, pero la reforma y profundización de la descentralización política como forma de perfeccionar la democracia que debió ser el tema central del debate constituyente²¹⁴, no pasó del nominalismo expresado tanto en el Preámbulo como en el artículo 4 que precisa que “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución”; fórmula más o menos similar a la del artículo 2 de la Constitución de 1961 que decía que “La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución”.

En uno u otro caso, “los términos consagrados por la Constitución” son la clave para determinar efectivamente el grado de descentralización del Estado y, por tanto, de la Federación; y la comparación entre unos y otros “términos” revela muy poca diferencia.

En la Constitución de 1999, salvo en el nominalismo, no se avanzó mayormente en relación con lo que existía en el texto de 1961. En realidad, sólo se constitucionalizaron aspectos ya establecidos en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, que ya tenía rango de ley constitucional en lo que se refería a la transferencia a los Estados de competencias del Poder Nacional²¹⁵.

Pero no hubo los avances y transformaciones necesarias para hacer realidad la descentralización de la Federación, como era el cambio necesario en la distribución de los recursos tributarios hacia los Estados; y más bien se retrocedió institucionalmente al eliminarse el Senado y establecerse una Asamblea Nacional Unicameral (art. 186), y al permitirse la limitación por ley nacional de la autonomía de los Estados (art. 162) y de los Municipios (art. 168), lo que es negar, de entrada, la idea misma de descentralización política que está basada en el concepto de autonomía territorial, precisamente entre los entes políticos-territoriales.

En consecuencia, la denominación de “Federación descentralizada” para identificar la forma del Estado es, sin duda, un avance nominal, pero en los términos establecidos en la Constitución, lo que no significa realmente avance alguno, sino consolidación y mantenimiento parcial de reformas que se venían realizando desde 1989, con algunos retrocesos.

214 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 269 y ss.

215 Véase Carlos Ayala Corao, “Naturaleza y alcance de la descentralización estatal” en Allan R. Brewer-Carías y otros, *Leyes para la Descentralización Política de la Federación*, Caracas 1994, pp. 99 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas 1999, pp. 122 y ss.

4. *La soberanía popular y el régimen democrático*

El artículo 5° de la Constitución, establece lo siguiente:

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.

Con esta norma, que sigue la tradición republicana iniciada en 1811 y que se reflejaba en el artículo 4 de la Constitución de 1961, se consagran los principios fundamentales de la soberanía del pueblo y del régimen democrático²¹⁶, en particular, el concepto de representatividad política con el agregado de la participación.

Este artículo se complementa con el artículo 62 que consagra el derecho de todos los ciudadanos “de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes”.

A. *La soberanía del Pueblo*

El principio más importante del constitucionalismo moderno, derivado de las Revoluciones francesa y norteamericana de fines del Siglo XVIII, sin duda, es el principio que permitió el traslado efectivo de la soberanía, como suprema potestad de mando y gobierno de una Nación, de un Monarca absoluto, al pueblo²¹⁷.

A partir de esas Revoluciones, la soberanía comenzó a residir en el pueblo; concepto que influyó directamente en el constitucionalismo latinoamericano, recogido desde la Constitución venezolana de 1811.

El artículo 5 de la Constitución de 1999 agrega, sin embargo, la expresión de que la soberanía debe residir “intransferiblemente” en el pueblo, lo que recoge el espíritu de la norma del artículo 145 de la misma Constitución de 1811. Es decir, la soberanía sólo y siempre reside en el pueblo y nadie puede asumirla, ni siquiera una Asamblea Constituyente la cual, por supuesto, nunca podría ser “soberana” y menos aún “soberanísima” como tantas veces e impropriamente se calificó a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999²¹⁸. En la Constitución de 1999, incluso se señala, al regularse la Asamblea Nacional Constituyente, que “el pueblo de

216 Véase nuestra propuesta en relación con este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 183 a 199.

217 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Caracas 1992, pp. 90 y ss. y 186 y ss.

218 Véase los comentarios críticos sobre esto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

Venezuela es el depositario del poder constituyente originario” (art. 347) el cual, por tanto, no puede jamás ser transferido a Asamblea alguna.

B. *La democracia representativa*

Por supuesto, la consagración constitucional del principio de la soberanía popular y su carácter intransferible condujo, en el mundo moderno, al desarrollo del principio de la democracia representativa, en el sentido de que el pueblo, quien es titular de la soberanía, normalmente la ejerce mediante representantes. Soberanía popular y democracia representativa son, por tanto, principios consustanciales e indisolubles, razón por la cual es imposible consagrar la soberanía popular, en régimen democrático, sin el principio de la democracia representativa²¹⁹.

La representatividad, en sí misma, es de la esencia de la democracia, y los vicios de aquella lo que exigen es perfeccionarla, pero no eliminarla. Por ejemplo, el gran problema derivado del sistema político de la democracia de partidos es que la representatividad democrática no ha correspondido realmente al pueblo, sino a los partidos políticos. La crisis que de ello deriva y que afecta la representatividad democrática, por tanto, no puede conducir a su eliminación, sino a su perfeccionamiento. Ello exigía, en nuestro criterio, superar el único sistema electoral que hemos tenido en las últimas décadas, el de la representación proporcional que conduce a la representación de partidos. Lamentablemente, en la Constitución de 1999 es el único sistema electoral que sigue teniendo rango constitucional (art. 63), por lo que el principio de la democracia representativa corre el riesgo de seguir atado a los partidos políticos.

Al contrario, el perfeccionamiento de la democracia exige ampliar el radio de la representatividad para permitir que el pueblo, sus lugares y comunidades encuentren representación directa en las Asambleas representativas y ello sólo se logra descentralizando el poder y estableciendo un sistema uninominal de elección, que conduce a la representatividad territorial.

En todo caso, en el artículo 5 de la Constitución queda claro que la soberanía, que reside en el pueblo en forma intransferible, se ejerce “indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público”, precisando el artículo 62 el derecho de los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos “por medio de sus representantes elegidos”.

De ello deriva, por tanto, que la representatividad democrática siempre tiene que tener su fuente en elecciones populares (art. 70), y que

219 Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

éstas están destinadas a elegir los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público que, por supuesto, son los que establece la Constitución conforme a los principios de distribución y separación del Poder Público (art. 136).

Sin embargo, en el texto de la Constitución de 1999 se eliminó del léxico constitucional la palabra “representativo” cuando se califica al gobierno democrático²²⁰; en el artículo 6, donde se dice que es “participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”; y en la práctica y discurso políticos se ha pretendido que hay que sustituir la “democracia representativa” por una “democracia participativa”²²¹.

Pero la verdad es que no existe democracia que no sea representativa. Es de la esencia del régimen político democrático la idea de representación, de manera que el pueblo, titular de la soberanía, no la ejerce directamente, sino a través de representantes. Ni en la democracia griega existió un sistema que se hubiese reducido a la democracia directa que supuestamente ejercía el pueblo, reunido en Asamblea. El gobierno de la ciudad griega, la verdad, estaba en manos de Magistrados que si bien no eran representantes pues no eran electos en votación, ejercían su mandato por designación de las Asambleas, por sorteo, incluso como una carga ciudadana²²².

No hay que remontarse a la democracia griega para entender que en el mundo moderno y contemporáneo, simplemente no existe ni ha existido la posibilidad del ejercicio de la democracia como régimen político que no sea mediante representantes electos.

La democracia, por tanto, siempre es representativa. Puede ser más o menos participativa en tanto y en cuanto se permita la participación directa del pueblo en la gestión de los asuntos públicos o en la toma de decisión sobre determinadas cuestiones, pero lo que no puede es dejar de ser representativa.

Sin embargo, la Constitución de 1999 pretendió haber instaurado una democracia participativa, lo que es totalmente falso, pues democracia

220 Véase nuestro voto salvado por la omisión en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, Sesión de 12-11-99, Nº 42, p. 7.

221 En la Cumbre Presidencial de las Américas de Québec, celebrada en abril de 2001, el Presidente Chávez formuló objeciones al Proyecto de Carta Democrática de la OEA pretendiendo que se sustituyera democracia representativa por democracia participativa. Véanse las referencias en Luis Henrique Ball, “Nadando contra la corriente en Québec”, *El Universal*, Caracas 27-04-01, p. 2-11; y Adolfo R. Tayardat, “La pírrica victoria de San José”, *El Nacional*, Caracas 16-06-01, p. A-8. En todo caso dicha posición fue abandonada y el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela en agosto de 2001 manifestó su acuerdo con la definición de democracia representativa en la referida Carta Democrática. Véase *El Nacional*, Caracas 28-08-01, p. A-2.

222 Véase, por ejemplo, Bernard Manin, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid 1998, p. 58

representativa no se opone a democracia participativa. Es una ilusión engañosa y más aún cuando se pretende reducir la participación democrática a los referendos, que en realidad son manifestaciones de democracia directa. La Constitución de Venezuela los consagra todos (consultivas, aprobatorios, abrogatorios y revocatorios) (arts. 78 y sigts.), pero el participar en un referendo no puede conducir a pensar que exista una “democracia participativa”, máxime cuando la realización de referendos constituyen hechos realmente excepcionales.

En todo caso, lo grave de todo este engaño radica en la incomprensión del verdadero sentido de la democracia participativa; incomprensión no necesariamente derivada de la ignorancia, sino en muchos casos, por razones de ejecución de un proyecto político que basado en un pretendido apoyo popular, pretende acaparar el poder y consolidarlo como hegemónico, concentrado y autoritario, todo lo contrario a lo que impone un régimen democrático.

La democracia para que sea participativa, tiene que ser una forma de vida y su ejercicio tiene que ser cotidiano. Para que el ciudadano pueda participar en los asuntos públicos, como cosa regular, tiene que tener acceso al poder, lo tiene que tener cerca, lo que implica un bien arraigado y desarrollado sistema de gobierno local, en cada lugar, asentamiento urbano o rural. La lugarización, en definitiva, es el instrumento único para la participación política²²³.

Pero descentralizar, creando autoridades locales en los niveles territoriales más pequeños, implica desparramar el poder. Todo lo contrario a la concentración del Poder y al centralismo que se están desarrollando al amparo de la Constitución de 1999, a pesar de que se la proclame como reguladora de la “democracia participativa”. De lo que se trata, en definitiva, es de la utilización de una Constitución engañosa para que en nombre de la sustitución de la democracia representativa por una supuesta democracia participativa, se acabe con la propia democracia como régimen político sustituyéndola por un régimen autoritario, centralizador y concentrador del Poder.

En todo caso, en contraste con esa política, debe destacarse, por ejemplo, que la Constitución establece una forma de participación de la sociedad civil, absolutamente excepcional en el derecho comparado, en la gestión de los asuntos públicos, al establecer que la postulación para cargos de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, de los Miembros del Consejo Nacional Electoral, del Defensor del Pueblo, del Contralor General de la República y del Fiscal General de la República debe hacerse ante la Asamblea Nacional, por sendos Comités de Postulaciones integra-

223 Véase Francisco González, *Lugarización y globalización*, La Quebrada, 2001.

dos por “representantes de los diferentes sectores de la sociedad” (arts. 270, 295 y 279).

Lamentablemente, sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 30-06-00 (Nº 656), al declarar improcedente una acción de amparo interpuesta el 31 de mayo de 2000 por el Defensor del Pueblo, contra la Comisión Legislativa Nacional que había creado la Asamblea Nacional Constituyente el 22-12-99, por la amenaza de designación de los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral, en sustitución de los que había designado la Asamblea Nacional Constituyente y que habían fracasado en la organización de las elecciones de marzo de 2000 para la elección de los diputados a la Asamblea Nacional; resolvió que para tal designación provisoria, la referida Comisión Legislativa “no tendría que ceñirse a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, agregando que en virtud de:

La transitoriedad hacia la instalación de la Asamblea Nacional, así como en la elección sobrevenida de los miembros provisorios del Consejo Nacional Electoral, no es obligante para la Comisión Legislativa Nacional ceñirse al artículo 296 de la vigente Constitución. Igualmente no será necesario para la Comisión Legislativa Nacional la aplicación estricta de dicho artículo para la elección de otros miembros provisorios del Consejo Nacional Electoral”.

En esta forma quedó ilusoria la participación de la sociedad civil, ilusión que se repitió posteriormente en sentencia de la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de fecha 12-12-2000 dictada con motivo de la impugnación, por parte del mismo Defensor del Pueblo, de la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional²²⁴.

C. *La instrumentos de la democracia directa*

Las críticas a la democracia representativa, fundamentadas más por la forma y carácter de la representación, que por la representatividad misma, en todo caso provocó la introducción de reformas para fomentar la participación popular directa en la conducción de los asuntos públicos, sin la intermediación o mediatización de partidos o de asambleas; como ha venido sucediendo en los regímenes democráticos contemporáneos, para consagrar vías de democracia directa.

224 Véanse los comentarios a esta sentencia en pp. 393 y ss. de este libro.

En este esquema es que se inserta el agregado del artículo 5° de la Constitución, comparativamente con la tradición constitucional venezolana que reducía el ejercicio de la soberanía al concepto de representación, en el sentido de que la soberanía también la puede ejercer el pueblo “directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la Ley”, regulándose a la vez, el derecho de participar “directamente” en los asuntos públicos (art. 62).

Estas formas, por lo demás, se enumeran en el artículo 70 de la Constitución, al describirse los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, así:

...en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante....

5. *El estatuto de las personas y de los ciudadanos*

Para que exista un Estado no sólo es necesario un territorio con un sistema de organización política, sino por sobre todo un pueblo asentado en el mismo, compuesto por personas con derechos y obligaciones. Por tanto, como uno de los elementos fundamentales de la organización política del Estado, está el estatuto de las personas y de los ciudadanos, a quienes corresponde el ejercicio de los derechos políticos.

Las personas, en cualquier Estado, se dividen en general en extranjeros y nacionales, es decir, en personas que no tienen vínculo jurídico esencial con el Estado y las que si lo tienen. Por ello, el artículo 45 de la Constitución de 1961 establecía que “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los venezolanos, con las limitaciones o excepciones establecidas por esta Constitución y las leyes”. Esta norma, sin embargo, desapareció del texto constitucional y nada se establece en la Constitución de 1999. No obstante, es evidente que el principio sigue rigiendo en la forma expresada, derivada del derecho fundamental a la igualdad ante la ley (art. 21) y de la regulación expresa de la nacionalidad y ciudadanía, lo que por exclusión permite construir el régimen de los extranjeros.

A. *El régimen de la nacionalidad*

A pesar de las propuestas por modernizar el régimen de la nacionalidad²²⁵, en la Constitución 1999 no se avanzó mayormente en cuanto a la regulación del *jus soli* y del *jus sanguinis* como elementos determinantes de la nacionalidad, en relación con el régimen de la Constitución de 1961, los cuales en general, siguen teniendo una consagración de carácter absoluto²²⁶.

En cuanto a la regulación de la nacionalidad venezolana por naturalización, el régimen de la Constitución de 1999 sigue la orientación de las normas de la Constitución de 1961, con algunas modificaciones en cuanto a la exigencia constitucional de al menos 10 años de residencia para obtener la carta de naturaleza; en cuanto al vínculo de la naturalización derivado del matrimonio, que ahora no sólo beneficia a la extranjera casada con venezolano sino también al extranjero casado con venezolana, aún cuando con el agregado de un número de años de matrimonio para restringir las posibilidades de fraude a la Constitución; y en cuanto a las facilidades especiales para los naturales de países latinoamericanos y del Caribe y de España, Portugal e Italia, respecto de los cuales se reduce el término de residencia para la obtención de la carta de naturaleza.

La innovación constitucional más importante respecto del régimen de la nacionalidad, es el de la admisión de la doble nacionalidad, es decir, que los venezolanos, sea por nacimiento o por naturalización, puedan tener otra nacionalidad sin perder la venezolana²²⁷.

Este principio, consagrado en el artículo 34 al prescribir que “la nacionalidad venezolana no se pierde al optar o adquirir otra nacionalidad”, cambia radicalmente el régimen anterior, conforme al cual, de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución de 1961, la nacionalidad venezolana se perdía por opción o adquisición voluntaria de otra nacionalidad.

De acuerdo con el espíritu y propósito del nuevo régimen, por supuesto, que para que se otorgue la nacionalidad venezolana mediante carta de naturaleza no podría exigirse al interesado que renuncie a su nacionalidad de origen, la cual en lo que concierne a Venezuela puede conservarla conforme al régimen de la misma en el país de origen. Sobre esto debe señalarse, por último, que al avance constitucional al permitir la posibili-

225 Véase nuestra propuesta presentada por la Comisión de Nacionalidad y Ciudadanía de la Asamblea, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* pp. 45 a 74

226 Véase sobre el tema Allan R. Brewer-Carías, *El régimen jurídico administrativo de la Nacionalidad y Ciudadanía venezolana*, Caracas, 1965; Allan R. Brewer-Carías, *Derechos y Garantías Constitucionales, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo IV, Caracas-San Cristóbal 1996, p. 19 a 42.

227 Véase nuestro voto salvado en relación con la redacción original de esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Idem*, p. 254.

dad de los venezolanos de tener doble nacionalidad, se restringe en cuanto al ejercicio de altos cargos públicos al exigir la Constitución no sólo la nacionalidad originaria, sino como única nacionalidad (art. 41).

B. *El régimen de la ciudadanía*

La ciudadanía es el vínculo político que se establece entre una persona y el Estado, que le permite participar en el sistema político. Por ello, el ciudadano es esencialmente el venezolano. De allí lo indicado en el artículo 39 de la Constitución, cuyo texto es una innovación en relación a lo que establecía la Constitución de 1961²²⁸, así:

Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos de acuerdo con esta Constitución.

La condición de ciudadano, por tanto, corresponde a los venezolanos hábiles en derecho, no sujetos a interdicción civil ni a inhabilitación política (como pena accesoria a la pena principal en el campo penal) y, por supuesto, en las condiciones de edad previstas en la Constitución, que no son uniformes. Por ejemplo, para ejercer el derecho al sufragio basta ser mayor de 18 años (art. 64), pero para ser Gobernador se requiere ser mayor de 25 años (art. 160); para ser Diputado a la Asamblea Nacional y legislador estatal se requiere ser mayor de 21 años (arts. 188 y 162); para ser Alcalde se requiere ser mayor de 25 años (art. 174); para ser Presidente y Vicepresidente de la República se requiere ser mayor de 30 años (arts. 227 y 238), al igual que para ser Defensor del Pueblo (art. 280) y Contralor General de la República (art. 288); y para ser Ministro se requiere ser mayor de 25 años (art. 244).

Asimismo, en cuanto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 263), al Procurador General de la República (art. 249) y al Fiscal General de la República (art. 284), la Constitución exige al menos tener 35 años, lo que deriva de las condiciones que regula para ejercer dichos cargos.

La consecuencia de regular expresamente en la Constitución a la ciudadanía, es la reserva que hace el artículo 40, de los derechos políticos como privativos de los venezolanos, salvo las excepciones establecidas en

228 Véase nuestra propuesta en este sentido, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* p. 64 y ss. Véase nuestro voto salvado en la primera discusión, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* p. 145.

la Constitución; las cuales se refieren sólo a la posibilidad, para los extranjeros, de votar en las elecciones locales (art. 64).

Del artículo 40 también deriva el principio constitucional de la igualdad entre venezolanos por nacimiento y venezolanos por naturalización en cuanto al ejercicio de los derechos políticos, “con las excepciones establecidas en la Constitución”. Estas excepciones, en general, se establecen en el artículo 41 que dispone que sólo los venezolanos por nacimiento y sin otra nacionalidad, podrán ejercer los cargos de Presidente de la República, Vicepresidente Ejecutivo, Presidente y Vicepresidentes de la Asamblea Nacional, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la República, Contralor General de la República, Fiscal General de la República, Defensor del Pueblo, Ministros de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; Gobernadores y Alcaldes de los Estados y Municipios fronterizos y aquellos contemplados en la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional.

Por otra parte, para ejercer los cargos de Diputado a la Asamblea Nacional, Ministro, Gobernadores y Alcaldes de Estados y Municipios no fronterizos, la Constitución exige que los venezolanos por naturalización deben tener domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de quince años y cumplir los requisitos de aptitud previstos en la ley (art. 41).

Las excepciones antes indicadas que afectan a los venezolanos por naturalización, sin embargo, desaparecen en el supuesto regulado en el artículo 40, equivalente al artículo 45 de la Constitución de 1961, que establece que:

Gozan de los mismos derechos de los venezolanos y venezolanas por nacimiento los venezolanos y venezolanas por naturalización que hubieren ingresado al país antes de cumplir los siete años de edad y residido en él permanentemente hasta alcanzar la mayoría.

6. *La supremacía constitucional*

Dentro de los principios fundamentales de la organización del Estado, otro de los que son esenciales al constitucionalismo moderno, es el de la supremacía constitucional, el cual propusimos se consagrara expresamente en el texto constitucional²²⁹.

De allí deriva el artículo 7 de la Constitución, en el cual se expresa lo que no tiene dudas, que “la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”, y que “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

229 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, p. 24.

La idea de la Constitución, como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico se acompaña, así, con la prescripción expresa de la obligatoriedad de sus normas para todos los órganos que ejercen el Poder Público y los particulares.

La consecuencia de la consagración expresa del principio de la supremacía constitucional es la previsión del control difuso y concentrado de la constitucionalidad de las leyes²³⁰; y por la otra, la obligación de todos los jueces de asegurar la integridad de la Constitución (art. 334)²³¹.

7. *Régimen constitucional de la integración económica regional*

En el artículo 153 de la Constitución de 1999, el proceso de integración económica latinoamericano y andino, en particular, encontró fundamento constitucional en Venezuela. La precaria previsión del artículo 108 de la Constitución de 1961, en nuestro criterio impedía a Venezuela ingresar decididamente al proceso²³². Por ello propusimos a la Asamblea la incorporación de una norma expresa destinada a la materia²³³, habiéndose en consecuencia regulado el tema en el artículo 153, del cual deriva: en *primer lugar*, la creación de órganos supranacionales, a los cuales se pueden atribuir competencias que la Constitución asigna a los órganos del Poder Público, para que pueda existir un derecho comunitario; y *segundo lugar*, que las normas comunitarias no sólo tienen aplicación directa e inmediata en el derecho interno, desde que se considera que son parte integrante del ordenamiento legal vigente, sino que tienen aplicación preferente en relación a las leyes nacionales que se les opongan.

8. *El régimen de la seguridad y defensa de la Nación*

En esta materia, la Constitución de 1999, sin duda, contiene un cambio sustancial respecto de la Constitución de 1961, la cual sólo contenía tres disposiciones relativas al tema: la que regulaba el régimen de las armas (art. 133) con antecedentes en la Constitución de 1901; la que establecía la prohibición del ejercicio simultáneo de la autoridad civil y la militar por un mismo funcionario, con excepción del Presidente de la República quien es Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas por razón de su cargo (art.

230 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Justicia Constitucional, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII, Caracas-San Cristóbal, 1997, Véase los comentarios en pp. 323 y ss. de este libro.

231 Véase la Sexta Parte de este libro.

232 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Implicaciones constitucionales del proceso de integración económica regional*, Caracas, 1997.

233 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 171 a 182

131); y la que regulaba en general a las Fuerzas Armadas (art. 132).

En la nueva Constitución, el régimen de la seguridad y defensa aparece con una normativa más militarista, en una forma que no tiene antecedentes en nuestro constitucionalismo²³⁴.

A. *La competencia estatal y de la población*

El artículo 322 de la Constitución comienza por disponer que la seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, fundamentada en el desarrollo integral de ésta; y su defensa es responsabilidad de los venezolanos y también de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional.

Se destaca, así, el término seguridad de la Nación que se concibe como una función estatal; y la defensa de la Nación como responsabilidad de todas las personas naturales y morales que se encuentren en el territorio nacional.

B. *Los principios de la seguridad de la Nación como corresponsabilidad entre el Estado y la Sociedad Civil*

En cuanto a la seguridad de la Nación, como concepto constitucional, a pesar de la concepción estatista que se establece en el artículo 322 como responsabilidad esencial del Estado; en el artículo 326 se establece que la misma se fundamenta en la *corresponsabilidad* entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. Todos estos principios, por supuesto, son los que están enumerados en los artículos 1, 2 y 3 de la propia Constitución.

El principio de la corresponsabilidad que se establece en la norma, en todo caso, se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar.

Como se ha dicho, el artículo 327 también regula a los efectos de la aplicación de los principios de seguridad de la Nación, un régimen específico para las fronteras.

²³⁴ Véase nuestros votos salvados sobre diversas normas del Título en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 228 a 233 y 303 a 306.

C. *Los órganos de Seguridad y Defensa*

La Constitución de 1999 crea, con rango constitucional (art. 323), al Consejo de Defensa de la Nación como el máximo órgano de consulta para la planificación y asesoramiento del Poder Público en los asuntos relacionados con la defensa integral de la Nación, su soberanía y la integridad de su espacio geográfico y para establecer el concepto estratégico de la Nación.

El referido Consejo está presidido por el Presidente de la República y lo conforman, además, el Vicepresidente Ejecutivo, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, el Presidente del Consejo Moral Republicano y los Ministros de los sectores de defensa, seguridad interior, relaciones exteriores y planificación, y otros cuya participación se considere pertinente.

En todo caso, corresponde a la ley orgánica respectiva fijar su organización y atribuciones.

D. *La Fuerza Armada Nacional*

Las antiguas Fuerzas Armadas Nacionales (Ejército, Armada, Aviación y Guardia Nacional), en la Constitución de 1999 pasan a ser una sola institución, la Fuerza Armada Nacional, integrada, sin embargo, conforme al artículo 328, por el Ejército, la Armada, la Aviación y la Guardia Nacional, que funcionan de manera integral dentro del marco de su competencia para el cumplimiento de su misión, con un régimen de seguridad social integral propio, según lo establezca su respectiva ley orgánica.

De acuerdo con el artículo 329, además, el Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación. En cuanto a la Guardia Nacional ésta sólo debe cooperar en el desarrollo de dichas operaciones y tiene como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país.

En todo caso, se establece en la Constitución que la Fuerza Armada Nacional puede ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley.

En el artículo 328 se precisa el carácter de la Fuerza Armada como institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con la Constitución y la ley.

En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación.

No aparece en la Constitución, sin embargo, el carácter apolítico y no deliberante de la Fuerza Armada que establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961, ni la obligación esencial de la Fuerza Armada Nacional de asegurar “la estabilidad de las instituciones democráticas y el respeto a la Constitución y las leyes, cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación”, como lo disponía dicha norma.

En cuanto a los miembros de las Fuerzas Armadas, la Constitución de 1999, como se ha dicho, le otorga el derecho de voto (art. 325), y además precisa que los ascensos militares se obtienen por mérito, escalafón y plaza vacante y son competencia exclusiva de la Fuerza Armada Nacional, aún cuando deben estar regulados por la ley respectiva (art. 331). Se eliminó, así, la previsión de la Constitución de 1961 conforme a la cual los ascensos de altos oficiales debían tener autorización parlamentaria (art. 150, ord. 5°).

E. *Apreciación general: La base constitucional para el militarismo*

Analizada globalmente la normativa anterior, ella pone en evidencia un acentuado esquema militarista cuya combinación con el centralismo y el presidencialismo podría conducir inconvenientemente al autoritarismo.

En efecto, en la Constitución quedó eliminada toda idea de sujeción o subordinación de la autoridad militar a la autoridad civil, consagrándose, al contrario, una gran autonomía de la autoridad militar y de la Fuerza Armada Nacional, unificadas las cuatro fuerzas, con la posibilidad de intervenir en funciones civiles.

Ello se evidencia de las siguientes regulaciones ya indicadas: *primero*, de la eliminación de la tradicional prohibición de que la autoridad militar y la civil no pueden ejercerse simultáneamente, que establecía el artículo 131 de la Constitución de 1961; *segundo*, de la eliminación del control por parte de la Asamblea Nacional respecto de los ascensos de los militares de alta graduación (art. 331), que en el constitucionalismo histórico siempre se había previsto; *tercero*, de la eliminación del carácter no deliberante y apolítico de la institución militar, como lo establecía el artículo 132 de la Constitución de 1961, lo que abre la vía para que la Fuerza Armada, como institución militar, pueda deliberar políticamente e intervenir y dar su parecer sobre los asuntos de los que estén resolviendo los órganos del Estado; *cuarto*, de la eliminación de la obligación de la Fuerza Armada de velar por la estabilidad de las instituciones democráticas

que preveía el artículo 132 de la Constitución de 1961; *quinto*, lo que es más grave aún, de la eliminación de la obligación de la Fuerza Armada de respetar la Constitución y las leyes “cuyo acatamiento estará siempre por encima de cualquier otra obligación”, como lo decía el artículo 132 de la Constitución de 1961; *sexto*, de la atribución de los militares, en forma expresa, del derecho al sufragio (art. 330), lo cual podría ser incompatible, políticamente, con el principio de obediencia; *séptimo*, del sometimiento a la autoridad de la Fuerza Armada de todo lo concerniente con el uso de armas y no sólo las de guerra, lo que se le quita a la Administración civil del Estado (art. 324); *octavo*, de la atribución, en general, a la Fuerza Armada de competencias en materia de policía administrativa (art. 329); *noveno*, del establecimiento del privilegio procesal a favor de los generales y almirantes de que para poder ser enjuiciados, el Tribunal Supremo de Justicia debe declarar previamente si hay o no mérito para ello (art. 266, ord. 3); y *décimo*, de la adopción en la Constitución del concepto ya histórico de la doctrina de la seguridad nacional, como globalizante, totalizante y omnicomprendensiva, conforme a la cual todo lo que acaece en el Estado y la Nación, concierne a la seguridad del Estado, incluso el desarrollo económico y social (art. 326).

Todo lo anterior da origen a un esquema militarista que constitucionalmente es una novedad, pero que puede conducir a un apoderamiento de la Administración civil del Estado por la Fuerza Armada, a la cual, incluso se le atribuye en la Constitución “la participación activa en el desarrollo nacional” (art. 328).

Todo lo anterior, muestra un cuadro de militarismo realmente único en nuestra historia constitucional que ni siquiera se encuentra en las Constituciones de los regímenes militares.

III. ASPECTOS RESALTANTES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Conforme a la tradición constitucional venezolana, la Constitución Política contenida en el texto de 1999, y organiza al Estado con forma federal, mediante un sistema de distribución del Poder Público en tres niveles: Nacional, Estadal y Municipal, atribuyendo su ejercicio a diversos órganos y asignando competencias exclusivas en los tres niveles, además de las competencias concurrentes entre ellos. Establece, además, las bases del sistema político democrático y el régimen de los derechos políticos.

1. *El sistema político*

El sistema político que ha estado vigente en el país durante las últimas décadas ha sido el del Estado centralizado de partidos, donde los partidos políticos asumieron el monopolio de la representatividad y de la participación. El sistema electoral de representación proporcional, en tal sentido, fue el instrumento para asegurar la representatividad exclusiva de los partidos políticos en las asambleas representativas, lo que condujo, por supuesto, a que sólo se pudiera participar en política a través de los partidos²³⁵.

Ese fue el sistema político que entró en crisis en la década de los ochenta y que debía ser cambiado radicalmente con la nueva Constitución. Sin embargo, su articulado, en esta materia²³⁶, si bien abre nuevos espacios para la participación política a través de los referendos, conserva el sistema electoral de representación proporcional como el único de rango constitucional, y con ello el riesgo de que al no cambiar el sistema electoral no cambie el sistema de partidos, que es consecuencia del anterior. El Estado de partidos, por tanto, tiene todas las perspectivas de continuar, pero cambiando, sin embargo, unos partidos por otros.

A continuación, en todo caso, analizaremos las disposiciones más importantes de la nueva Constitución en cuanto al sistema político de democracia participativa que nominalmente se persigue.

A. *El derecho a la participación política*

Como se señaló, la Constitución comienza el Capítulo de los Derechos Políticos con la consagración, en el artículo 62, del derecho a la participación política de todos los ciudadanos, libremente, en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos; en la misma orientación de lo indicado en el artículo 5° de la Constitución, lo que consolida la idea de un sistema político democrático representativo y participativo²³⁷.

Declara, además, la Constitución, que la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tan-

235 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Cambio Político y Reforma del Estado en Venezuela*, Madrid 1975, pp. 202 y ss.

236 Véase los planteamientos que formulamos en relación con la reforma al sistema político y a los derechos políticos en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* p. 119 a 134.

237 Véase nuestra proposición de este artículo en Allan R. Brewer Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* p. 137.

to individual como colectivo; siendo obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para la práctica de la participación.

Por otra parte, el artículo 70 de la Constitución enumera como medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, por una parte, *en lo político*: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones deben ser de carácter vinculante, entre otros; y por la otra, *en lo social y económico*, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

B. *El sistema electoral y la democracia representativa*

a. *El derecho al sufragio y el sistema de escrutinio*

La Constitución regula al sufragio como un derecho (art. 63) eliminándose toda consideración del voto como un deber, como lo disponía la Constitución de 1961 (art. 110)²³⁸.

Este derecho se debe ejercer mediante votaciones libres, universales, directas y secretas, estableciendo la norma que la ley debe garantizar el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional.

Con esto se consagran, a nivel constitucional, dos elementos del sistema electoral que deben destacarse: por una parte, la llamada “personalización del sufragio”, que no es otra cosa que la exigencia de la nominalidad, es decir, del necesario voto por nombre y apellido, sea que el escrutinio sea uninominal, en cuyo caso, no puede ser de otra forma que nominal o personificado, pues se vota por una persona; sea que el escrutinio sea plurinominal, es decir, por listas en una misma circunscripción, donde se elige a varias personas en forma nominal.

Pero por otra parte, constitucionalmente se establece que la ley debe garantizar la representación proporcional, para lo cual se requiere inexorablemente el escrutinio plurinominal, es decir, varios candidatos en una circunscripción electoral. Es decir, la representación proporcional excluye la elección uninominal en la elección de asambleas representativas, lo que

²³⁸ Véase nuestra propuesta sobre el artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* pp. 125.

implica que el sistema electoral que exige garantizar la Constitución es la votación por listas, en circunscripciones plurinominales, en forma nominal.

En este aspecto, en la Constitución tampoco se atacó el otro aspecto del sistema político que requería de una reforma radical, que era la representatividad política y la participación, de manera de romper el monopolio que en esa materia han tenido los partidos políticos.

En efecto, al centralismo de Estado lo ha acompañado como parte del sistema político, el Estado de partidos, en el cual los partidos políticos han sido los únicos mecanismos de participación política y los únicos que han obtenido representantes en los órganos representativos. Ello ha estado asegurado a través del método de escrutinio plurinomial basado en la representación proporcional, el cual como se ha dicho, no sólo no se ha cambiado, sino que es el único consagrado en la Constitución (art. 63). A pesar de que se señale en el texto que debe garantizarse la personalización del voto, ello no cambia la representatividad si se sigue el método de representación proporcional, que conduce a la representación de partidos.

Es decir, este sistema, inexorablemente conduce a la representación de partidos, habiéndose rechazado en la Asamblea nuestra propuesta de perfeccionar la representatividad, mediante escrutinios uninominales, que podrían asegurar la efectiva representación de los territorios y de las comunidades en ellos asentadas, particularmente en las elecciones para Juntas Parroquiales, Concejos Municipales y Consejos Legislativos Estadales²³⁹.

En esta forma, el sistema electoral, constitucionalmente no sufrió cambio alguno, con lo que la representación de los partidos puede continuar dominando la escena política; lo que sin embargo, ha cambiado, son unos partidos por otros, pero no el concepto de representatividad partidaria.

Por último debe señalarse, en relación con la legislación electoral que el artículo 298 de la Constitución establece una restricción temporal en el sentido de que la ley que regule los procesos electorales no puede modificarse en forma alguna en el lapso comprendido entre el día de la elección y los seis meses inmediatamente anteriores a la misma.

b. *Los electores (el derecho a elegir)*

El artículo 64 de la Constitución califica como electores a todos los venezolanos que hayan cumplido 18 años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política.

La Constitución, además, expresamente atribuye a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad, el derecho al

239 Véase nuestra propuesta en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* p. 126; y nuestro voto salvado en relación con esta materia en Allan R. Brewer Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 157 y 257.

sufragio de conformidad con la ley. Los militares, sin embargo, no pueden participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político (art. 330). Esto, sin duda, como se ha dicho, constituye una novedad en nuestro proceso político, en el cual tradicionalmente los militares no han tenido derecho de voto. Ahora habrá que compatibilizar el deber de obediencia derivado de la jerarquía militar, con este derecho al sufragio que podría ser distorsionado mediante ordenes de los superiores²⁴⁰.

Por otra parte, en principio, los extranjeros no tienen derecho de voto. Sin embargo, el mismo artículo 64 de la Constitución regula la excepción al prescribir que el voto para las elecciones municipales, parroquiales y estadales se hará extensivo a los extranjeros que hayan cumplido 18 años de edad, no sujetos a interdicción civil o inhabilitación política, con más de 10 años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley. Se sigue así, la misma orientación del artículo 111 de la Constitución de 1961.

c. *Los representantes electos*

En el texto de la Constitución de 1999 no hay una norma que sea equivalente al artículo 112 de la Constitución de 1961 que establecía el derecho ciudadano a ser electo y desempeñar funciones públicas. Es decir, no existe en la Constitución de 1999 una norma general que regule el derecho de los ciudadanos a ejercer cargos públicos y a ser elegidos, lo cual es una falla evidente.

En la materia, lo único que regula la Constitución son normas restrictivas o prohibitivas. Así, en general, el artículo 65 de la Constitución establece que no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito.

Por otra parte, en cuanto a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad, el artículo 330, establece que a los mismos no les está permitido optar a cargos de elección popular.

De acuerdo con el artículo 67 de la Constitución la postulación para cargos elegibles puede ser hecha por iniciativa propia, o por las asociaciones políticas. Así, todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos.

²⁴⁰ Véase nuestro voto salvado sobre esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* p. 232 y 305.

Con carácter general, el artículo 66 de la Constitución, consagra el derecho de los electores a que sus representantes rindan cuentas públicas, transparentes y periódicas sobre su gestión²⁴¹, “de acuerdo con el programa presentado” (art. 66). La última frase agregada a esta norma, que no propusimos, implica la exigencia constitucional indirectamente establecida, de que toda candidatura para cargo elegible debe acompañarse de un programa que ha de ser presentado al electorado. Esta exigencia, sin embargo, es de difícil cumplimiento en los casos de elecciones plurinominales de representación proporcional.

C. *El sistema de partidos políticos y de asociación política*

En un marcado criterio reactivo contra los partidos políticos, en la Constitución de 1999 se eliminó tal expresión (sólo se regulan a las “organizaciones con fines políticos”) estableciéndose, en cambio, un conjunto de regulaciones contra lo que habían sido los partidos políticos tradicionales.

La Constitución, en esta forma, ha pretendido ignorar a los partidos políticos cuando éstos son los que controlado el poder y aún lo controlan. En efecto, como hemos dicho, la crisis del sistema político venezolano desencadenada a partir de la década de los ochenta del siglo pasado tuvo su motivo fundamental en la incomprensión de los partidos políticos y de su liderazgo respecto de los logros democráticos que habían alcanzado para Venezuela a partir de los inicios de la década de los sesenta. La democratización del país había comenzado a plantear exigencias de representatividad y de participación más allá de los propios partidos, de manera que se abriera la democracia y se descentralizara el poder y la participación, situación que los partidos no entendieron.

En todo caso, a finales del siglo XX, todos los males políticos de la República se atribuyeron a los partidos políticos, al Pacto de Punto Fijo y a la Constitución de 1961, centrándose el discurso político del nuevo liderazgo autoritario militarista y populista en la destrucción y anatema de aquellos. En ese contexto se desarrolló el proceso constituyente de 1999 y la sanción de la nueva Constitución. Un nuevo partido político constituido a la medida del nuevo liderazgo sirvió para el apoderamiento electoral del poder a partir de 1999, al cual acompañaron viejos y marginados partidos políticos que también participaron en el proceso de apoderamiento.

La Constitución de 1999, en definitiva, no ha cambiado nada respecto del sistema político de Estado centralizado de partidos que quedó

241 Véase nuestra propuesta sobre este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* p. 138.

incólume, con más centralismo, habiéndose en realidad, en la práctica política, cambiado unos partidos por otros, pero con mayor centralismo y con cúpulas más autocráticas, como son los partidos que han apoyado el proyecto concentrador y centralista del presidente Hugo Chávez.

Pero, a pesar de ello, la Constitución de 1999 engaña, al pretender ignorar en sus regulaciones a los partidos políticos, siendo que el partidismo o la partidocracia está más arraigada que nunca.

La Constitución de 1999, en efecto, comenzó por eliminar el derecho político de los ciudadanos a agruparse en partidos políticos para participar en la conducción de la vida política nacional, como lo regulaba la Constitución de 1961. Esto dejó de ser un derecho político de los ciudadanos, y la Constitución de 1999 pasó a regular sólo la existencia de “agrupaciones con fines políticos” (art. 67), lo que en definitiva puede ser cualquier asociación o agrupación y no necesariamente un partido político. Sin embargo, en la práctica, lo que siguen existiendo son los partidos políticos en su configuración más tradicional.

La reacción contra la falta de democratización interna de los partidos políticos, y su conducción por cúpulas eternizadas de dirigentes, condujo a la inclusión de una disposición en la Constitución, conforme a la cual no sólo la designación de sus directivos debe realizarse mediante elecciones, sino que, incluso, la escogencia de los candidatos de los partidos políticos a los cuerpos y cargos representativos, debe realizarse mediante votación interna democrática (art. 67). Para ello, la Constitución, incluso, impuso la obligación de la organización de dichas elecciones internas, por el Consejo Nacional Electoral (art. 293, ord. 6).

Además, por los problemas derivados del financiamiento público a los partidos políticos que regulaba la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, lo que había conducido a un acaparamiento de dichos fondos por los partidos tradicionales, los redactores de la Constitución reaccionaron contra ello, prohibiendo simplemente dicho financiamiento público y exigiendo control respecto del financiamiento privado de los partidos (art. 67). Indudablemente, con esto, se retrocedió en lo que es la constante en todo el mundo democrático, habiéndose abierto, de hecho, la posibilidad de financiamiento público irregular e ilegítimo a los partidos de gobierno²⁴².

Las elecciones realizadas en 2000, por otra parte mostraron cómo la Constitución además fue burlada. El Estatuto Electoral del Poder Público

242 Véase J.C. Rey y otros, *El financiamiento de los partidos políticos y la democracia en Venezuela*, Caracas 1981; Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el financiamiento de los partidos políticos en Venezuela” en *Financiación y democratización interna de partidos políticos. Aproximaciones. Memoria IV Curso Anual Interamericano de Elecciones*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-CAPEL, San José, 1991, pp. 121 a 139.

de enero de 2000, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente después de la entrada en vigencia de la Constitución, la violó abiertamente, al exonerar a los partidos políticos de la obligación constitucional de escoger todos sus candidatos, mediante votación interna de toda su militancia como lo exigía el artículo 67 de la Constitución. El gasto electoral que mostró el candidato Hugo Chávez y los candidatos del partido de gobierno fueron cuantitativamente mayores que los originados en cualquier proceso electoral anterior; se había eliminado el financiamiento público directo de los partidos políticos, pero es imposible saber a cuánto ascendió el financiamiento público indirecto del partido de gobierno. Lo cierto fue que, incluso, el Consejo Nacional Electoral sancionó al Presidente de la República por el uso indebido de medios de comunicación del Estado en sus campañas electorales²⁴³.

