

¿Hacia un nuevo concepto de poder constituyente?: la Constitución venezolana de 1999¹

Lolymar Hernández Camargo
Profesora de la Universidad de Táchira (Venezuela)

SUMARIO: 1. EL AGOTAMIENTO DEL MODELO POLÍTICO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961 Y LAS CAUSAS DE SU CRISIS.—2. LA CONSULTA AL PUEBLO SOBRE LA CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE: 2.1. *La enmienda y la reforma en la Constitución de 1961.* 2.2. *El equilibrio del Estado Constitucional: entre la soberanía popular y la supremacía constitucional.*—3. LA INICIATIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA LA CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE: 3.1. *Decreto Presidencial n.º 3 de 2 de febrero de 1999.* 3.2. *Resolución del Consejo Nacional Electoral n.º 990217-32.* 3.3. *La anulación de la Resolución del Consejo Nacional Electoral n.º 990217-32.* 3.4. *Reformulación de las preguntas del referéndum del 25 de abril de 1999.*—4. REFERÉNDUM CONSULTIVO DEL 25 DE ABRIL DE 1999.—5. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (ANC) DE 1999: 5.1. *Elecciones del 25 de julio de 1999. Composición de la ANC.*—6. INSTAURACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.—7. REFERÉNDUM APROBATORIO DE LA CONSTITUCIÓN.

1. EL AGOTAMIENTO DEL MODELO POLÍTICO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961 Y LAS CAUSAS DE SU CRISIS

El sistema político venezolano desarrollado en la Constitución de 1961 fue perdiendo su eficacia, hecho motivado por una serie de aspectos de índole no sólo política, sino económica, social y ética. La actitud pasiva de los líderes y la ausencia de propuestas de modelos alternativos hicieron que los ciudadanos

¹ Parte de este artículo fue publicado en *Revista Tachirense de Derecho*, N.º 12, 2000, «El Proceso constituyente venezolano de 1999».

venezolanos interpretaran el cambio total de la Constitución como la forma de solucionar la crisis estructural.

Este razonamiento sirvió de bandera a la campaña presidencial de Hugo Chávez Frías², quien el 4 de febrero de 1992 había intentado, junto con un grupo de militares, apropiarse por vía de la fuerza del poder, teniendo como resultado el fracaso del uso ilegítimo de las armas que le habían sido confiadas.

La finalidad de este proyecto del que luego sería Presidente de Venezuela no era otra que cambiar la Constitución vigente y todo el ordenamiento jurídico por ella producido, que había regulado la transición venezolana hacia la democracia y había amparado su consagración como sistema político durante más de cuarenta años. La Constitución venezolana de 1961 tuvo su origen en la Revolución Democrática de 1958, fue el «producto directo» del Pacto de Punto Fijo³, acuerdo celebrado por los tres principales partidos políticos (Acción Democrática, COPEI y Unión Republicana Democrática), con el fin de darle cabida a la democracia, garantizando el desarrollo de un proceso electoral, y el establecimiento de un sistema de partidos competitivos que se respetaran recíprocamente. En dicha Constitución se establecieron las bases del sistema político de partidos, del «Estado democrático centralizado de partidos»⁴, que instauró la democracia en el país. Dicho sistema se desarrolló con un alto nivel de éxito, pues el país se democratizó. Los partidos cumplieron su rol protagonista y consiguieron la estabilidad del sistema democrático, que llegó a ser considerado como uno de los más sólidos de América Latina⁵. Pero el proyec-

² En ese mismo año los oficiales golpistas, agrupados en el Movimiento Bolivariano 200, publican desde la cárcel un documento llamado «Nos alzamos por la Constitución», en el cual citan los motivos por los cuales se alzaron en armas frente a las instituciones democráticas legalmente constituidas y también convocan a un referendo nacional «para revocar el mandato del Presidente de la República, a los parlamentarios que componen el Congreso Nacional y a los integrantes de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de la Judicatura, la renovación general del Poder Judicial, así como la renuncia del Consejo Supremo Electoral, devolviendo de esta manera la soberanía a su propio elemento: al pueblo venezolano. Este referéndum nacional automáticamente debe considerar la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente en la cual se define a través de una nueva Carta Magna el modelo de sociedad hacia el cual debe enrumbarse la Nación Venezolana (*sic*) y en la cual no puedan participar ninguno de los responsables de la destrucción de la República». Este documento es citado por MIGNON, THAIS, *et al.* «La batalla por una nueva constitución para Venezuela» *Cuestiones Políticas*, n.º 24, 2000, Universidad del Zulia, p. 40 y ss. Como se colige del texto transcrito, la fundamentación ideológica que pretende devolver al pueblo —como detentador natural del poder— lleva implícita la revocación del mandato de los órganos legal y legítimamente constituidos, tarea que es encomendada al pueblo quien se manifestará al respecto a través de un referéndum. Como se referirá más adelante, no es ésta la vía que una vez llegados al poder (por la vía democrática, las elecciones de 1998) siguen los integrantes de este movimiento inicialmente golpista, pues es la propia Asamblea Nacional Constituyente la que asume estas funciones.