La Constitución, además, al establecer que los diputados a la Asamblea Nacional “no están sujetos a mandatos ni instrucciones, sino sólo a su conciencia” (art. 200), condujo a la pretensión de la eliminación de las fracciones parlamentarias de los partidos políticos en la Asamblea Nacional. Incluso, las antiguas e importantes sedes de las fracciones parlamentarias de los partidos políticos fueron desmanteladas, regulándose en la Constitución el principio expreso de que los diputados integrantes de la Asamblea Nacional representan sólo al pueblo en su conjunto.

Todo esto, sin embargo, no es más que otro engaño constitucional: las fracciones parlamentarias sólo cambiaron de nombre y ahora se llaman “grupos de opinión” y se reúnen cerca de a la sede de la Asamblea Nacional. El Presidente de la Asamblea y otros líderes parlamentarios de los partidos de gobierno han anunciado y amenazado, públicamente, que dominan la Asamblea y que disponen de un número determinado de votos “duros” o “fijos” en la Asamblea, como sucedió cuando se discutió públicamente, a comienzos de 2001 el Proyecto de Ley Orgánica de Educación. En la práctica política, en todo caso, después de la entrada en vigencia de la Constitución, los partidos tienen más presencia que nunca, al punto de que sin ningún recato, el Presidente de la República es el Presidente del Partido de Gobierno, y el Ministro del Interior y de Justicia es su Coordinador Nacional. Como nunca antes, la simbiosis partido político-Administración Pública se ha enquistado en Venezuela, abriéndose así vasos comunicantes que permiten canalizar financiamientos específicos, como incluso no se llegaron a ver en la época dorada de la partidocracia de comienzos de los años ochenta.

Lo que en definitiva ocurrió como consecuencia del proceso constituyente, fue el cambio de unos partidos por otros en el control del poder y

243 Véase en *El Universal*, Caracas 23-03-00, p. 1-1.

en el dominio del juego electoral. La partidocracia o democracia de partidos ha seguido incólume, con los mismos vicios clientelares y los mismos controles por cúpulas no electas en elecciones internas libres y democráticas. Y además, es la Constitución la que al regular el sistema electoral, ratifica el principio de la necesaria consagración del principio de la representación proporcional, lo que como es sabido, se trata de un sistema electoral destinado a lograr la representatividad de los partidos políticos. Nada, por tanto, ha cambiado en el sistema político, salvo la denominación de los partidos políticos, ahora son otros, y otro es su liderazgo.

En todo caso, el mismo artículo 67 de la Constitución remite a la Ley para regular lo concerniente al financiamiento y las contribuciones privadas de las organizaciones con fines políticos, y los mecanismos de control que aseguren la pulcritud en el origen y manejo de las mismas. Así mismo, la ley debe regular las campañas políticas y electorales, su duración y límites de gastos, propendiendo a su democratización.

Por último, debe destacarse que la Constitución atribuyó a un órgano del Poder Público (Poder Público Electoral) como es el Consejo Nacional Electoral, la potestad de “organizar las elecciones de las organizaciones con fines políticos” (art. 293,6), con lo cual se incluyó un principio de intervención estatal intolerable en relación con los partidos políticos.

D. *El sistema de referendos y la democracia directa*

Como se señaló, tanto el artículo 5º como el 62 de la Constitución prevén el ejercicio del sufragio y del derecho a la participación política mediante la elección de representantes o en forma directa, a través de los mecanismos previstos en la Constitución y en la ley, en particular, además de los previstos en el artículo 70, mediante los referendos que son de 4 tipos en la Constitución: el referendo consultivo, el referendo revocatorio, el referendo aprobatorio, y el referendo abrogatorio²⁴⁴.

a. *Los referendos consultivos*

Como lo indica el artículo 71, las materias de especial trascendencia nacional pueden ser sometidas a referendo consultivo, correspondiendo la iniciativa al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a la Asamblea Nacional, mediante Acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del 10% de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

²⁴⁴ Véase nuestra propuesta respecto de este articulado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* pp. 138 a 143.

También pueden ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia parroquial, municipal, y estatal en cuyo caso, la iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Concejo Municipal y al Consejo Legislativo, respectivamente, por acuerdo de los 2/3 de sus integrantes; al Alcalde y al Gobernador de Estado, o a solicitud de un número no menor del 10% del total de inscritos en el registro civil y electoral en la circunscripción correspondiente.

b. *Los referendos revocatorios*

Conforme al artículo 72 de la Constitución, todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables (art. 6).

A tal efecto, transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido un funcionario, un número no menor del 20% de los electores inscritos en la correspondiente circunscripción puede solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato. En todo caso no puede hacerse más de una solicitud de revocación del mandato, durante el período para el cual fue elegido el funcionario.

Sin embargo, a los efectos de que se produzca la revocatoria del mandato, se requiere que voten a favor de tal revocatoria un número de electores igual o mayor de los que eligieron al funcionario; siempre que hubieran concurrido al referendo un número de electores igual o superior al 25% de los electores inscritos en el registro civil y electoral. Estas condiciones, sin duda, pueden considerarse de difícil materialización.

Ahora bien, en caso de que se produzca la revocatoria debe procederse de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley.

c. *Los referendos aprobatorios*

En cuanto a los referendos aprobatorios, el artículo 73 establece que aquellos proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional, deben ser sometidos a referendo cuando así lo decidan por lo menos las 2/3 partes de los integrantes de la Asamblea. En estos casos, si el referendo concluye en un sí aprobatorio, el proyecto correspondiente debe ser sancionado como ley, siempre que haya concurrido el 25% de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

Debe destacarse, además, la previsión de un tipo particular de referendo aprobatorio que debe realizarse cuando presentado un proyecto de ley por iniciativa popular (art. 204, ord. 7), si la discusión del proyecto no se inicia en la Asamblea Nacional a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguientes al que se haya presentado (art. 205).

La Constitución es explícita, además, en disponer que pueden ser sometidos a referendo los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, como serían los tratados de integración. En estos casos, la iniciativa corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a la Asamblea Nacional por el voto de las 2/3 partes de sus integrantes; o al 15% de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

d. *Los referendos abrogatorios*

La Constitución regula, además, los referendos abrogatorios respecto de las leyes al señalar, en el artículo 74, que deben ser sometidas a referendo, para ser abrogadas total o parcialmente, las leyes cuya abrogación fuere solicitada por iniciativa de un número no menor del 10% de los electores inscritos en el registro civil y electoral o por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

También pueden ser sometidos a referendo abrogatorio los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente de la República en uso de la atribución prescrita en el numeral 8 del artículo 236 de esta Constitución, en cuyo caso la iniciativa corresponde sólo a un número no menor del 5% de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

En todo caso, para la validez del referendo abrogatorio es indispensable la concurrencia del 40% de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

La Constitución precisa, además, que no puede hacerse más de un referendo abrogatorio en un período constitucional para la misma materia.

Pero no toda ley puede ser sometida a referendo abrogatorio, pues el artículo 74 de la Constitución excluye a las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público y las de amnistía, así como aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales.

2. *La distribución vertical del Poder Público: Nacional, Estatal y Municipal*

En las Constituciones venezolanas, la forma federal del Estado concretizada en la distribución vertical del Poder Público, comenzó a expresarse formalmente en texto constitucional en la Constitución de 1858, que estableció que “El Poder Público se divide en Nacional y Municipal” (art. 9). Posteriormente, en la Constitución de 1901 se retomó la fórmula, expresándose que “El Poder Público se distribuye entre el Poder Federal y el Poder de los Estados” (art. 29), lo que se repitió en todas las Constituciones posteriores hasta la de 1925, en la cual se agregó al Poder Municipal

así: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Federal, el de los Estados y el Municipio” (art. 51).

La norma se repitió en las Constituciones posteriores hasta que en la Constitución de 1947 se invirtió la enumeración así: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el de los Estados y el Nacional...” (art. 86), lo que se repitió en la Constitución de 1953 (art. 40).

La Constitución de 1961 no utilizó la fórmula tradicional y se limitó a señalar que “Cada una de las ramas del Poder Público tienen sus funciones propias...” (art. 118), aludiendo, sin duda, a las ramas Nacional, Estadal y Municipal, pero sin enumerarlas.

Ahora, a propuesta nuestra²⁴⁵, la Constitución de 1999 volvió a la fórmula tradicional al disponer en su artículo 136 que: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional”. Ello se completa con la fórmula de colaboración o cooperación entre los Poderes que regulaba la Constitución de 1961 (art. 118), que se recoge en el artículo 136 de la Constitución²⁴⁶.

En todo el texto constitucional, en consecuencia, se pueden encontrar disposiciones que se refieren, en general, al Poder Público que, por tanto, rigen respecto de los órganos de los tres niveles territoriales; y disposiciones específicamente destinadas a cada uno de los niveles²⁴⁷.

3. *La organización del Poder Público Nacional*

La Constitución en su artículo 136, además de organizar al Estado conforme al principio de la distribución vertical del Poder Público (Nacional, Estadal y Municipal), establece el régimen del Poder Público Nacional conforme al principio de la separación orgánica de poderes, rompiendo con la tradicional división tripartita del Poder (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y agregando dos más (Ciudadano y Electoral) en la siguiente forma: “El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”.

245 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 septiembre-17 octubre de 1999), Caracas, 1999, p. 161 a 164.

246 Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público: Nacional, Estadal y Municipal, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, Caracas-San Cristóbal, 1996, p. 111 y ss.

247 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos” en *Derecho y Sociedad*, Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monte Avila, N° 2, Caracas abril 2001, p.p. 135 a 149.

A. *La penta división del poder y la ausencia de independencia entre los poderes*

En efecto, en las últimas décadas, en Venezuela y en toda América Latina, habían comenzado a aparecer con arraigada autonomía constitucional otros órganos del Poder Público Nacional, que no se encontraban sometidos o sujetos a los órganos de los clásicos poderes Legislativos, Ejecutivos y Judiciales. Así habían aparecido las Contralorías Generales, la Defensorías del Pueblo o de los Derechos Ciudadanos, el Ministerio Públicos, los Consejos de la Magistratura o de la Judicatura, y los órganos de conducción electoral. Esta evolución autonomista puede decirse que ha encontrado un paso formal de gran importancia en la Constitución de 1999, al regularizarse el rango constitucional de dichos órganos y el *status* de órganos del Poder Público que tenían, pasándose a una pentadivisión del Poder Público Nacional, que establece la separación entre los poderes Legislativo, Ejecutivo Judicial, Ciudadano y Electoral. El Poder Legislativo ejercido por la Asamblea Nacional; el Poder Ejecutivo, por el Presidente de la República y demás funcionarios del Gobierno y Administración Pública; el Poder Judicial, por el Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales; el Poder Ciudadano, por la Contraloría General de la República, el Ministerio Público (Fiscalía General de la República) y el Defensor del Pueblo, y el Poder Electoral, por el Consejo Nacional Electoral y demás órganos electorales.

La esencia del principio de la separación de poderes en la Constitución es que cada órgano del Poder Público tiene sus funciones propias, que ejerce con autonomía e independencia, en un sistema de balances y contrapesos conforme al cual ningún órgano del Poder Público está sujeto a otro ni puede estarlo, salvo en lo que se refiere a los mecanismos de control judicial, control fiscal o la protección de derechos humanos.

La separación pentapartita del Poder Público Nacional en la Constitución de 1999, sin embargo, es engañosa, pues encubre un peligroso sistema de sujeción de unos poderes a otros, que constituyen la puerta abierta a la concentración del Poder Público y al autoritarismo.

De hecho, aún antes de que entrara en vigencia la Constitución, al dictarse el Régimen de Transición del Poder Público por la Asamblea Nacional Constituyente, el 22-12-99, ésta, con la abrumadora mayoría oficialista que la controlaba, designó a todos los titulares de los Poderes Públicos: al Presidente de la República, que había puesto su cargo a “la orden de la Asamblea”, a los integrantes de la Comisión Legislativa Nacional (Congresillo), que sustituyó transitoriamente al Congreso (Senado y Cámara de Diputados) que había sido extinguido; a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, que había sido creado con sus Salas; al Fiscal General de la República; al Contralor General de la República, al

Defensor del Pueblo y a los miembros del Consejo Nacional Electoral, todos designados a dedo, con personas afectas o sometidas al nuevo poder. Al poco tiempo, el fracaso de los Miembros del Consejo Nacional Electoral en conducir y organizar las primeras elecciones después de la puesta en vigencia de la Constitución, de mayo de 2000, condujo a su destitución y a la designación de otros, no precisamente conforme a lo que exigía la Constitución a través de un Comité de Postulaciones que no se estableció. Luego, al pretender el Fiscal General de la República ejercer sus funciones e ingenuamente, quizás, pretender que era autónomo e independiente sometiendo a un antejuicio de méritos al Presidente del Congreso y Coordinador General del partido de gobierno, fue consecuentemente destituido por la Asamblea Nacional. Igual suerte corrió la Defensora del Pueblo quien pretendió también ejercer sus funciones con autonomía. La destitución vino encubierta por la supuesta designación definitiva, por la Asamblea Nacional recién electa, de dichos funcionarios titulares de los órganos del Poder Ciudadano, no precisamente conforme a las pautas constitucionales que exigían la Constitución de sendos Comités de Postulaciones integrados por representantes de la sociedad civil. La Asamblea, para ello, dictó una Ley de Postulaciones obviando las normas expresas de la Constitución, nombrando directamente a los funcionarios con la votación exclusiva de la mayoría oficialista, inventando unas “mesas de diálogo” no previstas en la Constitución. La Constitución fue burlada, como se ha dicho, y la Asamblea nombró a nuevos Fiscal General de la República y Defensor del Pueblo, afectos al Poder y ratificó al Contralor General de la República, como premio por no haber ejercido sus funciones de control fiscal²⁴⁸.

La práctica constitucional del ejercicio del Poder hegemónico puso en evidencia que lejos de una separación de poderes, se estaba en presencia de una concentración del poder en la Asamblea Nacional y una sujeción de aquél y de ésta al Presidente de la República.

La Constitución, en todo caso, es engañosa en esta materia, pues después de proclamar la separación de poderes, la contradice al someter y sujetar los poderes públicos a la Asamblea Nacional. En efecto, un sistema de separación de poderes implica ante todo que el mandato de los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público no puede ser revocado por otro órgano del Poder Público y que los titulares tienen el derecho de permanecer en sus cargos hasta su término, sin poder ser removidos, salvo mediante enjuiciamiento penal. Esto sin embargo, está roto en la Constitución de 1999, al atribuirse a la Asamblea Nacional la potestad de remover conforme se regule en la Ley que la propia Asamblea debe dictar, a los

248 Véase sobre el régimen transitorio lo expuesto en la Sexta Parte de este libro.

magistrados del Tribunal Supremo (art. 265), al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo, al Contralor General de la República (art. 279) y a los miembros del Consejo Nacional Electoral (art. 296).

Así, la separación de poderes y la autonomía e independencia que supuestamente existe en la flamante pentadivisión del Poder es un engaño, al incorporarse, por primera vez en el constitucionalismo venezolano, la sujeción en última instancia de todos los poderes públicos no electos a la Asamblea Nacional, lo que puede conducir a una concentración del poder en el órgano político como lo ha demostrado la práctica de la transición constitucional. La Constitución, por tanto, es engañosa al proclamar una separación de poderes, cuando establece el germen de su indebida concentración política.

B. *El sistema presidencial de gobierno*

Por otra parte, en la relación entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Poder Legislativo, la Constitución optó por continuar con el sistema presidencial de gobierno, aún cuando se le hayan incrustado algunos elementos del parlamentarismo como ya había sucedido en la Constitución de 1961.

Sin embargo, en la Constitución de 1999, el presidencialismo se ha exacerbado por la extensión del período constitucional del Presidente de la República, con reelección inmediata; y por la pérdida de balance o contrapeso de los dos poderes, entre otros aspectos por la eliminación del bicameralismo.

En efecto, el modelo presidencial escogido se combina con los siguientes cuatro factores: en *primer lugar*, la extensión del período presidencial a seis años; y en *segundo lugar*, la reelección inmediata del Presidente de la República (art. 230). Ello atenta contra el principio de la alternabilidad republicana al permitir un largo período de gobierno de 12 años. Pero los dos elementos anteriores se combinan con otros dos: *tercero*, lo complicado del referendo revocatorio del mandato (art. 72), lo que lo hace prácticamente inaplicable; y *cuarto*, la eliminación del principio de la elección del Presidente por mayoría absoluta y doble vuelta, que estaba en el proyecto aprobado en primera discusión del proyecto de Constitución. Ello se eliminó en segunda discusión, conservándose la elección por mayoría relativa (art. 228) que prevía la Constitución de 1961 y, por tanto, de gobiernos electos con una minoría de votos, que hace al sistema ingobernable.

Con este modelo presidencialista, al que se agrega la posibilidad de disolución de la Asamblea por el Presidente de la República, aún cuando en casos excepcionales de tres votos de censura parlamentaria al Vicepresidente Ejecutivo (art. 240); se exagera el presidencialismo que no en-

cuenta contrapeso en el bicameralismo que se eliminó, sino más bien refuerzo en otras reformas, como la regularización de las leyes habilitantes o de delegación legislativa a los efectos de emisión de Decretos-leyes y no sólo en materia económica y financiera (art. 203), lo que podría significar un atentado a la garantía constitucional de la reserva legal.

Otro elemento que debe mencionarse en la relación entre los Poderes del Estado, es la atribución dada al Tribunal Supremo de Justicia para decretar, sin mayores precisiones “la destitución del Presidente de la República” (art. 233).

C. *El Poder Legislativo Nacional: la Asamblea Nacional*

a. *La organización de la Asamblea Nacional y sus miembros*

El Poder Legislativo Nacional se ejerce por la Asamblea Nacional como cuerpo unicameral. El Capítulo I del Título V de la Constitución de 1999 cambió así, radicalmente, la tradición bicameral que caracterizaba a los órganos del Poder Legislativo Nacional desde 1811, y establece una sola Cámara Legislativa lo que, por lo demás, es contradictorio con la forma federal del Estado. En una Cámara federal o Senado, en realidad, es que tiene sentido la disposición del artículo 159 que declara a los Estados como entidades políticas *iguales*. Esa igualdad sólo puede ser garantizada en una Cámara federal, donde haya igual representación de cada uno de los Estados, independientemente de su población, para participar igualmente en la definición de las políticas nacionales.

Con la eliminación del Senado y el establecimiento de una Asamblea Nacional unicameral, en esta forma, se establece una contradicción institucional entre el federalismo y la descentralización política²⁴⁹.

De acuerdo con el artículo 186 de la Constitución, la Asamblea Nacional está integrada por diputados elegidos en cada entidad federal, es decir, en los Estados y el Distrito Capital por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del 1,1% de la población total del país.

Cada entidad federal tiene derecho a elegir, además, tres diputados adicionales a los antes señalados.

Los pueblos indígenas de la República tienen derecho a elegir tres diputados de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres (art. 125).

²⁴⁹ Véase nuestro voto salvado sobre este tema en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 196 a 198.

En todo caso, cada diputado debe tener un suplente escogido en el mismo proceso.

En cuanto al período constitucional de los diputados y, por tanto, de la Asamblea, el artículo 192 dispone que durarán 5 años en el ejercicio de sus funciones, pudiendo ser reelegidos por dos períodos consecutivos como máximo.

Los diputados son representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto, no sujetos a mandatos ni instrucciones, sino sólo a su conciencia. Su voto en la Asamblea Nacional es personal (art. 201). Con esta norma, en principio, habrían quedado proscritas las fracciones parlamentarias de carácter partidista o grupal.

Los diputados a la Asamblea Nacional no son responsables por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones y sólo responden ante los electores y el cuerpo legislativo de acuerdo con la Constitución y los reglamentos (art. 199).

Los diputados a la Asamblea Nacional gozan de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo (art. 200).

Entre las competencias de la Asamblea (art. 187), además de las competencias para legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional (ord. 1) y dar voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo y a los Ministros o Ministras (ord. 10); se destaca la de remover a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 265), al Contralor General de la República, al Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo (art. 279); y a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 296), atribuciones que, sin duda, constituyen una contradicción con el principio de la autonomía del Poder Judicial, del Poder Ciudadano y del Poder Electoral.

Además, la Asamblea ejerce funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y la ley (ord. 3).

b. *El régimen constitucional de las leyes*

De acuerdo con el artículo 202, ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, en un procedimiento de dos discusiones (art. 205). Las leyes que reúnan sistemáticamente las normas relativas a determinada materia se pueden denominar códigos.

Por otra parte, el artículo 203 define a las *leyes orgánicas* como las que así denomina la Constitución; las que se dicten para organizar los Poderes Públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes. La Constitución de 1999, en esta forma, varió el concepto de ley orgánica, en el sentido de no repetir la

previsión del artículo 163 de la Constitución de 1961 que admitía que podían ser orgánicas las así calificadas por la mayoría absoluta de las Cámaras, independientemente de su contenido.

Por otra parte, otra innovación en la materia es la previsión del control constitucional *a priori* de las leyes orgánicas al disponer, el artículo 203, que las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánica deben ser remitidas, antes de su promulgación, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico.

La Constitución de 1999 amplió la legitimidad para la iniciativa para la discusión de las leyes ante la Asamblea la cual corresponde conforme al art. 204: al Poder Ejecutivo Nacional (ord. 1); a la Comisión Delegada y a las Comisiones Permanentes (ord. 2); a los integrantes de la Asamblea Nacional, en número no menor de tres (ord. 3); al Tribunal Supremo de Justicia, cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales (ord. 4); al Poder Ciudadano, cuando se trate de leyes relativas a los órganos que lo integran (ord. 5); al Poder Electoral, cuando se trate de leyes relativas a la materia electoral (ord. 6); a los electores en un número no menor del 0,1% de los inscritos en el registro electoral permanente (ord. 7); y a los al Consejos Legislativos estatales, cuando se trate de leyes relativas a los Estados.

En el caso de proyectos de ley presentados por los ciudadanos la discusión debe iniciarse a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguiente al que se haya presentado. El artículo 205 establece que si el debate no se inicia dentro de dicho lapso, el proyecto se debe someter a referendo aprobatorio de conformidad con la ley.

El artículo 211 establece en forma general que durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, deben consultar a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos.

En particular, además, conforme al artículo 206, los Estados deben ser consultados por la Asamblea Nacional, a través de los Consejos Legislativo, cuando se legisle en materias relativas a los mismos. La ley debe establecer los mecanismos de consulta a la sociedad civil y demás instituciones de los Estados, por parte de los Consejos en dichas materias.

En la discusión de las leyes, como lo dispone el artículo 211, tienen derecho de palabra los Ministros en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el representante del Poder Ciudadano designado por el Consejo Moral Republicano; los integrantes del Poder Electoral; los Estados, a través de un representante designado por el Con-

sejo Legislativo y los representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 214, el Presidente de la República debe promulgar la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido. La ley queda promulgada al publicarse con el correspondiente “Cúmplase” en la Gaceta Oficial de la República (art. 215).

Sin embargo, dentro de este lapso el Presidente puede, con acuerdo del Consejo de Ministros, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o parte de ella.

La Asamblea Nacional debe decidir acerca de los aspectos planteados por el Presidente de la República, por mayoría absoluta de los diputados presentes y debe remitirle la ley para la promulgación. En este caso, el Presidente de la República debe proceder a promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones.

Sin embargo, cuando el Presidente de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional, debe solicitar el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma; debiendo decidir la Sala en el término de 15 días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente de la República.

Si el Tribunal niega la inconstitucionalidad invocada o no decidiese en el lapso anterior, el Presidente de la República debe promulgar la ley dentro de los 5 días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.

Cuando el Presidente de la República no promulgare la ley en los términos señalados, el Presidente y los dos Vicepresidentes de la Asamblea Nacional deben proceder a su promulgación, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél incurra por su omisión (art. 216).

En cuanto a las leyes aprobatorias de tratados, acuerdos, o convenios internacionales la oportunidad en que deba ser promulgada la ley quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República (art. 217).

c. *Los instrumentos de control político y administrativo*

Tal como lo precisa el artículo 222 de la Constitución, la Asamblea Nacional puede ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en la Constitución

y en la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento.

En ejercicio del control parlamentario, la Asamblea puede declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos²⁵⁰ y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Por otra parte, tanto la Asamblea como sus Comisiones pueden realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el reglamento (art. 223).

Todos los funcionarios públicos están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones. Esta obligación comprende también a los particulares; quedando a salvo los derechos y garantías que la Constitución consagra²⁵¹.

Por último, debe destacarse que conforme al artículo 224, el ejercicio de la facultad de investigación no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos. Sin embargo, en cuanto a los jueces, estos están obligados a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de la Asamblea Nacional y de sus Comisiones.

D. *El Poder Ejecutivo Nacional*

Conforme al artículo 225 de la Constitución, el Poder Ejecutivo se ejerce por el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros y demás funcionarios que determinen la Constitución y la ley.

a. *El Presidente de la República*

Dado el sistema presidencial de gobierno que se conserva en la Constitución, el artículo 226 dispone que el Presidente de la República es a la vez el Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno.

La elección del Presidente de la República se debe siempre realizar por votación universal, directa y secreta, en conformidad con la ley; y para ser elegido Presidente de la República se requiere ser venezolano por nacimiento, no poseer otra nacionalidad, mayor de treinta años, de estado seglar y no estar sometido a condena mediante sentencia definitivamente

250 Véase sobre esto Allan R Brewer-Carías “Aspectos del control político sobre la Administración Pública” en *Revista de Control Fiscal*, N° 101, Contraloría General de la República, Caracas 1981, pp. 107 a 130.

251 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los poderes de investigación de los cuerpos legislativos y sus limitaciones, con particular referencia a los asuntos secretos”, *Revista de Derecho Público*, N° 10, Caracas 1982, pp. 25 a 42.

firme y cumplir con los demás requisitos establecidos en la Constitución (art. 227).

Sin embargo, no puede ser elegido Presidente de la República quien esté en ejercicio del cargo de Vicepresidente Ejecutivo, o Gobernador y Alcalde en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección (art. 229).

Se debe proclamar electo el candidato que hubiere obtenido la mayoría de votos válidos. Así lo dispone el artículo 228 de la Constitución, el cual siguió el mismo principio de la elección por mayoría relativa del Presidente de la República que establecía el artículo 183 de la Constitución de 1961. Respaldamos la propuesta para que en la nueva Constitución se estableciera el principio de la mayoría absoluta y la doble vuelta en la elección presidencial, lo cual se eliminó en la segunda discusión del Proyecto²⁵².

De acuerdo con el artículo 230, el período del Presidente de la República es de 6 años, pudiendo ser reelegido de inmediato y por una sola vez, para un período adicional. Estimamos que no era conveniente regular la reelección inmediata extendiendo a la vez el período constitucional del Presidente de los 5 años que establecía la Constitución de 1961 (art. 135) a 6 años; por ello propusimos que el período fuese de 4 años para que hubiera reelección²⁵³.

b. *El Vicepresidente Ejecutivo*

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999 es la creación de la figura del Vicepresidente Ejecutivo, como órgano directo y colaborador inmediato del Presidente de la República en su condición de Jefe del Ejecutivo Nacional (art. 238).

El Vicepresidente Ejecutivo debe reunir las mismas condiciones exigidas para ser Presidente de la República, y no puede tener ningún parentesco de consanguinidad ni de afinidad con éste.

Esta figura, tal como está concebida, no cambia el carácter presidencial del sistema de gobierno, como resulta de sus atribuciones²⁵⁴.

Conforme al artículo 240, la aprobación de un moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo, por una votación no menor de las 3/5 partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, implica su remoción. En estos

252 Véase nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 191 y 195.

253 Véase nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 199 y 289.

254 Véase los comentarios críticos en torno a esta reforma en Carlos Ayala Corao, *El Régimen Presidencial en América Latina y los planteamientos para su Reforma*, Caracas, 1992.

casos, el funcionario removido no puede optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo o de Ministro por el resto del período presidencial.

Por otra parte, la remoción del Vicepresidente Ejecutivo en tres oportunidades dentro de un mismo período constitucional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura, faculta al Presidente de la República para disolver la Asamblea Nacional.

Esta es la única posibilidad que tiene el Presidente de la República de disolver la Asamblea, la cual se puede considerar como de difícil materialización, salvo que la propia Asamblea así lo provoque aprobando el tercer voto de censura. En todo caso, el decreto de disolución conlleva la convocatoria de elecciones para una nueva legislatura dentro de los 60 días siguientes a su disolución.

En todo caso, la Asamblea no puede ser disuelta en el último año de su período constitucional.

c. *Los Ministros*

Los Ministros son órganos directos del Presidente de la República, y reunidos conjuntamente con este y con el Vicepresidente Ejecutivo, integran el Consejo de Ministros (art. 242).

Los Ministros, en general, son los titulares de los Despachos Ministeriales que resulten de la organización de los Ministerios. Sin embargo, conforme al artículo 243, el Presidente de la República también puede nombrar Ministros de Estado, los cuales, además de participar en el Consejo de Ministros, deben asesorar al Presidente de la República y al Vicepresidente Ejecutivo en los asuntos que les fueren asignados.

Los Ministros tienen derecho de palabra en la Asamblea Nacional y en sus Comisiones (art. 211). Además, pueden tomar parte en los debates de la Asamblea Nacional, sin derecho al voto (art. 245).

El artículo 246 de la Constitución establece que la aprobación de una moción de censura a un Ministro por una votación no menor de las 3/5 partes de los integrantes presentes de la Asamblea Nacional, implica su remoción.

En este caso, el funcionario removido no puede optar al cargo de Ministro ni de Vicepresidente Ejecutivo por el resto del período presidencial.

d. *El Consejo de Ministros*

Como se señaló, los Ministros reunidos con el Presidente y con el Vicepresidente integran el Consejo de Ministros (art. 242). Conforme al artículo 236 de la Constitución el Presidente de la República debe obliga-

toriamente ejercer, en Consejo de Ministros, un conjunto de atribuciones (numerales 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 18, 20, 21, 22) y las que la atribuya la ley para ser ejercida en igual forma.

Las reuniones del Consejo de Ministros las preside el Presidente de la República pero puede autorizar al Vicepresidente Ejecutivo para que las presida cuando no pueda asistir a ellas. En todo caso, las decisiones tomadas deben ser ratificadas por el Presidente de la República.

Conforme al mismo artículo 242 de la Constitución, de las decisiones del Consejo de Ministros son solidariamente responsables el Vicepresidente Ejecutivo y los Ministros que hubieren concurrido, salvo aquellos que hayan hecho constar su voto adverso o negativo. Por supuesto que dicha responsabilidad solidaria también comprende al Presidente de la República cuando presida el cuerpo.

El Procurador General de la República debe asistir al Consejo de Ministros, pero con sólo derecho a voz (art. 250).

e. *La Procuraduría General de la República*

La Procuraduría General de la República se define en la Constitución, como un órgano del Poder Ejecutivo Nacional que asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República (art. 247). En particular, la Constitución exige que la Procuraduría debe ser consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.

f. *El Consejo de Estado*

Otra innovación de la Constitución de 1999 es la creación del Consejo de Estado como órgano superior de consulta del Gobierno y la Administración Pública Nacional (art. 251).

Tiene a su cargo recomendar políticas de interés nacional en aquellos asuntos a los que el Presidente o Presidenta de la República reconozca de especial trascendencia y requiera su opinión. Corresponde a la ley respectiva determinar sus funciones y atribuciones²⁵⁵.

El Consejo de Estado lo preside el Vicepresidente Ejecutivo y esta conformado, además, por cinco personas designadas por el Presidente de la República; un representante designado por la Asamblea Nacional; un

²⁵⁵ Véase nuestro voto salvado sobre este tema en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* p. 199. En los primeros dos años de vigencia de la Constitución, este órgano no se había creado.

representante designado por el Tribunal Supremo de Justicia y un Gobernador designado por el conjunto de mandatarios estatales (art. 252).

E *El Poder Judicial*

a. *Principios fundamentales*

Conforme al artículo 253 de la Constitución, la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Además, conforme al artículo 26 de la Constitución, el Estado debe garantizar “una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas ni formalismos o reposiciones inútiles”.

El sistema de justicia, es decir, los órganos del Poder Judicial está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio.

El principio de la independencia del Poder Judicial está declarado en el artículo 254 de la Constitución, el cual, además, establece la autonomía financiera del mismo. Dicha norma, en efecto, dispone que el Tribunal Supremo de Justicia goza de “autonomía funcional, financiera y administrativa”.

A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le debe asignar al sistema de justicia una partida anual variable, no menor del 2% del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no puede ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional.

Lamentablemente, lo que aparecía como una norma constitucional rígida, se cambió al atribuir a la Asamblea Nacional la posibilidad de reducir o modificar el porcentaje señalado.

El artículo 26 de la Constitución garantiza la “justicia gratuita” por lo que conforme al mismo artículo 254 de la Constitución, el Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios.

Conforme al artículo 257, el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Por ello, las leyes procesales deben establecer la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público.

En ningún caso se debe sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Esto lo complementa el artículo 26 de la Constitución al establecer que el Estado debe garantizar una justicia expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismo o reposiciones inútiles.

Por su parte, el artículo 258 de la Constitución remite a la Ley para promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

b. *Las jurisdicciones*

En la Constitución se establecen algunas normas que regulan en particular, las jurisdicciones constitucional, disciplinaria judicial, contencioso-administrativo, electoral, penal militar, justicia de paz y jurisdicción indígena.

La Constitución de 1999 establece expresamente que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, ejercer exclusivamente la jurisdicción constitucional, para declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de Ley (art. 334).

El artículo 267 de la Constitución establece la jurisdicción disciplinaria judicial, remitiendo a la Ley la determinación de los Tribunales disciplinarios que la ejercerán.

Siguiendo la orientación del artículo 206 de la Constitución de 1961, el artículo 259 de la Constitución de 1999 dispone que:

La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

De acuerdo con el artículo 297 de la Constitución debe existir una jurisdicción contencioso-electoral ejercida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley.

Conforme al artículo 261, la jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces deben ser seleccionados por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento se deben regir por el sistema acusatorio, de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. En todo caso, la comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa

humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios, limitándose la competencia de los tribunales militares a delitos de naturaleza militar.

Siguiendo la orientación de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, el artículo 258 remite a la ley la organización de la justicia de paz en las comunidades previendo, además, que los jueces de paz deben ser elegidos por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

Conforme al artículo 260 de la Constitución se autoriza a las autoridades legítimas de los pueblos indígenas para aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución, a la ley y al orden público. En todo caso, la ley debe determinar la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

c. *El régimen general de la carrera judicial*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 255 de la Constitución, el ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces se debe hacer por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los participantes y serán seleccionados por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley debe garantizar la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces.

La Constitución concibe al Comité de Postulaciones Judiciales (art. 270), como un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia (art. 264). Igualmente, el Comité debe asesorar a los colegios electorales judiciales para la elección de los jueces de la jurisdicción disciplinaria.

Este Comité de Postulaciones Judiciales debe estar integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley.

Los jueces sólo pueden ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley (art. 255).

La ley debe propender a la profesionalización de los jueces, a cuyo efecto las Universidades deben colaborar en este propósito, organizando en los estudios universitarios de Derecho la especialización judicial correspondiente.

Tal como lo señala el artículo 255 de la Constitución, los jueces son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funcio-

nes.

Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, el artículo 256 de la Constitución prescribe que los magistrados, jueces, fiscales del Ministerio Público y defensores públicos, desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, no pueden, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con su función, ni por sí ni por interpuesta persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas.

Se prohíbe a los jueces asociarse entre sí (art. 256). Esto constituye, sin duda, una limitación constitucional al derecho de asociación (art. 52).

d. *El Tribunal Supremo de Justicia y sus atribuciones*

La Constitución de 1999 creó el Tribunal Supremo de Justicia en sustitución de la Corte Suprema de Justicia, el cual funciona en Sala Plena y en Salas Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, Casación Penal y de Casación Social, cuya integración y competencia deben ser determinadas por su ley orgánica, regulándose sólo la competencia de la Sala Social en lo referente a la casación agraria, laboral y de menores (art. 262). En la primera discusión²⁵⁶ se aprobó que cada Sala estaría integrada por 3 Magistrados, lo cual se modificó en segunda discusión²⁵⁷. Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente al hacer las designaciones provisionales de Magistrado el 22-12-99, nombró sin fundamento legal ni constitucional, 3 Magistrados en cada Sala con excepción de la Sala Constitucional donde designó 5 Magistrados.

El artículo 263 de la Constitución establece con todo detalle los requisitos para ser Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, remitiendo el artículo 264 de la Constitución a la Ley para la determinación del procedimiento de elección de los Magistrados del Tribunal Supremo.

Sin embargo, precisa directamente que, en todo caso, podrán postularse candidatos ante el Comité de Postulaciones Judiciales que debe estar integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, (art. 270), por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, debe efectuar una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual debe efectuar una segunda preselección que debe ser presentada a la Asamblea

²⁵⁶ Véase nuestro voto salvado en esta materia en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* p. 200.

²⁵⁷ Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Octubre 1999-Noviembre 2000, Caracas 2000, Sesión de 5-11-99, N° 37, pp. 25 y 26.

Nacional, la cual en definitiva, es la que debe efectuar la selección²⁵⁸.

Los ciudadanos pueden ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional.

El artículo 264 dispone que los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia deben ser elegidos por un único período de doce años. En consecuencia, se excluye en reelección de los Magistrados.

De acuerdo con el artículo 265, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia pueden ser removidos por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca. Esta, sin duda, es una inherencia no conveniente ni aceptable de la instancia política del Poder en relación con la Administración de Justicia.

El Tribunal Supremo de Justicia, ejerce, en exclusiva, a través de la Sala Constitucional la Jurisdicción constitucional (art. 334); es la máxima autoridad judicial en la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 259); resuelve los conflictos entre autoridades judiciales; conoce en exclusiva de los recursos de casación y de interpretación y tiene a su cargo declarar si hay o no méritos para el enjuiciamiento de altos funcionarios (art. 266).

e. *El gobierno y administración del Poder Judicial*

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999 fue el atribuir al Tribunal Supremo de Justicia el “Gobierno y la Administración del Poder Judicial”, eliminando al Consejo de la Judicatura que como órgano con autonomía funcional ejercía estas funciones conforme a la previsión del artículo 217 de la Constitución de 1961.

De acuerdo con el artículo 267, entonces, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial, conforme a los principios establecidos en el artículo 254.

Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno debe crear una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales.

258 Véase nuestro voto salvado en esta materia en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 201 y ss. y 290. En el 2000, la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo se hizo desconociendo las normas constitucionales. Véanse los comentarios en la Sexta Parte de este libro.

La jurisdicción disciplinaria judicial debe estar a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley (art. 267).

El régimen disciplinario de los magistrados y jueces debe estar fundamentado en el *Código de Ética* del Juez Venezolano, que debe dictar la Asamblea Nacional.

El procedimiento disciplinario debe ser público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

La ley debe regular la organización de circuitos judiciales, así como la creación y competencias de tribunales y cortes regionales a fin de promover la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial. (art. 269)

F. *El Poder Ciudadano*

Otra innovación de la Constitución de 1999 ha sido declarar formalmente como formando parte de la distribución del Poder Público Nacional, además del Poder Legislativo Nacional, del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Judicial, tanto al Poder Ciudadano como al Poder Electoral (art. 136).

En cuanto al Poder Ciudadano, el mismo lo ejercen dos órganos de rango Constitucional con tradición en el país, como la Contraloría General de la República y el Ministerio Público (Fiscalía General de la República) y un órgano nuevo creado por la Constitución de 1999, el Defensor del Pueblo, en la orientación general de los organismos similares creados en toda América Latina.

a. *Composición y funciones*

Conforme al artículo 273 de la Constitución los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República y sus titulares, reunidos, forman el Consejo Moral Republicado (art. 274).

Estos órganos tienen a su cargo, como atribución común de conformidad con la Constitución y la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, e igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo (art. 274).

En todo caso, el Poder Ciudadano es independiente y sus órganos

gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le debe asignar una partida anual variable.

Los representantes del Consejo Moral Republicano deben formular a las autoridades, y funcionarios de la Administración Pública, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones legales. De no acatarse estas advertencias, el Consejo Moral Republicano puede imponer las sanciones establecidas en la ley. En caso de contumacia, el Presidente del Consejo Moral Republicano debe presentar un informe al órgano o dependencia al cual esté adscrito el funcionario público, para que esa instancia tome los correctivos de acuerdo con el caso, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar en conformidad con la ley (art. 275).

Además, conforme al artículo 278, el Consejo Moral Republicano debe promover todas aquellas actividades pedagógicas dirigidas al conocimiento y estudio de la Constitución, al amor a la patria, a las virtudes cívicas y democráticas, a los valores trascendentales de la República y a la observancia y respeto de los derechos humanos.

A los efectos del nombramiento de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano por la Asamblea Nacional, el Consejo Moral Republicano debe convocar un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, que debe estar integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad.

Dicho Comité debe adelantar un proceso público de cuyo resultado se debe obtener una terna por cada órgano del Poder Ciudadano, que debe ser sometida a la consideración de la Asamblea Nacional que, mediante el voto favorable de las 2/3 partes de sus integrantes, escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos, al titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración.

Si concluido este lapso no hay acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral debe someter la terna a consulta popular.

El artículo 279 dispone, sin embargo, que en caso de no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional debe proceder, dentro del plazo que determine la ley, a la designación del titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente.

Por último, la misma norma dispone que los integrantes del Poder Ciudadano pueden ser removidos de sus cargos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con lo establecido en la ley.

b. *La Defensoría del Pueblo*

La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y

vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos (art. 280).

La actividad de la Defensoría del Pueblo, en todo caso se debe regir por los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad e impulso de oficio (art. 283).

La Defensoría del Pueblo actúa bajo la dirección y responsabilidad del Defensor del Pueblo, quien debe ser designado por la Asamblea por un único período de siete años (art. 280). Esto implica que no puede ser reelecto.

c. *El Ministerio Público: el Fiscal General de la República*

Conforme al Artículo 284, el Ministerio Público está bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República, quien ejerce sus atribuciones directamente con el auxilio de los funcionarios que determine la ley.

Para ser Fiscal General de la República se requieren las mismas condiciones de elegibilidad de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. El Fiscal General de la República debe ser designado para un período de siete años.

d. *La Contraloría General de la República*

La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control (art. 287).

Conforme al artículo 288, la Contraloría General de la República está bajo la dirección y responsabilidad del Contralor General de la República, quien debe ser venezolano, mayor de treinta años y con probada aptitud y experiencia para el ejercicio del cargo. Sin embargo, el artículo 41 de la Constitución exige para ser Contralor la nacionalidad venezolana por nacimiento sin otra nacionalidad.