³ Respecto a este punto, se puede ver A. BREWER-CARIAS, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo I, *Evolución Histórica del Estado*, 3ra. Ed., Universidad Católica del Táchira-Ed. Jurídica Venezolana, San Cristóbal—Caracas, 1996, p. 396

⁴ Así lo ha denominado A. BREWER-CARIAS, al respecto puede verse, entre otros, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, p. 20 y ss. También se puede ver A. BREWER-CARIAS, «El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 3 (1999), pp. 31-56.

⁵ Giovanni SARTORI, *Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, trad. de Roberto Reyes, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 108. Además, califica el

to político inicial fue agotado por sus actores, ya que los partidos confundieron su función de instrumentos para la democracia y se constituyeron en el fin de la misma, con lo cual su éxito no pudo prolongarse, puesto que sus líderes e instituciones perdieron la credibilidad y el apoyo de los ciudadanos debido a que el aparato público se hizo ineficaz para responder a las necesidades sociales; se acentuó hasta el límite la ausencia de nuevos programas, nuevos dirigentes y el estancamiento generalizado de todos los sectores del país.

La sociedad venezolana manifestó a través de las elecciones de 1998 su disconformidad con el estado del sistema político imperante, el cual resultaba ineficaz para procurar el desarrollo del país. Esta necesidad de cambio de líderes políticos se tradujo en los resultados electorales de noviembre de 1998, que mostraron una inédita composición del Congreso Nacional, con la incorporación de nuevas fuerzas políticas como representantes parlamentarios, y en diciembre del mismo año con la elección como Presidente de la República de Hugo Chávez Frías. El programa político que defendía el ahora presidente estaba encabezado por la propuesta de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, con la tarea de renovar las estructuras políticas y jurídicas del país, a través de la elaboración de un nuevo texto constitucional. Al recibir el apoyo popular por medio de los votos, sus primeros pasos en la conducción del país se dirigieron hacia la ejecución de este proyecto.

Junto a una de las crisis económicas más agudas del Estado rentista petrolero⁶, el cual mostró su incapacidad de perdurar como proveedor dadivoso de soluciones a las necesidades colectivas, a través de su poco eficiente sistema de redistribución de la riqueza proveniente de los ingresos petroleros; encontramos una crisis institucional plena, el colectivo ha perdido credibilidad en los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales; en los organismos descentralizados territorial y funcionalmente; en las fuerzas de seguridad; en los partidos políticos; en las sociedades intermedias: gremios, sindicatos y colegios profesionales; en fin en toda la estructura que cimienta al Estado venezolano. Así

sistema venezolano como un óptimo «modelo de presidencialismo de dos partidos», *Idem*, p. 194. Por su parte, Alfredo RAMOS JIMÉNEZ en el artículo «Venezuela: el ocaso de una democracia bipartidista» publicado en *Comisión Universidad Constituyente, Contribución a la Asamblea Nacional Constituyente*, Universidad de los Andes, Mérida, 1999, p. 43, comparte este calificativo y añade que este modelo «caracterizado por gobiernos monocolors y Parlamentos controlados por un bipartidismo que reducía las posibilidades de terceros partidos», y se reafirmaba periódicamente con cada elección.

⁶ Los indicadores macroeconómicos muestran los niveles de recesión de este sector venezolano, el PIB en 1977 fue del 6.4%, en 1998 fue de -0.1% y en 1999 se ubicó en -7.2%. La tasa de inflación (Índice de Precios al Consumidor en el área metropolitana de Caracas), en 1997 fue del 37.6%, en 1998 fue del 29.9% y en 1999 descendió hasta el 23%; estas disminuciones considerables en puntos porcentuales muestran el estancamiento en que está sumida la economía del país, que se ha reflejado en el debilitamiento del consumo, con una marcada caída en la demanda efectiva de bienes y servicios —como consecuencia de la pérdida de poder adquisitivo—, lo que se refleja en la disminución de la tasa de inflación (así lo expresa uno de los directores del Banco Central de Venezuela, Domingo Felipe Maza Zavala, (2000, junio 07), «Fronteras macroeconómicas», *El Nacional* [periódico en línea]. Disponible: <http://www.el-nacional.com/eln07062000/pa4s3.htm> [consulta: 2000, junio 07]. Los datos macroeconómicos han sido tomados de Banco Central de Venezuela (2000). *Indicadores Macroeconómicos*. [Documento en línea] Disponible: <http://www.bcv.org.ve/cuadros/7/712a.htm> [Consulta: 2000, junio 2].

pues, «la ineficiencia, la ineficacia, la corrupción, la falta de representatividad, la inexistencia de fórmulas reales de participación, el centralismo y las desviaciones de los partidos políticos, entre otras, son causas de índole política que evidentemente fueron catalizadas en medio de la crisis económica que venimos sufriendo desde la década de los ochenta»⁷.