El Contralor General de la República también debe ser designado para un período de siete años (art. 288).

G. *El Poder Electoral*

Otra innovación de la Constitución de 1999 fue elevar al rango constitucional al órgano de control electoral, el cual conforme a la Constitución de 1961 (art. 113) sólo tenía rango legal.

El artículo 292 dispone que el Poder Electoral se ejerce por el Consejo Nacional Electoral como ente rector y, como organismos subordinados a éste, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, con la organización y el funcionamiento que establezca la ley orgánica respectiva.

Entre las funciones del Poder Electoral (artículo 293) además de la organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos (ord. 5), está la de organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, puede organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (ord. 6). Esto se configura como una injerencia intolerable del Estado en las organizaciones intermedias de la sociedad.

El artículo 296 exige que el Consejo Nacional Electoral debe estar integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos serán postulados por la sociedad civil, uno por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y uno por el Poder Ciudadano.

Los tres integrantes postulados por la sociedad civil deben tener seis suplentes en secuencia ordinal, y cada designado por las Universidades y el Poder Ciudadano tendrá dos suplentes, respectivamente.

El artículo 295 crea un Comité de Postulaciones Electorales de candidatos a integrantes del Consejo Nacional Electoral, el cual debe estar integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley.

Los integrantes del Consejo Nacional Electoral son designados por la Asamblea Nacional con el voto de las 2/3 partes de sus integrantes. Los integrantes del Consejo Nacional Electoral escogerán de su seno a su Presidente, de conformidad con la ley.

Los integrantes del Consejo Nacional Electoral duran siete años en sus funciones y deben ser elegidos por separado: los tres postulados o postuladas por la sociedad civil al inicio de cada período de la Asamblea Nacional, y los otros dos a la mitad del mismo (art. 296).

Los integrantes del Consejo Nacional Electoral pueden ser removidos por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia (art. 296).

4. *La organización del Poder Público Estatal*

A. *La autonomía e igualdad de los Estados*

La distribución territorial del Poder Público en el marco de la federación implica la estructuración, en forma descentralizada, de las entidades políticas, las cuales por esencia gozan de autonomía.

Por ello, el artículo 159 de la Constitución establece que los Estados que son un total de 24, son entidades “autónomas e iguales en lo político”, con personalidad jurídica plena, y quedan obligados a mantener la independencia, soberanía e integridad nacional, y a cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes de la República.

Esta autonomía, por supuesto, es política (elección de sus autoridades), organizativa (se dictan su Constitución), administrativa (inversión de sus ingresos), jurídica (no revisión de sus actos sino por los tribunales) y tributaria (creación de sus tributos); y sus límites deben ser los establecidos en la Constitución, razón por la cual la Ley nacional no podría regular a los Estados. Sin embargo, esta autonomía está limitada en la Constitución en forma absolutamente inconveniente, al remitir el artículo 162 a la ley nacional para establecer “el régimen de la organización y el funcionamiento de los Consejos Legislativos Estadales, es decir, el órgano que ejerce el Poder Legislativo en los Estados”. Esa materia debería ser competencia exclusiva de los Estados a ser regulados en sus respectivas Constituciones (art. 164, ord. 1).

Limitaciones similares se establecen en la Constitución en cuanto al ejercicio de las competencias. Por ejemplo, en materia de tributos, en la Constitución no sólo se ha dejado la materia a una legislación nacional futura, sino que en definitiva, el Poder Nacional es el llamado a regular el ejercicio de la potestad tributaria, estatal y municipal (art. 156, ord. 13).

En cuanto a las competencias, las que son de carácter concurrente sólo pueden ejercerse por los Estados conforme a las “leyes de base” que dicte el Poder Nacional (art. 165); y en algunos casos, como en materia de policía, la función de policía estatal sólo puede ejercerse conforme a la legislación nacional aplicable (art. 164, ord. 6).

Todo lo anterior configura una autonomía limitada, lo que es lo mismo que una descentralización más nominal que real.

Por otra parte, en cuanto a la igualdad de los Estados, la misma ha perdido la garantía que le daba la representación igualitaria en el Senado, al haberse previsto en la Constitución una Asamblea Legislativa unicameral.

B. *El Poder Ejecutivo Estadal: los Gobernadores*

De acuerdo con el artículo 160, el gobierno y administración de cada Estado corresponde a un Gobernador, que es elegido por un período de 4 años por mayoría de las personas que votan. El Gobernador puede ser reelegido de inmediato y por una sola vez, para un período adicional.

Lamentablemente no se estableció la elección por mayoría absoluta y doble vuelta, para asegurar la legitimidad de la representación²⁵⁹.

C. *El Poder Legislativo Estadal: los Consejos Legislativos Estadales*

En cuanto al Poder Legislativo estadal, este se ejerce en cada Estado por un Consejo Legislativo conformado por un número no mayor de 15 ni menor de 7 integrantes, quienes proporcionalmente representarán a la población del Estado y a los Municipios (art. 162).

La representación proporcional, como sistema de escrutinio, tiende, como hemos visto, a asegurar la representación de los partidos políticos al preverse elecciones plurinominales en circuitos por listas. La referencia a la representación proporcional, por una parte, de la población, y por la otra, de los Municipios, realmente no se entiende, particularmente por el número reducido de miembros de los Consejos.

El artículo 162 contiene una norma que sin duda atenta contra la autonomía de los Estados, al establecer que la ley nacional debe regular el régimen de la organización y el funcionamiento del Consejo Legislativo, cuando eso corresponde a las Constituciones que deben dictar los Consejos Legislativos de los Estados (art. 164).

En todo caso, en cuanto a su competencia, los Consejos Legislativos tienen las atribuciones siguientes: 1) Legislar sobre las materias de la competencia estadal; 2) Sancionar la Ley de Presupuesto del Estado; y 3) Las demás que le atribuya la Constitución y la ley (art. 162).

5. *La organización del Poder Público Municipal*

A. *Régimen General*

De acuerdo con el artículo 168 de la Constitución, los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitu-

259 Véase nuestro voto salvado sobre esto en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, p. 191 y 192.

ción y de la ley²⁶⁰. En todo caso, la organización municipal debe ser democrática y debe responder a la naturaleza propia del gobierno local (art. 169).

La autonomía municipal comprende, conforme al artículo 168, lo siguiente: 1. La elección de sus autoridades; 2. La gestión de las materias de su competencia; y 3. La creación, recaudación e inversión de sus ingresos. Además, conforme lo establecía el artículo 29 de la Constitución de 1961, los actos de los Municipios no pueden ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley; por lo que no pueden ser revisados, en forma alguna, por los órganos del Poder Nacional ni de los Estados.

De acuerdo con el mismo artículo 168, las actuaciones de los Municipios en el ámbito de sus competencias se deben cumplir incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y en el control y evaluación de sus resultados, en forma efectiva, suficiente y oportuna, conforme a la ley.

El artículo 169, en el mismo sentido que el artículo 26 de la Constitución de 1961, dispone que la organización de los Municipios y demás entidades locales se debe regir por la Constitución, por la normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los Estados mediante sus Consejos Legislativos.

Una de las críticas más importantes que se habían formulado respecto de nuestro régimen municipal, era el excesivo uniformismo en la organización municipal, que ha hecho prácticamente inaplicable la Ley Orgánica de Régimen Municipal en muchos de los Municipios actuales²⁶¹. Por ello, el artículo 169, establece que la legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, debe obligatoriamente establecer diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes. En particular, dicha legislación debe establecer las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que debe corresponder a los Municipios con población indígena.

²⁶⁰ Véase nuestras propuestas para la reforma hacia un Nuevo Municipalismo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.* pp. 164 a 169; y los comentarios críticos al proyecto constitucional en Tomo II, *op. cit.* pp. 230 y ss.

²⁶¹ Véase nuestra propuesta en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.* p. 165.

Además de los Municipios, la Constitución regula expresamente a otras entidades locales como las Mancomunidades, los Distritos Metropolitanos y las Parroquias.

B. *El Poder Ejecutivo Municipal: los Alcaldes*

El gobierno y administración del Municipio corresponde al Alcalde, quien además, y en los términos del Código Civil (art. 446 y siguientes) tiene el carácter de la primera autoridad civil (art. 174)²⁶².

El Alcalde debe ser elegido por un período de 4 años por mayoría de las personas que votan, y podrá ser reelegido de inmediato y por una sola vez, para un período adicional.

Tampoco se estableció, en este caso, el principio de la elección por mayoría absoluta, como se había planteado en la discusión constitucional²⁶³.

C. *El Poder Legislativo Municipal: los Concejos Municipales*

El artículo 175 de la Constitución, atribuye la función legislativa del Municipio al Concejo, integrado por concejales elegidos en la forma establecidas en la Constitución, en el número y condiciones de elegibilidad que determine la ley.

Lamentablemente no se estableció en la Constitución el principio de la elección uninominal de concejales, para asegurar la efectiva representatividad de las comunidades y sus electores, remitiéndose el sistema electoral al principio de la representación proporcional destinado a permitir la representatividad de partidos²⁶⁴.

6. *El problema del Estado federal descentralizado con un marco centralista*

Uno de los grandes cambios políticos que debió propugnar la nueva Constitución era transformar definitivamente la Federación centralizada que hemos tenido durante los últimos cien años, por una Federación descentralizada, con una efectiva distribución territorial del poder hacia los

²⁶² Las competencias en materia de registro civil, en consecuencia, deben ser asumidas por los Alcaldes. Véase sobre esto Allan R. Brewer-Carías, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización*, op. cit. pp. 957 y ss.

²⁶³ Véase nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, op. cit., p. 195.

²⁶⁴ Véase nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, op. cit., pp. 195 y 196.

Estados y Municipios²⁶⁵. En tal sentido apuntaba la reforma constitucional no sólo al concebirse la forma del Estado como un Estado federal descentralizado (art. 4), sino al preverse a la descentralización política de la Federación como una política nacional de carácter estratégico (art. 158).

Sin embargo, el resultado final del esquema constitucional de distribución territorial del poder, no ha significado avance sustancial alguno respecto del proceso de descentralización que se venía desarrollando durante la última década en el país, al amparo de la Constitución de 1961²⁶⁶; y más bien, en muchos aspectos ha significado un retroceso institucional. Por ello, la denominación de “Estado federal descentralizado”, en definitiva, no pasa de ser el mismo “desideratum” inserto en la Constitución de 1961, hacia el cual se puede ir, pero que no se consolidó en la Constitución.

En este caso, incluso, como se ha señalado, el régimen se concibe en forma contradictoria, pues institucionalmente se limita en forma amplia la autonomía de los Estados y Municipios, al remitirse su regulación a la Ley, y se lesiona la igualdad de los Estados al eliminarse el Senado y con ello, la posibilidad de la participación política igualitaria de los Estados en la conducción de las políticas nacionales.

En efecto, como se ha dicho, en la Constitución se estableció una organización unicameral de la Asamblea Nacional (art. 186) que no sólo rompe una tradición que se remonta a 1811, sino que es contradictoria con la forma federal del Estado, que exige una Cámara Legislativa con representación igualitaria de los Estados, cualquiera que sea su población, y que sirva de contrapeso a la cámara de representación popular según la población del país. La “eliminación” del Senado o Cámara Federal es, por tanto, un atentado contra la descentralización política efectiva, al extinguir el instrumento para la igualdad de los Estados en el tratamiento de los asuntos nacionales en la Asamblea Nacional; y además, un retroceso tanto en el proceso de formación de las leyes nacionales, como en el ejercicio de los poderes de control parlamentario sobre el Ejecutivo.

Por otra parte, la autonomía de los entes territoriales, Estados y Municipios, exige su garantía constitucional, en el sentido de que no puede ser limitada por ley nacional posterior. De ello se trata al establecerse una distribución constitucional del Poder en el territorio.

En la Constitución, sin embargo, la regulación del funcionamiento y la organización de los Consejos Legislativos Estadales se remite a la ley nacional (art. 162), lo cual, además de contradictorio con la atribución de

265 Véase nuestras propuestas en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 271 y ss.

266 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Informe sobre la Descentralización en Venezuela 1993, Memoria del Ministro de Estado para la Descentralización*, Caracas 1993.

los Estados de dictarse su Constitución para organizar sus poderes públicos (art. 164, ord. 1), es una intromisión inaceptable del Poder Nacional en el régimen de los Estados.

En cuanto a los Municipios, la autonomía municipal tradicionalmente garantizada en la propia Constitución, también se encuentra interferida, al señalarse que los Municipios gozan de la misma, no sólo “dentro de los límites” establecidos en la Constitución, sino en la ley nacional (art. 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, queda minimizado.

Por otra parte, en cuanto a la distribución de competencias entre los entes territoriales, el proceso de descentralización exigía, ante todo, la asignación efectiva de competencias tributarias a los Estados, sobre todo en materia de impuestos al consumo, como sucede en todas las Federaciones. Los avances que el Proyecto tenía en esta materia en la primera discusión fueron abandonados, y en la segunda discusión se le quitaron a los Estados todas las competencias tributarias que se le habían asignado,²⁶⁷ con lo que se retrocedió al mismo estado que existía en la Constitución de 1961. En esta forma, los Estados seguirán dependientes del Situado Constitucional, el cual puede incluso disminuirse, además de que se le fijó un tope máximo (20% de los ingresos nacionales) que en la Constitución de 1961 no tenía (sólo había un mínimo); y si bien se crea en la Constitución el Consejo Federal de Gobierno (art. 185) como órgano intergubernamental, su organización por ley nacional puede conducir a su control por los órganos nacionales.

Conforme a lo anterior, en líneas generales, el esquema de Federación centralizada de la Constitución de 1961 no logró ser totalmente superado en la nueva Constitución, y si bien se habla de descentralización, sigue siendo un desideratum, no actualizado. La gran reforma del sistema político, necesaria e indispensable para perfeccionar la democracia, en todo caso, era desmontar el centralismo del Estado y distribuir el Poder Público en el territorio; única vía para hacer realidad la participación política. Ello sólo justificaba el proceso constituyente; pero su decisión se pospuso y con ello, se perdió la gran oportunidad de comenzar a sustituir el Estado centralizado por un Estado descentralizado. La Asamblea Constituyente, para superar la crisis política, debió diseñar la transformación del Estado, descentralizando el poder y sentar las bases para acercarlo efectivamente al ciudadano. Al no hacerlo, ni transformó el Estado ni dispuso lo necesario para hacer efectiva la participación.

²⁶⁷ *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, Sesión de 13-11-99, N° 43, pp. 54 y ss.

IV. ASPECTOS DE LA CONSTITUCIÓN SOCIAL Y DEL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS

Así como la Constitución Política regula la organización del Estado mediante sistemas de distribución y división (separación) del Poder Público; la Constitución Social tiene por objeto regular el estatuto de las personas y de la sociedad civil y sus relaciones con el Estado. Ello se concreta en el régimen de los derechos y deberes constitucionales de las personas, en el cual se establece esa relación Estado-Sociedad.

En esta materia de los derechos constitucionales y, en particular, en relación con los derechos humanos, sin duda, la Constitución de 1999 es un texto en el cual se han incorporado notables innovaciones signadas por la progresividad de la protección de los derechos humanos, como resulta del texto del Capítulo I sobre Disposiciones Generales del Título IV sobre los Deberes, Derechos Humanos y Garantías²⁶⁸. Sin embargo, también ha habido notables regresiones específicas, como la eliminación del derecho de protección de los niños, a la violación de la reserva legal como garantía de los derechos por la previsión de la delegación legislativa al Ejecutivo, y de las regulaciones excesivamente paternalistas y estatistas en el campo de los derechos sociales, en las cuales se ha marginado a la sociedad civil.

1. *El régimen general de los derechos humanos*

A. *El principio de la progresividad y la no discriminación*

El artículo 19 de la Constitución de 1999 comienza el Título relativo a los “Deberes, Derechos y Garantías constitucionales”, disponiendo que el Estado debe garantizar a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

El respeto y garantía de los derechos, por tanto, son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

Se establece así, en primer lugar, la garantía estatal de los derechos humanos, conforme al principio de la progresividad y no discriminación; y en segundo lugar, la obligación estatal de respetarlos y garantizarlos no

²⁶⁸ Véase las propuestas que formulamos en esta materia en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 septiembre-17 octubre 1999), Caracas 1999, pp. 77 a 115.

sólo conforme a la Constitución y a las leyes sino conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República.

B. *El principio de la libertad*

Al igual que en el artículo 43 de la Constitución de 1961, el artículo 20 de la Constitución de 1999 consagra el principio de la libertad, como fundamento de todo el sistema en la materia al establecer que:

Artículo 20: Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

Como se había señalado en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961, esta norma “sustituye el enunciado tradicional de que todos pueden hacer lo que no perjudique a otro y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene ni impedido de ejecutar lo que ella no prohiba”.

C. *La cláusula abierta de los derechos humanos*

Los derechos humanos garantizados y protegidos conforme a la Constitución, no son sólo los enumerados en su texto sino todos los demás que sean inherentes a la persona humana. Así se establecía en el artículo 50 de la Constitución de 1961 lo que permitió, conforme a dicha norma, que la jurisprudencia incorporara, con rango constitucional, muchos derechos humanos no enumerados en el texto constitucional²⁶⁹, y se recoge, ampliado, en el artículo 22 de la Constitución de 1999.

D. *La jerarquía constitucional de los Tratados internacionales sobre derechos humanos*

Una de las grandes innovaciones de la Constitución de 1999 en esta materia, ha sido el otorgarle rango constitucional a los Tratados internacionales sobre derechos humanos, siguiendo los antecedentes de la Constitución del Perú de 1979 (art. 105), de la Constitución Argentina de 1994 (art. 75) y la orientación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sentada desde antes de dictar la sentencia de declaratoria de nulidad de la Ley de

²⁶⁹ El último ejemplo importante fue la definición del derecho a la participación política como derecho inherente a las personas en la sentencia de la Corte Suprema del 19-01-99 que abrió la vía constitucional hacia la elección de la Asamblea Nacional Constituyente. Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, p. 41.

Vagos y Maleantes de 14-10-97²⁷⁰. Estos antecedentes llevaron a la inclusión de una norma²⁷¹, en el artículo 23, de la cual se destacan los siguientes aspectos: primero, la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos; segundo, la aplicación prevalente de los mismos en relación con la Constitución y las leyes, si establecen normas más favorables; y tercero, la aplicación inmediata y directa de los mismos por los órganos que ejercen el Poder Público.

2. *El régimen general de las garantías constitucionales*

En la Constitución de 1999 también se han incorporado un conjunto de regulaciones muy importantes, relativas a las garantías constitucionales de los derechos humanos, es decir, de los instrumentos que permiten hacer efectivo el ejercicio de los derechos²⁷².

En efecto, en la Constitución se regula ampliamente la garantía de la irretroactividad de la ley (art. 24); la garantía de la nulidad de los actos violatorios de derecho y de la responsabilidad de los funcionarios (art. 25); la garantía de la igualdad ante la ley (art. 21); la garantía judicial y el derecho de acceso a la justicia que tiene toda persona para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente (art. 26). De esta norma, se destaca no sólo el derecho de acceder a la justicia para la protección de sus derechos e intereses, incluso de carácter colectivo y difuso²⁷³, sino el derecho a la tutela efectiva de los mismos, y el derecho a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Además, en el mismo artículo constitucional se establecen los principios generales del sistema judicial al establecer que:

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismo o reposiciones inútiles.

La Constitución regula, además, la garantía de protección mediante recursos efectivos: el derecho y la acción de amparo y la acción de habeas

²⁷⁰ Véase por ejemplo, sentencia de la Sala Político-Administrativa de 29-05-97 (*Caso ACOMI-SUR*), en *Revista de Derecho Público*, N° 69-70, Caracas 1997, pp. 178-179.

²⁷¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 111 a 115.

²⁷² Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *El derecho y la acción de amparo, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo V, 1998, pp. 11 y ss.

²⁷³ Véase sobre los intereses colectivos y difusos, Allan R. Brewer-Carías, *Jurisdicción contencioso-administrativa, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII, Caracas, 1997, pp. 83 y ss.

data (art. 27)²⁷⁴, conforme a todos los principios fundamentales en materia de amparo que se desarrollaron en aplicación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales²⁷⁵.

La más importante de las garantías constitucionales, además del acceso a la justicia, es que ésta se imparta de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y las leyes, es decir, en el curso de un debido proceso. Estas garantías se han establecido detalladamente en el artículo 49 que exige que “el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas”, regulándose las siguientes en forma detallada: el derecho a la defensa; la presunción de inocencia; el derecho a ser oído; el derecho al ser juzgado por su juez natural, que debe ser competente, independiente e imparcial; las garantías de la confesión; el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*; el principio *non bis in idem* y la garantía de la responsabilidad estatal por errores o retardos judiciales.

Pero entre las garantías constitucionales de los derechos humanos, sin duda, la más importante es la garantía de la reserva legal, es decir, que las limitaciones y restricciones a los derechos sólo pueden establecerse mediante ley formal²⁷⁶. De allí la remisión que los artículos relativos a los derechos constitucionales hacen a la ley.

Pero ley, en los términos de la garantía constitucional, sólo puede ser el acto emanado de la Asamblea Nacional actuando como Cuerpo Legislativo (art. 202). Este es el único acto que puede restringir o limitar las garantías constitucionales, como lo indica el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, esta garantía puede considerarse que se ha violentado en el propio texto constitucional, al regular la “delegación legislativa” al Presidente de la República, mediante las llamadas “leyes habilitantes” (art. 203), para poder dictar actos con rango y valor de ley en cualquier materia (art. 236, ord. 8), que en la Constitución de 1961 sólo estaban reducidos a materias económicas y financieras (art. 190, ord. 8).

Esto podría abrir la vía constitucional para la violación de la reserva legal que, como se dijo, es la garantía constitucional más importante en relación con la efectiva vigencia y ejercicio de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en todo caso, ha decidido formalmente en la opinión consultiva OC-6/86 de 9-3-86 que la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención sólo se refiere a las emanadas de “los órganos legislativos constitucionalmente previstos y

²⁷⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El Derecho y la acción de amparo, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo V, *op. cit.*, pp. 163 y ss.

²⁷⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías y Carlos M. Ayala Corao, *Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales*, Caracas 1988.

²⁷⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, N° 37, Caracas 1989, pp. 6 y 7.

democráticamente electos²⁷⁷, por lo que en ningún caso las leyes habilitantes podrían autorizar al Presidente de la República para dictar “decretos-leyes” restrictivos de derechos y garantías constitucionales.

Por último, entre las garantías constitucionales, en el artículo 29 de la Constitución se estableció expresamente la obligación del Estado de investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades²⁷⁸, y en el artículo 30 de la Constitución²⁷⁹ se estableció la obligación del Estado de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios. A tal efecto, en la Constitución se exige que el Estado adopte las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas estas indemnizaciones.

El Estado, además, debe proteger a las víctimas de delitos comunes y debe procurar que los culpables reparen los daños causados.

El colorario internacional de las garantías constitucionales está en el artículo 31 de la Constitución²⁸⁰, que regula el acceso a la justicia internacional para la protección de los derechos humanos en la siguiente forma: como derecho de toda persona con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos²⁸¹.

Por otra parte, la Constitución establece la obligación para el Estado de adoptar, conforme a procedimientos establecidos en la Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

3. *Los derechos individuales*

El Capítulo IV del Título III de la Constitución se destina a regular “los derechos civiles”, los que, en realidad, en castellano y conforme a la tradición constitucional venezolana, son los *derechos individuales*²⁸². En realidad, la expresión “derechos civiles” es una traducción de la expresión en inglés, “*civil rights*” que se incorporó en la traducción al español del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, que es ley en la República²⁸³.

277 Véase “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Opinión Consultiva, OC-6/86) Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Revista IIDH*; Instituto Interamericano de Derechos Humanos N° 3, San José 1986, pp. 107 y ss.

278 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, p. 104.

279 *Idem*, p. 106.

280 *Ibidem*, p. 107.

281 Véase Carlos M. Ayala Corao, *Del amparo constitucional al amparo Interamericano como Institutos para la protección de los Derechos Humanos*, EJV-IIDH, Caracas 1998.

282 Véase la denominación desde la Constitución de 1858 en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Caracas, 1997, p. 488; y Allan R. Brewer-Carías, *Los Derechos y garantías constitucionales, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo IV, *op. cit.* pp. 53 y ss.

283 Véase en *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 2.146 de 28-01-78.

Se regula, así el derecho a la vida, como inviolable, con la prohibición de que se pueda establecer la pena de muerte (art. 43). En la Constitución de 1999, se reforzó la previsión de este derecho, obligándose en particular al Estado a proteger “la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma”.

La Constitución, además, reguló expresamente el derecho al nombre (art. 56); y el derecho a la inviolabilidad de la libertad personal (art. 44), con los siguientes derechos y garantías: garantías ante el arresto o detención; derecho a la defensa y a no estar incomunicado; límite personal de las penas; la identificación de la autoridad; el derecho a la excarcelación; la protección frente a la esclavitud o servidumbre; la prohibición de la desaparición forzosa de personas (art. 45).

Se reguló, además, detalladamente, el derecho a la integridad personal (art. 46), con los siguientes derechos: el derecho a no ser sometido a torturas o penas degradantes; el derecho de los detenidos al respeto a la dignidad humana; el derecho a decidir sobre experimentos y tratamientos; y la responsabilidad de los funcionarios.

Adicionalmente, el texto constitucional, conforme a la tradición de los textos anteriores, consagra el derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico (art. 47); la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (art. 48); la libertad de tránsito (art. 50)²⁸⁴; el derecho de petición y a la oportuna respuesta (art. 51); y el derecho de asociación.

En relación con este último derecho, el artículo 52 establece que toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley, estando obligado el Estado a facilitar el ejercicio de este derecho. Este derecho sin embargo, encuentra limitaciones de rango constitucional, en el artículo 256 respecto de los jueces, a quienes se prohíbe asociarse; y en el artículo 294,6 en cuanto a la inherencia del Estado en las elecciones de los gremios profesionales, que deben ser organizadas por el Consejo Supremo Electoral, como órgano del Poder Público (Poder Electoral).

Por otra parte, la Sala Electoral del Tribunal Supremo, en sentencia de 19-5-2000 bajo la ponencia del Magistrado Antonio García García, (*Caso Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela*) le ha dado a la expresión “gremio profesional”, una interpretación amplísima, al considerar como tales cualquier “conjunto de personas que en su condición de profesionales, se aúnan para defender sus intereses comunes y lograr mejoras también de carácter común, independientemente de que su conformación no sea por disposición expresa de la ley, sino por acuer-

²⁸⁴ Véase nuestras observaciones sobre esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 150 y 151.

do común de sus integrantes, bajo una forma de derecho privado”. De ello dedujo la Sala Electoral que la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela era un gremio profesional. En consecuencia, conforme a esa doctrina, las elecciones de cualquier asociación de profesionales tendrían que ser organizadas por el Estado (Consejo Nacional Electoral), lo que en nuestro criterio constituye una limitación intolerable y excesiva al derecho de asociación.

En relación con los derechos individuales, la Constitución garantiza, además, el derecho de reunión (art. 53); el derecho a la libre expresión del pensamiento (art. 57); y el derecho a la información *oportuna, veraz e imparcial*, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes (art. 58)²⁸⁵.

Una larga polémica se planteó respecto de la utilización de los adjetivos “oportuna, veraz e imparcial” para calificar la información que toda persona tiene derecho a recibir, no porque no deba ser así, sino porque todos estos calificativos en la Constitución podrían dar lugar a que desde el Estado pueda establecerse algún control para determinar la veracidad, la oportunidad o la imparcialidad de la información, y con ello el establecimiento de alguna “verdad oficial”²⁸⁶. En una Constitución signada por el principio de la progresión en la mayoría de los derechos individuales, esta regresión en materia de derechos individuales es inadmisibles, pues abre una grieta que puede servir al autoritarismo.

En el marco de los derechos individuales, además, encuentran regulación expresa la libertad religiosa (art. 59); el derecho a la protección del honor y la intimidad (art. 60); el derecho a la libertad de conciencia (art. 61); el derecho de protección por parte del Estado (art. 55).

4. *Los derechos sociales y de las familias*

En el campo de los derechos sociales y de las familias, la Constitución de 1999 contiene extensas y complejas declaraciones, muchas de las cuales no guardan relación con el principio de la alteridad, que atribuyen al Estado innumerables obligaciones y que en gran parte marginalizan a la sociedad civil. El esquema, globalmente considerado es altamente paternalista.

285 Véase en torno al derecho a la libre expresión del pensamiento y a la rectificación y respuesta: Allan R. Brewer-Carías, y otros, *La libertad de expresión amenazada (sentencia 1.013)*, EJV-IIDH, Caracas 2001.

286 Véase nuestro voto salvado sobre esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 154 a 156.

Por una parte la Constitución reguló una serie de derechos sociales que pueden denominarse como derechos de protección, y son los siguientes: la protección de las familias (art. 75);²⁸⁷ la protección de la maternidad (art. 76)²⁸⁸; la protección del matrimonio “entre un hombre y una mujer”, (art. 77); la protección de los niños (art. 78) y los derechos de los jóvenes (art. 79) (no se estableció, sin embargo, que este derecho a protección integral lo tienen los niños desde su concepción, como lo establecía el artículo 74 de la Constitución de 1961)²⁸⁹; la protección de los ancianos (art. 80); y los derechos de los discapacitados (art. 81), regulándose expresamente en el artículo 101, la obligación para los medios televisivos de incorporar subtítulos y traducción a la lengua de señas para las personas con problemas auditivos.

La Constitución reguló, además, expresamente, el derecho a la vivienda (art. 82), como una declaración²⁹⁰; y el derecho a la salud²⁹¹ y a su protección (art. 83). En esta materia, a los efectos de que el Estado pueda garantizar “el derecho a la protección de la salud”, el artículo 84 le impone la obligación de crear, ejercer la rectoría y gestionar un “sistema público nacional de salud”, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad.

Es decir, el servicio de salud se concibe constitucionalmente como integrado al sistema de seguridad social (como un subsistema) y se lo concibe como gratuito y universal, lo que no guarda relación alguna con el sistema de seguridad social que se establece para los afiliados o asegurados. El servicio de salud, en realidad, tiene esas características, pero siempre que esté fuera del sistema de seguridad social. Esta norma, en realidad constitucionaliza inconvenientemente el régimen de la seguridad social de las últimas décadas, que no ha funcionado²⁹².

Se establece además, con rango constitucional, que los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no pueden ser privatizados.

287 Véase nuestro voto salvado en relación con este concepto de la familia como “asociación” en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* p. 163.

288 Véase nuestra posición en la discusión de este artículo, en *idem*, p. 164.

289 Véase nuestro voto salvado en esta materia en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 165 y 166 y 262 a 265.

290 Véase nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 167.

291 Véase nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 169 y 170 y 265 y 266.

292 Véase nuestro voto salvado sobre esto en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 170 y 226.

Por último, se establece el principio de que la comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud.

En el artículo 85 de la Constitución se establece que es una obligación del Estado, el financiamiento del sistema público de salud, que debe integrar los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley²⁹³. El Estado, además, debe garantizar un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria.

Finalmente, el artículo 85 termina su normación indicando que el Estado “regulara las instituciones públicas y privadas de salud”, en la única norma en la que se nombra a las instituciones privadas de salud, pero como el objeto de regulación.

En cuanto al derecho a la seguridad social, el artículo 86 de la Constitución lo regula “como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social”²⁹⁴.

5. *Los derechos laborales*

En el mismo Capítulo relativo a los derechos sociales y de la familia, la Constitución de 1999, en la misma orientación de la Constitución de 1961, incorporó el conjunto de derechos laborales al texto constitucional, pero esta vez ampliándolos y rigidizándolos aún más, llevando a rango constitucional muchos derechos que por su naturaleza podrían ser de rango legal. Se reguló, así, expresamente, el derecho y el deber de trabajar (art. 87); la igualdad en el trabajo (art. 88); la protección estatal al trabajo (art. 89); la jornada laboral y el derecho al descanso (art. 90); el derecho al salario (art. 91); el derecho a prestaciones sociales (art. 92); el derecho a la estabilidad laboral (art. 93); las responsabilidades laborales; el derecho a la sindicalización (art. 95); el derecho a la contratación colectiva (art. 96); y el derecho a la huelga (art. 97).

Sobre el derecho a la sindicalización, debe destacarse la injerencia del Estado en el funcionamiento de los sindicatos, al establecer el artículo

²⁹³ Véase nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 171 y 267.

²⁹⁴ Véase nuestro voto salvado en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 172 a 174 y 257 a 270.

294,6 de la Constitución la competencia del Consejo Nacional Electoral, que es un órgano del Poder Público (Poder Electoral) para “organizar las elecciones de los sindicatos y gremios profesionales”. En consecuencia, en Venezuela, los sindicatos no son libres de organizar la elección de sus autoridades y representantes, sino que las mismas deben ser organizadas por el Estado.

6. *Los derechos culturales y educación*

La Constitución además, consagró una serie de derechos relativos a la cultura, como la libertad y la creación cultural y la propiedad intelectual (art. 98); los valores de la cultura y la protección del patrimonio cultural (art. 99); la protección de la cultura popular (art. 100) y a la información cultural (art. 101), estableciendo que el Estado debe garantizar la emisión, recepción y circulación de la información cultural. A tal efecto, se impone a los medios de comunicación el deber de coadyuvar a la difusión de los valores de la tradición popular y la obra de los artistas, escritores, compositores, cineastas, científicos y demás creadores y creadoras culturales del país.

En cuanto al derecho a la educación, el artículo 102 de la Constitución comienza estableciendo, en general, que “la educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria”. La consecuencia de lo anterior es la previsión del mismo artículo 102, en el sentido de imponer al Estado la obligación de asumir la educación como “función indeclinable” y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad.

En consecuencia, constitucionalmente se declara a la educación como un servicio público; precisándose, sin embargo, que “el Estado estimulará y protegerá la educación privada que se imparta de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en las Leyes”.

Se regula, además, el derecho a la educación integral, la gratuidad de la educación pública; y el carácter obligatorio de la educación en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario (art. 103). Además, se establece el régimen de los educadores; (art. 104); el derecho a educar (art. 106); y la educación ambiental e histórica (art. 107). En el artículo 108, se precisa, además, que los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. Además, los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley.

En la Constitución de 1999, además, se constitucionalizó el principio de la autonomía universitaria (art. 109); se reguló el régimen de las profesiones liberales (art. 105); el régimen de la ciencia y la tecnología (art. 110); y el derecho al deporte (art. 111).

7. *Los derechos ambientales*

La Constitución de 1999 también constituye una novedad en cuanto a la regulación de los derechos constitucionales relativos a los derechos ambientales, que precisan el derecho al ambiente (art. 127); la política de ordenación territorial (art. 128); los estudios de impacto ambiental y el régimen de los desechos tóxicos; y las cláusulas contractuales ambientales obligatorias (art. 129).

8. *Los derechos de los pueblos indígenas*

Otra de las innovaciones de la Constitución de 1999, polémica por cierto, fue la incorporación de un conjunto de normas sobre los derechos de los pueblos indígenas, respecto de los cuales sólo había una escueta norma de protección en la Constitución de 1961 (art. 77). La forma como quedaron redactados estos artículos, sin embargo, la consideramos altamente discriminatoria en relación al conjunto de la población venezolana en favor de un grupo porcentualmente reducido de etnias que no superan el 1.5% de la población venezolana²⁹⁵.

El capítulo comienza en el artículo 119, con la siguiente redacción

Artículo 119: El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.

De esta norma surge, ante todo, el peligro del reconocimiento de un Estado dentro del Estado, desde que se reconoce que puede haber, en específico, en el país, un *pueblo*, con su *organización política* en sus propios *territorios*. Estos elementos: pueblo, gobierno y territorio son los

²⁹⁵ Véase nuestro voto salvado sobre esta norma y la propuesta de redacción alternativa en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 186 a 190.

componentes esenciales de todo Estado, lo que podría originar, en el futuro, problemas en cuanto a la integridad territorial. Precisamente por ello, sin embargo, fue que se incorporó el artículo 126, con el siguiente texto:

Artículo 126: Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional.

El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.

Conforme al artículo 120, el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitat indígenas por parte del Estado se debe hacer sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Por interpretación en contrario, todo otro aprovechamiento por parte de los particulares de estos mismos recursos no estarían sujetos a la previa información y consulta.

El artículo 121 de la Constitución declara el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto.

A tal efecto se obliga al Estado a fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

Igualmente, el artículo 122 establece el derecho de los pueblos indígenas a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. En consecuencia, se obliga al Estado a reconocer su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.

Por otra parte, el artículo 123 de la Constitución establece el derecho de los pueblos indígenas a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Además, se consagra el derecho de los pueblos indígenas a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable.

Por otra parte, el Estado también está obligado a garantizar a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral.

El artículo 124 de la Constitución se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnológicas e innovaciones de los pueblos indígenas, exigiendo que toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. La Constitución, además, prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.

Por último, el artículo 125 de la Constitución consagra el derecho de los pueblos indígenas a la participación política; garantizando el artículo 182 de la Constitución, “la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley”.

9. *Los deberes constitucionales*

En el Capítulo X del Título III se establecen el conjunto de deberes constitucionales de las personas, los cuales se complementan con otras disposiciones del texto constitucional: el deber de defender a la patria (art. 130); el deber de acatar la Constitución (art. 131); los deberes de solidaridad social (art. 132); el deber de contribuir con los gastos públicos (art. 133); el deber de prestar el servicio civil y militar (art. 134); el deber de educarse (art. 102); el deber de trabajar (art. 87); y los deberes de los padres e hijos (art. 76).

10. *Los problemas de una Constitución social concebida para el paternalismo y el populismo*

La Constitución Social o del ciudadano, como hemos señalado, es la que establece las relaciones entre el Estado y la Sociedad y sus componentes individuales, compuesta por el conjunto de libertades y derechos de los ciudadanos y habitantes del país, antes indicados, con sus correlativos deberes de parte del Estado y sus autoridades de protección, abstención o de prestación social. Lo cierto es que no puede haber un derecho consagrado constitucionalmente que no tenga un deber u obligación correlativo a cargo del Estado.

En esta materia, a pesar de los avances que contiene la nueva Constitución, por ejemplo, en la enumeración de los derechos individuales y en la constitucionalización, con rango constitucional, de los Tratados internacionales sobre derechos humanos a los cuales se les prescribió aplicación preferente cuando sean más favorables; consideramos que contiene muchos aspectos negativos específicos, como la grave lesión a la garantía de la reserva legal respecto de los derechos constitucionales en virtud de la delegación legislativa al Presidente de la República que en forma am-

plia regula la Constitución; y como las fallas en la protección de los derechos del niño y en el régimen del derecho a la información.

Pero en global, desde el punto de vista social, el principal problema de la Constitución es la confusión entre las buenas intenciones y los derechos constitucionales y el engaño que puede derivar de la imposibilidad de satisfacer algunos derechos sociales.

En efecto, en la consagración de los derechos humanos, uno de los principios esenciales de orden constitucional es el denominado principio de alteridad, que implica que todo derecho comporta una obligación y que todo titular de un derecho tiene que tener relación con un sujeto obligado.

No hay, por tanto, derechos sin obligaciones ni obligados; por lo que la consagración de supuestos derechos que no pueden originar obligaciones u obligados, por imposibilidad conceptual, no es más que un engaño.

Así sucede, por ejemplo, con varios de los derechos y garantías sociales, tal y como se consagraron en la Constitución, cuya satisfacción es simplemente imposible. Constituyen, más bien, declaraciones de principio y de intención de indiscutible carácter teleológico, pero difícilmente pueden concebirse como “derechos” por no poder existir un sujeto con obligación de satisfacerlos.

Es el caso, por ejemplo, del “derecho a la salud”, que se consagra como “un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida” (art. 83). Lo cierto es que es imposible que alguien garantice la salud de nadie y que constitucionalmente se pueda consagrar el derecho a la salud. Ello equivaldría a consagrar en la Constitución, el derecho a no enfermarse, lo cual es imposible pues nadie garantizar a otra persona que no se va a enfermar.

En realidad, el derecho que se puede consagrar en materia de salud, como derecho constitucional, es el derecho a la protección de la salud, lo que comporta la obligación del Estado de velar por dicha protección, estableciendo servicios públicos de medicina preventiva y curativa. De resto, regular el derecho a la salud, por imposibilidad de la alteridad, es una ilusión.

Lo mismo podría señalarse, por ejemplo, del derecho que se consagra en la Constitución a favor de “toda persona”, “a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias” (art. 82). Este derecho, como está consagrado, es de imposible satisfacción; se trata, más bien, de una declaración de principio o de intención bellamente estructurada que no puede conducir a identificar a un obligado a satisfacerla, y menos al Estado.

También resulta una ilusión establecer en la Constitución, pura y simplemente, que “toda persona tiene derecho a la seguridad social como

servicio público no lucrativo que garantice la salud y asegure protección en contingencias... de previsión social”; siendo igualmente una imposibilidad prever que “El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social...” (art. 86).

De nuevo aquí, la intención es maravillosa, pero no para pretender regularla como un “derecho” constitucional con una obligación estatal correlativa, también de rango constitucional, cuya satisfacción es imposible. Se confundieron, en esta materia, las buenas intenciones y declaraciones sociales con derechos y obligaciones constitucionales, que originan otro tipo de relaciones jurídicas, incluso con derecho de ser amparados constitucionalmente.

Además, del texto de la Constitución social se evidencia un excesivo paternalismo estatal y la minimización de las iniciativas privadas en materia de salud, educación y seguridad social.

En efecto, en la regulación de los derechos sociales, en la Constitución no sólo se ponen en manos del Estado excesivas cargas, obligaciones y garantías, de imposible cumplimiento y ejecución en muchos casos, sino que se minimiza, al extremo de la exclusión, a las iniciativas privadas. En esta forma, servicios públicos esencial y tradicionalmente concurrentes entre el Estado y los particulares, como los de educación, salud y seguridad social, aparecen regulados con un marcado acento estatista y excluyente.

Por ejemplo, en materia de salud, se dispone que para garantizarla “el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, ... integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad” (art. 84). Se trata, por tanto, de un sistema público de salud, regulado como un servicio público gratuito que forma parte del sistema de seguridad social. Nada se dice en la norma sobre los servicios privados de salud, aún cuando en otro artículo se indica que el Estado “regulará las instituciones públicas y privadas de salud” (art. 85).

En materia de seguridad social, el rasgo estatista del sistema es aún mayor: se declara la seguridad social como un servicio público de carácter no lucrativo, estando obligado el Estado “de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas”, precisándose, además, que las cotizaciones obligatorias sólo “podrán ser administradas con fines sociales bajo la rectoría del Estado” (art. 86). Se excluye así, en principio, toda iniciativa privada en materia de seguridad social y se minimiza la participación privada en la administración reproductiva de los fondos de pensiones.

En materia de educación, la tendencia estatista es similar: se regula la educación, en general, como un derecho humano y un deber social funda-

mental; se la declara en general como “democrática, gratuita y obligatoria” y se la define como “un servicios público” que el Estado debe asumir “como función indeclinable” (art. 102). Nada se indica en la norma que se refiere a la educación privada, y sólo es en otro artículo que se consagra el derecho de las personas “a fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de este” (art. 106). La posibilidad de estatización de la educación, por tanto, no tiene límites en la Constitución, habiéndose eliminado del texto constitucional la disposición, que en la materia prevía la Constitución de 1961 de que “El Estado estimulará y protegerá la educación privada que se imparta de acuerdo con los principios contenidos en esta Constitución y en las leyes” (art. 79).

V. ALGUNOS ASPECTOS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

El tercer componente normativo de toda Constitución contemporánea, además de la *Constitución Política* que regula la organización del Estado mediante la distribución territorial y división orgánica del Poder Público; y de la *Constitución Social* que regula el estatuto de las personas y de los ciudadanos, y su relación con el Estado al igual que la relación general entre la sociedad y el Estado; es la *Constitución Económica* que tiene por objeto establecer los principios del régimen de las relaciones económicas y el papel que, en las mismas, corresponde a la iniciativa privada y al propio Estado.

En el constitucionalismo venezolano, puede decirse que en las últimas cinco décadas se ha venido desarrollando un régimen constitucional y político propio de una sociedad democrática, con la configuración, en la Constitución del 23 de enero de 1961, y ahora, en la del 30 de diciembre de 1999, de un Estado Social de Derecho, y la formulación, en esos textos, de una Constitución Económica que opta por un modelo económico de libertad como opuesto al de economía dirigida, similar al que existe en todos los países occidentales.

La aplicación práctica de ese modelo constitucional ha provocado, desde el punto de vista político, la consolidación del régimen democrático representativo, pluralista y, ahora, con vocación participativa; y desde el punto de vista económico, y a pesar de los múltiples problemas de desarrollo económico-social que continúan existiendo, el modelo ha enmarcado el desenvolvimiento de una economía basada en la libertad económica y la iniciativa privada, pero con una intervención importante y necesaria del Estado para asegurar los principios de justicia social que constitucionalmente deben orientar el régimen económico.

Además, el Estado, al ser titular desde siempre del dominio público sobre el subsuelo conforme a la pauta que marcaron las Ordenanzas de Nueva España, en vigencia en los territorios de las antiguas Provincias Coloniales de España en el Mar Caribe desde al segunda mitad del siglo XVII, en el caso de Venezuela ha convertido al Estado en la entidad económica más poderosa del país, por ser dueño del petróleo, lo que le ha llevado a intervenir en forma importante en la actividad económica.

Siguiendo, en cierta forma, las orientaciones de la Constitución de 1961 en materia de Constitución Económica²⁹⁶, la Constitución de 1999 establece igualmente, pero sin decirlo, un sistema económico de economía social de mercado²⁹⁷ que se fundamenta en la libertad económica, pero que debe desenvolverse conforme a principios de justicia social, que requieren de la intervención del Estado.

1. *Principios del sistema económico*

En esa orientación, precisamente se inscribe el contenido del artículo 299, al prescribir que el régimen socioeconómico de la República se fundamenta en los siguientes principios: justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad.

El sistema económico, por tanto, se fundamenta en la libertad económica, la iniciativa privada y la libre competencia, pero con la participación del Estado como promotor del desarrollo económico, regulador de la actividad económica, y planificador con la participación de la sociedad civil, como se indica más adelante.

2. *El régimen de los derechos económicos*

En el Título de los “Derechos, Deberes y Garantías Constitucionales” se incorporó un Capítulo que enumera los *derechos económicos* de las personas, en la siguiente forma: por una parte la libertad económica (art. 112); y por la otra el derecho de propiedad y la expropiación (art. 115). Esta norma sigue la orientación del constitucionalismo venezolano²⁹⁸, aún cuando deben destacarse algunas variaciones en relación con su

296 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Reflexiones sobre la Constitución Económica” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid 1991, pp. 3839 a 3853.

297 Véase lo que expusimos ante la Asamblea, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 15 a 52.

298 Véase Allan R. Brewer-Carías “El derecho de propiedad y libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela” en *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Caracas 1979, pp. 1139 a 1246.

equivalente en la Constitución de 1961 (art. 99), que son las siguientes: *primero*, no se establece que la propiedad privada tiene una función social que cumplir, como lo indicaba la Constitución de 1961; *segundo*, en la nueva Constitución se enumeran los atributos del derecho de propiedad (uso, goce y disposición) lo que era materia de rango legal (art. 545 del Código Civil); y *tercero*, en cuanto a la expropiación, se exige en el nuevo texto constitucional que el pago de la justa indemnización sea “oportuno”. En esa forma, en general, la norma garantiza con mayor fuerza el derecho de propiedad²⁹⁹.

La Constitución, además, prohíbe que se decreten o ejecuten confiscaciones de bienes salvo en los casos permitidos por la propia Constitución y, en particular, por vía de excepción, mediante sentencia firme, respecto de los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, o de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes (art. 116 y 271).

El artículo 307 de la Constitución declara al régimen latifundista como contrario al interés social, y remite al legislador para disponer lo conducente en materia tributaria para gravar las tierras ociosas y establecer las medidas necesarias para su transformación en unidades económicas productivas, rescatando igualmente las tierras de vocación agrícola.

Por otra parte, la norma establece el derecho de los campesinos y demás productores agropecuarios a la propiedad de la tierra, en los casos y formas especificados por la ley respectiva. Esto implica el establecimiento de obligaciones constitucionales al Estado para proteger y promover las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar la producción agrícola, y para velar por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola con el objeto de asegurar su potencial agroalimentario.

Excepcionalmente dispone el mismo artículo constitucional, que el legislador creará contribuciones parafiscales con el fin de facilitar fondos para financiamiento, investigación, asistencia técnica, transferencia tecnológica y otras actividades que promuevan la productividad y la competitividad del sector agrícola.

Una innovación constitucional en materia económica es el derecho que regula el artículo 117, de todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que con-

299 Véase, además, los comentarios que formulamos sobre el régimen de la propiedad en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, (8 agosto-8 Septiembre 1999), Caracas 1999, pp. 201 y ss.

sumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno.

3. *El régimen de la intervención del Estado en la economía*

En el texto constitucional se regulan las diferentes facetas de la intervención del Estado en la economía, como se han venido desarrollando en las últimas décadas³⁰⁰.

En primer lugar, de las normas constitucionales se puede construir la figura del Estado promotor, es decir, que no sustituye a la iniciativa privada, sino que fomenta y ordena la economía para asegurar su desarrollo. Ello resulta de las siguientes regulaciones: la promoción del desarrollo económico (art. 299); la promoción de la iniciativa privada (art. 112); la promoción de la agricultura para la seguridad alimentaria (art. 305); la promoción de la industria (art. 302); la promoción del desarrollo rural integrado (art. 306); la promoción de la pequeña y mediana industria (art. 308); la promoción de la artesanía popular (art. 309); y la promoción del turismo (art. 310).

En el texto constitucional, por otra parte, se establecen un conjunto de atribuciones que facultan al Estado para regular el ejercicio de los derechos económicos, como resulta de lo antes expuesto y, en particular, se precisa el régimen de la prohibición de los monopolios (art. 113), declarándose contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientes de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad³⁰¹. También se declaró constitucionalmente contraria a dichos principios, el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o una empresa o conjunto de empresas, adquiriera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado debe adoptar las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

300 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, *op.cit.*, pp. 594 y ss.

301 Véase nuestro criterio sobre esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op.cit.* pp. 185 y 186.

Por otra parte, la Constitución reguló el régimen de las concesiones estatales (art. 113); el régimen de protección a los consumidores o usuarios (art. 117); el régimen de la política comercial (art. 301); y los principios sobre los ilícitos económicos (art. 114).

En lo que concierne a la intervención del Estado en la economía, como Estado empresario, la Constitución regula en forma específica, el régimen de la creación de empresas estatales (art. 300); el régimen de la nacionalización petrolera y el régimen de la reserva de actividades económicas al Estado.

Sobre estos últimos aspectos, el artículo 302 de la Constitución, luego de intensos debates³⁰² estableció que “el Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera”. En esta forma, la reserva de la industria petrolera efectuada mediante la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975³⁰³, adquirió rango constitucional en el texto de 1999, pero conforme lo establezca la ley orgánica respectiva, la cual puede ser modificada. La reserva, por tanto, puede considerarse que no es ni rígida ni absoluta, sino flexible, conforme lo establezca la ley orgánica respectiva.

En particular, en todo caso, en la Constitución (art. 303) se estableció expresamente que por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional “el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A”., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando la de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A. En esta forma, lo que de acuerdo con la Constitución debe permanecer como propiedad de la República (no del Estado) son las acciones de PDVSA, es decir, del holding de la industria petrolera, pero no de las filiales, las cuales son, en realidad, las que realizan las actividades económicas en la industria.

El mismo artículo 302 de la Constitución, también establece que el Estado se puede reservar, mediante ley orgánica, y por razones de conveniencia nacional, industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico.

En este caso, distinto al de la industria petrolera ya reservada desde 1975, se trata de una previsión que sigue la orientación del artículo 97 de la

302 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, Sesión de 14-11-99, N° 44, pp. 3 y ss. Véase nuestro voto salvado en primera discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 209 y 210.

303 Véase nuestros comentarios sobre ese proceso en Allan R. Brewer-Carías, “Aspectos organizativos de la industria petrolera nacionalizada”, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Instituto de Derecho Público UCV, Vol. III, Tomo I, Caracas 1981, pp. 407 a 492.

Constitución de 1961, y que se refiere tanto a otras actividades ya reservadas en el pasado (por ejemplo la industria del mineral de hierro), como a la posibilidad, en el futuro, que se pueda dictar una reserva de actividades económicas de interés público o de carácter estratégico³⁰⁴.

4. *El régimen tributario*

El régimen tributario de la Constitución, respecto del cual formulamos diversas propuestas³⁰⁵, lamentablemente no quedó integrado constitucionalmente y resultó con una dispersión e insuficiencia injustificable. Las siguientes, sin embargo, son las normas más destacadas en esta materia.

En forma casi idéntica que lo establecido en el artículo 223 de la Constitución de 1961, el artículo 316 de la Constitución de 1999 dispuso que el sistema tributario debe procurar la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población, y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos³⁰⁶. Se reguló, además, el principio de la legalidad tributaria (art. 317)³⁰⁷ y se estableció en forma expresa lo que constituye una novedad en nuestro ordenamiento constitucional, que es el principio de que “ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”. Ello lo propusimos repetidamente en los debates³⁰⁸, siguiendo la tendencia existente en el derecho comparado³⁰⁹.

En el artículo 156, ordinal 13 se atribuye al Poder Nacional la potestad de dictar la legislación que garantice la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias (nacional, estatal y municipal), para definir principios, parámetros y limitaciones, específicamente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales

304 Véase nuestro voto salvado en primera discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 210 y 211.

305 Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, (9 septiembre-17 octubre 1999), Caracas 1999, pp. 253 a 286; y Tomo II, *op. cit.*, pp. 53 a 91.

306 Véase la propuesta de ampliación de esta norma que formulamos en nuestros votos salvados, en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 53 a 91, 218 y 295 y ss.

307 Véase nuestro voto salvado sobre esta norma en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo III, *op. cit.* pp. 220 a 226.

308 Véase, Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.*, p. 279; y Tomo III, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

309 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Les protections constitutionnelles et légales contre les impositions confiscatoires”, *Rapports Generaux. XIII Congrès International de Droit Comparé*, Montreal 1990, pp. 795 a 824. Véase también en Allan R. Brewer-Carías, *El Poder Público: Nacional Estatal y Municipal, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo II, Caracas, San Cristóbal 1996, pp. 85 y ss.

y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.

En esta forma se establece en la nueva Constitución, una nueva forma de limitación mediante ley nacional, de la autonomía de los Estados y Municipios.

El texto del artículo 18 de la Constitución de 1961 fue básicamente recogido, a propuesta nuestra³¹⁰, en el artículo 183 de la Constitución que prohíbe a los Estados y los Municipios el establecimiento de tributos sobre importación, exportación o tránsito sobre bienes, sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional; y sobre consumo de bienes en casos específicos.

Sin embargo, en cuanto a los gravámenes relativos a la agricultura, la cría, la pesca y la actividad forestal, la nueva Constitución eliminó la prohibición constitucional impuesta a los Estados y Municipios, y se estableció que sólo pueden ser gravados en la oportunidad, forma y medida que lo permita la ley.

5. *El régimen fiscal y económico del Estado*

Por otra parte, en la Constitución de 1999, también constituyendo una novedad, se incorporaron unas secciones sobre el régimen fiscal y presupuestario; el sistema monetario nacional y la coordinación macroeconómica; estableciéndose, además, en general, que los principios y disposiciones establecidas en la Constitución para la administración económica y financiera nacional, deben regular la de los Estados y Municipios, en cuanto sean aplicables (art. 311 a 317).

Además, por primera vez en el constitucionalismo venezolano se incorporaron al texto fundamental un conjunto de normas relativas al Banco Central de Venezuela y a la política macroeconómica del Estado, (arts. 318 a 321).

6. *El régimen de los bienes públicos*

Por último, en materia económica, la nueva Constitución trae un conjunto de disposiciones constitucionales, muchas novedosas, sobre el régimen de los bienes del Estado, que deben destacarse.

En la nueva Constitución se declaran como bienes del dominio público y que, por tanto, en los términos del Código Civil (art. 543) son inalienables e imprescriptibles a los yacimientos mineros y de hidrocarburos,

310 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* p. 282 y Tomo III, *op. cit.* p. 81.

cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, (art. 12)³¹¹.

La misma norma del artículo 12 de la Constitución dispone que las costas marinas son bienes del dominio público; entendiéndose por tales costas, la parte de la ribera que baña el mar, es decir, la playa o zona que está entre la alta y la baja marea, como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema³¹².

El artículo 304 de la Constitución dispone que todas las aguas son bienes del dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. Corresponde a la ley establecer las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio³¹³.

En cuanto a las tierras baldías, estas de acuerdo con el Código Civil, son los bienes inmuebles que no tienen dueño (art. 542), y que se atribuyen a los Estados. La nueva Constitución les asigna la “administración” de las tierras baldías de su jurisdicción” (art. 164, ord. 5), cambiando el régimen de la Constitución de 1961 que reservaba dicha administración de baldíos al Poder Nacional (art. 136, ord. 10).

En cuanto a los ejidos municipales en la Constitución de 1999 se repitió el dispositivo del artículo 32 de la Constitución de 1961, en el sentido de que su inalienabilidad e imprescriptibilidad (art. 181).

En la Constitución sin embargo, se agregó una disposición novedosa que en forma similar a la definición de las tierras baldías en relación con los Estados, considera que los terrenos situados dentro del área de las poblaciones de los Municipios, carentes de dueño, se consideran terrenos ejidos, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos. Igualmente, el artículo 181 de la Constitución constituye en ejidos, las tierras baldías ubicadas en el área urbana, quedando sólo exceptuadas las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas.

311 En esta forma se le da rango constitucional a lo ya previsto en la Ley de Minas (art. 2) (*Gaceta Oficial* N° 5382 de 28-09-99) y en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (art. 1°) (*Gaceta Oficial* N° 36.793 de 23-9-99). Véase nuestra propuesta sobre esto en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo II, *op. cit.* pp. 35 y 39.

312 Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Política Administrativa de 13-08-64 en *Gaceta Forense* N° 45, 1964, p. 235 a 237; y en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Caracas 1976, pp. 523 a 528.

313 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La declaratoria de todas las aguas como del dominio público en el derecho venezolano”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 3-4, XXIII, Montevideo, 1975, pp. 157 a 167. Además, véase Allan R. Brewer-Carías *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*, Caracas 1976, pp. 79 a 91.

Además, se establece que la ley debe determinar la conversión en ejidos de otras tierras públicas.

7. *Los problemas de una Constitución económica concebida para el estatismo insolvente*

El paternalismo estatal en el campo social analizado anteriormente, también conduce inexorablemente a la concepción de una Constitución económica con una gran carga estatista. En efecto, como hemos señalado, la tercera parte de la Constitución, como toda Constitución contemporánea, está destinada a regular la Constitución económica, en la cual se establecen las reglas de juego del sistema económico del país, el cual sigue concibiéndose, en principio, como un sistema de economía mixta, que se basa en reconocer la iniciativa privada y los derechos de propiedad y libertad económica, pero fundamentándolo en principios de justicia social, lo que permite la intervención del Estado en la economía, en algunos casos en forma desmesurada.

En esta materia, a pesar de que en las discusiones del Proyecto se lograron establecer algunos equilibrios importantes entre la libertad económica y la intervención del Estado, existe un marcado acento estatista, lo que aunado a las consecuencias fiscales del paternalismo social y del populismo que contiene, hacen materialmente inviable financieramente el rol del Estado, previéndose un esquema de terrorismo tributario que informa la Disposición Transitoria Quinta, contrario a la iniciativa privada.

En efecto, la Constitución no sólo es manifiestamente estatista en materia económica, al atribuir al Estado la responsabilidad fundamental en la gestión y prestación de los servicios públicos básicos en materia de salud, educación y seguridad social, y de los de carácter domiciliario como distribución de agua, electricidad y gas, sino que ello también deriva de la regulación, en el mismo, de un conjunto de potestades reguladoras, de control y de planificación.

Las normas relativas a la economía, por tanto, son básicamente las destinadas a prever la intervención del Estado, destinándose a lo privado, en realidad, las escuetas normas reguladoras de la libertad económica (art. 112) y de la propiedad privada (art. 115). No existe, sin embargo, el equilibrio necesario entre lo público y lo privado, privilegiándose en el sector privado sólo actividades no fundamentales en la generación de riqueza y empleo como la agrícola (art. 305), la artesanía (art. 309), la pequeña y mediana empresa (art. 308), y el turismo (art. 310).

A ello se agregan normas de control y persecución como las relativas a los monopolios y a los delitos económicos (arts. 113 y 114); la declaración como del dominio público del subsuelo, las costas marítimas y las aguas (arts. 112 y 304) lo que abre un campo importante adicional

respecto del control estatal del uso y aprovechamiento de dichos bienes; la reserva al Estado de la industria petrolera, y la posibilidad de reserva de otras actividades, servicios o explotaciones de carácter estratégico (art. 302); y las normas que prevén las potestades planificadoras del Estado, tanto a nivel nacional (arts. 112 y 299) como a nivel local (art. 178).

El Estado, así, en la Constitución es responsable de casi todo, y puede regularlo todo. La iniciativa privada aparece marginal y marginada. No se asimiló la experiencia del fracaso del Estado regulador, de control, planificador y empresario de las últimas décadas, ni se entendió la necesidad de privilegiar las iniciativas privadas y estimular la generación de riqueza y empleo por la sociedad.

El resultado del texto constitucional en materia económica, visto globalmente y en su conjunto, es el de una Constitución hecha para la intervención del Estado en la economía y no para el desarrollo de la economía por los privados bajo el principio de la subsidiariedad de la intervención estatal

Por otra parte, el Estado que se concibe en el texto constitucional, cuando se analiza en su conjunto el enorme cúmulo de responsabilidades que se le atribuyen en el campo social, de la salud, educación, seguridad social y cargas laborales, con exclusión sistemática de las iniciativas privadas; lo hacen totalmente incapaz, financieramente, para atenderlas. Para la previsión de las regulaciones del Estado paternalista previstas en la Constitución, no hubo cálculo alguno de costos, lo que coloca al Estado, si pretendiese asumirlas y cumplirlas, de entrada, en una situación de quiebra, por estar obligado a pagar más de lo que es capaz y puede recaudar en impuestos, máxime en un país en el cual no hay hábito ciudadano de contribuyente.

Si a ello se agrega la previsión con rango constitucional de que la gestión fiscal debe equilibrarse en un marco plurianual del presupuesto “de manera que los ingresos ordinarios deben ser suficientes para cubrir los gastos ordinarios” (art. 311); no se entiende cómo será posible la atención por el Estado de todas las obligaciones que se le imponen.

En todo caso, la enorme responsabilidad social atribuida al Estado y los costos financieros que conlleva su atención, por supuesto que implicarán la exacerbación del ejercicio de la potestad tributaria del Estado en sus diversos niveles territoriales y, de inmediato, en el nivel nacional y en el nivel municipal. Ello exigía, por sobre todo, el establecimiento de un adecuado equilibrio entre la potestad pública y los derechos de los individuos, de manera que el ejercicio de la primera no afectase la capacidad económica de los contribuyentes ni sus garantías constitucionales, que requieren de protección especial.

La Constitución, en esta materia, no reguló nada específico sobre el necesario respeto de la capacidad contributiva de las personas ni sobre el

principio de que la imposición debía revertir hacia los contribuyentes-ciudadanos, en servicios públicos adecuados. Nada se reguló en el texto constitucional, además, sobre las garantías constitucionales del contribuyente frente al ejercicio de la potestad tributaria, ya que es precisamente con ocasión de su ejercicio que todo el poder del Estado se puede volcar sobre los individuos. Al contrario, las únicas normas nuevas previstas en la Constitución en esta materia, tienden a castigar la evasión fiscal con penas privativas de la libertad personal (art. 317), estableciéndose en las Disposiciones Transitorias normas destinadas a regularizar el terrorismo fiscal (Disposición Transitoria Quinta), elaboradas pensando como si sólo las grandes empresas fueran contribuyentes, a quienes sólo hay que perseguir, e ignorando que en un sistema de Estado con incapacidad financiera estructural, todas las personas son o deben ser potencialmente contribuyentes y, por tanto, sujetos de persecución fiscal.

En esta materia consideramos que la Constitución se olvidó del ciudadano y de la protección y seguridad que había que brindarle.

VI. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN

El artículo 7 de la Constitución de 1999, reafirma que la Constitución es la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, de manera que todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a la misma; constituyendo, además, uno de los deberes constitucionales “cumplir y acatar” la Constitución (art. 131). Ello conduce a la previsión, en el propio texto constitucional, de un conjunto de sistemas para la protección y garantía de esa supremacía constitucional que, sin duda, constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo contemporáneo y del Estado de Derecho³¹⁴.

1. *La garantía de la Constitución: el control judicial de la constitucionalidad*

La consolidación en Venezuela del Estado de Derecho, como ha ocurrido en todo el constitucionalismo moderno, está en el establecimiento de un completo sistema de control de la constitucionalidad de los actos estatales, es decir, de justicia constitucional³¹⁵.

314 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, Caracas, San Cristóbal 1996, pp. 47 y ss.

315 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, Caracas 1996.

A. *Aspectos de la justicia constitucional*³¹⁶

a. *La competencia judicial*

En efecto, siendo la Constitución norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico (art. 7); dicha supremacía no tendría efectividad si no fuera por la existencia de un sistema de justicia constitucional para garantizarla. De allí que el artículo 334 de la Constitución atribuya a todos los jueces, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y la ley, la obligación “de asegurar la integridad de la Constitución”³¹⁷.

En consecuencia la justicia constitucional como competencia judicial para velar por la integridad y supremacía de la Constitución, corresponde a todos los jueces en cualquier causa o proceso que conozcan y, además, en particular, cuando conozcan de acciones de amparo o de las acciones contencioso-administrativa al tener la potestad para anular actos administrativos por contrariedad a la Constitución (como forma de contrariedad al derecho) (art. 259)³¹⁸; y no sólo al Tribunal Supremo de Justicia. Este, sin embargo, en forma particular, tiene expresamente como competencia garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, correspondiéndole ser “el máximo y último intérprete de la Constitución” y velar “por su uniforme interpretación y aplicación” (art. 335); y, en particular, ejercer la jurisdicción constitucional (arts. 266, ord. 1º y 336).

b. *El control difuso de la constitucionalidad de las leyes*

Una de las formas específicas para el ejercicio de la justicia constitucional, es la posibilidad que tiene todo juez de la República de ser juez de la constitucionalidad de las leyes. Se trata del método denominado de control difuso de control de la constitucionalidad de leyes que existe en

³¹⁶ Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional de 1999*, Caracas 2000, 130 pp.; y “La justicia constitucional en la constitución de 1999”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2001, pp. 931 a 961.

³¹⁷ Véase nuestra propuesta en relación con este artículo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, (9 septiembre-17 octubre 1999), Caracas 1999, pp. 24 y 34.

³¹⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Contencioso-Administrativa, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII, Caracas 1997, pp. 26 y ss.

nuestro país desde el siglo XIX³¹⁹, regulado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que establece que:

Artículo 20: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

El principio del control difuso, más recientemente, se recogió en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, con este texto:

Artículo 19: Control de la Constitucionalidad. Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional.

A los efectos de consolidar constitucionalmente el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, como ha ocurrido en otros países como Colombia, por ejemplo, desde 1910 (art. 4) y, en Guatemala, 1965 (art. 204), Bolivia, 1994 (art. 228), Honduras, 1982 (art. 315) y Perú, 1993 (art. 138); propusimos incorporar a la Constitución una disposición similar³²⁰, que terminó siendo ubicada a propuesta nuestra³²¹ en el artículo 334, con el siguiente texto:

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

En esta forma, el método de control difuso de la constitucionalidad, adquirió en nuestro país rango constitucional, el cual, incluso, puede ser ejercido *de oficio* por los tribunales³²².

c. *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes: la Jurisdicción Constitucional*

Pero además de constitucionalizarse el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en la Constitución de 1999 se precisó el régimen

319 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge 1989, pp. 127 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, *cit.*, pp. 86 y ss.

320 Véase nuestras propuestas respecto del artículo 7 en Allan R. Brewer-Carías, *Debates Constituyentes*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 24 y 34.

321 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, (18 octubre-30 noviembre 1999), Caracas 1999, pp. 94 a 105.

322 Esta ha sido una de las características del sistema venezolano. Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, *op. cit.*, p. 101.

del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, configurándose claramente al Tribunal Supremo de Justicia, como Jurisdicción constitucional, a los efectos de la anulación de las mismas.

Por ello, el mismo artículo 334 de la Constitución dispone:

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

En esta forma quedó definitivamente establecida la diferencia entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la Jurisdicción constitucional, por el objeto del control y no por los motivos de control³²³, por lo que sólo compete a la Jurisdicción constitucional conocer de la anulación, por inconstitucionalidad, por supuesto, de las leyes y demás actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (como los actos de gobierno, o los interna corporis de la Asamblea) o que tengan rango de Ley (Decretos-Leyes); correspondiendo, en cambio, a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de la nulidad de los actos administrativos, incluidos los Reglamentos, por motivos de inconstitucionalidad y de ilegalidad (contrariedad del derecho).

B. *Las competencias del Tribunal Supremo de Justicia en materia de justicia constitucional*

Una de las novedades de la Constitución de 1999 ha sido la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 262), a la cual se le ha atribuido la Jurisdicción constitucional (art. 266, ord. 1º) consistente en la potestad anulatoria de las leyes y demás actos de igual rango y jerarquía, y el ejercicio de otras competencias en materia de justicia constitucional.

a. *La potestad anulatoria por inconstitucionalidad*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como Jurisdicción constitucional, tiene las siguientes atribuciones de control concentrado de la constitucionalidad de determinados actos estatales, con poderes anulatorios, previstas en el artículo 336:

³²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Contencioso-Administrativa, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII, *op. cit.*, pp. 26 a 33.

1. Declarar la nulidad total o parcial de las *leyes nacionales* y demás actos con *rango de ley* de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las *Constituciones y leyes estatales*, de las *ordenanzas municipales* y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en *ejecución directa e inmediata* de la Constitución y que colidan con ésta.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos con rango de ley* dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos en ejecución directa e inmediata* de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

La acción para la solicitud de declaratoria de nulidad de las leyes, es una acción popular, que puede intentarse por cualquier ciudadano conforme a una tradición que se remonta al año 1858³²⁴.

b. *El control previo de la constitucionalidad de actos estatales*

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, además, tiene las siguientes competencias para controlar la constitucionalidad de actos estatales antes de su entrada en vigencia:

En *primer lugar*, la prevista en el artículo 336, ordinal 5° en relación con los *tratados internacionales* de:

5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.

En *segundo lugar*, la prevista en el artículo 203 de la Constitución conforme al cual, la Sala Constitucional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad del carácter orgánico, antes de su promulgación, de las *leyes orgánicas* que así hayan sido calificadas por la Asamblea Nacional.

En *tercer lugar*, la prevista en el artículo 204 de la Constitución, en los casos del veto presidencial a las leyes, conforme al cual la Sala Constitucional debe pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley o de

³²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá 1995, pp. 10 y ss.

algunos de sus artículos, a solicitud del Presidente de la República, antes de la promulgación de la ley.

c. *La revisión obligatoria de la constitucionalidad de los Decretos de Estado de Emergencia*

De acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, el Decreto que declare el Estado de Excepción debe ser presentado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, para que se pronuncie sobre su inconstitucionalidad. Por ello, el artículo 336 le atribuye a la Sala, competencia expresa para dicha revisión, que puede ejercer aun de oficio.

d. *El control de constitucionalidad de las leyes por omisión*

Otra institución novedosa en materia de justicia constitucional que establece la Constitución de 1999, es el denominado control de la constitucionalidad de las leyes por omisión³²⁵ al atribuirle, el artículo 336, a la Sala Constitucional, competencia para:

7. Declarar la inconstitucionalidad de la omisión del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

e. *El control de la constitucionalidad de las leyes mediante la declaración de colisión*

Conforme a una tradicional competencia de la Corte Suprema de Justicia (art. 215, ord. 5° de la Constitución de 1961), el artículo 336 de la Constitución de 1999 le atribuye al Tribunal Supremo competencia para “resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál de éstas debe prevalecer” (ord. 8).

³²⁵ Es una institución que tiene su origen en el sistema portugués, véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law, op. cit.*, p. 269.

f. *La resolución de controversias constitucionales entre los órganos del Poder Público*

El Tribunal Supremo, en Sala Constitucional, también tiene competencia, conforme al artículo 336, para “dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público” (ord. 9).

Esta competencia de orden constitucional tiene por objeto resolver los conflictos entre los órganos del Poder Público, tanto en su distribución vertical (República, Estados y Municipios), como en su división horizontal a nivel nacional (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Ciudadano, Poder Electoral) y a nivel estatal y municipal (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo).

Es decir, se trata de resolución de controversias sobre atribuciones *constitucionales* entre los órganos del Poder Público; que son distintas a las controversias administrativas que se susciten entre la República, los Estados, Municipios u otro ente público, las que compete ser resueltas por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo (art. 266, ord. 4°), como jurisdicción contencioso-administrativa.

g. *La revisión de las sentencias dictadas por los tribunales de instancia en cuestiones de constitucionalidad*

Por último, el artículo 336 de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional, competencia para:

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

Por supuesto, esta competencia no se configura como la de una apelación ni como la de una segunda instancia general en la materia. Se trata de una competencia excepcional para que la Sala Constitucional pueda revisar, a su juicio y discreción, mediante un recurso extraordinario que se puede ejercer contra sentencias de última instancia dictadas por los tribunales de la República (excluido, por supuesto, el Tribunal Supremo y sus Salas) en materia de amparo constitucional o en ejercicio de control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Esta potestad de revisión no es obligatoria, sino que se ejerce a juicio de la Sala, en forma discrecional³²⁶. De lo que se trata fue de evitar que se pudiera abrir un recurso extraordinario, de obligatoria decisión por la Sala, contra todas las sentencias referidas, lo cual sería imposible de manejar, por la magnitud de casos.

C. *El Tribunal Supremo como supremo intérprete de la Constitución*

De acuerdo con el artículo 335 de la Constitución el Tribunal Supremo de Justicia debe garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; y es el máximo y último intérprete de la Constitución, por lo que debe velar por su uniforme interpretación y aplicación.

En todo caso, el valor de las interpretaciones constitucionales que, en particular, establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales “son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Se le da, así, a las interpretaciones constitucionales de la Sala, valor de precedente, de obligatoria aplicación por los demás tribunales y, además, por las otras Salas del Tribunal Supremo.

Ello, no excluye, sin embargo, la competencia de las otras Salas para tomar decisiones en materia constitucional e interpretar la Constitución, al aplicarla en los casos concretos que conozcan. Todas las Salas deben considerarse que son en sí mismas el Tribunal Supremo.

3. *El régimen de los estados de excepción*

El Capítulo II del Título relativo a la “Protección de la Constitución”, está destinado a regular las circunstancias excepcionales que pueden originar situaciones de excepción que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, y que ameritan la adopción de medidas político constitucionales para afrontarlas.

A. *Los estados de excepción*

El artículo 337 de la Constitución califica expresamente como estados de excepción,

³²⁶ La frase mencionada, sin embargo, fue inexplicablemente eliminada. En cierta forma, el recurso es similar al denominado writ of certiorari del sistema norteamericano. Véase Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law, op.cit.* p. 141.

las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.

Se trata, por tanto, de circunstancias excepcionales que sobrepasan las posibilidades de su atención mediante los mecanismos institucionales previstos para situaciones normales. El artículo 338 remite a una Ley Orgánica para regular los estados de excepción y determinar las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos³²⁷.

El artículo 338 de la Constitución, además, precisa los diversos tipos específicos de estados de excepción, en la siguiente forma:

Puede decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos. Dicho estado de excepción debe tener una duración de hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más.

El estado de emergencia económica puede decretarse cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración debe ser de sesenta días prorrogables por un plazo igual.

También puede decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones. En este caso, la duración puede ser de hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

B. *El Decreto de estado de excepción*

En las circunstancias excepcionales antes mencionadas, corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, decretar los estados de excepción. (art. 337).

De acuerdo con el artículo 339, el Decreto que declare el estado de excepción, debe ser presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad.

El Decreto debe cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³²⁷ Véase la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción en *Gaceta Oficial* N° 37.261 de 15-08-01.

El Presidente de la República puede solicitar a la Asamblea Nacional la prórroga del Decreto por un plazo igual, y puede ser revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron. En todo caso, la aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional (art. 338).

C. *La restricción de las garantías constitucionales*

En los casos en los cuales se decreten estados de excepción, el Presidente de la República en Consejo de Ministros también puede restringir temporalmente las garantías consagradas en la Constitución.

salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles (art. 377).

A esta lista de garantías constitucionales que no pueden restringirse en forma alguna, y que están reguladas en los artículos 43, 43, ord. 2 y 46, ord. 1, 49 y 58; se deben considerar como “los demás derechos humanos intangibles” cuyas garantías tampoco pueden restringirse, a los indicados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4), y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27), y que son: la garantía de la igualdad y no discriminación; la garantía de no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; la garantía de la irretroactividad de la ley; el derecho a la personalidad; la libertad religiosa; la garantía de no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la garantía de la integridad personal; el principio de legalidad; la protección de la familia; los derechos del niño; la garantía de la no privación arbitraria de la nacionalidad y el ejercicio de los derechos políticos al sufragio y el acceso a las funciones públicas.

En esta forma, en *primer lugar*, se eliminó de la Constitución la posibilidad de que se pudiesen “suspender” las garantías constitucionales, como lo autorizaba el artículo 241, en concordancia con el artículo 190, ordinal 6 de la Constitución de 1961, y que dio origen a tantos abusos institucionales³²⁸, quedando la potestad de excepción, a la sola posibilidad de “restringir” (art. 236, ord. 7) las garantías constitucionales.

³²⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, N° 37, Caracas 1989, pp. 5 a 25; y Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y acción de amparo, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo V, Caracas 1997, pp. 11 a 44.

En *segundo lugar*, se exige expresamente que el Decreto que declare el estado de excepción y restrinja las garantías, obligatoriamente debe “regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339). Es decir, no basta “restringir” una garantía constitucional pura y simplemente, sino que es indispensable que en el mismo Decreto se regule (normativamente) en concreto el ejercicio del derecho. Por ejemplo, si se restringe la libertad de tránsito, en el mismo Decreto de restricción debe especificarse en qué consiste la restricción, como podría ser la prohibición de circular a determinadas horas (toque de queda), por ejemplo, o en determinados vehículos.³²⁹

D. *La garantía del normal funcionamiento de los Poderes Públicos*

La declaratoria del estado de excepción en ningún caso interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público (art. 339).

Además, la declaración de los estados de excepción no modifica el principio de la responsabilidad del Presidente de la República, ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los Ministros de conformidad con la Constitución y la ley (art. 232).

4. *La revisión constitucional*

La rigidez de la Constitución se concretiza en la previsión de procedimientos y vías institucionales específicas para la revisión de la Constitución, la cual en ningún caso puede hacerse por la Asamblea Nacional mediante el solo procedimiento de formación de las leyes. En general, se exige para la revisión constitucional la participación del pueblo como poder constituyente originario.

En la Constitución de 1999 se han establecido tres mecanismos institucionales para la revisión constitucional que se distinguen según la intensidad de las transformaciones que se proponen, y que son las Enmiendas constitucionales, las Reformas Constitucionales y la Asamblea Nacional Constituyente.

³²⁹ Véase las críticas a la suspensión no regulada de las garantías constitucionales con motivo de los sucesos de febrero de 1989, en Allan R. Brewer Carías, “Consideraciones sobre la suspensión...”, *loc. cit.* pp. 19 y ss., y en Allan R. Brewer Carías, en “Prólogo” el libro de Daniel Zovatto G., *Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina*, Caracas, San José 1990, pp. 24 y ss.

A. *Las Enmiendas constitucionales*

El procedimiento de la Enmienda para la reforma constitucional, tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental (art. 340).

De acuerdo con el artículo 341, ordinal 1, la iniciativa para la Enmienda puede partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro civil y electoral; o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República en Consejo de Ministros. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requiere la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes y se debe discutir, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes (art. 341,2).

De esta norma se deduce, por tanto, que la discusión legislativa de las Enmiendas sólo se produce cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional. Por tanto, si la Enmienda parte de una iniciativa popular o del Presidente de la República, no se somete a discusión ni a aprobación por la Asamblea Nacional, sino que directamente se debe someter a referendo aprobatorio (art. 341,3 y 4), al cual deben concurrir al menos el 25% de los electores inscritos, bastando para la aprobación que haya mayoría de votos afirmativos (art. 73).

Conforme a lo establecido en el artículo 346, el Presidente de la República está obligado a promulgar las Enmiendas dentro de los 10 días siguientes a su aprobación.

Por último, la Constitución exige que las enmiendas sean numeradas consecutivamente. Se deben publicar a continuación de la Constitución sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.

B. *Las Reformas constitucionales*

En cuanto a las Reformas constitucionales, conforme al artículo 342 de la Constitución, tienen por objeto una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional.

De lo anterior resulta que la diferencia entre la Enmienda y la Reforma es muy sutil: aquella tiene por objeto “la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental”; ésta tiene por objeto, “la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional”. En definitiva, podría decirse que la Enmienda tiene por objeto “añadir o modificar” unos artículos y la Reforma la “sustitución”

de unos artículos, pero en uno u otro caso, sin alterar o modificar la estructura fundamental de la Constitución.

Sin embargo, el procedimiento para la reforma es más complejo, pues requiere que el texto sea discutido y aprobado por la Asamblea Nacional antes de ser sometido a referendo.

En efecto, la iniciativa de la Reforma de la Constitución la puede ejercer la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; el Presidente de la República en Consejo de Ministros o a solicitud de un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral (art. 342).

Conforme al artículo 343, la iniciativa de reforma constitucional debe ser tramitada por la Asamblea Nacional en dos discusiones (art. 343). El proyecto de reforma constitucional aprobado por la Asamblea Nacional debe ser sometido a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción (art. 344).

El pueblo, en el referendo, se debe pronunciar en conjunto sobre la reforma, pero puede votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprueba un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

La Reforma constitucional se debe declarar aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos (art. 345).

En caso de que no sea aprobada la reforma, el artículo 345 dispone que la iniciativa de la reforma no puede presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional.

El Presidente de la República debe promulgar las reformas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciere, se aplica lo previsto en el artículo 216 de la Constitución (art. 346).

C. *La Asamblea Nacional Constituyente*

Por último, como mecanismo de revisión constitucional, la Constitución de 1999, producto de una Asamblea Nacional Constituyente que como institución para la reforma constitucional no estaba prevista ni regulada en la Constitución de 1961; prevé precisamente dicho mecanismo en los artículos 347 y siguientes.

El artículo 347 comienza precisando lo que es lo esencial en este proceso: que el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente

originario³³⁰; y que en consecuencia, en ejercicio de dicho poder puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente “con el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”.

La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de 1999, por tanto, no está concebida como “poder originario” alguno, el cual queda reservado al pueblo, en forma intransferible. Sin embargo, contradictoriamente se especifica en el artículo 349 que los poderes constituidos no pueden en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, con lo cual la misma podría sobreponerse a los poderes constituidos.

La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de la dos terceras partes de sus integrantes; a los Concejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; y al quince por ciento de los electores inscritos en el registro electoral (art. 348).

Ahora bien, sobre está figura de la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo para la reforma constitucional, debe observarse lo siguiente:

En primer lugar, su convocatoria no está sometida a referendo consultivo previo, regulado, sin embargo, en la propia Constitución (art. 71). Tratándose como en efecto se trata de una materia de especial trascendencia nacional, debió haberse previsto el referendo consultivo de acuerdo con la experiencia de 1999, conforme a la cual la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 fue el producto final del referendo consultivo del 25-04-99.

En segundo lugar, la aprobación de la Constitución que emane de la Asamblea Nacional Constituyente no está sometida a referendo aprobatorio, el cual, sin embargo, está ahora regulado en la Constitución (art. 73 y 74). En contraste, también debe recordarse que la Constitución de 1999, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, fue aprobada mediante referendo del 15-12-99 para poder entrar en vigencia. Asimismo, en contraste, debe destacarse que la propia Constitución exige que en los casos de Enmiendas y de Reformas constitucionales, las mismas deben ser sometidas a referendos aprobatorios (arts. 341 y 344).

En tercer lugar, nada se especifica en la Constitución en cuanto al “estatuto” de la Asamblea Nacional Constituyente, es decir, sobre su integración, la forma de elección de sus miembros y la duración. La determi-

³³⁰ Véase [todo lo expuesto sobre el tema en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999.](#)

nación de este estatuto, por tanto, quedaría en manos del ente convocante, lo cual es totalmente inconveniente.

La figura de la Asamblea Nacional Constituyente, tal como está regulada, lamentablemente se configura como una grieta estructural en los cimientos del orden constitucional, abriendo las puertas a la arbitrariedad³³¹, pues en una forma más expedita que el referendo revocatorio de mandatos (art. 72), mediante la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, por ejemplo por la sola voluntad del Poder Ejecutivo, podría decretarse la cesación de todos los titulares de los órganos del Estado y cambiar la totalidad de la estructura constitucional venezolana, sin intervención popular de naturaleza alguna. Ello contradice el propio espíritu de la Constitución que habla de participación política hasta la saciedad.

VII. EL SENTIDO DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 APROBADAS POPULARMENTE

La Constitución sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente en noviembre de 1999, sometida a aprobación popular mediante el referendo del 15-12-99, contiene 28 Disposiciones Transitorias que contienen normas para asegurar la vigencia inmediata de la Constitución; posponer la vigencia de algunas normas; y regular el programa legislativo para la ejecución de la Constitución. Esa fue la voluntad expresada por el poder constituyente originario (el pueblo) en torno a la transitoriedad constitucional.

Ahora bien, a los efectos de regular la inmediata transición entre los titulares de los órganos del Poder Público que establecía la Constitución de 1961, que habían sido electos en noviembre y diciembre de 1998; y los nuevos órganos del Poder Público previstos en la Constitución de 1999, dichas Disposiciones Transitorias nada establecían.

En efecto, la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente expresada en el proyecto de Constitución que sancionó y había sometido a votación, no había régimen alguno que pudiera hacer pensar en la insuficiencia de los textos normativos integrados en las Disposiciones Transitorias. Tampoco fue voluntad de los constituyentes disponer alguna transición distinta a la contenida en las referidas Disposiciones Transitorias.

El intento de combinar un referendo consultivo junto con el referendo aprobatorio de la Constitución, para conocer la opinión popular sobre la cesación del mandato de las autoridades ejecutivas de la Repúbli-

³³¹ Véase Miriam Kornblith "Luz y sombra de la Constitución de 1999: La Asamblea Constituyente", *El Universal*, Caracas, 15-06-01, pp. 2 a 15.

ca motorizado por la Asamblea, había sido abortado por la propia Asamblea Nacional Constituyente³³²

Por tanto, la no previsión de normas expresas para asegurar la inmediata sustitución de los titulares de los órganos del Poder Público en las Disposiciones Transitorias producía, como en su momento dijimos³³³, la siguiente situación constitucional en un régimen democrático, que era precisamente la que se había aprobado en el referendo del 15-12-99:

En cuanto a los órganos del Poder Público Nacional, la nueva Constitución establecía una Asamblea Nacional unicameral. Sin embargo, al no preverse una Disposición Transitoria expresa que dispusiera otra cosa, mientras se elegía la nueva Asamblea Nacional, las Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Diputados) cuyos miembros habían sido electos en noviembre de 1998 debían continuar funcionando. Los diputados y senadores no podían dejar de ejercer sus funciones, pues de lo contrario se podía producir un vacío institucional insalvable en la propia Constitución, totalmente inaceptable.

La elección de los nuevos diputados a la Asamblea Nacional, por otra parte, debía realizarse conforme a las leyes electorales vigentes, adaptadas a la Constitución por el Consejo Supremo Electoral conforme a sus competencias para resolver las dudas y vacíos que suscitasen las leyes (art. 293, Ord. 1º) y la interpretación del Tribunal Supremo de Justicia.

En todo caso, la permanencia de los diputados y senadores derivaba del principio elemental del funcionamiento del Estado, de que mientras un nuevo funcionario no tome posesión de un cargo, el funcionario anterior está obligado a permanecer en el mismo. De lo contrario, podría incurrir en el delito de abandono de funciones (art. 209 Código Penal).

Por ello, también, en relación con el Presidente de la República que había sido electo en diciembre de 1998, éste debía permanecer en su cargo hasta que se produjese la elección de un nuevo Presidente de la República conforme a las previsiones de la nueva Constitución.

En cuanto a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, también debían permanecer en sus cargos hasta tanto la nueva Asamblea Nacional que se eligiera regulara legalmente el nuevo Tribunal Supremo de Justicia y nombrara sus Magistrados conforme a las nuevas Salas, de acuerdo con los nuevos criterios previstos en la Constitución en cuanto a la transparencia para la postulación y selección (Comité Postulaciones Judiciales).

332 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, Sesión de 19-11-99, N° 46, p. 3; y Sesión de 9-12-99, N° 48, pp. 5 y ss.

333 Véase los comentarios que hemos hecho en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Caracas 2000, pp. 253 y ss.

En lo que se refiere al Fiscal General de la República, al Contralor General de la República, y a los miembros del Consejo Nacional Electoral, también debían permanecer en sus cargos, hasta tanto la nueva *Asamblea Nacional* que se eligiese, designara sus sustitutos conforme al procedimiento y criterios de transparencia de postulación y selección previstos en la nueva Constitución. (Comité de Postulaciones del Poder Ciudadano).

Por su parte, en cuanto al nombramiento del Defensor del Pueblo, que también era una creación de la nueva Constitución, en este caso, la Constitución expresamente previó la única solución constitucional para la transición de funcionarios del Poder Público, al atribuir a la propia Asamblea Nacional Constituyente, en la Disposición Transitoria Novena, la potestad de efectuar tal *nombramiento provisional* del Defensor, hasta tanto la nueva Asamblea Nacional que se eligiese designase definitivamente a dicho funcionario.

Se destaca, por tanto, que la Constitución sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente y aprobado en el referendo de 15-12-99, sólo estableció un régimen de transición respecto del nombramiento un solo funcionario, el Defensor del Pueblo, sin disponer nada distinto respecto de los otros órganos de los otros poderes del Estado, cuya transición tenía que regirse, entonces, ineludiblemente, por los principios antes indicados. El Constituyente que, en definitiva, fue el pueblo al aprobar la Constitución el 15-12-99, no había dispuesto otra cosa.

En cuanto a los órganos del Poder Estatal, los Diputados a las Asambleas Legislativas electos en noviembre de 1998, en ausencia de Disposición Transitoria constitucional alguna que regulara algo distinto, también debían continuar en sus cargos y dichos órganos debían continuar funcionando, hasta tanto se eligiera, conforme a la nueva Constitución, a los miembros de los nuevos Consejos Legislativos Estadales.

En igual forma, en cuanto a los Gobernadores de Estado que habían sido electos en noviembre de 1998, debían permanecer en sus cargos hasta tanto se eligieran los nuevos Gobernadores conforme a la nueva Constitución.

En cuanto a los órganos del Poder Municipal, tanto los Alcaldes como los Concejales miembros de los Concejos Municipales, conforme a lo previsto en el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de 26-8-99³³⁴, cuyo período además, estaba vencido, debían permanecer en sus cargos, hasta tanto fueran electos los nuevos Concejales y Alcaldes conforme a las previsiones de la nueva Constitución.

El anterior debía ser, en un régimen democrático, en estricta lógica constitucional y en ausencia de previsiones expresas en las Disposiciones

334 *Gaceta Oficial* N° 36.776 de 31-08-99.

Transitorias de la Constitución, el régimen de transición de los órganos del Poder Público. Este, por otra parte, fue el sentido de la regulación contenida, por ejemplo, en el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de “Régimen de Transición del Poder Público”, dictado el 22-12-99³³⁵ pero referida sólo a la transición respecto de los órganos del Poder Ejecutivo (Nacional, Estatal y Municipal), así:

Artículo 16: El *actual* Presidente de la República, *los actuales* Gobernadores de los Estados y Alcaldes de los Municipios continuarán *en el ejercicio de sus funciones hasta tanto se produzca su elección mediante comicios populares*.

Una regulación similar, en ausencia de Disposiciones Transitorias en la Constitución, era la que el principio democrático exigía respecto de todos los otros cargos electivos para regular la transición de los órganos del Poder Público.

Sin embargo, la Constitución de 1999, si bien había sido aprobada por el pueblo el 15-12-99, ello había sido sólo para que la Asamblea Nacional Constituyente se burlara de su propia obra, proceso que comenzó una semana después, con la sanción del Decreto mencionado de Régimen de Transición del Poder Público de 20-12-99; lo que luego harían sucesivamente los diversos órganos de los nuevos Poderes Públicos, cuyos titulares fueron designados por la propia Asamblea Nacional Constituyente, al margen de la propia Constitución, y aún antes de que entrara en funcionamiento.

335 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.859 de 29-12-99.

SEXTA PARTE

**LA USURPACIÓN “CONSTITUYENTE” DE LA
VOLUNTAD POPULAR Y LA INCONSTITUCIONAL
TRANSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO DIS-
PUESTA POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE**

I. LOS INTENTOS FALLIDOS DE DISPONER UN
RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO
VÍA REFERÉNDUM APROBATORIO

El 19-11-99, el mismo día de la firma del Proyecto de Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente había aprobado un Decreto convocando a un “referendo consultivo” que debía realizarse el mismo día fijado para el referendo aprobatorio de la Constitución (15-12-99), el cual tenía por objeto que:

el pueblo venezolano se pronuncie sobre la permanencia o no, de la Presidencia de la República y a las gobernaciones de cada una de las 23 entidades, sujetas a elección popular en ejercicio de sus funciones³³⁶.

Se pretendía, así, convertir el referendo destinado a la aprobación de la Constitución, que establecía la base comicial novena del referendo de 25-04-99, en un plebiscito sobre la permanencia del Presidente de la República, lo cual no sólo era inaceptable, sino que distorsionaba el sentido de la aprobación referendaria de la Constitución.

En una forma por demás confusa, la Asamblea, días después, en la sesión de 09-12-99, escasos días antes de la realización del referendo aprobatorio y consultivo (plebiscito) que había sido aprobado, revocó este último, sin mayores motivaciones, señalándose incluso en la propuesta de revocación que supuestamente habría habido una “revocación por una plenaria” anterior, lo cual era falso³³⁷.

En todo caso, el primer intento de modificar las Disposiciones Transitorias de la Constitución elaborada, y cuyo proyecto había sido difundido para el referendo aprobatorio, que como se ha dicho no tenía disposición alguna sobre terminación del mandato de los titulares de los

³³⁶ *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión 19-11-99, N° 46, p. 3.

³³⁷ *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión 09-12-99, N° 48, p. 5.

órganos del poder público, había quedado frustrado, pero sólo por poco tiempo³³⁸.

En efecto, en la sesión ordinaria siguiente de la Asamblea, celebrada el 20-12-99, y luego de la proclamación de la Constitución que había sido ya aprobada por el pueblo mediante el referendo de 15-12-99, la Asamblea Nacional Constituyente, que técnicamente había concluido su misión con ese acto de proclamación conforme a las bases comiciales del 24-5-99³³⁹, procedió a dictar un Decreto en el cual, al constatar que el lapso máximo de funcionamiento de la Asamblea fijado por la base comicial del referendo del 25-4-99, había sido de 180 días, resolvió convocar para el 30 de enero de 2000 la sesión de clausura de la Asamblea³⁴⁰.

En los “Considerandos” del Decreto, sin embargo, se puso en evidencia la intención de la Asamblea, que no era otra que seguir ejerciendo el poder constituyente “originario” que se había auto atribuido, al margen incluso del texto de la nueva Constitución, con lo que se institucionalizó el golpe de Estado, ahora contra la nueva Constitución³⁴¹. En dichos “Considerandos” para fijar la sesión de clausura de la Asamblea para el 30-1-00, la Asamblea declaró que:

Los poderes otorgados a la Asamblea Nacional Constituyente han sido reconocidos por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia, como *originario y supraconstitucional*.

En esta forma, se recurría nuevamente a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, supuestamente contenida en la sentencia de 14-10-99 (*Caso Decreto de regulación de funcionamiento del Poder Legislativo*)³⁴², alegando la Asamblea que sus “poderes” no sólo eran “originarios” sino “supraconstitucionales”, es decir, por encima de la propia Constitución recién aprobada y promulgada. Con base en ese “Considerando”, en el siguiente, la Asamblea Nacional Constituyente anunció su plan de violación constitucional, al constatar que:

338 Debe destacarse que el constituyente Hermán Escarrá Malavé, en la sesión de la Asamblea de 15-11-99, distinguía entre las Disposiciones Transitorias y un supuesto “Régimen Transitorio” que debía ser aprobado por referendo y sobre el cual dijo que no se le preguntara. Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, *Noviembre 1999-Enero 2000*, *cit.*, Sesión de 15-11-99, N° 45, p. 9.

339 Por eso a partir de esa Sesión no acudimos a ninguna otra Sesión de la Asamblea salvo la realizada para ejecutar la Disposición Transitoria Primera de la Constitución consistente en la aprobación de la Ley Especial del Distrito Metropolitano de Caracas. Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, *Noviembre 1999-Enero 2000*, *cit.*, Sesión de 25-04-00, N° 58, pp. 8 y ss.

340 *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, *Noviembre 1999-Enero 2000*, *cit.* Sesión de 20-12-99, N° 49, p. 6.

341 Por ello, Lolymar Hernández Camargo señaló que la Constitución de 1999 era de “observancia dudosa”, preguntándose “si en Venezuela existe válidamente la Constitución y el Estado de Derecho”, en *La Teoría del Poder Constituyente*, *cit.*, p. 76.

342 Véanse los comentarios en pp. 218 y ss. de este libro.

Se requiere decretar los actos constitucionales necesarios para la transición hacia el nuevo Estado previsto en la Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela.

La verdad es que la “Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela” era la única que podía disponer el régimen para “la transición hacia el nuevo Estado”, pero en sus Disposiciones Transitorias elaboradas por la propia Asamblea Nacional Constituyente, como se ha dicho, nada disponían sobre ello.

La Asamblea, en cierta forma había engañado al pueblo: sancionó una Constitución y la sometió a aprobación popular y el mismo día que la proclamó, decretó su violación mediante el anuncio de su permanencia por algo más de un mes, con poderes “supraconstitucionales”, es decir, por encima de la Constitución, para dictar “actos constitucionales” no autorizados en las Disposiciones Transitorias de la Constitución y que contrariaron sus normas.

II. EL ILEGÍTIMO RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO DICTADO DESPUÉS DE APROBADA LA NUEVA CONSTITUCIÓN POR EL PUEBLO

La primera burla a la Constitución, en efecto, fue realizada por la propia Asamblea Nacional Constituyente en los días posteriores al 15-12-99, precisamente en medio de la conmoción nacional que había provocado el dramático y masivo deslave ocurrido el 15-12-99, el mismo día del referendo aprobatorio de la Constitución, en el Litoral Central del país (Estado Vargas); y ello se hizo mediante la emisión de un nuevo Decreto, el de “Régimen de Transición del Poder Público”, el 22-12-99³⁴³, dos días después de la “proclamación” de la Constitución y antes de su entrada en vigencia, cuya publicación fue deliberadamente demorada hasta el 30-12-99³⁴⁴.

En efecto, ante la ausencia de alguna regulación en las Disposiciones Transitorias de la nueva Constitución que se refiriera a cesación en sus cargos de los titulares de los órganos del Poder Público y al nombramiento de nuevos funcionarios para ello, y ante el afán sobrevenido en el nuevo poder de sustituir a todos los titulares de los órganos del Estado sin esperar la elección de la nueva Asamblea Nacional; la Asamblea Nacional Constituyente, antes de la publicación de la nueva Constitución, con fecha

³⁴³ Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.859 de 29-12-99

³⁴⁴ Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit. Sesión de 22-12-9, N° 51, pp. 2 y ss. Véase *Gaceta Oficial* N° 36.859 de 29-12-99; y *Gaceta Oficial* N° 36.860 de 30-12-99.

22-12-99, sin tener competencia constitucional alguna para ello y, por tanto, en forma ilegítima, dictó el Decreto de “Régimen de Transición del Poder Público” disponiendo así lo que el pueblo el 15-12-99 no había querido resolver de esa forma.

Para hacerlo, de nuevo, la Asamblea se fundamentó en los supuestos poderes que se había auto atribuido en el artículo 1° de su Estatuto de Funcionamiento, respecto de la potestad de decidir la cesación de las autoridades de los órganos del Poder Público; supuestos poderes que también consideró como derivados del referendo del 25 de abril de 1999 “para hacer efectivo el proceso de transición hacia el régimen establecido en la Constitución de 1999”, lo que no estaba escrito en norma alguna; y, finalmente, en el “carácter presupuesto y supra constitucional” de las normas que aprobó la Asamblea, para lo cual de nuevo invocó la sentencia del 06-10-99 (publicada el 14-10-99) de la Corte Suprema de Justicia, que había resuelto el recurso de nulidad intentado contra el Decreto de la Regulación del Poder Legislativo, en la cual sólo se le había atribuido rango supraconstitucional a las previsiones de las bases comiciales del *referendo* del 25-4-99, pero no a los actos de la Asamblea Nacional Constituyente.

Dicho “Régimen de Transición del Poder Público”, como se precisó en el Capítulo I del Decreto, tenía por objeto establecer un régimen de transición para “permitir la vigencia inmediata de la Constitución” (art. 1). La verdad es que nada impedía dicha vigencia inmediata y habían sido las Disposiciones Transitorias de la Constitución aprobada por el pueblo, las que habían dispuesto los aspectos concernientes a los efectos inmediatos o mediatos, según los casos, de las normas de la Constitución.

La Asamblea, sin autoridad alguna, resolvió dictar el mencionado régimen de transición cuyas previsiones, como se señaló en su texto, supuestamente “desarrollan y complementan las Disposiciones Transitorias” (art. 2) de la nueva Constitución. Nada de esto había sido autorizado en el nuevo texto constitucional, aprobado por el pueblo, por lo que la Asamblea Nacional Constituyente no tenía competencia alguna para ello.

Es decir, la Asamblea, sin ningún poder derivado del pueblo, ilegítimamente, decidió dictar por sí misma y al margen de la nueva Constitución que ella misma había redactado, sancionado y proclamado dos días antes (20-12-99) un régimen constitucional transitorio no establecido en el texto de la nueva Constitución y sin someterlo a aprobación popular por la vía de referendo.

Supuestamente, para suplir los vacíos que la misma Asamblea había originado al no prever, el régimen de transición del Poder en las Disposiciones Transitorias de la Constitución, la Asamblea, en lugar de aplicar, en general, el mencionado principio de continuidad del Poder que se reflejó en el artículo 16 del Decreto, incurrió en usurpación de autoridad, la del poder constituyente originario del pueblo, quien era el que podía aprobar

ese régimen transitorio en el referendo del 15-12-99, y lo estableció una semana después (22-12-99), en el antes mencionado Decreto, y violó, además, las bases comiciales del referendo del 25 de abril de 1999. La Asamblea Nacional Constituyente había continuado con su táctica del golpe de Estado.

En este Decreto, fundamentalmente, la Asamblea Nacional Constituyente tomó el siguiente conjunto de decisiones en cuanto a los órganos del Poder Público:

1. *La eliminación del Congreso y el nombramiento de una Comisión Legislativa Nacional*

La Asamblea, en primer lugar, decidió la definitiva disolución del Congreso y acordó la cesación en sus funciones de los senadores y diputados (art. 4) que habían sido electos un año antes. Esta decisión, violatoria del principio democrático, indudablemente que fue la que creó un vacío constitucional, pues implicaba que hasta que se produjera la elección de los nuevos miembros de la nueva Asamblea Nacional, la República podía carecer de órgano legislativo nacional.

Por ello, para “suplir” el vacío que la misma Asamblea Nacional Constituyente creaba, tomó otra decisión, que fue la de “crear” un nuevo órgano no previsto en la nueva Constitución aprobada por el pueblo, ni en la de 1961, para lo cual no tenía poder ni autoridad alguna, siendo en consecuencia, totalmente ilegítimo. Se trató de una “Comisión Legislativa Nacional” (denominada “Congresillo”), a la cual le asignó el Poder Legislativo Nacional “hasta tanto se elijan y tomen posesión los diputados integrantes de la Asamblea Nacional” (art. 5), y cuyos miembros también fueron designados por la Asamblea (art. 5), a dedo, con integrantes afectos al nuevo poder y a los partidos de gobierno. Posteriormente, mediante otro acto constituyente de 28-01-00, la Asamblea Nacional Constituyente también “en ejercicio del poder constituyente originario” que se había arrogado, nombró a otro miembro de la referida Comisión Legislativa Nacional³⁴⁵.

Esta Comisión Legislativa Nacional debía funcionar “en forma permanente” desde su instalación el día 1º de febrero de 2000 (art. 7), hasta la fecha de “la reunión efectiva de la Asamblea Nacional” (art. 8); y debía asumir todos “los derechos y obligaciones” del Congreso de la República (art. 9).

Por supuesto, estas decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente violaban las bases comiciales establecidas en el referendo del 25-4-

345 *Gaceta Oficial* N° 36.903 de 01-03-00.

99, pues la decisión de dar por terminado un mandato popular resultado de una elección democrática, y nombrar para integrar un órgano legislativo, así fuera temporalmente, a un conjunto de personas que no había sido electas popularmente para que legislasen y controlasen sin tener la representación popular, violaba el principio democrático representativo (la garantía democrática), el principio de progresividad del derecho político a la participación y elección, y los tratados internacionales que obligan a la República a asegurar el ejercicio efectivo de la democracia representativa (Carta de la OEA y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 23).³⁴⁶

En consecuencia, esta “Comisión Legislativa Nacional”, creada por la Asamblea, con “representantes” no electos popularmente, era absolutamente ilegítima, y constituyó una grotesca burla a la nueva Constitución.

Con posterioridad, la Asamblea Nacional Constituyente, en fecha 30-01-2000, dictó un Decreto de Ampliación de las Competencias de la Comisión Legislativa Nacional³⁴⁷, en el cual asignó a dicha Comisión una serie de competencias especiales para considerar diversas materias y dictar legislación al respecto. La Asamblea dictó el Decreto nuevamente “en ejercicio del poder soberano constituyente originario”, con lo cual ya no era posible asignarle ningún otro calificativo al poder que se había otorgado a la Asamblea; habiendo sido calificado dicho Decreto por sentencia N° 1454 de fecha 18-2-01 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, (*Caso: C.A. Good Year de Venezuela*) como de “rango constitucional”.

En efecto, las inconstitucionalidades de la Asamblea y la burla a la Constitución fueron sucesiva y lamentablemente “lavadas” por el nuevo Tribunal Supremo, que había sido precisamente designado a dedo para ello, conforme al referido régimen transitorio. En consecuencia, con ocasión de la impugnación del “Acuerdo mediante el cual se recomienda la reincorporación a sus puestos de trabajo de los dirigentes sindicales y trabajadores injusta e inconstitucionalmente despedidos en las diferentes regiones del país”, que había dictado por la Comisión Legislativa Nacional en fecha 19-5-00³⁴⁸ en ejercicio de las atribuciones que le otorgó la Asamblea Nacional Constituyente mediante el antes referido Decreto de Ampliación de Competencias, la Sala Constitucional señaló:

Siendo en fecha 14 de octubre de 1999 la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, dictaminó que las bases comiciales consultadas mediante Referendo de 25 de abril del mismo año, ostentaban *rango supraconstitu-*

346 Véase lo que expusimos en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, Tomo I, *op. cit.*, p.76 a 81.

347 *Gaceta Oficial* N° 36.884 de 03-02-00

348 *Gaceta Oficial* N° 36.965 de 05-06-00

cional respecto a la Constitución de 1961, es por lo que se ha concluido que los actos normativos u organizativos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, en ejecución de dichas bases comiciales, tienen *rango constitucional*. Visto que en el encabezamiento del “Decreto de Ampliación de las competencias de la Comisión Legislativa Nacional”, dicha Asamblea hace referencia implícita a las referidas bases comiciales, al fundar sus potestades en el “referendo aprobado democráticamente el veinticinco de abril de mil novecientos noventa y nueve”, es por lo que el mencionado Decreto de ampliación tendría, en rigor, *rango constitucional*.

Por último, debe mencionarse que la Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente, mediante Resolución del 19-01-00³⁴⁹, también había resuelto la reestructuración de los servicios administrativos del Poder Legislativo Nacional, y había creado al efecto una Comisión de Reestructuración del Poder Legislativo Nacional.

2. *La disolución de las Asambleas Legislativas de los Estados y el nombramiento de Comisiones Legislativas Estadales*

La Asamblea Nacional Constituyente, en el Decreto del 22-12-99, también se burló de la nueva Constitución, cuando declaró la “disolución de las Asambleas Legislativas de los Estados” (art. 11), para lo cual no tenía autoridad alguna de carácter constitucional, al no haberse resuelto ello en esa forma en las Disposiciones Transitorias de la Constitución; pues ni siquiera ello estaba establecido en su Estatuto de Funcionamiento. Además, la Asamblea decidió la cesación en sus funciones, de los diputados que integraban las Asambleas (art. 11).

Pero la Asamblea Nacional Constituyente, al igual que lo que ocurrió con el Poder Legislativo Nacional, a nivel estatal también creó, sin competencia alguna, sendas “Comisiones Legislativas Estadales”, atribuyendo el nombramiento de sus miembros, incluso, a la “Comisión Coordinadora de la Asamblea Nacional Constituyente” (art. 12). Ello no sólo era ilegítimo, al no estar prevista esa facultad en norma alguna, sino que también era violatorio de las bases comiciales aprobadas en el referendo del 25-04-99, así como de la antes mencionada garantía democrática, que era uno de sus límites supraconstitucionales.

La Constitución de 1999 sigue el principio democrático representativo, y no admitía ni admite que se pueda atribuir el poder de legislar en representación del pueblo a unos órganos integrados por personas no electas popularmente, en esos casos, designadas por la propia Asamblea Nacional Constituyente, sin poder constitucional alguno para ello.

349 *Gaceta Oficial* N° 36.880 de 28-01-00

Posteriormente, la Comisión de Coordinación de la Asamblea Nacional Constituyente, supuestamente “de conformidad con las facultades otorgadas por dicha Asamblea en sesión del 22-12-99”, las cuales no se identificaban, resolvió el 04-01-00 dictar un “Régimen para la integración de las Comisiones Legislativas de los Estados”³⁵⁰, para lo cual creó una “Comisión Receptora Nacional” para la selección de los candidatos a dichas Comisiones Legislativas, atribuyéndoles competencias a las Comisiones Legislativas de los Estados, lo que no había hecho el Régimen Transitorio del Poder Público, “usurpando”, además, en consecuencia, dicha Comisión Coordinadora, las “potestades” de regulación constitucional que se había “autoatribuido” la Asamblea Nacional Constituyente.

3. *El control de Alcaldías y Concejos Municipales*

En cuanto a los órganos del Poder Municipal, el artículo 15 del Decreto de la Asamblea de fecha 22-12-99³⁵¹ estableció que los Concejos Municipales y los Alcaldes “actuales”, ejercerían sus funciones “bajo la supervisión y control de la Asamblea Nacional Constituyente o de la Comisión Legislativa Nacional” hasta tanto se eligieran popularmente sus nuevos integrantes; atribuyendo a la Comisión Coordinadora de la Asamblea Nacional Constituyente o la Comisión Legislativa Nacional la potestad de sustituir parcial o totalmente la integración de los Concejos Municipales, así como sustituir a los Alcaldes, en los casos de graves irregularidades administrativas.

Esta norma también constituyó una burla a la nueva Constitución, pues violaba en su totalidad la garantía de la autonomía municipal prevista en la Constitución, así como el principio democrático respecto de las autoridades municipales que impone que las mismas sólo pueden ser electas popularmente.

4. *La eliminación de la Corte Suprema de Justicia, la creación del Tribunal Supremo y de sus Salas, la designación de los Magistrados y la creación de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial*

El artículo 17 del Decreto dispuso, además, que la Corte Suprema de Justicia, sus Salas y dependencias desaparecían y pasaban a conformar el nuevo Tribunal Supremo de Justicia, por lo que, además de las Salas

350 *Gaceta Oficial* N° 36.865 de 07-01-00

351 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión de 22-12-99, N° 51, p. 5.

Político Administrativa, de Casación Penal y de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuya extinción se decretó, la Asamblea creó las Salas Constitucional, Social y Electoral que preveía la nueva Constitución y que aún no había entrado en vigencia.

En el artículo 19 del Decreto, la Asamblea, además, designó los Magistrados que pasaban a integrar el Tribunal Supremo de Justicia, sin sujetarse a las condiciones establecidas en la nueva Constitución para dichos cargos, entre los cuales estaba quien en los dos últimos meses había sido el Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Sus servicios habían sido reconocidos.

En materia de funcionamiento del Poder Judicial, por otra parte, era patente la ausencia de Disposiciones Transitorias en la nueva Constitución, pero esa había sido la voluntad de la Asamblea y del pueblo al aprobar la Constitución mediante el referendo del 15-12-99. Dichas Disposiciones Transitorias, en efecto, sólo contenían una mención en la *Disposición Transitoria Cuarta*, en relación con una “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” únicamente a los efectos de que desarrollase transitoriamente el “sistema de defensa pública” hasta que se dictase la ley respectiva. Y nada más. Incluso, dicha Comisión prevista en dicha Disposición Transitoria, no existía al redactarse y someterse a referendo la Constitución el 15-12-99 y sólo fue posteriormente, en el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente del 22-12-99, que se creó “la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” (art. 27). Ese órgano, sin embargo, constitucionalmente sólo tenía la competencia prevista en la mencionada Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de 1999, de desarrollar el sistema de defensa pública.

Ahora bien, en esta materia, la Asamblea Nacional Constituyente tomó diversas decisiones totalmente incongruentes. Como se ha dicho, comenzó en el Decreto, antes de entrar en vigencia la nueva Constitución, nombrando provisionalmente (art. 20) a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 19) y de las nuevas Salas (art. 17) que para ese momento ni siquiera existían por no estar en vigencia el nuevo texto constitucional, y “creó”, incluso, las Salas, (art. 17), para lo cual no tenía competencia constitucional alguna.

Por otra parte, la Asamblea adoptó diversas normas transitorias no previstas en la nueva Constitución para asegurar la “vigencia inmediata” de la misma que aún no estaba en vigencia, y dispuso que el Consejo de la Judicatura pasaría a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución que aún no estaba en vigencia, a cuyo fin dispuso la cesación en sus funciones de los consejeros del Consejo de la Judicatura (art. 26).

A renglón seguido, dispuso otro nuevo régimen transitorio, en relación al anterior, también transitorio, sin competencia alguna para ello, al señalar que mientras el Tribunal Supremo no organizase la referida Dirección Ejecutiva, el gobierno y administración, la inspección y vigilancia de los Tribunales, y todas las competencias que la legislación para ese momento vigente atribuían al Consejo de la Judicatura, serían ejercidas por la “Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial” (art. 21).

La Asamblea Nacional Constituyente así, incluso para después de que la nueva Constitución entrara en vigencia, pretendió confiscarle una de sus nuevas funciones al Tribunal Supremo de Justicia, cuyos miembros designó, y atribuírsela a una “Comisión” creada y designada por la propia Asamblea y ni siquiera por el nuevo Tribunal Supremo; situación irregular que el propio Tribunal Supremo de Justicia aceptó resignadamente durante más de un año.

Por otra parte, la disposición del artículo 23 del Decreto del 22-12-99 constituía una verdadera Disposición Transitoria que debió haber sido incorporada en las de la Constitución, y que dictó la Asamblea, en evidente usurpación de autoridad, la del pueblo, disponiendo que la competencia disciplinaria judicial que correspondía a los tribunales disciplinarios de conformidad con el artículo 267 de la Constitución aprobada, sería ejercida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial:

De acuerdo con el presente régimen de *transición y hasta* que la Asamblea Nacional *apruebe la legislación* que determine los *procesos y tribunales* disciplinarios.

Conforme a la nueva Constitución sólo los jueces pueden ejercer la función judicial (art. 253), por lo que era totalmente ilegítimo y contrario a la garantía del debido proceso (art. 49), el atribuir funciones judiciales a una Comisión como la mencionada, que no era un Tribunal. Si se trataba de establecer, así fuera arbitrariamente, un régimen transitorio para la jurisdicción disciplinaria, las funciones judiciales que implica debieron atribuirse a tribunales o jueces preexistentes, y no a una “Comisión” *ad hoc*, pues ello, además, violaba la garantía del debido proceso y del juez natural que la nueva Constitución regulaba expresamente (art. 49).

Con posterioridad la Asamblea Nacional Constituyente dictó otros dos Decretos el 18-01-00, en relación con el Poder Judicial, también, “en ejercicio del poder soberano constituyente originario”, que fueron el relativo a la designación del Inspector de Tribunales³⁵²; y el relativo a la de-

352 *Gaceta Oficial* N° 36.878 de 26-01-00

signación de los miembros de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial³⁵³.

5. *La designación de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano*

La Asamblea Nacional Constituyente, en el Decreto sobre Régimen de Transición de Poder Público de 22-12-99, no sólo nombró al Defensor del Pueblo (art. 34), que era para lo único que tenía competencia constitucional en las Disposiciones Transitorias de la Constitución, sino también al Contralor General de la República (art. 36) y al Fiscal General de la República (art. 35), en forma provisional mientras la Asamblea Nacional, una vez que se eligiese, designara a los nuevos titulares.

Incluso, en el Decreto le asignó al Contralor General de la República una competencia no prevista en norma alguna del ordenamiento, que era la posibilidad de *intervenir* las Contralorías Estadales y Municipales y designar con carácter provisional a los titulares de esas entidades (art. 37), con lo cual violaba la autonomía de los Estados y Municipios garantizada en la nueva Constitución.

6. *La designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral*

En cuanto al Poder Electoral, por último, la Asamblea Nacional Constituyente, careciendo totalmente de competencia para ello, y en forma ilegítima, en el Decreto del 22-12-99 se autoatribuyó competencia para designar a los integrantes del Consejo Nacional Electoral (art. 40), designaciones que realizó días después, con carácter provisorio, al nombrar a personas, todas vinculadas al nuevo poder y a los partidos que apoyaban al gobierno, lo que incluso no garantizaba la imparcialidad electoral necesaria, burlándose del artículo 296 de la nueva Constitución.

Además, la Asamblea se autoatribuyó competencia para fijar la oportunidad de las primeras elecciones para los cargos representativos previstos en la Constitución (art. 39), y se autoatribuyó competencia para dictar el Estatuto Electoral que debería regir en los primeros comicios para la elección de todos los cuerpos representativos legislativos y los órganos ejecutivos del Poder Público.

7. *El reconocimiento, por el Tribunal Supremo de Justicia, que había sido producto del “Régimen de transición del Poder Público”, del rango constitucional del mismo y de la existencia de un doble régimen transitorio constitucional: uno constitucional y otro paraconstitucional.*

El Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público fue impugnado ante la Sala Plena de la antigua Corte Suprema de Justicia en fecha 29 de diciembre de 1999, respecto a los nombramientos del Fiscal General de la República, Contralor General de la República, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Defensora del Pueblo, Directivos del Consejo Nacional Electoral y miembros de la Comisión Legislativa Nacional (“Congresillo”).

Luego de la remisión del expediente a la Sala Constitucional del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, ésta, mediante sentencia N° 4 de fecha 26 de enero de 2000 (*Caso Eduardo García*), cuyo Ponente fue el magistrado Iván Rincón Urdaneta, último Presidente de la extinta Corte Suprema de Justicia y Presidente del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, reconoció que el Decreto era “un acto de rango y naturaleza constitucional” y, además

de naturaleza organizativa, por el cual se produjo la designación de altos funcionarios del Poder Público Nacional, el cual se fundamenta en los propósitos de reorganización del Estado, conferidos a la Asamblea Nacional Constituyente.

El Tribunal Supremo, además, concluyó señalando que:

Tomando en cuenta lo antes señalado, estima la Sala que, dado el carácter originario del poder conferido por el pueblo de Venezuela a la Asamblea Nacional Constituyente, mediante la pregunta N° 1 y la Base Comicial Octava del referendo consultivo nacional, aprobado el 25 de abril de 1999, y por tanto la no sujeción de este poder al texto constitucional vigente para la época, la demanda propuesta, al fundamentar las presuntas transgresiones en la referida Constitución y no en los parámetros y principios consagrados en las bases fijadas en el citado referendo, conduce forzosamente a su improcedencia.

De igual manera, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció sobre el Decreto del “Régimen de Transición del Poder Público”, al ser éste impugnado en fecha 17 de enero de 2000. En efecto, mediante sentencia N° 6 de fecha 27 de enero de 2000 cuyo Ponente fue el magistrado Héctor Peña Torrelles, el Tribunal Supremo de Justicia declaró improcedente la acción de nulidad interpuesta contra el referido Decreto con base en los siguientes argumentos:

En tal sentido, entiende la Sala que hasta la fecha de la publicación de la nueva Constitución, la que le precedió (1961) estuvo vigente, lo cual se desprende de la Disposición Derogatoria Unica; 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 36.859 del 29 de diciembre de 1999, esto es, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, no está sujeto ni a ésta, ni a la Constitución de 1961.

Se reconoció, así, por el Tribunal Supremo de Justicia, rango constitucional al régimen transitorio inventado por la Asamblea Nacional Constituyente, desligado tanto de la Constitución de 1961 como de la propia Constitución de 1999; régimen transitorio que, además, contenía el acto de designación de los propios Magistrados. Lo menos que podían haber hecho era inhibirse, pero no fue así; y esa y otras sentencias que juzgaron dicho régimen constituyeron violación del principio elemental del Estado de derecho conforme al cual nadie puede ser juez en su propia causa.

Ahora bien, el aspecto jurídico medular que deriva del Decreto sobre el Régimen Transitorio del Poder Público es que la Asamblea Nacional Constituyente, burlándose del texto de las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1999, después que la misma había sido aprobada por el pueblo en el referendo del 15-12-99, dispuso otro régimen transitorio al margen de la Constitución, contenido en el mencionado Decreto, que no fue aprobado por el pueblo. Se violó así lo dispuesto en la “base comicial novena” del referendo del 25-04-99 que exigía que la nueva Constitución debía ser aprobada por el pueblo.

El Tribunal Supremo de Justicia creado, precisamente, en el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, se encargó de avalar este desaguizado constitucional, en la sentencia de 28-03-2000 (*caso: Allan R. Brewer-Carías y otros*) dictada con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, con motivo de declarar sin lugar la demanda de nulidad intentada contra el Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea el 30 de enero de 2000³⁵⁴.

En efecto, la Sala Constitucional fundamentó su decisión en el argumento de que conforme al referendo del 25 de abril de 1999, la Asam-

354 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.884 de 03-02-00

blea Nacional Constituyente para cumplir su misión de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y dictar una nueva Constitución que sustituyera a la de 1961, supuestamente tenía varias alternativas para regular el régimen constitucional transitorio: *Una*, elaborar unas Disposiciones Transitorias que formaran parte de la Constitución para ser aprobada por el pueblo mediante referendo; y *otra*, dictar actos constituyentes aparte, de valor y rango constitucional, que originarían un régimen transitorio constitucional paralelo, no aprobado por el pueblo.

Esto, por supuesto, era un disparate constitucional. De acuerdo con el referendo del 25-4-99 y conforme se establece en la base novena de rango supraconstitucional como lo consideró la antigua Corte Suprema de Justicia, y cuyo contenido no consideró el Tribunal Supremo, las nuevas normas constitucionales producto del proceso constituyente, para entrar en vigencia, debían ser aprobadas por referendo popular. Esa fue la voluntad expresada por el pueblo el 25-4-99: que la Asamblea Nacional Constituyente no podía poner en vigencia actos con rango constitucional sino que sólo el pueblo, por referendo, podía poner en vigencia la nueva Constitución. Por ello, el pueblo venezolano fue convocado a referendo el 15-12-99, para aprobar la Constitución. Por tanto, conforme a la voluntad popular del 25-4-99, sólo el propio pueblo podía aprobar la Constitución mediante referendo aprobatorio, por lo que no podía existir ninguna otra norma de rango constitucional que no fuera aprobada por el propio pueblo.

Por ello, al considerar el Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia mencionada que el Estatuto Electoral dictado por la Asamblea Nacional Constituyente tenía un supuesto rango constitucional, con el objeto de llenar los supuestos vacíos de las Disposiciones Transitorias de la Constitución, vacíos que habían sido inventados y provocados por la propia Asamblea Nacional Constituyente antes de publicar la Constitución; puede considerarse que el Tribunal violó la soberanía popular expresada el 25-4-99 y marginó la soberanía popular expresada el 15-12-99. La verdad es que de nada sirvió que los venezolanos hubiésemos aprobado por referendo una Constitución el 15-12-99, si paralelamente la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar otras normas constitucionales no aprobadas por el pueblo.

Partiendo del falso supuesto anterior de que conforme al referendo del 25-4-99, la Asamblea Nacional Constituyente podía poner en vigencia normas constitucionales no aprobadas por el pueblo, el Tribunal Supremo de Justicia consideró que el Estatuto Electoral impugnado, al tener rango

constitucional, no podía violar la Constitución de 30-12-99, como fue lo que habíamos alegado en el recurso de nulidad³⁵⁵.

De esta premisa fundamental, falsa y contradictoria, el Tribunal Supremo de Justicia derivó su decisión, en la cual:

Primero: Reconoció la existencia de un vacío legal (que sólo la Asamblea había creado) en las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1999, y pretendió llenarlo con una interpretación violatoria de la soberanía popular. El “limbo jurídico” que refiere con toda diligencia la sentencia había sido inventado por la Asamblea Nacional Constituyente, y no fue originado por las Disposiciones Transitorias de la Constitución. Al haber sido creado por dicha Asamblea, por su arbitrariedad, de lo que se requería era de un remedio judicial constitucional por parte del Tribunal Constitucional y no de una bendición. Este, en efecto, lo que hizo fue aceptar la violación constitucional y forzando la interpretación, trató de enderezar un entuerto constitucional.

Segundo: Incurrió en contradicción, al considerar que el régimen transitorio de orden constitucional iniciado el 25-4-99 “finalizó con la aprobación de la Constitución” de 30-12-99 por el pueblo, y paralelamente admitió la existencia de otro régimen transitorio “paraconstitucional” no aprobado por el pueblo.

Tercero: Contradijo la sentencia de la propia Sala Constitucional del 27-2-2000, que había establecido la sumisión a la Constitución de 1999 de los actos de la Asamblea Nacional Constituyente dictados con posterioridad a la publicación de la Constitución el 30-12-99, pues en esta nueva sentencia, señaló que los actos de la Asamblea Nacional Constituyente dictados después de esa fecha también tenían rango “constitucional”; no que eran “supraconstitucionales”, sino de igual rango que la Constitución aprobada por referendo, sin estar ello regulado en las Disposiciones Transitorias de la propia Constitución y sin haber sido aprobadas por el pueblo.

Cuarto: Contradijo y desconoció el poder derogatorio expreso de la nueva Constitución en relación con todas las normas preconstitucionales contrarias a sus disposiciones y no sólo las dictadas basadas en la Constitución de 1961. No hay Disposición Transitoria alguna en la Constitución de 30-12-1999 que hubiera asegurado la supervivencia de normas dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente, que después de publicada la Constitución, contrariasen sus disposiciones. El Tribunal Supremo de Justicia, así, pretendió de nuevo suplir el vacío producido por la arbitrariedad de la Asamblea Nacional Constituyente, y marginó la voluntad popular.

³⁵⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, 3ª Edición, Caracas 2001, pp. 270 y ss.

Sin embargo, el aspecto más importante de la sentencia que se comenta del Tribunal Supremo es el que dejó sentado el principio de que supuestamente, la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar normas de rango constitucional, no aprobadas mediante referendo por el pueblo. Esto, sin duda, era un criterio violatorio de la base comicial novena del referendo del 25-4-99, que la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, en la citada sentencia de 14 de octubre de 1999 (*Caso: Henrique Capriles Radonski vs. Decreto de Regulación de funciones del Poder Legislativo*) había considerado de rango “supraconstitucional”.

En efecto, la base comicial novena del referendo del 25-04-99, que, se insiste, se había considerado de rango supraconstitucional por lo que a ella estaba sometida la Asamblea Nacional Constituyente en su actuación, estableció que la nueva Constitución que elaborara la Asamblea sólo entraría en vigencia una vez aprobada mediante referendo. De ello se deducía que la voluntad popular en Venezuela, expresada en el referendo del 25-4-99, fue que la Asamblea Nacional Constituyente –a diferencia de lo que había ocurrido en Colombia en 1991- no podía poner en vigencia la nueva Constitución ni norma constitucional alguna, sino que éstas tenían que ser aprobadas por el pueblo, mediante referendo.

Sin embargo, ese no fue el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia indicada, en la cual la Sala Constitucional, como se dijo, partió del siguiente supuesto:

La Asamblea Nacional Constituyente, a fin de cumplir el mandato que le otorgó el pueblo, *tenía varias alternativas*, una, elaborar una Constitución con un conjunto de disposiciones transitorias que regularan al máximo la implementación jurídica del régimen transitorio entre las instituciones previstas en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, y las prevenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Otra alternativa era, no realizar dicha implementación en las disposiciones transitorias de la Constitución y efectuarla mediante un cuerpo legislativo aparte, complementado por actos destinados a llenar el vacío institucional que se crearía al entrar en vigencia la nueva Constitución. Esta fue la vía escogida por la Asamblea Nacional Constituyente, cuando dictó el Régimen Transitorio del Poder Público, publicado el 29 de diciembre de 1999 en la Gaceta Oficial N° 36.859, destinado al régimen de transición en lo atinente a la reestructuración del poder público. A tal fin, el artículo 2 del “Régimen de Transición del Poder Público”, textualmente reza:

Las previsiones del presente régimen de transición desarrollan y complementan las Disposiciones Transitorias de la Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela.

El régimen de transición señalado reguló al Poder Legislativo nacional, mediante la creación de la Comisión Legislativa Nacional, la cual funcionará hasta la fecha en que se reúna efectivamente la Asamblea Nacional

prevenida en la Constitución vigente, y a quien señaló en el artículo 6 del Régimen de Transición del Poder Público, sus atribuciones.

Igualmente, dentro del régimen transitorio, el constituyente reguló el Poder Electoral, y el artículo 39 del Régimen de Transición del Poder Público, expresó “*Los primeros comicios para la elección de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos de los Estados, de los Consejos Municipales, del Presidente de la República, de los Gobernadores de Estado y de los Alcaldes de los Municipios, serán organizados por el Consejo Nacional Electoral, de acuerdo a la fecha y al Estatuto Electoral que apruebe la Asamblea Nacional Constituyente*” (Subrayado de la Sala).

Entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el 30 de diciembre de 1999, según su propio texto, se hace necesario elegir a la Asamblea Nacional, institución básica entre los poderes públicos para el funcionamiento del sistema político-jurídico que desarrolla la Constitución recién promulgada, y hasta su elección e instalación, nace un segundo régimen transitorio, el cual se rige por las normas sancionadas a ese fin por la Asamblea Nacional Constituyente, en ejercicio de su competencia constituyente, y que responde a las Bases Primera y Octava para lo que se convocó el referendo del 25 de abril de 1999, las cuales se proyectan paralelamente a la Constitución vigente, tal como lo estableció el Régimen de Transición de Poder Público, que obran -por disposición del artículo 2 de dicha normativa- como Disposiciones Transitorias de la Constitución vigente. Esta normativa de rango análogo a la Constitución, está destinada a que las instituciones prevenidas en la Constitución, pero que aún no han entrado en funcionamiento, se realicen, y se agota al cumplir su cometido.

Las normas de transición devienen así en integrantes del sistema constitucional, en cuanto hacen posible la plena vigencia de la naciente Constitución. La transitoriedad es inherente al propio proceso constituyente y le es inmanente.

De este razonamiento se deduce, entonces, el absurdo constitucional de que podía haber un régimen constitucional transitorio no previsto en la Constitución de 1999, ni aprobado por el pueblo, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, lo cual es totalmente incorrecto. El Tribunal Supremo se había olvidado consultar la base comicial novena (la sentencia sólo hizo referencia a las bases primera y octava) que imponía, con carácter supraconstitucional, la exigencia de que la Constitución y toda norma de rango constitucional producto de la Asamblea Nacional Constituyente tenía que ser aprobada por el pueblo, mediante referendo, para poder considerarse aprobada definitivamente. Eso ocurrió con el texto de la Constitución y sus Disposiciones Transitorias aprobadas en el referendo del 15-12-99, pero no ocurrió con el Régimen Transitorio del Poder Público dictado por la Asamblea con posterioridad y, al cual, sin embargo, el Tribunal Supremo le reconoció “rango análogo a la Constitución” con vigencia “paralelamente a la Constitución vigente”.

Para reforzar esta absurda consideración, la Sala Constitucional utilizó un argumento propio del derecho privado, de que “quien puede lo más puede lo menos”, el cual es totalmente inaplicable en derecho público, donde la competencia tiene que ser expresa. La Sala, en efecto argumentó como sigue:

Tal disposición, emanada del poder constituyente *que podía lo más*, cual era la transformación del Estado, lo que iba a adelantar mediante la aprobación de una nueva Constitución y del régimen de transición, claro *que podía lo menos*, dentro de su cometido de transformación del Estado, cual era dictar las normas que permitirían la transición entre el sistema constitucional abrogado y el nuevo, que conforme al texto constitucional de 1999, no podía de inmediato constituirse en todas sus instituciones.

De lo anterior, entonces, la Sala Constitucional dedujo lo siguiente, desconociendo el poder derogatorio de la Constitución de 1999 y su supremacía:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al entrar en vigor, deroga el ordenamiento jurídico basado en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, pero no el nacido de la transitoriedad a que se refiere el tipo de normas antes señalado, y que como emanación del poder constituyente deben complementar a la Constitución en la instalación de las instituciones, cuyas fórmulas para esa instalación no se previeron dentro del texto constitucional, o dentro de las disposiciones transitorias a él incorporadas, pero estas normas, producto de la Asamblea Nacional Constituyente, surgen del régimen nacido del referendo del 25 de abril de 1999, que es un régimen de producción originaria de rango análogo a la Constitución misma, pero cuya vigencia termina cuando se logre la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución.

Más adelante, la sentencia insistió en este argumento así:

El régimen de transición del poder público se proyecta hacia el futuro, no sólo hasta la instalación de la Asamblea Nacional, sino aún más allá ; ya que el artículo 3 de dicho régimen, señala: “*Cada disposición del régimen de transición del Poder Público tendrá vigencia hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución aprobada, de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional*”, por lo que mientras tales legislaciones no se aprueben, las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente tienen plena vigencia, hasta que de conformidad con la Constitución se establezca el régimen legal que vaya derogando la provisionalidad, y vaya dejando sin efectos las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente. Ese régimen legal es el ordinario que corresponde a la Asamblea Nacional, y el que le ordena adelantar las

Disposiciones Transitorias que como parte integrante del texto constitucional, se publicaron con él.

Resulta de un formalismo conducente a la irrealidad, pretender que el sistema de una Constitución que recién se implante, pueda organizarse dentro sí misma, sobre todo, cuando las disposiciones transitorias dejen vacíos sobre la etapa de transición de un sistema constitucional, como lo es el caso de la vigente Constitución.

Ante tal situación, adquiere rango especial la normativa que el constituyente como representante del pueblo soberano, crea para que el sistema pueda funcionar. Se trata de normas complementarias de la Constitución de igual rango que ella, las cuales, de existir, permiten minimizar los vacíos y lagunas de que adolezca el texto constitucional. Tal vez la existencia de estas normas y su reconocimiento disguste a constitucionalistas formalistas y dogmáticos, o a personas que juegan a intereses distintos que los jurídicos, pero ello atiende a la necesidad de resolver situaciones reales, y así permiten integrar la constitucionalidad.

De lo anterior resulta, por tanto, la siguiente situación irregular:

1. La Asamblea Nacional Constituyente aprobó el 17 de noviembre de 1999 una Constitución con un régimen transitorio previsto en sus Disposiciones Transitorias, que implicaban la permanencia de los titulares de los órganos de los Poderes Públicos, hasta que fueran electos los nuevos titulares. En la expresión de la voluntad popular (referendo del 15-12-99) y de la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente que sancionó y proclamó la Constitución, por tanto, no quedó vacío legal alguno respecto de la transición constitucional.
2. Dicha Constitución de 1999, con dicho régimen transitorio, fue sometida a referendo aprobatorio, y así fue aprobada por el pueblo el 15-12-99, siendo proclamada formalmente por la Asamblea Nacional Constituyente el 20-12-99.
3. Con posterioridad, dos días después, la Asamblea Nacional Constituyente cambió de opinión y resolvió alterar el régimen transitorio que estaba previsto en la Constitución de 1999 aprobada en referendo, y antes de que se publicara para que entrara en vigencia, el 22-12-99 dictó el Régimen de Transición del Poder Público, que sustituyó a todos los titulares de los órganos del Poder Público y modificó su estructura. Dicho régimen originó, entonces, un supuesto “vacío legal” que pretendió llenar con normas de rango constitucional no aprobadas por el pueblo.
4. El Tribunal Supremo de Justicia, en su sentencia del 28-3-2000, le atribuyó a dicho Régimen de Transición del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente sin aprobación popular, rango y valor constitucional, contrariando así la base comicial novena del referendo del 25-4-99, que se configuraba como el conjunto normativo supraconstitucional que constituía el límite de la actuación de la Asamblea.

5. En el país, entonces, y como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo, existen dos regímenes constitucionales paralelos: uno contenido en la Constitución de 1999, aprobada por el pueblo; y otro, dictado con posterioridad a dicha aprobación por la Asamblea Nacional Constituyente, no aprobado por el pueblo y de vigencia imprecisa hasta que se apruebe toda la legislación que prevé la propia Constitución de 1999, lo cual puede durar décadas.

El Tribunal Supremo de Justicia, lamentablemente, en lugar de cumplir su deber como contralor de la constitucionalidad, quiso resolver el vacío creado por la Asamblea después de aprobada la Constitución de 1999 por referendo popular, violentó el ordenamiento constitucional y frustró la esperanza de que apuntalara el Estado de Derecho, precisamente cuando comenzaba a entrar en aplicación la nueva Constitución.

Todo este sistema de doble régimen constitucional paralelo y yuxtapuesto lo confirmó la Sala Constitucional, posteriormente, en el auto dictado el 12-12-00 con motivo de resolver sobre la pretensión de amparo que había acumulado la Defensora del Pueblo a la acción de nulidad por inconstitucionalidad que intentó contra la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional de 14-11-00³⁵⁶, en el cual señaló:

A partir de la aprobación de las bases comiciales y la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente surge una situación inédita en el constitucionalismo nacional. En una primera fase, hasta la promulgación de la actual Constitución, sin ruptura constitucional de ninguna especie, siguió vigente la Constitución de la República de Venezuela de 1961, coexistiendo con los actos que dictó la Asamblea Nacional Constituyente, en lo que contrarían a dicha Constitución, adquirieron la categoría de actos constitucionales, ya que es el pueblo soberano, por medio de sus representantes, quien deroga puntualmente disposiciones constitucionales, creando así un doble régimen, donde como ya lo ha señalado esta Sala, coexistía la Constitución de 1961 con los actos constituyentes. Una segunda etapa, de este sistema constitucional, surge a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual crea una serie de instituciones no previstas en las cartas fundamentales anteriores, pero cuyas pautas de funcionamiento no fueron consagradas en el texto constitucional, quedando sujetas a una regulación posterior mediante leyes que dictare la Asamblea Nacional.

Para evitar el vacío institucional mientras se promulguen las leyes, la Asamblea Nacional Constituyente decretó el Régimen de Transición del Poder Público (*Gaceta Oficial* N° 36.920 de 28 de marzo de 2000), de manera que las instituciones delineadas en la Constitución de 1999, aun no

356 *Gaceta Oficial* N° 37.077 de 14-11-00.

desarrolladas por las leyes, pudieran funcionar, evitándose así que las normas constitucionales quedaran sin contenido. Este régimen de transición, que se fue complementando con otras normativas emanadas del poder constituyente, necesariamente tiene naturaleza constitucional, ya que integra la Constitución, vigente mientras las instituciones se normalicen, por lo que no puede considerarse que los poderes actuales sean ilegítimos o inconstitucionales, si se fundan en el Régimen de Transición del Poder Público. Basta leer el *artículo 2 del Régimen de Transición del Poder Público*, para constatar que dicho régimen desarrolla y complementa las disposiciones transitorias de la Constitución de 1999. La normalización total de instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia, requieren de leyes orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan.

Por ello, en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala enfatizó, que cuando las leyes orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen de Transición del Poder Público y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha apuntado esta Sala en fallos de fechas 14 de marzo y 28 de marzo de 2000.

Es insólito que un tribunal constitucional, encargado de velar por la supremacía constitucional, pudiera llegar a considerar que el Régimen de Transición del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, después de aprobada popularmente la Constitución de 1999 y de haber sido proclamada por la propia Asamblea, pudiera tener el mismo rango que la Constitución. ¿Para qué, entonces, la payasada del referendo aprobatorio de la Constitución si la Asamblea Nacional Constituyente podía, a su discreción, poner en vigencia normas de rango constitucional, sin aprobación popular? El papel del Tribunal Supremo de Justicia en relación con el proceso constituyente, sin duda, se recordará, sí, en los anales de nuestra historia constitucional, pero no precisamente por su apego a la constitucionalidad.

III. EL RÉGIMEN ELECTORAL PARA LAS PRIMERAS ELECCIONES DE 2000 DICTADO AL MARGEN DE LA CONSTITUCIÓN

La Asamblea Nacional Constituyente, al haber dispuesto en el Régimen de Transición del Poder Público, en una forma que no estaba prevista en la Constitución aprobada por el pueblo, la cesación en sus cargos de los representantes electos un año antes, no tuvo otra alternativa que

pretender llenar el vacío que ella misma había creado, con el establecimiento de un régimen electoral para las primeras elecciones de 2000, sobre lo cual nada se había regulado en las Disposiciones Transitorias de la Constitución.

1. *El Estatuto Electoral del Poder Público (30-1-2000)*

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente con fecha 30 de enero del 2000 en el día de su propia cesación, dictó un Estatuto Electoral del Poder Público³⁵⁷, mediante el cual derogó parcialmente la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; y además, mediante Decreto de igual fecha, 30 de enero del 2000, fijó para el día 28 de mayo del 2000 la realización de las primeras elecciones nacionales, estatales y municipales y para representantes ante el Parlamento Andino y el Parlamento Latinoamericano, las cuales por el fracaso del Consejo Nacional Electoral nombrado por la propia Asamblea, tuvieron que ser suspendidas y realizadas varios meses después.

Dichos actos, en virtud de la vigencia inmediata y el poder derogatorio de la Constitución (de sus artículos y de sus Disposiciones Transitorias) estaban sujetos y tenían que ajustarse a lo dispuesto en la Constitución de 1999. Sin embargo, de nuevo, no fue así como lo interpretó el Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto, el Estatuto Electoral fue dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, a pesar de que ya se había publicado la nueva Constitución, fundamentándose en el “ejercicio del poder soberano constituyente originario” que supuestamente le habría sido otorgado por el referendo del 25-04-99 para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa. Además, se fundamentó en lo establecido en el artículo 39 del Decreto sobre el “Régimen de Transición del Poder Público”, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente el 22-12-99. La Asamblea Nacional Constituyente, así, se burló de la Constitución de 1999 y de la misma voluntad popular expresada el 15-12-99. Para la Asamblea, eso no tenía importancia, ya que dictó un texto postconstitucional que violaba la propia Constitución, basada en los supuestos “poderes constituyentes” que ya habían cesado por la aprobación popular de la nueva Constitución.

Ahora bien, con fundamento en estas disposiciones, la Asamblea Nacional Constituyente estableció el régimen que debía regir “los primeros procesos comiciales para la elección de todos los representantes que integran los órganos de los Poderes Públicos, así como el Parlamento La-

357 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.884 de 03-02-00

tinoamericano y el Parlamento Andino”, y derogó parcialmente la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, al decretar que ésta debía ser “de aplicación supletoria al presente Estatuto Electoral” (art. 1).

Debe insistirse en que a partir del 30-12-99, la Asamblea Nacional Constituyente no podía atribuirse a sí misma el ejercicio del poder constituyente originario, el cual, conforme al artículo 347 de la Constitución, a partir de su entrada en vigencia, no había duda de que *correspondía exclusivamente al pueblo*. Dicha norma establece, en efecto, que “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario”, y sólo el pueblo puede “ejercerlo”, incluso convocando una Asamblea Nacional Constituyente.

En consecuencia, el Estatuto Electoral no sólo carecía de base constitucional para que se pudiera dictar, sino que al haberse dictado por la Asamblea, supuestamente “en ejercicio del poder soberano constituyente originario” como se indica en los fundamentos del mismo, se violó abiertamente lo establecido en el artículo 347 de la Constitución que ya estaba en vigencia desde un mes antes. Por ello, además, el Estatuto estaba viciado de usurpación de autoridad, por lo cual era nulo conforme al artículo 138 de la nueva Constitución. Conforme a la interpretación dada por la Sala Constitucional, después de publicada la Constitución de 1999 la Asamblea no podía autoatribuirse tal “poder soberano constituyente originario”, que sólo corresponde al pueblo. Al haberlo hecho, dictando el Estatuto Electoral, insistimos, no sólo usurpó la autoridad del pueblo, siendo dicho acto nulo conforme al artículo 138 de la Constitución; sino que violó abiertamente el artículo 347 de la Constitución.

Por otra parte, en cuanto al fundamento indicado respecto del artículo 39 del Decreto sobre el “Régimen de Transición del Poder Público”, la Asamblea se había autoatribuido competencia para dictar el Estatuto Electoral que debía regir en los primeros comicios para la elección de todos los cuerpos representativos legislativos y los órganos ejecutivos del Poder Público. Sobre dicha competencia, debe señalarse que la Constitución de 1999, una vez sometida a referendo popular el 15 de diciembre de 1999 y publicada el 30-12-99, había entrado en vigencia inmediata, y en ella se indicaba que la única competencia legislativa que se le atribuía a la Asamblea Nacional Constituyente, mientras estuviese en funcionamiento, era la de dictar la “Ley Especial del Distrito Capital” (Disposición Transitoria Primera), y nada más.

La competencia que en el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público se autoatribuyó la Asamblea para dictar el Estatuto Electoral, por no estar prevista en la Constitución aprobada por el pueblo, al entrar ésta en vigencia el 30 de diciembre de 1999, puede considerarse que había quedado tácitamente derogada por contrariar lo dispuesto en su texto (Disposición Derogatoria), pues conforme a la Constitución, sólo la

Asamblea Nacional que se eligiera tenía potestad legislativa en materia electoral (arts. 63, 156, ord. 32, 187, ord. 1º, y 202); correspondía, sin embargo, al Consejo Nacional Electoral, órgano del nuevo Poder Público Nacional creado en la Constitución, establecer las adaptaciones normativas necesarias para la realización de las primeras elecciones.

El Decreto sobre el Estatuto Electoral, en todo caso, fue impugnado en varias oportunidades ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³⁵⁸. La primera sentencia (Nº 179) recaída al efecto (*caso: González Pérez Hernández*) fue dictada en fecha 28 de marzo de 2000, bajo la ponencia del magistrado J.M. Delgado Ocando, en la cual se señaló que:

...Es claro que si la vigente Constitución prevé la legislación electoral como competencia de la Asamblea Nacional, ésta no puede, por razones lógicas, ejercer dicha competencia antes de ser instituida. Por eso, la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé la atribución del Consejo Nacional Electoral para convocar, organizar y supervisar los procesos electorales, mientras se promulgan las leyes electorales previstas en la Constitución vigente, pero no para dictar las normas conforme deba discurrir dicho proceso. La prescripción de la Base Transitoria Octava responde a este carácter inmanente y necesario de la transición al prever la competencia del Consejo Nacional Electoral y el propio régimen electoral que, al no poder ser sancionado por la Asamblea Nacional, y no estar explicitado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sólo puede ser sancionado por la Asamblea Nacional Constituyente, pues la Disposición Transitoria Octava carecería de sentido si las previsiones de la vigente Constitución, incluido el artículo 298 *eiusdem*, pudieran ser aplicadas en el período de transición.

La Sala Constitucional al decidir esto, sin duda, se había olvidado de consultar el artículo 293, ordinal 1º de la nueva Constitución que le atribuía competencia al Consejo Nacional Electoral, como una de las ramas del Poder Público Nacional, para “resolver las dudas y vacíos” que las leyes electorales “susciten y contengan” y, por tanto, así poder adaptar la normativa electoral que estaba vigente a la nueva Constitución para la realización de las mencionadas primeras elecciones. En todo caso, el Tribunal Supremo de Justicia tenía el poder para interpretar la ley y adaptarla a la nueva Constitución como ya lo había hecho en la materia electoral, en la sentencia Nº 17 de la Sala Electoral de 14-03-2000 al resolver que la Asamblea Nacional no tenía “diputados adicionales”.

En todo caso, el Tribunal Supremo de Justicia, continuó señalando en su sentencia que:

358 Véase en general Carlos Luis Carrillo Artilles, “El desplazamiento del principio de supremacía constitucional por la vigencia de los interregnos temporales”, *Revista de Derecho Constitucional*, Nº 3, Caracas 2000, pp. 77 y ss.

El Estatuto Electoral del Poder Público ha integrado el régimen constitucional nacido del proceso constituyente, en orden a hacer efectivo el proceso de transición hacia la plena vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo con la pregunta 1° del Referendo del 25 de abril de 1999. Esta Sala considera que sólo por una ficción jurídica podría distinguirse la naturaleza de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las otras normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente, aunque estas últimas normas tengan una vigencia determinada diferente a la vigencia indefinida de la Carta Magna. La Sala considera, asimismo, que todas las normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente, incluida la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituyen un sistema normativo constitucional, cuya teleología tiende a “la transformación del Estado y la creación de un nuevo ordenamiento jurídico”, mediante un proceso que garantice la continuidad institucional, el Estado de Derecho y la “implementación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución aprobada.

En esta forma, el Tribunal Supremo continuó otorgándole rango constitucional a todas las actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente, incluso las dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, burlándose de sus disposiciones y contrariando la misma doctrina de la Sala, expresada en la sentencia N° 6 dictada el 17-01-00 conforme a la cual:

Los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta.

En la misma fecha 28-3-00, la Sala Constitucional dictó otra sentencia (N° 180) con motivo de otra impugnación del Estatuto Electoral (*Caso: Allan R. Brewer-Carías y otros*), bajo la ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, en la cual, con razonamientos totalmente alejados de lo que es el control de constitucionalidad, contradictorios, y partiendo de premisas falsas, esta vez no fue que declaró improcedente el recurso intentado, sino que lo declaró sin lugar.

La primera argumentación de la Sala giró en torno a las consecuencias que originaría la declaratoria con lugar de la acción de inconstitucionalidad propuesta, con razonamientos de mérito, es decir, de oportunidad o conveniencia, muy alejados del control de constitucionalidad que debía ejercer un Tribunal Constitucional, sobre todo si los argumentos de mérito eran falsos. La Sala, en efecto, señaló entre otros aspectos, lo siguiente:

Si tal pedimento fuese declarado con lugar, no se podría elegir la Asamblea Nacional, desapareciendo así uno de los poderes en que se divide el Estado, y dejando sin efecto el sistema democrático (...).

La Asamblea Nacional Constituyente dictó el Estatuto Electoral del Poder Público, el cual de ser nulo, dejaría en un limbo jurídico la elección de la

Asamblea Nacional, hasta el punto que no podría realizarse su elección, a menos que se llamara de nuevo una Asamblea Nacional Constituyente con ese objeto.

Mientras ocurre tal llamado, y se instala de nuevo la Asamblea Nacional Constituyente, lo que resulta indefinido en el tiempo, Venezuela dejaría de ser un Estado Democrático, ya que uno de sus poderes, la Asamblea Nacional (Poder Legislativo) no podría instalarse, y aceptar tal situación es violar flagrantemente no sólo la Constitución vigente, sino los principios de organización política que la informan”.

La República tendría entonces el Poder Ejecutivo y el Judicial sin ser reelegidos, y con un Poder Legislativo limitado a lo que el régimen transitorio de los Poderes Públicos le permite a la Comisión Legislativa Nacional.

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.

La visión apocalíptica y desconsolada que el Magistrado ponente de la sentencia vio en la acción intentada, al punto de declararla que contrariaba “el orden público constitucional” (¿cuál? ¿el que estaba en su imaginación alucinada?), se hubiera disipado suavemente, si sólo hubiera considerado la acción intentada desde el punto de vista jurídico-constitucional, no de mérito, y se hubiera percatado de que la nueva Constitución había creado no una división tripartita del Poder Público Nacional, sino una división pentapartita (no sólo Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sino también el Ciudadano y el Electoral), que originaba el Poder Electoral, con todas las características del Poder Público Nacional y con las competencias que le asignaba el artículo 292 de la Constitución, precisamente para resolver todos los “cataclismos” institucionales que se imaginó. Sólo bastaba que el Magistrado ponente hubiera leído un artículo de la Constitución, el art. 292, y ello hubiera evitado que condujera a la Sala Constitucional a pronunciar tan alucinada y apocalíptica sentencia.

Todos los problemas, inconvenientes o incomodidades que significaban ejercer el control de constitucionalidad en ese caso, se hubieran disipado si el Magistrado ponente hubiera “descubierto” que la misma Constitución preveía la salida institucional a la inconstitucionalidad cometida por la Asamblea Nacional Constituyente, consistente en que el Poder Electoral ejerciera sus competencias de adaptar la legislación electoral que estaba vigente a la nueva Constitución, precisamente con las orientaciones de interpretación constitucional que debía darle la Sala Constitucional. Toda la imaginación que la Sala Constitucional ya había desplegado en la “interpretación” constitucional, al punto de crear todo un cuerpo normati-

vo sobre el procedimiento de amparo, modificando incluso la Ley Orgánica de Amparo, en la sentencia N° 7 de fecha 01-02-00 (*Caso: José A. Mejía y otros*) dictada bajo la ponencia del mismo magistrado Jesús Eduardo Cabrera³⁵⁹ pudo haberse ejercido en este caso del Estatuto Electoral. Pero aquí, el nuevo poder, al cual los Magistrados le debían su nombramiento, podía reaccionar “inconvenientemente”; en cambio, en materia de amparo, nadie protestaría. Cuando la justicia constitucional es moldeable según la presencia o presión del poder y se pone a su servicio, la mejor construcción jurídico-formal sobre control de constitucionalidad como la que contiene la Constitución de 1999, lamentablemente queda diluida y no sirve de mucho, salvo para consolidar la arbitrariedad.

En todo caso, para justificar la “constitucionalidad” del Estatuto Electoral, la Sala Constitucional no analizó los alegatos de inconstitucionalidad formulados (¿entonces, cómo pudo declarar sin lugar la acción?), sino que de nuevo se basó en la consideración del rango constitucional del Régimen Transitorio creado por la Asamblea Nacional Constituyente, a la cual le asignó, sin rubor alguno, incluso después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución de 1999, el carácter de “poder constituyente originario” y, por tanto, por encima de la propia Constitución. Por ello, la Sala señaló:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al entrar en vigor, deroga el ordenamiento jurídico basado en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, pero no el nacido de la transitoriedad a que se refiere el tipo antes señalado, y que como emanación del poder constituyente deben complementar a la Constitución en la instalación de sus instituciones, cuyas fórmulas para esa instalación no se previeron dentro del texto constitucional, o dentro de las disposiciones transitorias a él incorporadas....

No tuvo en cuenta la Sala Constitucional que si esas normas no se incorporaron a la Constitución y a sus Disposiciones Transitorias fue porque esa fue la voluntad popular expresada en el referendo del 15-12-99, y nadie tenía el poder de sustituirse al pueblo, ni la Asamblea Nacional Constituyente ni su producto primario, el Tribunal Supremo de Justicia. Con esta sentencia, ambos órganos incurrieron en usurpación de la voluntad popular.

Ninguna razón constitucional podía invocar la Sala Constitucional para decir que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, con las adaptaciones que el Poder Electoral debía establecer conforme a su competencia de “reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y

³⁵⁹ Véase los comentarios a esta sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Caracas 2000, pp. 49 y ss.

vacíos que susciten o contengan (art. 293,1), no podía regir las primeras elecciones de órganos del Poder Público, y menos cuando el Constituyente en la Disposición Transitoria Octava había dispuesto que “mientras no se promulguen las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral”.

Sin embargo, señaló la Sala:

Ese acto inicial, destinado a la instalación de esos órganos y al nombramiento de algunos miembros del Poder Público, como esta Sala –por ejemplo, tenía que ser sancionado por el poder constituyente, único capaz de hacerlo, al no estar regulado en la Constitución su desarrollo inmediato, y vive dentro del segundo régimen transitorio que nació –necesariamente esto último- a partir del 30 de diciembre de 1999, fecha en que entró en vigencia la Constitución, sin resolver dentro de su cuerpo, ni en las disposiciones transitorias publicadas junto con ella, lo relativo a la instalación de la Asamblea Nacional, Presidente de la República, diputados a los Consejos Legislativos y Gobernadores de los Estados, Concejales al Cabildo Metropolitano de Caracas y Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, integrantes de los Concejos Municipales y Alcaldes de los Municipios, Juntas Parroquiales, representantes al Parlamento Latinoamericano y representantes al Parlamento Andino, instituciones básicas de la democracia participativa y de la estructura del Estado, y que permiten la vigencia plena de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al ejercer la Asamblea Nacional Constituyente su competencia constituyente, conforme al referendo del 25 de abril de 1999, cumplió el mandato que el pueblo le otorgó y sin que exista ruptura alguna del orden constitucional, ha permitido la continuidad normativa entre la abrogada Constitución de 1961 y la entrada en vigencia (con el funcionamiento de sus instituciones cuya instalación no fue normada en su texto) de la Constitución de 1999.

La violación a la reserva legal que se aduce en la acción intentada, como causa de la inconstitucionalidad del Estatuto Electoral del Poder Público, por ser las leyes electorales competencia de la Asamblea Nacional, es un argumento válido cuando se agote el régimen de transitoriedad que se apunta en este fallo, y que termina en este sentido con la elección de la Asamblea Nacional prevista en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esta decisión, sin duda, violó la soberanía popular expresada en el referendo del 25 de abril de 1999, ya que, de acuerdo con la base comicial novena, de rango supraconstitucional como lo consideró la antigua Corte Suprema de Justicia, y cuyo contenido no consideró el Tribunal Supremo, las nuevas normas constitucionales del proceso constituyente, para entrar en vigencia debían ser aprobadas por referendo popular.

De acuerdo con esta decisión, se consolidó el criterio de que podía haber un régimen constitucional transitorio no previsto en la Constitución de 1999 ni aprobado por el pueblo, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente. Como antes señalamos, se olvidó el Tribunal Supremo de consultar la base comicial novena (la sentencia sólo hizo referencia a las bases primera y octava) que al contrario impuso, con carácter supraconstitucional, la exigencia de que la Constitución y toda norma de rango constitucional producto de la Asamblea Nacional Constituyente, tenía que ser aprobada por el pueblo mediante referendo, para poder considerarse aprobada definitivamente.

2. *La fijación de la fecha de las primeras elecciones de 2000 y la inaplicabilidad de la nueva Constitución*

En la misma fecha 30-01-00, la Asamblea Nacional Constituyente dictó otro Decreto mediante el cual fijó para el día 28-05-2000 la elección de los nuevos órganos representativos del Estado³⁶⁰. Este Decreto también fue impugnado junto con el Estatuto Electoral del Poder Público ante el Tribunal Supremo de Justicia. El Máximo Tribunal, en la antes señalada sentencia N° 180 de fecha 28 de marzo de 2000, al analizar los vicios imputados al Decreto de fijación de la fecha para las elecciones que violaba la nueva Constitución, señaló que la Constitución de 1999, a pesar de su vigencia, *no era aplicable* para la fijación de la fecha de las elecciones. Se dio inicio, así, a una serie de sentencias de la Sala Constitucional en las cuales este máximo interprete de la Constitución, al cual le correspondía y le corresponde velar por su integridad (art. 334) y garantizar su supremacía y efectividad (art. 335), se dio el lujo de decir, a su antojo, cuándo la Constitución era o no era aplicable en diversos casos concretos.

La Sala, en efecto, decidió la impugnación del Decreto que fijó la fecha de las elecciones, señalando lo siguiente:

Con relación a la impugnación del Decreto que fijó la fecha para las elecciones, esta Sala debe señalar que, aunque a la Comisión Legislativa Nacional, le fue atribuida la fijación de la fecha para los comicios de los cargos de elección popular (artículo 6, numeral 17), de todas maneras la Asamblea Nacional Constituyente, obrando dentro de los ciento ochenta (180) días de su vigencia, se reservó para sí la fijación de la fecha para la elección de la Asamblea Nacional, Consejos Legislativos de los Estados, Concejos Municipales, Presidente de la República, Gobernadores de Estados y Alcaldes de Municipios, tal como lo señala el artículo 39 del Régimen Transitorio del Poder Público, lo que además concretó en el Decreto

360 *Gaceta Oficial* N° 36.884 de 03-02-00.

de fecha 30 de enero de 2000, que fue impugnado. Surge una aparente antinomia entre el numeral 17 del artículo 6 del Régimen de Transición del Poder Público y la fecha de fijación de las elecciones, pero considerando que ambas determinaciones emanan del poder constituyente dentro del régimen de transición, esta Sala debe resolver la supuesta antinomia.

El Poder Constituyente contiene una suma de todos los poderes. Conforme al artículo 39 del Régimen Transitorio del Poder Público, a pesar que en dicho régimen se autorizó a la Comisión Legislativa Nacional para fijar fecha de los comicios de elección popular, la propia Asamblea, se reservó la fijación de la fecha para la elección de la Asamblea Nacional, Consejos Legislativos de los Estados, Concejos Municipales, Presidente de la República, Gobernadores de Estado y Alcaldes de Municipios, lo que podía hacer por su especial naturaleza. Dicha fijación de fecha, prevenida en el Régimen de Transición del Poder Público, publicado el 29 de diciembre de 1999, tiene por objeto la integración de las personas que van a desarrollar un sector de las instituciones regidas por la Constitución de 1999, y se trata de unas elecciones especiales, destinadas a integrar por primera vez los organismos previstos en la Constitución.

La fecha de esas especiales elecciones se las reservó la Asamblea Nacional Constituyente, y las fijó en el Decreto de fecha 30 de enero de 2000, como parte del sistema que rige la transitoriedad.

A dicho Decreto se le impugna por ser la fecha fijada contradictoria con la prohibición del artículo 298 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al respecto esta Sala observa:

El proceso constituyente en ningún momento rompió el orden constitucional establecido por la Constitución de la República de Venezuela de 1961, y para pasar del régimen nacido de esa Constitución al que se regirá por la Constitución actual manteniendo el orden constitucional, la Asamblea Nacional Constituyente no procedió a modificar leyes, como la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, ya que detentando todo el poder podía dictar, como en efecto lo hizo, un Estatuto Electoral para organizar y regular las primeras elecciones destinadas a la organización del Estado, de acuerdo a la nueva Constitución. Con ello obedeció a una necesidad interna normativa de la transitoriedad, para lo cual la Asamblea Nacional Constituyente *es soberana*, y no necesitaba ceñirse a leyes u otras normas jurídicas, y por ello al crear el Estatuto Electoral y fijar la fecha de las elecciones, instauró un régimen electoral transitorio y extraordinario, destinado a permitir la vigencia inmediata y plena de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin quedar sujeto a ella.

El artículo 298 de la Constitución vigente, no está referido, ni puede estarlo, al régimen electoral transitorio: **1)** porque él contempla la modificación de la ley que regula los procesos electorales, en un lapso de seis (6) meses antes del día de la elección y ninguna ley se está modificando; **2)** porque el artículo 298 citado, se refiere a procesos electorales normales, regulados por leyes electorales promulgados por la Asamblea Nacional, la cual aún no se ha constituido. La norma constitucional no está ni puede estar destinada a procesos electorales nacidos de la transitoriedad, cuyo fin es permitir la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Es la ley electoral adaptada y sin colisiones con la Constitución, dicta-

da por la Asamblea Nacional, aun por elegirse, la que no puede ser modificada en los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección; **3)** siendo la fijación de la fecha para las elecciones una emanación del poder soberano de la Asamblea Nacional Constituyente, antes de su desaparición, conforme a lo señalado en este fallo, sus mandatos en cuanto a lo concerniente al régimen de transición, tienen rango constitucional, que es el caso bajo estudio, estando ellos proyectado hacia una especial situación, como lo es la elección de quienes integrarán los cuerpos a que se refiere el decreto impugnado, elección que debía ser regida por lo que dictara la Asamblea Nacional Constituyente al efecto, como lo fue la fecha para ella. El Estatuto Electoral del Poder Público es una ley electoral distinta, que responde a la transitoriedad, que no se está modificando una ley; sino que está naciendo para un fin único y extraordinario, y por ello, a una ley de esa naturaleza, no está dirigida la prohibición del artículo 298 ejusdem.

En esta forma, la Sala Constitucional, para justificar que la Constitución de 1999, a pesar de su vigencia e imperatividad, *no se aplicaba* para fijar las primeras elecciones de 2000, llegó a atribuirle a la Asamblea Nacional Constituyente carácter soberano (“es soberana”, afirmó la Sala), por lo que supuestamente “no necesitaba ceñirse a las leyes u otras normas jurídicas” que, por lo visto, para la Sala eran menudencias. ¡¡”Es soberana”!!, nunca antes el Tribunal Supremo había incurrido en este vasallaje, de olvidarse que el único soberano es el pueblo y que una Asamblea de representantes nunca “es soberana”.

Sólo esta frase bastaba para justificar cualquier actuación de la Asamblea Nacional Constituyente y declarar inadmisibles todos los recursos que se intentaran contra sus decisiones, por lo que no hubiera sido necesaria la transcripción, en blanco y negro, de las alucinaciones del Magistrado Ponente, que vio un apocalipsis institucional que plasmó por escrito, induciendo a sus compañeros de Sala a suscribir el desafortunado fallo.

En todo caso, con esta decisión se dio inicio a otras dictadas con posterioridad, en las cuales con base en la supuesta “transitoriedad”, la Sala Constitucional justificó la no vigencia o la inaplicabilidad de la Constitución. Por lo visto, el pueblo soberano aprobó una Constitución para que fuera burlada, siendo la Sala Constitucional, al concluir la Asamblea Nacional Constituyente sus funciones, la llamada a orquestar la burla.

En cuanto a las elecciones del 28-05-00, las mismas fueron “suspendidas” por imposibilidad de su realización, por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional mediante sentencia de 25-05-00, al declarar con lugar un amparo interpuesto por representantes de la sociedad civil (Liliana Ortega en representación de COFAVIC y Elías Santana en repre-

sentación de Queremos Elegir) alegando la representación de intereses colectivos o difusos³⁶¹.

IV. LA USURPACIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS ORDINARIAS POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

1. *La sanción de la Ley de Presupuesto y de una Ley Especial de Crédito Público*

La Constitución de 1999 establece en su artículo 187, ordinal 6 que corresponde a la Asamblea Nacional “discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público”. Al haber dispuesto la propia Asamblea Nacional Constituyente la disolución del Congreso, decretó, en el Régimen Transitorio del Poder Público, que hasta que se eligieran los integrantes de la nueva Asamblea Nacional prevista en la Constitución, la Comisión Legislativa Nacional ejercería el Poder Legislativo Nacional (art. 4 y 5), designó sus miembros, y le otorgó, entre otras atribuciones, la de discutir y aprobar las leyes concernientes al crédito público (art. 6, ord. 4).

La Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo, mediante Decreto de 18-01-00, de nuevo “en ejercicio del poder soberano constituyente originario” que supuestamente le había otorgado el pueblo en el referendo de 25-4-99, y en concordancia con el artículo 1º de su Estatuto de Funcionamiento y con el Decreto que declaró la reorganización de todos los órganos del Poder Público, olímpicamente decidió asumir directamente la competencia mencionada prevista en el artículo 187, ord. 6º de la Constitución a los efectos de dictar la Ley de Presupuesto 2000³⁶² y además, la Ley Especial de Crédito Público para atender a las calamidades públicas, consecuencia de la catástrofe nacional producida por las constantes precipitaciones de lluvia³⁶³; y como consecuencia decretó la mencionada ley con fecha 24-1-00³⁶⁴ por un monto de un mil millones de dólares, para lo cual se fundamentó, de nuevo, en el ejercicio “del poder soberano constituyente originario” que supuestamente tenía.

La Asamblea Nacional Constituyente, en esta forma, violó la Constitución que había sancionado dos meses antes, usurpando la función legislativa.

361 Véase *El Universal*, Caracas 26-05-00, p. 1-2. Véase la sentencia en *Revista de Derecho Público*, Nº 82, Caracas 2000, pp. 32 y ss.

362 Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión de 21-12-99, Nº 50, pp. 2 y ss.

363 *Gaceta Oficial* Nº 36.881 de 31-01-00

364 *Gaceta Oficial* Nº 36.883 de 02-02-00

2. *La reincorporación de personal militar a la Fuerza Armada Nacional*

La Asamblea Nacional Constituyente, nuevamente “en ejercicio del poder soberano constituyente originario” que se había arrogado a sí misma ilegítimamente, dictó el Decreto de 28-01-00³⁶⁵ mediante el cual dispuso la reincorporación a la Fuerza Armada del personal militar participante e involucrado en los fallidos levantamientos militares de 4 de febrero y 27 de noviembre de 1992, que calificó como “acciones cívico-militares”, y que habían sido objeto de separación de la Fuerza Armada Nacional como consecuencia directa de tales hechos (art. 1). El Decreto dispuso, además, el goce de pensión en los casos de personal militar incapacitado y para los familiares, del personal militar que había fallecido a consecuencia de tales hechos (art. 2 y 3).

Ninguna norma de la nueva Constitución atribuía a la Asamblea la posibilidad de ejercer esta competencia.

3. *La fijación de las remuneraciones de los altos funcionarios de los Estados y Municipios*

En ejercicio del mismo “poder soberano constituyente originario” y en los actos de la Asamblea antes indicados como fundamento de los Decretos anteriores, en fecha 27-01-00 la Asamblea Nacional Constituyente dictó un “Régimen Transitorio de Remuneración de los más altos funcionarios de los Estados y Municipios³⁶⁶, el cual derogó expresamente la Ley Orgánica sobre Emolumentos y Jubilaciones de Altos Funcionarios de las Entidades Federales y Municipales (art. 10). No se entiende cómo este cuerpo normativo se dictó como “régimen transitorio”, pero sin tener referencia alguna de término; y menos se entiende como al decretarse un régimen transitorio, se pudo haber derogado una ley orgánica, para lo cual, luego de entrada en vigencia la nueva Constitución, el Asamblea Nacional Constituyente no tenía poder alguno.

V. LA VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA A LA LIBERTAD SINDICAL Y OTROS ACTOS CONSTITUYENTES EN MATERIA LABORAL

La Constitución de 1999 establece expresamente en su artículo 95, el derecho de los trabajadores, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, a constituir libremente organizaciones sindicales, las cuales “no están sujetas a intervención, suspensión o disolución adminis-

365 *Gaceta Oficial* N° 36.878 de 28-01-00

366 *Gaceta Oficial* N° 36.880 de 28-01-00

trativa”. La Constitución protege además, a los trabajadores “contra todo acto... de injerencia contraria al ejercicio de este derecho”. Además, señala la norma que “para el ejercicio de la democracia sindical, los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales establecerán la alternabilidad de los integrantes de las directivas y representantes mediante sufragio universal, directo y secreto”. Dicha libertad sindical se encuentra limitada, sin embargo, por el hecho de haberse atribuido al Consejo Nacional Electoral, como Poder Público, la potestad de “organizar las elecciones de sindicatos” (art. 293,6).

Adicionalmente a estas normas, Venezuela ratificó los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo que garantizan el derecho de los trabajadores a constituir, sin autorización previa, organizaciones sindicales, afiliarse a las mismas y elegir libremente a sus representantes, sin injerencia de las autoridades públicas. Estas normas internacionales tienen rango constitucional en el país, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución.

Ahora bien, a pesar de la claridad de estos principios constitucionales, los mismos fueron burlados por la Asamblea Nacional Constituyente al dictar diversos actos de intervención pública en los sindicatos.

1. *La intervención pública en las elecciones sindicales*

En efecto, mediante Decreto de 30-01-00, la Asamblea Nacional Constituyente dictó supuestas medidas para “garantizar la libertad sindical”³⁶⁷, creando una Comisión Nacional Electoral Sindical para garantizar la realización de elecciones libres, democráticas, universales, directas y secretas para elegir a los directivos de las organizaciones sindicales de trabajadores. Este Decreto lo dictó de nuevo, la Asamblea, con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, “en ejercicio del poder soberano constituyente” que supuestamente le había dado el pueblo mediante el referendo del 25-04-00, en concordancia con el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea (art. 1) y el Decreto que había declarado la reorganización de todos los órganos del Poder Público.

Ahora bien, contrariamente a las normas constitucionales antes indicadas, este Decreto lo que estableció fue un principio de intervención de los sindicatos por la referida Comisión, integrada por representantes de las centrales nacionales de trabajadores, no prevista en los “Estatutos y Reglamentos de las organizaciones sindicales”. La Asamblea Nacional Constituyente, además, dispuso que tres de sus miembros con un miembro designado por el Consejo Nacional Electoral serían “garantes de todo el

367 *Gaceta Oficial* N° 36.904 de 02-03-00

proceso de democratización y unificación del movimiento sindical” (art.7).

Y es que el decreto de la Asamblea había dispuesto que antes de las elecciones generales de los representantes laborales, la Comisión Nacional Electoral Sindical debía procurar la unificación sindical en una misma industria, rama o empresa y debía crear las condiciones propias para la unificación del movimiento sindical, “representando la libre decisión de los trabajadores y de sus respectivas organizaciones”. A tal efecto, el Decreto dispuso que “la Comisión Electoral Sindical convocará referéndum para que los trabajadores resuelvan sobre la unidad sindical” (art. 3).

Este Decreto también fue considerado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como parte del régimen constituyente del país, al conocer de la acción de amparo interpuesta por varias organizaciones sindicales contra la Resolución del Consejo Nacional Electoral N° 1115-1979 de 15-11-00 convocando a un referendo aprobatorio sobre la renovación de la dirigencia sindical (referendo sindical)³⁶⁸. En la sentencia respectiva N° 1447 de 28-11-2000 que declaró improcedente el amparo, la Sala Constitucional consideró a dicho Decreto como:

Parte integrante del sistema constitucional vigente, por ser un acto constituyente sancionado por la Asamblea Nacional Constituyente el 30 de enero de 2000.

La Sala Constitucional formuló la misma consideración en la sentencia N° 1490 de 01-12-2000 mediante la cual declaró improcedente otro amparo intentado por otra organización sindical contra el referendo sindical. Ratificó, así, la Sala Constitucional la tesis que venía elaborando sobre la existencia a partir del 30-12-99, de dos Constituciones paralelas: una aprobada por el pueblo en el referendo de 15-12-00 y otra conformada por normas de rango constitucional sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente antes y después de que fuese publicada la Constitución de 1999.

La burla a la Constitución, así, fue consolidada por la Sala Constitucional.

2. *El referendo sindical y la suspensión de los directivos de los sindicatos*

La dificultad de aplicación del Decreto de intervención sindical dictado por la Asamblea Nacional Constituyente llevó a la nueva Asamblea Nacional, al poco tiempo de su elección, a dictar un Acuerdo de fecha 10-

368 *Gaceta Oficial* N° 37.081 de 20-11-00

10-00³⁶⁹ mediante el cual exhortó a los trabajadores del país “a poner en marcha el proceso constituyente de las organizaciones sindicales, con el fin de democratizar el movimiento sindical”, convocando al efecto a un referendo nacional con las siguientes preguntas:

1. ¿Está Usted de acuerdo con la democratización y reorganización del movimiento laboral-sindical venezolano en todos los niveles que procure la unificación en concordancia con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los convenios internacionales suscritos por la República en materia de libertad sindical?
2. ¿Está Usted de acuerdo con la convocatoria y elección de una Asamblea Constituyente de Trabajadores, bajo estatuto electoral especial aprobado por el Poder Electoral, previa consulta y oídos los distintos movimientos organizados de trabajadores cuyo fin sea refundar el movimiento sindical venezolano en el marco del artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela?

A pesar de la invocación a las disposiciones constitucionales e internacionales en la materia, este Acuerdo constituía una burla al principio constitucional que garantizaba la libertad sindical al pretender democratizar el movimiento sindical mediante una Asamblea Constituyente Sindical, cuyo estatuto se desconocía. El recuerdo del conflicto originado con la imprecisión de las preguntas que desembocaron en el referendo del 25-4-99 estaba muy fresco, por lo que la polémica que provocó este Acuerdo y las protestas, incluso de la Organización Internacional del Trabajo, llevaron a la Asamblea Nacional a modificar el texto de las preguntas que proponía para el referendo sindical, en un nuevo Acuerdo de fecha 13-11-00³⁷⁰, en el cual se formuló la siguiente única pregunta:

¿Está Usted de acuerdo con la renovación de la dirigencia sindical, en los próximos 180 días, bajo Estatuto Electoral elaborado por el Poder Electoral, conforme a los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta consagrados en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que se suspendan durante ese lapso en sus funciones los directivos de las centrales, federaciones y confederaciones sindicales establecidas en el país?

De nuevo, esta pregunta constituía una burla mayor a lo dispuesto en la Constitución que garantiza a los trabajadores protección contra todo acto “de injerencia” contrarios al ejercicio de la libertad sindical, y llegó el Acuerdo de la Asamblea Nacional al cinismo de declarar que:

369 *Gaceta Oficial* N° 37.057 de 16-10-00

370 *Gaceta Oficial* N° 37.078 de 15-11-00

Los efectos que deriven de la realización del referéndum tendrán lugar en el marco del artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de manera particular en lo referente a la preservación de los derechos de los sindicatos, los cuales no estaban sujetos a intervención, suspensión o disolución administrativa.

Mayor injerencia en los sindicatos que la suspensión en sus funciones de los directivos de las centrales, federaciones y confederaciones era realmente difícil de imaginar. La pregunta que se proponía, por tanto, no sólo constituía una burla a la Constitución, sino que en sí misma violaba el texto fundamental y por más que se tratase de un referendo, no era posible que se sometiera a referendo una reforma a la Constitución sin que se cumplieran con las condiciones establecidas en el artículo 340 sobre reforma constitucional.

El Consejo Nacional Electoral no analizó la constitucionalidad de la pregunta que propuso la Asamblea Nacional para el llamado referendo sindical, y dictó la Resolución N° 001115-1979 del 15-11-00³⁷¹ mediante la cual convocó a todos los electores para que participaran en el proceso referendario sindical que debía realizarse el 3-12-00 conjuntamente con las elecciones municipales, como lo había dispuesto la Asamblea Nacional.

El referendo sindical se realizó con una abstención electoral que constituyó récord histórico en el país³⁷², resultando aprobado por una exigua votación. Así, por voluntad popular se había dispuesto la violación de la Constitución.

El texto de la Resolución del Consejo Nacional Electoral había sido objeto de una acción de amparo constitucional ejercido por el Frente Constituyente de Trabajadores, alegando la violación por el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre medidas para garantizar la libertad sindical, de los artículos 95 y 349 de la Constitución y de los Convenios internacionales en materia sindical.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del magistrado J. M. Delgado Ocando, decidió la acción de amparo, y como era de esperarse la declaró improcedente mediante sentencia N° 1490 de 01-12-00, y legitimó la intervención pública de los sindicatos, argumentando en cuanto a “la suspensión temporal de los directivos” de los mismos, que ello:

No afecta la libertad sindical prevista en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues tal suspensión respeta los princi-

371 *Gaceta Oficial* N° 37.081 de 20-11-00

372 La abstención fue del 76,57%. Véase *El Universal*, Caracas 04-12-00, p. 1-1 y 1-2, y *El Universal*, Caracas 08-12-00, p. 1-1. Del 23% de los votantes que acudieron al referendo (2.632.523) el 64,49% votó “sí” (1.632.750) y el 26,60% votó “no” (719.771). Véase *El Universal*, Caracas 05-12-00, p. 1-2, y *El Universal*, Caracas 08-12-00, p. 1-1.

pios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta consagrados en el *artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, aparte que el Poder Electoral es competente, según el *artículo 293 eiusdem*, para organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley.

El referendo no viola el artículo 95 citado, pues la prohibición contenida en éste se refiere a la intervención, suspensión o disolución administrativa de las organizaciones sindicales, lo cual no es materia del referendo. Por el contrario, éste prevé, en un lapso perentorio, la renovación de la dirigencia sindical bajo el Estatuto Especial elaborado por el Poder Electoral, según lo pautado en el artículo 293,6 de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.

La suspensión propuesta por el referendo no implica ninguna intervención administrativa, ni tampoco la suspensión de las organizaciones sindicales, las cuales deben continuar su ejercicio durante la suspensión temporal de los directivos, conforme a su regulación interna, de conformidad con lo dispuesto en la Sección Tercera, Capítulo II de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el Convenio no. 87 de la Organización Internacional del Trabajo y el *artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Tal conformidad hace improcedente el alegato de la violación del *artículo 49*, pues la suspensión, en la hipótesis de que el referendo sea aprobado, sería un mandato constitucional del soberano.

La Sala Constitucional, lamentablemente, aquí también olvidó leer completo el artículo 95 de la Constitución, particularmente en cuanto a la garantía de los trabajadores de ser protegidos “contra todo acto de ... injerencia contrarios al ejercicio de este derecho”, es decir, a la libertad sindical. Si hubiera leído y transcrito esta parte del artículo, que olvidó, no hubiera podido “legitimar” la burla a la Constitución contenida en la pregunta del referendo. Por ello, la Sala, en otro párrafo de la sentencia, insistió en señalar que:

La Sala Constitucional no considera contrario a la libertad sindical el referendo destinado al cumplimiento de los derechos consagrados en dicho artículo, máxime cuando el referendo apunta a la renovación de la dirigencia sindical según los principios de alternabilidad y elección universal, directa y secreta, consagrados en el artículo 95 citado. El referendo, según la pregunta que lo conforma, no implica, pues, suspensión o intervención administrativas, sino protección del Estado para hacer efectiva la democracia sindical, por lo que la inconstitucionalidad alegada está excluida en la medida en que la consulta al pueblo versa sobre la instrumentación del propio texto fundamental, exigido por su artículo 95.

3. *Los otros actos públicos de intervención de derechos laborales*

Con posterioridad al Acuerdo de la Asamblea Nacional Constituyente sobre medidas para garantizar la libertad sindical, la misma Asamblea dictó otros actos constituyentes en materia laboral, todos con funda-

mento igual, “en ejercicio del poder soberano constituyente originario” o del “poder constituyente originario” y en el Estatuto de Funcionamiento de la propia Asamblea.

Dichos actos fueron los siguientes: el Decreto de 30-01-00 de convocatoria al proceso electoral de la Federación Campesina de Venezuela³⁷³; el Decreto de 30-01-00 de cesación de sus funciones de los dos directores laborales principales y suplentes indicados en el artículo 610 de la Ley Orgánica del Trabajo, en los entes descentralizados del Estado³⁷⁴; y el Decreto de 30-01-00 de suspensión del proceso de discusión de la Convención Colectiva de Petróleos de Venezuela, S.A.³⁷⁵.

Ni la Constitución de 1999 ni sus Disposiciones Transitorias autorizaban a la Asamblea para dictar estas decisiones.

VI. LA TRASTOCACIÓN DE LA TRANSITORIEDAD CONSTITUCIONAL, EL SECUESTRO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA CONSOLIDACIÓN DE UN FRAUDE A LA VOLUNTAD POPULAR

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en las sentencias dictadas con motivo de la impugnación del Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, había sentado un criterio contradictorio sobre el régimen constitucional transitorio. En la sentencia N° 179 de 28-03-00, con ponencia del magistrado José M. Delgado Ocando, había dicho que el régimen constitucional transitorio creado por la Asamblea Nacional Constituyente estaría vigente “hasta que los poderes constituidos sean designados o electos”; pero en la sentencia N° 180 de la misma fecha, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, se señaló que:

El régimen de transición del poder público se proyecta hacia el futuro, no sólo hasta la instalación de la Asamblea Nacional, sino aún más allá.

En particular, en esta última sentencia se abrió la puerta a la arbitrariedad constitucional, al preverse la vigencia ilimitada de la transitoriedad, así:

El artículo 3 de dicho régimen (Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público) señala: “Cada disposición del régimen de transición del Poder Público tendrá vigencia hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución

373 *Gaceta Oficial* N° 36.920 de 28-01-00

374 *Gaceta Oficial* N° 36.904 de 02-03-00

375 *Gaceta Oficial* N° 36.904 de 02-03-00

aprobada, de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional”, por lo que mientras tales legislaciones no se aprueben, las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente tienen plena vigencia, hasta que de conformidad con la Constitución se establezca el régimen legal que vaya derogando la provisionalidad, y vaya dejando sin efectos las normas y actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente.

En esta forma, la vigencia de la Constitución de 1999 puede decirse que permanece pospuesta, porque su vigencia efectiva dependerá de lo que en el futuro haga o deje de hacer la Asamblea Nacional.

1. *La imprecisa transitoriedad constitucional*

Indudablemente que al ponerse en vigencia una nueva Constitución que deroga una anterior y que, adicionalmente, crea nuevas instituciones y transforma el régimen político del Estado, resulta indispensable el establecimiento normativo de un régimen transitorio que tiene que tener rango constitucional.

En Venezuela, el proceso constituyente de 1999 tendiente a la adopción de una nueva Constitución en la cual se transformara el Estado y se creara un nuevo orden jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, fue iniciado conforme a la doctrina sentada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia del 19-01-99, mediante la realización del referendo consultivo del 25-04-99 relativo a la convocatoria de una Asamblea Constituyente que realizara tal tarea.

Fue, por tanto, la voluntad popular la que manifestada en dicho referendo fijó el estatuto de la Asamblea Nacional Constituyente y su carácter de “poder constituido extraordinario” como lo calificó el magistrado Humberto J. La Roche (para distinguirlo de los poderes constituidos ordinarios regulados en la Constitución de 1961), lo cual resultaba claro de la base comicial novena que le quitaba a la Asamblea todo poder para poner en vigencia la Constitución que elaborara y sancionara, reservándose el pueblo su poder constituyente originario para aprobar la nueva Constitución mediante referendo. Incluso, la base comicial octava del referendo de 25-04-99, como fue votada, por decisión de la Corte Suprema de Justicia en la misma Sala Político Administrativa, no tenía la frase del proyecto presidencial de considerar a la Asamblea “como poder originario que recoge la soberanía popular”. En consecuencia, fue la voluntad popular la que dio nacimiento a la Asamblea Nacional Constituyente, como órgano constituido extraordinario con una misión específica, de elaborar una nue-

va Constitución, careciendo de todo poder constituyente originario que se reservó el pueblo.

La Constitución que elaboró la Asamblea Nacional Constituyente, por tanto, tenía que establecer el régimen transitorio entre la Constitución precedente de 1961 y la nueva Constitución, y para ello, la propia Asamblea Nacional Constituyente elaboró las Disposiciones Transitorias que fueron sancionadas junto con la Constitución y que fueron aprobadas por el pueblo en el referendo de 15-12-99.

En esas Disposiciones Transitorias, que son, como se ha dicho, las únicas de rango constitucional aprobadas por el pueblo en el referendo de 15-12-99 conforme a lo resuelto por el propio pueblo en el referendo del 25-4-99, nada se dispuso sobre la cesación en sus funciones de los titulares de los órganos del poder constituido conforme a la Constitución anterior (de 1961) y que habían sido electos un año antes. Esa fue, y no otra, la voluntad popular. De haberse dispuesto en esas Disposiciones Transitorias la cesación de los titulares de los órganos de los poderes constituidos, quizás la votación en el referendo hubiera sido mayoritariamente negativa.

En todo caso, independientemente de los motivos que llevaron a la Asamblea Nacional Constituyente a no prever en las Disposiciones Transitorias nada que implicara la cesación de los titulares de los órganos de los poderes constituidos, lo cierto es que en las mismas nada se reguló sobre esa materia, de lo que resultaba que los nuevos órganos del Estado sólo entrarían a ser integrados cuando terminara el mandato de los precedentes.

Sin duda, fue una omisión imperdonable para quienes tenían programado un cambio inmediato de los titulares de los órganos del Estado; pero esa fue la Constitución sancionada por la Asamblea y aprobada por el pueblo, la cual, como lo declara el artículo 7, “es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” a la cual están sujetos “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público”.

Fue esa Constitución, aprobada así por el pueblo, además, la que dispuso que una vez que entrara en vigencia “el mismo día de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, después de su aprobación por el pueblo mediante referendo” (Disposición Final), quedaba “derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el 23-01-1961” y que “el resto del ordenamiento jurídico” mantendría su vigencia en todo lo que no contradijera la nueva Constitución (Disposición Derogatoria).

El ordenamiento jurídico es un todo, por lo que la derogación tácita que esta norma dispone no admite excepciones respecto de normas que contradijeran la nueva Constitución, fuera cualquiera la fuente de creación, incluso, las normas que hubiera podido dictar la propia Asamblea Nacional Constituyente, la cual no podía estar por encima de la voluntad popular.

Fue entonces, la Asamblea Nacional Constituyente la que trastocó el ordenamiento jurídico y la transitoriedad constitucional, al dictar con posterioridad a la aprobación popular de la nueva Constitución mediante el referendo del 15-12-99, un régimen de “disposiciones transitorias” de la nueva Constitución, distinto al que ella preveía, en el Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público adoptado el 22-12-99, una semana después de que la Constitución hubiese sido aprobada por el pueblo.

A partir del 22-12-99, por tanto, ha habido dos regímenes de transitoriedad constitucional en el proceso constituyente venezolano: uno legítimo, constitucional, aprobado por el pueblo en las Disposiciones Transitorias de la Constitución; y otro ilegítimo, paraconstitucional, adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente cuando ya había concluido su misión, dos días antes, el 20-12-99 al proclamar la nueva Constitución y sus Disposiciones Transitorias aprobadas por el pueblo.

Esta era la situación jurídica que debía enfrentar el Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en su Sala Constitucional, a la cual correspondía y corresponde “garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales” (art. 335). Pero el Tribunal Supremo de Justicia había sido “creado” por la Asamblea Nacional Constituyente, en el mismo mencionado Régimen de Transición del Poder Público, en el cual se nombró a sus Magistrados. Estos le debían su existencia a la Asamblea Nacional Constituyente y al Régimen Transitorio paraconstitucional en el cual sus Magistrados habían sido nombrados. No es difícil, por tanto, deducir cuál podría ser la “interpretación constitucional” que daría la Sala Constitucional. Declarar la inconstitucionalidad, por violación de las normas supraconstitucionales adoptadas en las bases comiciales del referendo del 25-04-99, hubiera significado declararse a sí mismos como de designación inconstitucional.

El malabarismo constitucional quedó claro, por lo que la Sala Constitucional, por supuesto, le reconoció rango y valor constitucional a lo que no tenía, al Régimen de Transición del Poder Público que contenía disposiciones transitorias a la Constitución no aprobadas por el pueblo, como éste lo había exigido en el referendo de 25-04-99.

Y así, como ya hemos señalado, con ocasión de la impugnación del Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, la Sala Constitucional sin considerar el vicio denunciado de violación de las bases comiciales definidas por el pueblo en el referendo de 25-04-99, y declarar sin lugar el recurso, sentó el criterio de la coexistencia de dos regímenes constitucionales transitorios, uno aprobado por el pueblo y otro no aprobado por el pueblo.

Antes, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo se había pronunciado sobre el Régimen de Transición del Poder Público en varias ocasiones. En la sentencia N° 4 de 26-01-00 había dicho que el mismo,

dictado bajo la vigencia de la Constitución de 1961, no estaba sujeto a este texto. Al fundamentarse la acción intentada en presuntas transgresiones a la Constitución de 1961 y no en los parámetros y principios consagrados en las bases comiciales fijadas en el referendo del 25-04-00, la Sala Constitucional concluyó declarando la improcedencia del recurso, no sin antes estimar “el carácter originario del poder conferido por el pueblo” a la Asamblea, lo cual no era cierto.

En otra sentencia del día siguiente, 27-01-00, al conocer de otra impugnación del Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público, el Tribunal Supremo no sólo reiteró el criterio de que el mismo no estaba sujeto a la Constitución de 1961, sino que tampoco estaba sujeto a la nueva Constitución de 30-12-99, pues se había dictado con anterioridad a la vigencia de ésta, declarando improcedente la acción.

Sin embargo, fue en la sentencia dictada el 28-03-00 con ocasión de la impugnación del Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente, que el Tribunal Supremo, a través de su Sala Constitucional, delineó su tesis ya comentada de la existencia de dos regímenes transitorios: el constitucional (Disposiciones Transitorias a la Constitución de 1999), y paraconstitucional (Decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público). En la sentencia (caso *Allan R. Brewer-Carías y otros*) con la ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, la Sala dijo:

La Asamblea Nacional Constituyente, a fin de cumplir el mandato que le otorgó el pueblo, tenía varias alternativas, una, elaborar una Constitución con un conjunto de disposiciones transitorias que regularán el máximo la implementación jurídica del régimen transitorio entre las instituciones previstas en la Constitución de la República de Venezuela de 1961 y las previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Otra alternativa era, no realizar dichas implementación en las disposiciones transitorias de la Constitución, y efectuarla mediante un cuerpo legislativo (sic) aparte, complementado por actos destinados a llenar el vacío institucional que se crearía al entrar en vigencia la nueva Constitución. Esta fue la vía escogida por la Asamblea Nacional Constituyente, cuando dictó el Régimen de Transición del Poder Público...

Por supuesto, como ya hemos señalado, nada más falso. Esas “alternativas” no las tenía la Asamblea Nacional Constituyente en el mandato popular recibido; tenía una sola: dictar una Constitución con su régimen transitorio si era necesario, para que fuera sometida a aprobación popular íntegramente. No había posibilidad de que parte de la nueva Constitución, así fuera sobre régimen transitorio, quedase excluida de la aprobación

popular. Con la sentencia, así, se configuró un fraude a la voluntad popular.

Por tanto, en una forma absolutamente contraria al proceso constituyente, el Tribunal Supremo en dicha sentencia señaló que el Régimen Transitorio del Poder Público constituyó “un segundo régimen transitorio”, con normas que:

Se proyectan paralelamente a la Constitución vigente (1999),... como Disposiciones Transitorias de la Constitución vigente. Esta normativa de rango análogo a la Constitución, está destinada a que las instituciones prevenidas en la Constitución, pero que aún no han entrado en funcionamiento, se realicen, y se agotan al cumplir su cometido.

En la otra sentencia de 28-03-00 sobre la impugnación del Estatuto Electoral del Poder Público (caso *Gonzalo Pérez Hernández y otros*) la Sala Constitucional citando a C. Schmitt, G. Burdeau y G. Jellinek, sentó el criterio de que:

El Régimen de Transición del Poder Público, el Estatuto Electoral del Poder Público y el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente que fijó la fecha para la realización de las elecciones son normas constitucionales, es decir, actos de decisión política fundamental... tales actos son orgánicamente iniciales, autónomos, incondicionados e indivisibles...

En estas dos sentencias además, se introdujo la afirmación de que:

La transición es necesaria e imanente al proceso de producción originaria que ha abrogado la Constitución de 1961 y promulgado la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Toda esta formulación teórica de justificación de un régimen de disposiciones transitorias de la Constitución de 1999, que no forma parte de ella ni fue sometida a la aprobación popular mediante el referendo del 15-12-99, se pretendió afinar en la sentencia dictada por la Sala Constitucional, el 27-04-01, al resolver un recurso de interpretación sobre la duración del mandato del Presidente de la República, de la cual fue ponente, de nuevo, el magistrado José M. Delgado Ocando.

Ya antes, en su Discurso de apertura de las actividades judiciales del año 2001 el magistrado Delgado Ocando había elaborado el tema de la transitoriedad³⁷⁶, también como “necesaria e inherente” al proceso constituyente, justificando los actos de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre transitoriedad, no aprobados por el referendo del 15-12-99, como

³⁷⁶ Véase la reseña en *El Universal*, Caracas 12-01-01, p. 1-4.

producto “del ejercicio temporal de la potestad originaria” supuestamente conforme a las bases comiciales del referendo del 25-04-99. “De la transitoriedad necesaria -dijo el Magistrado- resulta que aún en la hipótesis de que la Asamblea Nacional Constituyente no hubiera sancionado normas transitorias, la producción originaria hubiera exigido la transitoriedad y el máximo Tribunal había tenido que resolver los problemas inherentes a ella”.

Distinguió el magistrado Delgado Ocando, en su discurso, lo que llamo las normas transitorias “de permanencia indeterminada”, refiriéndose al texto de la Constitución de 1999; de las normas transitorias “de permanencia determinada” refiriéndose al Régimen de Transición del Poder Público y a las Disposiciones Transitorias de la Constitución de 1999. Estas últimas, dijo, están “proyectadas a invalidarse, pro futuro, cuando las preguntas refrendarias hayan sido contestadas y cumplidas”. En nuestro criterio, esta afirmación hace que el tal carácter de “determinadas” sea lo más imaginativamente indeterminado y conduce a que la transitoriedad pueda no terminar nunca. Por ello la afirmación del magistrado Delgado Ocando, por ejemplo, de que “la transitoriedad necesaria del proceso hace de imposible cumplimiento los artículos 270 y 279 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.(!).

Estas normas, precisamente, son las que regulan la participación de los diversos sectores de la sociedad civil en los Comités de Postulaciones para la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo y de los Jueces y de los órganos del Poder Ciudadano. La Constitución, por tanto, conforme a este criterio se convierte en la “hoja de papel” de la cual habla la sentencia del 27-04-01, de la cual fue ponente el mismo magistrado Delgado Ocando.

En esta sentencia, en efecto, sobre el tema de transitoriedad, la Sala Constitucional recogió el criterio del carácter “necesario e inmanente” de la misma al proceso constituyente, definiéndolo como “proceso inmanente a la producción originaria sin censura institucional” y precisando que el sistema constitucional “está integrado por todas las normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente; incluidas las destinadas a la reestructuración del Poder Público y la vigencia inmediata de la Constitución de 1999”.

El Tribunal Supremo, en esta forma, consolidó el fraude a la voluntad popular que significó darle rango constitucional a unas normas que el pueblo no aprobó mediante el referendo de 15-12-99; y que conduce a que la supuesta transitoriedad establecida en un acto constituyente no aprobado por el pueblo conlleve a la inaplicabilidad de la Constitución que si fue aprobada mediante referendo.

Esta anómala situación constitucional, lamentablemente, fue acogida por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, como la Sala Político

Administrativa la cual, en una sentencia de 19-07-01 dictada con ponencia de Yolanda Jaimes Guerrero, con motivo del conflicto de autoridades surgido con la designación del Contralor del Estado Táchira y la aplicación del Régimen de Transición del Poder Público, “interpretó” la sentencia de la Sala Constitucional dictada con motivo de la acción de nulidad del Estatuto Electoral, antes citada, de fecha 28-03-00, en la cual se había pronunciado “acerca de dos etapas de la transitoriedad por la que ha atravesado el proceso constituyente venezolano”, declarando que la “Sala lo entiende de la manera siguiente:

1. Una *etapa de transitoriedad previa* a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Etapa que en criterio de la Sala Constitucional (expuesto en decisión de fecha 28 de marzo de 2000) comenzó 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. Esta etapa previa de transición finalizó una vez aprobado el Texto Fundamental. Adicionalmente, en este periodo, precisa la Sala Constitucional la Asamblea Nacional Constituyente el 12 de agosto de 1999, decretó la reorganización de todos los Poderes Públicos y reformó las funciones del Poder Legislativo.
2. Otra *etapa de transitoriedad posterior* a la promulgación y entrada en vigencia del Texto Fundamental, durante la cual, la Asamblea Nacional Constituyente dictó una serie de normas (entre las cuales destaca el Régimen de Transición del Poder Público) que a criterio de la Sala Constitucional “... conforman un sistema de rango equivalente a la Constitución, pero de vigencia determinada con respecto a la Constitución que elaboraba...” (subrayado de esta Sala), destinado a regir toda la transitoriedad. La Sala Político Administrativa considera –como se ha expuesto– que esta transitoriedad trasciende de la entrada en vigencia de la Constitución, pues bajo el enunciado del artículo 3 del citado Régimen de Transición del Poder Público, el mismo se encuentra destinado a regir hasta la implantación efectiva de la organización y el funcionamiento de las instituciones previstas en la Constitución.

Con esta decisión se consolidaron dos situaciones inconstitucionales: la violación de la Constitución de 1961 por la Asamblea Nacional Constituyente sin tener autoridad alguna para ello, durante su funcionamiento; y la violación de la Constitución de 1999 con base en una supuesta transitoriedad que hace inaplicables sus normas; y todo avalado por el Tribunal Supremo de Justicia.

2. *La burla a la Constitución por la confiscación del derecho constitucional a la participación de la sociedad civil en la designación de los*

titulares de los órganos del Poder Público no electos popularmente para el primer período constitucional

Uno de los motivos principales que originó la crisis política y la necesidad de una Asamblea Constituyente y de una reforma constitucional como la de 1999, fue la reacción contra la democracia meramente representativa de partidos, buscando su perfeccionamiento con aspectos de democracia de participación.

La crítica al sistema de designación de los altos funcionarios públicos no electos por el Congreso (Fiscal General, Contralor General, Magistrados de la Corte Suprema) que establecía la Constitución de 1961, y que le daba poder discrecional para ello, puede decirse que fue generalizada en el país. La queja se refería a la falta de participación y al monopolio que ejercían los partidos políticos representados en el Congreso, en dichas designaciones. Por ello, en la Asamblea Nacional Constituyente, en esta materia se impuso el principio de la participación sobre el principio de la representatividad, y si bien se le atribuyó a la Asamblea Nacional la competencia para designar a los titulares de los órganos no electos popularmente del Poder Público, la reforma más importante que se introdujo consistió en *quitarle a la Asamblea la potestad discrecional para hacer tales nombramientos*.

En concreto, la Constitución reguló una forma precisa de *participación activa de la sociedad*, consistente en atribuirle a unos Comités de Postulaciones la *potestad exclusiva* de hacer las postulaciones de candidatos ante la Asamblea Nacional, por lo que no se pueden formular postulaciones directamente ante la Asamblea Nacional ni la Asamblea puede designar otras personas distintas a las postuladas por los Comités de Postulaciones. Esos Comités son órganos intermedios, algunos permanentes, que obligatoriamente deben estar integrados por *representantes de los diferentes sectores de la sociedad*. Son diferentes a la Asamblea Nacional y los representantes populares no pueden formar parte de los mismos.

En efecto, en cuanto a la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 264 de la Constitución dispone que las postulaciones de candidatos sólo puede hacerse ante un Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas a la actividad jurídica.

El Comité de Postulaciones Judiciales, conforme al artículo 270 de la Constitución, es un órgano asesor del Poder Judicial para la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que se trata de un órgano permanente que, además, debe asesorar a los Colegios electorales judiciales para la elección de los jueces de la jurisdicción disciplinaria. Este Comité de Postulaciones Judiciales debe estar

integrado “por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la Ley” (art. 270)

Ahora bien, el procedimiento constitucional previsto para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo, que debe ser regulado en la Ley, es el siguiente: El Comité, recibidas las postulaciones, “oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano”. Este órgano, integrado por el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República (art. 273) debe efectuar “una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva” (art. 264).

La Asamblea Nacional Constituyente, al dictar el Decreto sobre el Régimen Transitorio el Poder Público el 22-12-99 había designado los magistrados del Tribunal Supremo, e indicó que serían “de carácter provisorio” hasta tanto la Asamblea Nacional realizase las designaciones o ratificaciones definitivas *de conformidad con la Constitución* (art. 20). Por tanto, la Asamblea Nacional electa en 2000 tenía el mandato Constitucional (tanto en virtud del texto expreso de la Constitución, como en virtud del Régimen Transitorio del 22-12-99 al cual el Tribunal Supremo reconocía rango constitucional) de designar a los magistrados en forma definitiva de conformidad con la Constitución.

En cuanto a la designación de los órganos del Poder Ciudadano, la postulación de candidatos también debe hacerse ante un Comité de Evaluación de Postulaciones regulado en el artículo 279 de la Constitución, que debe ser convocado por el Consejo Moral Republicano (integrado por el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República). Este Comité “estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad” y debe adelantar “un proceso público de cuyo resultado se obtendrá una terna para cada órgano del Poder Ciudadano”. Estas ternas son las que deben ser sometidas a la consideración de la Asamblea Nacional, la cual, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, escogerá en un lapso no mayor de 30 días continuos al titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración. Si concluye ese lapso sin acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral debe entonces someter la terna a consulta popular.

Sólo en caso de no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional podría proceder, dentro del plazo que determine la ley, a la designación del titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente (art.279).

En el Régimen Transitorio del Poder Público establecido por la Asamblea Nacional Constituyente el 22-12-99, se dispuso que a los fines de la designación por la Asamblea Nacional electa en 2000 del Defensor del Pueblo, del Fiscal General de la República y del Contralor General de la República “de conformidad con la Constitución”, la Asamblea Nacional

Constituyente debía designar a los integrantes del primer Comité de Evaluaciones y Postulaciones del Poder Ciudadano, lo que en definitiva nunca hizo.

En cuanto a los miembros del Consejo Nacional Electoral, éste debe estar integrado por personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos; tres de ellos deben ser postulados por la sociedad civil, uno, por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las Universidades nacionales y uno por el Poder Ciudadano (art. 296).

Las postulaciones de candidatos a integrar el Consejo Nacional Electoral, deben realizarse ante el Comité de Postulaciones Electorales, el cual debe estar integrado “por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley” (art. 295).

Los integrantes del Consejo Nacional Electoral, de acuerdo a las postulaciones que formule el Comité, deben ser designados por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes (art. 296)

El resultado de estas regulaciones es que de acuerdo con la Constitución, no se pueden formular postulaciones a los mencionados cargos directamente ante la Asamblea Nacional, sino ante los Comités, y la Asamblea Nacional no podría designar para los cargos a personas que no estén en las listas de postulados que elaboren los Comités de Postulaciones. Se trata, en definitiva, en una Constitución que en más de cincuenta artículos habla de participación, del *único mecanismo directamente regulado en la Constitución* que asegura la participación de los “diversos sectores de la sociedad” en la gestión de asuntos públicos. No se trata de un mecanismo de consulta y mucho menos a través de mesa de diálogos, sino de participación activa.

Por supuesto, la forma de integración de los Comités de Postulaciones era esencial para que se aplicara la Constitución, por lo que la Asamblea Nacional estaba y está *obligada a llenar el vacío legal*, mediante una legislación que regulase los Comités de Postulaciones. Resultaba inadmisibles que la Asamblea Nacional pretendiera legislar, para no legislar, como sucedió con la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional de 14-11-00³⁷⁷, que violó tanto los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución, como los artículos 20 y 33 del Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente sobre Régimen de Transición del Poder Público cuyo rango constitucional fue reconocido por el Tribunal Supremo. Estas normas exigían que la Asamblea Nacional, una vez electa, debía realizar las

³⁷⁷ *Gaceta Oficial* N° 37.077 de 14-11-00. Véase en general, Carlos Luis Carrillo Artilles, “El desplazamiento del principio de supremacía constitucional...”, *loc. cit.*, p. 86 y ss.

designaciones definitivas de los altos funcionarios “de conformidad con la Constitución”.

La referida Ley Especial para la designación de los altos funcionarios públicos del Poder Judicial y del Poder Ciudadano violó la Constitución al no organizar los Comités de Postulaciones que ésta exigía, integrados por representantes de los diversos sectores de la sociedad, y sustituirlos por una Comisión Parlamentaria.

En efecto, la Ley Especial dispuso que la Asamblea Nacional para hacer las designaciones de los mencionados funcionarios públicos, debía designar una “Comisión integrada por 15 diputados o diputadas, que actuará como Comisión de Evaluación de Postulaciones” (art. 3); la cual, una vez instalados sus miembros, debían seleccionar, “a través de mecanismos de consulta, una lista de 12 representantes de los diversos sectores de la sociedad, que presentará ante la Asamblea Nacional para que ésta proceda a designar, por mayoría absoluta, 6 representantes, quienes integrarán la Comisión y actuarán como miembros de la misma, con derecho a voz y voto” (art. 4).

Se dispuso, además, que “para hacer efectivos los principios de publicidad y participación de la ciudadanía”, la Comisión debía implementar “dichos mecanismos a través de consultas y participación de las comunidades”, para lo cual debía instrumentar “mesas de diálogo donde estén representados los diversos sectores de la sociedad y con las cuales se consultarán y evaluarán las postulaciones recibidas” (art. 5). Esos representantes debían ser designados por la Comisión de listas que presentaran “las diversas organizaciones de la ciudadanía interesadas en participar en el proceso” (art. 6).

Las postulaciones recibidas para la designación de los integrantes de los Poderes Públicos Nacionales regulados en la ley debían ser objeto de consulta pública a los efectos de que se presentasen ante el Comité los respaldos u objeciones fundadas (art. 7).

Como resultado del proceso, la Comisión debía elaborar una lista de postulados para ser sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, para la designación definitiva (art. 9).

Basta leer dicha Ley Especial para evidenciar su inconstitucionalidad. Fue una burla a la Constitución y constituyó la confiscación del derecho a la participación política garantizado en forma expresa en el Texto Constitucional. Tanto que se ha hablado de participación y de democracia participativa, como supuestamente sustitutiva de democracia representativa, y cuando correspondía hacerla realidad, por primera vez, cumpliendo la Constitución, como implicaba un límite al poder hegemónico, se ignoró.

Como consecuencia de ello, mediante sendos Acuerdos³⁷⁸ la Asamblea Nacional designó al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo, al Contralor General de la República y a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, sin ajustarse a lo que disponían los artículos 264, 270 y 279 de la Constitución.

La Asamblea Nacional, así, se había burlado de la Constitución, lo que incluso había llevado a la Defensora del Pueblo, antes de ser sustituida, a intentar una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley Especial ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo.

La Asamblea Nacional Constituyente, para proceder a designar a los mencionados altos funcionarios del Estado, por supuesto que tenía que dictar las respectivas leyes orgánicas que exigía la Constitución y llenar el vacío legal existente. Sin embargo, fue la propia Asamblea la que renunció a legislar lo que debía y, en su lugar, “prorrogó” el régimen transitorio por su carencia legislativa, dictando, en lugar de las leyes orgánicas respectivas, la Ley Especial mencionada, que violaba la Constitución.

Lo grave de esta situación fue que el Tribunal Supremo de Justicia legitimó esta omisión del legislador y justificó la violación de la Constitución. En un auto de fecha 12-12-00, dictado días antes de la designación por la Asamblea Nacional de los referidos altos funcionarios del Estado, con ocasión de resolver la pretensión de amparo acumulada al recurso de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley Especial que había intentado la Defensora del Pueblo³⁷⁹, la Sala Constitucional señaló que una segunda etapa del sistema constitucional derivado del proceso constituyente:

Surge a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual crea una serie de instituciones no previstas en las Cartas Fundamentales anteriores, pero cuyas pautas de funcionamiento no fueron consagradas en el texto constitucional, *quedando sujetas a una regulación posterior mediante leyes que dictare la Asamblea Nacional.*

De ello resulta, por tanto, que era indispensable que la Asamblea Nacional dictase tales Leyes Orgánicas para que las nuevas instituciones pudieran entrar definitivamente en funcionamiento. Por ello, la afirmación que de seguidas hizo la misma Sala Constitucional:

La normalización total de las instituciones nuevas como el Poder Ciudadano y el Tribunal Supremo de Justicia requieren de Leyes Orgánicas que desarrollen el texto constitucional, y mientras ellas no se dicten, las mismas se rigen por dos cuerpos legales coexistentes e integrativos: Decreto

378 Publicados en *Gaceta Oficial* N° 37.105 de 22-12-00.

379 Véase *El Universal*, Caracas 13-12-00, p. 1-2.

sobre el Régimen de Transición de Poder Público y la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, en lo que se complementan.

Por ello, en fallo de esta Sala, de fecha 30 de junio de 2000 (caso Defensoría del Pueblo), la Sala enfatizó que cuando las Leyes Orgánicas respectivas se dictaren, cesaría definitivamente el régimen provisorio que gobierna a las instituciones, actualmente carentes de dichas Leyes especiales, pero mientras tanto, conformaban un solo bloque constitucional el Régimen Transitorio del Poder Público y la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha apuntado esta Sala en fallos de fecha 14 de marzo y 28 de marzo de 2000.

De manera que el Régimen Transitorio estaría vigente hasta que la Asamblea Nacional dictase las referidas leyes orgánicas, por lo que conforme a la doctrina de la Sala, mientras esas leyes orgánicas no se dictasen, el régimen transitorio y provisorio continuaría indefinidamente. Pero en lugar de exhortar a la Asamblea Nacional a dictar dichas leyes, la Sala lo que hizo fue “legitimar” el contenido de la Ley Especial mencionada que no contenía las regulaciones que debían contener las leyes orgánicas indicadas, aceptando así, la burla a la Constitución³⁸⁰. No se debe dejar de mencionar que en la “Exposición de Motivos” que acompañó el Proyecto de Ley Especial, se afirmó como motivación la “falta de disposiciones expresas que regulen la designación de los integrantes del Poder Ciudadano y de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia”, (que sólo la Asamblea Nacional podía dictar), constatando que “aun no existen los órganos que han de intervenir en tal designación” (que sólo la Asamblea Nacional podía regular), por lo cual se señalaba que “la Asamblea Nacional debe cubrir el vacío legal”.

No se percató la Asamblea Nacional que el vacío legal debía cubrirlo ella misma, no mediante la Ley Especial que violaba la Constitución, sino mediante la sanción, precisamente, de las leyes orgánicas que exigía la Constitución con las cuales se pondría final al régimen provisorio y transitorio. Al renunciar a su obligación, la Asamblea Nacional “prorrogó” dicho régimen, el cual quedó vigente a su antojo, y el Tribunal Supremo así lo avaló, renunciando a su obligación de “asegurar la integridad de la Constitución” (art. 334) y garantizar su “supremacía y efectividad” (art. 335).

380 El Director General de la Defensoría del Pueblo, Juan Navarrete, calificó la decisión del Tribunal Supremo de Justicia como un abuso de poder. Véase *El Universal*, Caracas 14-12-00, p. 1-2.

3. *La burla a la Constitución en cuanto a la inaplicabilidad de las condiciones de elegibilidad de los Magistrados del Tribunal Supremo para el primer período constitucional*

La burla sistemática de la Constitución de 1999 puede decirse que llegó a su clímax cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió que las condiciones para ser magistrado del Tribunal Supremo que regula con precisión el artículo 263 de la Constitución, no resultaban aplicables a los propio Magistrados decisores que ocupaban posiciones en el Tribunal Supremo y aspiraban a ser ratificados por la Asamblea Nacional. De ello resultaba que la Constitución, como norma suprema, era obligatoria para todas las personas e instituciones (art. 7), menos para los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia a quienes correspondía garantizar la supremacía y efectividad de sus normas (art. 335) y asegurar su integridad (art. 334).

En efecto, con motivo de la mencionada acción de nulidad por inconstitucionalidad que la Defensora del Pueblo había ejercido contra la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios o Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para el Primer Período Constitucional, al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de la pretensión de amparo formulada conjuntamente por la Defensora del Pueblo, la Sala Constitucional, por auto de 12-12-00, luego de reiterar la vigencia de dos regímenes constitucionales: el establecido en la Constitución de 1999 y el establecido en el Régimen de Transición del Poder Público contenido en el Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de 22-12-99, resolvió solicitar a la Defensora del Pueblo que aclarase su solicitud de amparo. Sin embargo, hizo las siguientes consideraciones mediante las cuales decidió que la Constitución de 1999 no se aplicaba a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que estaban firmando el auto.

En efecto, en esa decisión, la Sala comenzó constatando lo siguiente sobre la designación definitiva de los Magistrados del Tribunal Supremo:

El Régimen de Transición del Poder Público, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 28 de marzo de 2000 (N° 36.920), previó en su artículo 21 que la Asamblea Nacional realizará las designaciones o ratificaciones definitivas de conformidad con la Constitución, de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de sus suplentes, ya que los Magistrados nombrados en los artículos 19 y 20 del Régimen de Transición del Poder Público, ejercerían sus cargos en forma provisoria.

Es decir, la Sala admitió que el Régimen de Transición del Poder Público exigía que se cumpliera la Constitución en el proceso de “designación o ratificación definitiva” de los Magistrados del Tribunal Supremo. Sin embargo, para desligarse de la Constitución en cuanto al cumplimiento de las condiciones de elegibilidad previstas en el artículo 263 respecto de los Magistrados en funciones que habían sido designados provisionalmente el 22-12-99 y que aspiraban ser “ratificados”, la Sala “inventó” el argumento de que la figura de la “ratificación” no estaba prevista en la Constitución, por lo que el artículo 263 de la misma supuestamente sólo se aplicaba cuando los Magistrados fueran a designarse *ex novo*, pero no cuando fueran ratificados. El siguiente fue el razonamiento de la Sala:

La figura de la ratificación no está prevista en la Constitución vigente, sino en el Régimen de Transición del Poder Público, y ella fue tomada en cuenta sólo con relación a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, mas no con respecto a los miembros del Poder Ciudadano, ya que los artículos 35, 36, 37 y 38 del Régimen de Transición del Poder Público no contemplaron la ratificación de quienes ejercían provisionalmente los cargos del Poder Ciudadano.

Resultado de la aplicación necesaria del Régimen de Transición del Poder Público, el cual -como lo apunta esta Sala- es de rango constitucional, es que solo con respecto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia ha de utilizarse la figura de la ratificación, la cual carece de previsión en la Constitución, por lo que la frase del *artículo 21 del Régimen de Transición del Poder Público*, según la cual las ratificaciones definitivas *se harán de conformidad con la Constitución, carece de aplicación*, ya que como antes apuntó la Sala, la vigente Constitución no previó normas sobre ratificación de Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia.

En esta forma, de un plumazo, la Sala Constitucional que es la primera institución obligada a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (art. 336), resolvió que la Constitución no era aplicable precisamente, a los Magistrados mismos del Tribunal Supremo y de la Sala que eran los que estaban decidiendo. Se estaba haciendo justicia por las propias manos de los que se beneficiaban de la decisión³⁸¹.

El resultado de declarar la inaplicabilidad de la Constitución para la “ratificación” de los magistrados, llevó a los Magistrados de la Sala, entonces a “legislar” y autodefinirse el “régimen especial” relativo a las condiciones de elegibilidad de los mismos, aplicables a ellos mismos, además, alegando el principio de no discriminación. ¿Qué mayor discrimi-

381 Por eso la Defensora del Pueblo anunciaba que solicitaría la inhibición de los Magistrados de la Sala Constitucional. Véase *El Universal*, Caracas 16-12-00, p. 1-4.

minación, en realidad, que la contraria, es decir, definir para ellos mismos y sólo para ellos un régimen especial de condiciones para ser designados? La Sala, en efecto, dijo lo siguiente:

En consecuencia, el régimen de ratificación debe ser especial, orientado hacia cual ha sido el rendimiento de los Magistrados a ratificarse y la calidad de sus ponencias, ya que son éstos los parámetros que permiten conocer la calidad de quienes como Magistrados ya han impartido justicia desde la más alta Magistratura, y por tanto se han hecho o no dignos de ratificación.

Exigírsele a dichos Magistrados, además, otros requisitos que ni la Constitución (que no previó la figura), ni ninguna otra ley contempla, es crear una discriminación en contra de los ratificables, en relación con quienes no han sido Magistrados, que aspiran integrar las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Y luego, la Sala pasó a examinar cada una de las condiciones de elegibilidad exigidas en el artículo 263 para ser magistrado del Tribunal Supremo, así:

Conforme al *artículo 263 de la vigente Constitución*, aplicable a los aspirantes a la más alta Magistratura, para pertenecer a ella se requiere:

1. Tener la nacionalidad venezolana por nacimiento.
2. Ser ciudadano o ciudadana de reconocida honorabilidad
3. En forma alternativa y no acumulativa:
 - 3.1) Ser jurista de reconocida competencia, gozar de buena reputación, haber ejercido la abogacía durante un mínimo de quince años y tener título de postgrado en materia jurídica.

Se trata de un conjunto de requisitos que deben concurrir, pero que para no violar derechos adquiridos, también de naturaleza constitucional, hay que analizar si para la fecha de graduación del abogado, existía o no organizado en el país un sistema de postgrado a que pudiera acceder.

Es de observar, sobre este tema, que aquí comenzó la Sala a cambiar la Constitución, pues los postgrados no sólo se realizan para la fecha de graduación del interesado al terminar el pregrado. Por tanto, la exigencia constitucional del postgrado es independiente de la fecha de graduación de la persona.

La Sala continuó analizando las condiciones, distorsionando la categoría legal de lo que es “profesor titular” conforme a la Ley de Universidades, así:

- 3.2) Haber sido profesor o profesora universitario en ciencias jurídicas durante un mínimo de quince años, y tener la categoría de profesor titular.

La categoría de profesor titular no podría entenderse en el sentido de un grado dentro de la jerarquía de una carrera, ya que la norma para nada se refiere a la carrera universitaria, y a la necesidad de ser profesor a tiempo completo dentro de ella, que es la que permite acceder a los grados superiores; y además, quien ingresa a una universidad como instructor difícilmente puede llegar a la más alta jerarquía en un lapso de quince años. De allí que la categoría de titular tiene que ser entendida como la condición de una persona respecto de las demás.

El autor Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, al referirse a esta acepción menciona que “en este último sentido habría categorías de abogados, médico, pintores, militares, albañiles. Es lo que CABANELLAS ha llamado la “categoría profesional” o “estatuto personal”, con lo cual no estaríamos en presencia de jerarquías dentro de una profesión sino de la condición o estatuto de una profesión, “respecto de las demás”, en este caso hablaríamos de la categoría de profesor universitario por oposición a la categoría de médico o militar.

Por otra parte, la condición de titular tampoco denota exclusivamente un grado jerárquico. En efecto, el Diccionario de la Real Academia dice que titular es el que “ejerce cargo, oficio o profesión con cometido especial y propio”, y agrega, a título de ejemplo, “juez, médico, profesor universitario TITULAR”.

A este respecto OSSORIO aclara que el titular es “aquel que ejerce un cargo u oficio por derecho propio o nombramiento definitivo; *a diferencia de substitutos, reemplazantes o interinos*. (Diccionario de Derecho Usual de CABANELLAS)” (Subrayado de la Sala).

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que este requisito para los profesores universitarios se interpreta como la exigencia de que el docente universitario tenga una antigüedad mínima de quince años como profesor y se trate de un profesor titular, es decir, ordinario activo o jubilado”.

En la Ley de Universidades, y esa fue la intención del constituyente, se define la categoría de “profesores titulares” como miembros ordinarios del personal docente (art. 87), a la cual se accede después de ascender sucesivamente desde profesor instructor, profesor asistente, profesor agregado y profesor asociado, de manera que para ser profesor titular “se requiere haber sido profesor asociado, por lo menos durante cinco años”. (art. 97). Es contrario a la Ley identificar, entonces, “profesor titular” con “profesor ordinario” como lo hizo la Sala.

¡Cómo pudo la Sala, simplemente, ignorar la Ley! Para resolver la duda no necesitaba citar a Ossorio ni a Cabanellas; bastaba con que consultara la Ley de Universidades.

Por tanto, “profesor titular” es lo que está definido en la Ley y es falso que para poder ascender en el escalafón universitario se necesite ser profesor a tiempo completo. Además, también es falso que “sea muy difícil” ascender desde instructor a titular en un lapso de 15 años. La decisión de la Sala, en realidad, lo que constituyó fue la entronización de la medio-

cridad y el abandono de la excelencia universitaria que es lo que la Constitución exigía expresamente para los magistrados.

Pero el análisis de la Sala continuó con el otro requisito de elegibilidad, así:

- 3.3) Ser o haber sido juez o jueza superior en la especialidad correspondiente a la Sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial, y reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones.

Al respecto, la Sala acotó:

- A) Es necesario que el aspirante tenga como mínimo quince años en el ejercicio de la carrera judicial. Dentro de este lapso deben computarse no sólo los años como juez de instancia sino, eventualmente, como Magistrado de la antigua Corte Suprema de Justicia o del actual Tribunal. En efecto, según el artículo 2° del “*Régimen de Transición del Poder Público*”, los actuales Magistrados pueden ser ratificados de forma definitiva por la Asamblea Nacional.
- B) El requisito de haberse desempeñado como Juez Superior, es una exigencia mínima. Obviamente, si se han desempeñado como Magistrados de la antigua Corte o del Tribunal Supremo de Justicia, con mayor razón (por argumento a *fortiori*), el aspirante a ser designado o ratificado cumpliría con este requisito constitucional.
- C) La “especialidad correspondiente a la Sala”, a la que alude este numeral, debe ser interpretada de una manera amplia, al menos en lo que concierne a la Sala Constitucional y a la Sala Social. La primera, porque las atribuciones y competencias de esta Sala, en materia de protección a la Constitución abarca varios ámbitos, que exceden la especialidad académica del Derecho Constitucional; y la segunda, porque las materias de que debe conocer la Sala Social exceden también del campo laboral *strictu sensu*, que es su competencia por excelencia, por lo cual, lo ideal es que sea integrada por especialistas en las distintas materias que la Constitución y la Ley le puedan asignar (Familia, menores, etc.).

De nuevo, en este razonamiento, la Sala interpretó la exigencia constitucional de haber sido “juez superior” como quiso, a la medida de los Magistrados decisores.

Poco se puede agregar en cuanto a comentarios a esta conducta del Tribunal Supremo de Justicia, integrado por Magistrados designados por el nuevo poder, a dedo, el 22-12-99, que con la mayor desfachatez, en un auto que lo que decide es exigir que el accionante (Defensor del Pueblo) aclarase su acción, aprovecharon para decidir que la Constitución no era aplicable a sus integrantes que aspiraban a ser designados, con el argumento de que de lo que se trataba era que iban a ser “ratificados” y ¡ello

no estaba regulado en la Constitución!. En todo caso, la decisión de fondo de la acción intentada no se adoptó posteriormente.

VII. LA BURLA A LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LAS MODIFICACIONES ILEGÍTIMAS A LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1999, en su Título IX que regula la Reforma Constitucional, establece tres mecanismos de revisión de la Constitución, que son: la Enmienda constitucional, la Reforma constitucional y la Asamblea Nacional Constituyente. (arts. 304 a 349).

La rigidez constitucional deriva de que es la propia Constitución la que en esos artículos regula con precisión el procedimiento de la revisión constitucional.

En cuanto a la Enmienda, que tiene por objeto al adición o modificación de uno o varios artículos sin alterar la estructura fundamental de la Constitución (art. 340), el procedimiento se regula precisándose quiénes pueden tener la iniciativa de la Enmienda (art. 341,1), la aprobación por mayoría de la Asamblea Nacional cuando la iniciativa parta de ésta (art. 341,2), la aprobación por referendo de la Enmienda (art. 341,3 y 4) y la forma de publicación y promulgación de la misma (art. 341,5 y 346).

En cuanto a la Reforma constitucional, que tiene por objeto una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional (art. 342), la Constitución regula quiénes tienen la iniciativa de la Reforma (art. 342), la tramitación de la misma y su discusión y aprobación por la Asamblea Nacional (art.343), la aprobación por referendo (art. 344 y 345) y promulgación de la Reforma (art. 346).

Por último, en cuanto a la Asamblea Nacional Constituyente, la cual se regula como un órgano representativo del pueblo como “depositario del poder constituyente originario” (art. 347), se precisa quiénes tiene la iniciativa para convocarla (art. 348) y las normas de su funcionamiento (art. 349).

1. *La ilegítima admisibilidad de la revisión referendaria de la Constitución*

Las anteriores normas confirman la rigidez de la Constitución, la cual no puede revisarse por ningún otro mecanismo.

Sin embargo, no lo resolvió así la Sala Constitucional, la cual en una ambigua sentencia dictada con ocasión de declarar improcedente una acción de amparo ejercida contra el denominado “referendo sindical”, en la cual parece admitir que además de las formas de revisión de la Constitución expresamente reguladas en el Título IX, había otra que sería el

referendo consultivo, lo que, por supuesto, constituye una burla a la rigidez constitucional.

En efecto, con ocasión de la convocatoria, a instancias de la Asamblea Nacional por el Consejo Nacional Electoral al denominado referendo sindical realizado el 03-11-00, destinado a aprobar la suspensión de los dirigentes de las más altas organizaciones sindicales, lo que evidentemente constituía una violación del derecho a la libertad sindical garantizado en el artículo 95 de la Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al dictar la sentencia de 1-12-00 (caso *Frente Constituyente de Trabajadores*), no sólo resolvió que no existía tal violación -refiriéndose sólo a una parte del artículo, pero ignorando otra, como antes se ha argumentado-, sino que sentó un criterio teórico que podría permitir fundamentar reformas constitucionales no aprobadas conforme a lo dispuesto en el Título IX de la Constitución, como consecuencia de la realización de un referendo, por ejemplo, aprobatorio.

En efecto, en esa sentencia, la Sala analizó el tema del “referendo consultivo y el mandato constitucional emanado de la consulta”, señalando lo siguiente:

La Sala observa además, que el Referendo impugnado es un procedimiento democrático fundado en el principio de participación en los asuntos públicos conforme al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra la obligación del Estado y de la sociedad en facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica, lo que permite a los ciudadanos resolver por sí mismos los problemas importantes y evitar que “sus representantes acaparen todo el poder político” (Duverger, *Instituciones Políticas y Derechos Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1980, Trad. De E. Aja y otros, p.82), de modo que la aplicación del ordenamiento jurídico vigente impida la manifestación de la voluntad popular por efecto de dicha aplicación; todo lo cual 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, aparte de que el referendo ha sido convocado por el Consejo Nacional Electoral a instancia de la Asamblea Nacional. Debe mencionarse que el mandato que el pueblo conferiría al Consejo Nacional Electoral, en caso de que la pregunta del Referendo sea aprobada, tendría carácter constitucional y sus efectos no constituirían una suspensión “administrativa” como se desprende de los alegatos del accionante.

De esto resulta, por tanto, que lo aprobado en cualquier referendo consultivo sería “un mandato constitucional” del pueblo, que pasaría a integrar “el sistema constitucional”, aún cuando la pregunta del referendo

fuera contraria a la Constitución misma, lo que significa la “legitimación” de otro procedimiento para la revisión constitucional distinto a los previstos en el Título IX y la puerta abierta para la violación de la Constitución mediante la realización de referendos consultivos.

La Sala Constitucional, incluso, “legitimó” esta burla a la rigidez constitucional, al agregar en la sentencia que:

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 (*Letat*, Paris, Seuil, 1971, Poder Público.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.

2. *Las ilegítimas modificaciones al texto constitucional de 1999 desde su sanción hasta su publicación*

El proceso de puesta en vigencia de la Constitución de 1999 y de su publicación posterior estuvo plagado de improvisaciones y abusos por parte de supuestas “comisiones técnicas” que fueron moldeando el texto constitucional a su antojo. Con un ejemplo puntual puede apreciarse cómo fue cambiada la Constitución, sin que ello hubiese sido producto ni de la voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente ni del pueblo.

En efecto, en el texto publicado por la Asamblea Nacional Constituyente del proyecto sancionado el 15-11-99, que fue el mismo texto, en principio, publicado por el Consejo Nacional Electoral para el referendo del 15-12-99, el artículo 317 de la Constitución, que regula el principio de la legalidad tributaria, establecía que no podían

Concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente.³⁸²

Ese había sido el texto aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente y aprobado en el referendo del 15-12-99, es decir, el aprobado por el pueblo. Sin embargo, en el texto publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36.860 del 30-12-99, el artículo 317 aparece con la siguiente redacción:

³⁸² Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Noviembre 1999-Enero 2000, cit., Sesión de 08-11-99, N° 40, p.13.

Ni concederse exenciones o rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, *sino en los casos previstos por las leyes.*

No se trataba de argumentar cuál de las dos redacciones es más adecuada a las exigencias de la legislación tributaria, sino de afirmar que se publicó como texto constitucional un texto que no fue aprobado por el pueblo en el referendo y que, por tanto, no es constitucional. Se había reformado la Constitución sin el voto de la Asamblea ni el voto popular.

3. *Las reformas a la Constitución efectuadas después de su publicación el 30-12-99*

El proceso de reforma ilegítima de la Constitución no se quedó en los cambios indicados, de los cuales sólo hemos mencionado ejemplos puntuales, pues con seguridad debe haber muchos otros; sino que continuó con la “republicación” del texto constitucional en la *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinaria del 24-03-2000, en la cual, además, se publicó una Exposición de Motivos de la Constitución que no había sido aprobada en el referendo del 15-12-99, y que supuestamente había sido aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente en su última sesión del 30-1-00, lo cual era falso.

La “nueva versión” de la Constitución se publicó supuestamente corrigiendo “errores de gramática, sintaxis y estilo”, lo que de por sí era improcedente, pues ello implicaba un cambio en el texto constitucional aprobado por el pueblo. Sin embargo, la verdad es que con tal excusa, se introdujeron múltiples cambios sustanciales al texto constitucional, en una forma ilegítima, muchos de los cuales denunciamos y enumeramos en su oportunidad³⁸³, los cuales fueron objeto de un recurso de interpretación interpuesto ante la Sala Constitucional por el entonces Fiscal General de la República³⁸⁴ y por Hermán Escarrá Malavé³⁸⁵ sin que la Sala haya resuelto el asunto.

Un solo ejemplo de estos cambios que podemos citar puntualmente es el referido, precisamente, a la competencia de la Sala Constitucional para revisar las sentencias de instancia en materia de amparo o control difuso de la constitucionalidad. El artículo 336,10 de la Constitución

383 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, con nuestros comentarios, 3ª Edición, Caracas 2001, p. 282 a 289.

384 El Fiscal General de la República detectó cambios en 179 artículos, la mayoría de forma y 19 de fondo. Véase en *El Universal*, Caracas 10-12-00, p. 1-4.

385 El ex constituyente Hermán Escarrá Malavé, quien había presidido la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, detectó 278 “reformas” al texto constitucional. Véase *El Universal*, Caracas 13-12-00, p. 1-4.

aprobada en el referendo del 15-12-99 y publicada el 30-12-99, atribuía a la Sala competencia para:

10. Revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República en los términos establecidos por la Ley Orgánica respectiva.

Esta norma se modificó en la “versión” de la Constitución publicada el 24-03-00, en una forma absolutamente ilegítima, estableciéndose la siguiente redacción:

10. Revisar las sentencias *definitivamente firmes* de amparo constitucional o de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la Ley Orgánica respectiva.

De nuevo, no se trataba de argumentar sobre la conveniencia o no de esta “reforma” del texto constitucional, no aprobada ni por la Asamblea ni por el pueblo, sino de advertir lo ilegítimo de la modificación, lo que también denunciábamos en su oportunidad³⁸⁶.

Lo grave de esta irregularidad que confirma la falsedad de que la “Exposición de Motivos” de la Constitución publicada el 24-03-00 hubiera sido aprobada el 30-01-00 por la Asamblea, es que en dicha “Exposición de Motivos” elaborada supuestamente respecto del texto publicado el 30-12-99 se explica el ordinal 10 del artículo 336 haciendo alusión a la competencia de la Sala “para revisar las decisiones *definitivamente firmes*” dictadas en materia de amparo y control difuso de la constitucionalidad, cuando dicha frase (“definitivamente firmes”) sólo “apareció” en el texto de la Constitución publicado dos meses después de la “aprobación” de la “Exposición de Motivos”.

Muchos otros cambios sustanciales se hicieron al texto constitucional con la excusa de “corrección de errores de gramática, sintaxis y estilo” todos los cuales significaron una burla a la rigidez constitucional, pues fue evidente que estos cambios o reformas constitucionales ilegítimos fueron hechos por supuestos revisores técnicos y gramaticales, sin aprobación popular.

³⁸⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Caracas 2000, pp. 110 y ss.

INDICE

PRIMERA PARTE

LA CRISIS POLÍTICA Y LA CONVOCATORIA A UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

I.	LA CRISIS TERMINAL DEL SISTEMA POLÍTICO VENEZOLANO Y EL MOMENTO CONSTITUYENTE A PARTIR DE 1998	15
II.	LOS GRANDES CICLOS HISTÓRICO-POLÍTICOS	20
	1. <i>El Estado independiente y autónomo semidescentralizado (1811-1864)</i>	21
	2. <i>El Estado federal (1864-1901)</i>	22
	3. <i>El Estado autocrático centralizado (1901-1945)</i>	23
	4. <i>El Estado democrático centralizado de partidos (1945-)</i>	25
III.	EL INICIO DEL SISTEMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO CENTRALIZADO DE PARTIDOS, SU CRISIS Y EL REMEDIO DESCENTRALIZADOR	26
IV.	LA CRISIS POLÍTICA DE 1992 Y LA PROPUESTA DE LA CONSTITUYENTE	32
	1. <i>La necesidad de un nuevo acuerdo, pacto o consenso para asegurar la gobernabilidad democrática</i>	41
	2. <i>Las Asambleas Constituyentes en la historia de Venezuela</i>	45
	3. <i>Precisiones sobre la Asamblea Constituyente en 1998</i>	48
	4. <i>El necesario régimen constitucional de la Constituyente</i>	51

SEGUNDA PARTE

LA CONSTITUCIÓN DE 1961 Y EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999

I.	EL PODER CONSTITUYENTE INSTITUIDO Y LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961	57
II.	EL DILEMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	60
	1. <i>Los pilares del Estado constitucional</i>	60
	2. <i>Las decisiones de la Corte Suprema sobre el referendo consultivo relativo a la convocatoria a una Asamblea Constituyente de fecha 19-01-99</i>	65
	A. <i>La sentencia Caso Referendo Consultivo II (Ponencia del Magistrado Héctor Paradisi) de 19-01-1999</i>	66
	B. <i>La sentencia Caso Referendo Consultivo I, (Ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche) de 19-01-1999</i>	69

III.	LA SOBERANÍA POPULAR Y EL ARTÍCULO 4° DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961 COMO REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	73
1.	<i>El principio histórico de la soberanía del pueblo manifestada sólo conforme a la Constitución de acuerdo con el principio de la democracia representativa</i>	73
A.	<i>El cambio político, la Constitución y la Asamblea Constituyente</i>	73
B.	<i>El poder constituyente instituido por la Constitución de 1961</i>	74
C.	<i>La trayectoria histórica del artículo 4° de la Constitución (democracia representativa)</i>	78
2.	<i>Las salidas derivadas de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia para superar el conflicto constitucional</i>	85
A.	<i>El principio democrático y la supremacía constitucional</i>	86
B.	<i>El artículo 4° de la Constitución y el principio de la democracia representativa</i>	87
C.	<i>La democracia directa</i>	88
IV.	LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SUFRAGIO Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	90
1.	<i>La supremacía constitucional y la regulación del poder constituyente instituido</i>	91
2.	<i>La interpretación de la Corte Suprema sobre el referendo consultivo y la reforma constitucional</i>	95
3.	<i>Las precisiones de la Corte sobre el poder constituyente y los poderes constituidos</i>	97
4.	<i>El poder constituyente instituido y la reforma constitucional</i>	101
5.	<i>La consulta popular sobre la convocatoria a la Asamblea Constituyente como derecho inherente a la persona humana</i>	105

TERCERA PARTE

LA CONVOCATORIA PRESIDENCIAL DEL REFERENDO SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y EL DEBATE SOBRE SU INCONSTITUCIONALIDAD

I.	EL DECRETO N° 3 DE 02-02-99 DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, SUS VICIOS Y EL FRAUDE A LA CONSTITUCIÓN.....	113
1.	<i>La iniciativa presidencial para realizar el referendo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente</i>	113
2.	<i>Naturaleza y fundamentos del Decreto N° 3 de 02-02-99</i>	115
3.	<i>La convocatoria a un referendo decisorio (plebiscito) y autorizador estaba viciada de desviación de poder y era de imposible ejecución</i>	120
4.	<i>La ineficacia de un referendo decisorio o autorizador sin precisión de la mayoría requerida para que la decisión popular se considerase adoptada</i>	126
5.	<i>La inconstitucionalidad de una Asamblea Constituyente con poderes imprecisos e ilimitados</i>	129

	A.	<i>La Asamblea Constituyente y los poderes constituidos.....</i>	129
	B.	<i>La violación del principio de la democracia representativa</i>	136
	C.	<i>La violación del derecho constitucional a la participación.....</i>	139
	D.	<i>Los límites al poder constituyente y el fraude a la Constitución.....</i>	142
II.		LAS VICISITUDES CONSTITUCIONALES DE LA CONVOCATORIA AL REFERENDO SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LOS LÍMITES IMPUESTOS A LA MISMA POR LA VOLUNTAD POPULAR.....	146
	1.	<i>La convocatoria efectuada por el Consejo Nacional Electoral.....</i>	146
	2.	<i>Las modificaciones y la anulación de la Resolución N° 990217-32 del 17-02-99 del Consejo Nacional Electoral</i>	149
		A. <i>La corrección de las inconstitucionalidades presidenciales.....</i>	149
		B. <i>La precisión del carácter eminentemente consultivo del referendo que se podía convocar conforme a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política</i>	153
		C. <i>Los límites de la Asamblea Nacional Constituyente convocada con fundamento en el referendo consultivo</i>	157
	3.	<i>La necesaria reformulación de las preguntas del referendo convocado para el 25-04-99, por el Consejo Nacional Electoral</i>	160
	4.	<i>La nueva inconstitucionalidad derivada del desacato del Consejo Nacional Electoral en cumplir la orden judicial derivada de la anulación de la Resolución N° 990217-32 en relación al carácter “originario” de la Asamblea</i>	163
III.		EL MARCO SUPRACONSTITUCIONAL DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE IMPUESTO POR EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO EXPRESADO MEDIANTE REFERENDO CONSULTIVO DE 25-4-99.....	166
	1.	<i>El inicio del proceso constituyente venezolano como proceso de iure</i>	166
	2.	<i>La Asamblea Nacional Constituyente como producto de la soberanía popular expresada en el referendo del 25-04-99 y sus límites supraconstitucionales</i>	167
		A. <i>La misión de la Asamblea Nacional Constituyente: elaborar una nueva Constitución.....</i>	169
		B. <i>La vigencia de la Constitución de 1961 durante el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente.....</i>	171
		C. <i>Los límites supraconstitucionales impuestos por la voluntad popular a la Asamblea Nacional Constituyente para el cumplimiento de su misión</i>	172
		a. <i>Los valores y principios de la historia republicana</i>	173
		b. <i>El cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República</i>	176
		c. <i>El carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre.....</i>	177
		d. <i>Las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos</i>	177

CUARTA PARTE

EL GOLPE DE ESTADO “CONSTITUYENTE” Y LA VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

I.	LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LAS ETAPAS EN SU FUNCIONAMIENTO (JULIO 1999-ENERO 2000)	181
	1. <i>Primera Etapa (agosto-septiembre 1999): la intervención de los órganos de los poderes públicos constituidos</i>	183
	2. <i>Segunda Etapa (septiembre-octubre 1999): La elaboración de proyectos por las Comisiones</i>	185
	3. <i>Tercera Etapa (octubre-noviembre 1999): La discusión del Proyecto de Constitución</i>	186
	4. <i>Cuarta Etapa (noviembre-diciembre 1999): La difusión del proyecto de Constitución sancionado por la Asamblea</i>	189
II.	EL GOLPE DE ESTADO Y LA VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.....	189
	1. <i>El derecho a la Constitución y su violación</i>	189
	2. <i>El golpe de Estado perpetrado por la Asamblea Nacional Constituyente</i>	193
	3. <i>Repaso de las decisiones que originaron el proceso constituyente</i>	196
	4. <i>Los intentos del presidente de la república de otorgar a la Asamblea Nacional Constituyente algún poder constituyente de carácter originario</i>	202
	5. <i>La violación de la constitución de 1961 perpetrada por la asamblea nacional constituyente al asumir el poder constituyente originario en su estatuto de funcionamiento (08-08-99)</i>	207
III.	LA INTERVENCIÓN “CONSTITUYENTE” DE TODOS LOS PODERES PÚBLICOS CONSTITUIDOS.....	212
	1. <i>La reorganización de los poderes constituidos</i>	212
	2. <i>La intervención del Poder Legislativo con la eliminación del Congreso y de las Asambleas Legislativas de los Estados y la limitación de la función legislativa de los órganos del Poder Público</i>	214
	3. <i>La intervención del Poder Judicial</i>	224
	A. <i>El Decreto de reorganización del Poder Judicial</i>	224
	B. <i>El Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de 23-08-99 y su “autodisolución”</i>	228
IV.	LA SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES MUNICIPALES	231
V.	LA VIOLACIÓN SISTEMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN	232

QUINTA PARTE

LA CONSTITUCIÓN DE 1999 Y SU RÉGIMEN TRANSITORIO

I.	LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999	239
II.	ALGUNAS INNOVACIONES RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO	241
	1. <i>La denominación de la República como República Bolivariana de Venezuela</i>	241
	2. <i>El Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia</i>	244

3.	<i>La forma del Estado: la “Federación descentralizada”</i>	245
4.	<i>La soberanía popular y el régimen democrático</i>	247
	A. <i>La soberanía del Pueblo</i>	247
	B. <i>La democracia representativa</i>	248
	C. <i>La instrumentos de la democracia directa</i>	251
5.	<i>El estatuto de las personas y de los ciudadanos</i>	252
	A. <i>El régimen de la nacionalidad</i>	253
	B. <i>El régimen de la ciudadanía</i>	254
6.	<i>La supremacía constitucional</i>	255
7.	<i>Régimen constitucional de la integración económica regional</i>	256
8.	<i>El régimen de la seguridad y defensa de la Nación</i>	256
	A. <i>La competencia estatal y de la población</i>	257
	B. <i>Los principios de la seguridad de la Nación como corresponsabilidad entre el Estado y la Sociedad Civil</i>	257
	C. <i>Los órganos de Seguridad y Defensa</i>	258
	D. <i>La Fuerza Armada Nacional</i>	258
	E. <i>Apreciación general: La base constitucional para el militarismo</i>	259
III.	ASPECTOS RESALTANTES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA	260
1.	<i>El sistema político</i>	261
	A. <i>El derecho a la participación política</i>	261
	B. <i>El sistema electoral y la democracia representativa</i>	262
	a. <i>El derecho al sufragio y el sistema de escrutinio</i>	262
	b. <i>Los electores (el derecho a elegir)</i>	263
	c. <i>Los representantes electos</i>	264
	C. <i>El sistema de partidos políticos y de asociación política</i>	265
	D. <i>El sistema de referendos y la democracia directa</i>	268
	a. <i>Los referendos consultivos</i>	268
	b. <i>Los referendos revocatorios</i>	269
	c. <i>Los referendos aprobatorios</i>	269
	d. <i>Los referendos abrogatorios</i>	270
2.	<i>La distribución vertical del Poder Público: Nacional, Estatal y Municipal</i>	270
3.	<i>La organización del Poder Público Nacional</i>	271
	A. <i>La penta división del poder y la ausencia de independencia entre los poderes</i>	272
	B. <i>El sistema presidencial de gobierno</i>	274
	C. <i>El Poder Legislativo Nacional: la Asamblea Nacional</i>	275
	a. <i>La organización de la Asamblea Nacional y sus miembros</i>	275
	b. <i>El régimen constitucional de las leyes</i>	276
	c. <i>Los instrumentos de control político y administrativo</i>	278
	D. <i>El Poder Ejecutivo Nacional</i>	279
	a. <i>El Presidente de la República</i>	279
	b. <i>El Vicepresidente Ejecutivo</i>	280
	c. <i>Los Ministros</i>	281
	d. <i>El Consejo de Ministros</i>	281

	e.	<i>La Procuraduría General de la República</i>	282
	f.	<i>El Consejo de Estado</i>	282
E.		<i>El Poder Judicial</i>	283
	a.	<i>Principios fundamentales</i>	283
	b.	<i>Las jurisdicciones</i>	284
	c.	<i>El régimen general de la carrera judicial</i>	285
	d.	<i>El Tribunal Supremo de Justicia y sus atribuciones</i>	286
	e.	<i>El gobierno y administración del Poder Judicial</i>	287
F.		<i>El Poder Ciudadano</i>	288
	a.	<i>Composición y funciones</i>	288
	b.	<i>La Defensoría del Pueblo</i>	289
	c.	<i>El Ministerio Público: el Fiscal General de la República</i>	290
	d.	<i>La Contraloría General de la República</i>	290
G.		<i>El Poder Electoral</i>	291
4.		<i>La organización del Poder Público Estatal</i>	292
	A.	<i>La autonomía e igualdad de los Estados</i>	292
	B.	<i>El Poder Ejecutivo Estatal: los Gobernadores</i>	293
	C.	<i>El Poder Legislativo Estatal: los Consejos Legislativos Estadales</i>	293
5.		<i>La organización del Poder Público Municipal</i>	293
	A.	<i>Régimen General</i>	293
	B.	<i>El Poder Ejecutivo Municipal: los Alcaldes</i>	295
	C.	<i>El Poder Legislativo Municipal: los Concejos Municipales</i>	295
6.		<i>El problema del Estado federal descentralizado con un marco centralista</i>	295
IV.		ASPECTOS DE LA CONSTITUCIÓN SOCIAL Y DEL RÉGIMEN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS	298
	1.	<i>El régimen general de los derechos humanos</i>	298
	A.	<i>El principio de la progresividad y la no discriminación</i>	298
	B.	<i>El principio de la libertad</i>	299
	C.	<i>La cláusula abierta de los derechos humanos</i>	299
	D.	<i>La jerarquía constitucional de los Tratados internacionales sobre derechos humanos</i>	299
	2.	<i>El régimen general de las garantías constitucionales</i>	300
	3.	<i>Los derechos individuales</i>	302
	4.	<i>Los derechos sociales y de las familias</i>	304
	5.	<i>Los derechos laborales</i>	306
	6.	<i>Los derechos culturales y educación</i>	307
	7.	<i>Los derechos ambientales</i>	308
	8.	<i>Los derechos de los pueblos indígenas</i>	308
	9.	<i>Los deberes constitucionales</i>	310
	10.	<i>Los problemas de una Constitución social concebida para el paternalismo y el populismo</i>	310
V.		ALGUNOS ASPECTOS DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA	313
	1.	<i>Principios del sistema económico</i>	314
	2.	<i>El régimen de los derechos económicos</i>	314
	3.	<i>El régimen de la intervención del Estado en la economía</i>	316
	4.	<i>El régimen tributario</i>	318

5.	<i>El régimen fiscal y económico del Estado</i>	319
6.	<i>El régimen de los bienes públicos</i>	319
7.	<i>Los problemas de una Constitución económica concebida para el estatismo insolvente</i>	321
VI.	LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN.....	323
1.	<i>La garantía de la Constitución: el control judicial de la constitucionalidad</i>	323
A.	<i>Aspectos de la justicia constitucional</i>	324
a.	<i>La competencia judicial</i>	324
b.	<i>El control difuso de la constitucionalidad de las leyes</i>	324
c.	<i>El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes: la Jurisdicción Constitucional</i>	325
B.	<i>Las competencias del Tribunal Supremo de Justicia en materia de justicia constitucional</i>	326
a.	<i>La potestad anulatoria por inconstitucionalidad</i>	326
b.	<i>El control previo de la constitucionalidad de actos estatales</i>	327
c.	<i>La revisión obligatoria de la constitucionalidad de los Decretos de Estado de Emergencia</i>	328
d.	<i>El control de constitucionalidad de las leyes por omisión</i>	328
e.	<i>El control de la constitucionalidad de las leyes mediante la declaración de colisión</i>	328
f.	<i>La resolución de controversias constitucionales entre los órganos del Poder Público</i>	329
g.	<i>La revisión de las sentencias dictadas por los tribunales de instancia en cuestiones de constitucionalidad</i>	329
C.	<i>El Tribunal Supremo como supremo intérprete de la Constitución</i>	330
3.	<i>El régimen de los estados de excepción</i>	330
A.	<i>Los estados de excepción</i>	330
B.	<i>El Decreto de estado de excepción</i>	331
C.	<i>La restricción de las garantías constitucionales</i>	332
D.	<i>La garantía del normal funcionamiento de los Poderes Públicos</i>	333
4.	<i>La revisión constitucional</i>	333
A.	<i>Las Enmiendas constitucionales</i>	334
B.	<i>Las Reformas constitucionales</i>	334
C.	<i>La Asamblea Nacional Constituyente</i>	335
VII.	EL SENTIDO DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 APROBADAS POPULARMENTE	337

SEXTA PARTE

**LA USURPACIÓN “CONSTITUYENTE” DE LA
VOLUNTAD POPULAR Y LA INCONSTITUCIONAL
TRANSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO DISPUESTA
POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE**

I.	LOS INTENTOS FALLIDOS DE DISPONER UN RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO VÍA REFERÉNDUM APROBATORIO	343
II.	EL ILEGÍTIMO RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DEL PODER PÚBLICO DICTADO DESPUÉS DE APROBADA LA NUEVA CONSTITUCIÓN POR EL PUEBLO	345
	1. <i>La eliminación del Congreso y el nombramiento de una Comisión Legislativa Nacional</i>	347
	2. <i>La disolución de las Asambleas Legislativas de los Estados y el nombramiento de Comisiones Legislativas Estadales</i>	349
	3. <i>El control de Alcaldías y Concejos Municipales</i>	350
	4. <i>La eliminación de la Corte Suprema de Justicia, la creación del Tribunal Supremo y de sus Salas, la designación de los Magistrados y la creación de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial</i>	350
	5. <i>La designación de los titulares de los órganos del Poder Ciudadano</i>	353
	6. <i>La designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral</i>	353
	7. <i>El reconocimiento, por el Tribunal Supremo de Justicia, que había sido producto del “Régimen de transición del Poder Público”, del rango constitucional del mismo y de la existencia de un doble régimen transitorio constitucional: uno constitucional y otro paraconstitucional.</i>	354
III.	EL RÉGIMEN ELECTORAL PARA LAS PRIMERAS ELECCIONES DE 2000 DICTADO AL MARGEN DE LA CONSTITUCIÓN	363
	1. <i>El Estatuto Electoral del Poder Público (30-I-2000)</i>	364
	2. <i>La fijación de la fecha de las primeras elecciones de 2000 y la inaplicabilidad de la nueva Constitución</i>	371
IV.	LA USURPACIÓN DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS ORDINARIAS POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE	374
	1. <i>La sanción de la Ley de Presupuesto y de una Ley Especial de Crédito Público</i>	374
	2. <i>La reincorporación de personal militar a la Fuerza Armada Nacional</i>	375
	3. <i>La fijación de las remuneraciones de los altos funcionarios de los Estados y Municipios</i>	375
V.	LA VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA A LA LIBERTAD SINDICAL Y OTROS ACTOS CONSTITUYENTES EN MATERIA LABORAL	375
	1. <i>La intervención pública en las elecciones sindicales</i>	376
	2. <i>El referendo sindical y la suspensión de los directivos de los sindicatos</i>	377
	3. <i>Los otros actos públicos de intervención de derechos laborales</i>	380

VI.	LA TRASTOCACIÓN DE LA TRANSITORIEDAD CONSTITUCIONAL, EL SECUESTRO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA CONSOLIDACIÓN DE UN FRAUDE A LA VOLUNTAD POPULAR.....	381
1.	<i>La imprecisa transitoriedad constitucional.....</i>	382
2.	<i>La burla a la Constitución por la confiscación del derecho constitucional a la participación de la sociedad civil en la designación de los titulares de los órganos del Poder Público no electos popularmente para el primer periodo constitucional.....</i>	388
3.	<i>La burla a la Constitución en cuanto a la inaplicabilidad de las condiciones de elegibilidad de los Magistrados del Tribunal Supremo para el primer período constitucional.....</i>	395
VII.	LA BURLA A LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y LAS MODIFICACIONES ILEGÍTIMAS A LA CONSTITUCIÓN	400
1.	<i>La ilegítima admisibilidad de la revisión refrendaria de la Constitución</i>	400
2.	<i>Las ilegítimas modificaciones al texto constitucional de 1999 desde su sanción hasta su publicación.....</i>	402
3.	<i>Las reformas a la Constitución efectuadas después de su publicación el 30-12-99</i>	403