A esta inestabilidad de la representatividad se sumó el desinterés de los ciudadanos por la política como actividad humana. Los partidos perdieron su capacidad de articulación y combinación de los variados intereses y aspiraciones de la sociedad, y son percibidos como proclives a fomentar la corrupción pública⁸. La consecuencia directa de esta inestabilidad es la desconfianza en las instituciones políticas, la cual puede ubicarse en cifras cercanas al 76% para la administración pública, 69% de desconfianza hacia el poder judicial y 71% en el gobierno⁹.

Esta crisis hizo mella también en la democracia como sistema, a la cual se le identifica con la propagación de la corrupción y con la ineficiencia. Así, la percepción respecto de la Constitución de 1961 y las instituciones democráticas en ella definidas, desmejoró notoriamente, sobre todo después del llamado «Caracazo» del 27 de febrero de 1989 –alzamiento popular por el que se manifestó, en forma trágica, el colapso del sistema–; luego con las dos intentonas golpistas del 4 de febrero y del 27 de noviembre de 1992 (año en el que se estaba realizando, por parte del Congreso de la República, un procedimiento de Reforma constitucional que no llegó a materializarse por falta de interés de sus protagonistas); y además con el enjuiciamiento del entonces Presidente de la República en 1993. Los factores que debilitaron la percepción de la Constitución como norma apropiada para superar las crisis política y la hicieron vulnerable fueron¹⁰, entre otros: el carácter ideológico-pragmático de la Constitución no se asumió debidamente, la acción legislativa acompañó el programa constitucional de una forma tardía y reactiva, sin que le diera a la Constitución un impulso coherente. El Estado no diseñó adecuadas garantías institucionales para la mejor protección de los derechos fundamentales, muestra de ello es el gravísimo deterioro de la calidad de vida de amplios estratos de la población –señal de una Constitución social retórica–, y las altas cifras de violaciones de derechos humanos. El deterioro del Poder Judicial, máximo garante del Estado de Derecho ha frustrado su realización. En definitiva, «la desviación populista, el clientelismo y la corrupción desvirtuaron el

⁷ Carlos AYALA CORAO, «Reformas del presidencialismo y gobernabilidad democrática» en *SIC*, julio de 1994, p. 254.

⁸ Según la encuesta Latinobarómetro 95, realizada en ocho países latinoamericanos, incluido Venezuela, el 70% de los encuestados manifestó tener poca o ninguna confianza en los partidos políticos. El rechazo hacia los partidos en Venezuela se cifró en el 82%. Esta encuesta es referida por Ricardo COMBELLAS, *¿Qué es la Constituyente? Voz para el futuro de Venezuela*, Panapo, Caracas, 1998, p. 71 y ss.

⁹ *Idem*, p. 72.

¹⁰ Al respecto puede verse a Ricardo COMBELLAS, *Constituyente. Aportes al Debate*, Fundación Konrad Adenauer – COPRE, Caracas, 1998, p. X.

programa constitucional»¹¹, además la sustitución en la praxis del Estado del principio democrático recogido por la Constitución por la llamada «partidocracia»¹², esto es, el monopolio de los partidos políticos en la conducción general del Estado y de las sociedades intermedias y la apropiación absoluta de la participación y representatividad a todo nivel de la vida nacional; contribuyó al colapso del sistema.

El sistema de partidos desatendió las exigencias de los ciudadanos y olvidó la conveniencia del diálogo constante de los ciudadanos con el Estado en todas sus instancias y lo contraproducente de limitar la participación política de éstos, sólo a una función electoral; que lejos de configurar una verdadera democracia representativa, caracterizada por la participación política —entendida como la intervención de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas y el desempeño de un papel activo—¹³, configura lo que Guillermo O'DONNELL¹⁴ ha denominado «democracia delegativa», la cual se basa en la premisa de que quienes llegan al poder como producto de triunfar en las elecciones, están autorizados a gobernar en la forma que ellos estimen conveniente, con la única restricción que imponen las luchas de poder con sus oponentes, pero sin que la *accountability* sea valorada en su función primordial —la de rendir cuenta ante los electores—, sino como un simple requisito sin mayor trascendencia.

La voluntad popular de cambio expresada en forma democrática en las elecciones de 1998 fue inequívoca, se vociferó a la clase dirigente la imposterable necesidad de renovación. Ante la profunda crisis, incluso definida como «crisis de proyecto social»¹⁵, pero indudablemente también crisis política, institucional y económica, se requiere un nuevo planteamiento de las estructuras político-sociales, por la vía de los consensos necesarios para establecer nuevos acuerdos políticos que, al traducirse en normas jurídicas, en normas constitucionales, marquen la nueva orientación jurídico-política de la sociedad venezolana que permita el desarrollo y el bienestar colectivo.

En estas circunstancias el gran reto para la democracia venezolana era diseñar un nuevo pacto social constitucional, tutelado por la democracia con el fin de que ella misma pueda subsistir y perfeccionarse.

¹¹ Ricardo COMBELLAS, «Por qué renovar la excelente Constitución de 1961» en *SIC*, julio de 1994, p. 245 y ss.

¹² Se emplea también el término partidocracia, en este sentido ver Roberto BLANCO VALDÉS, *Los partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 45 y ss.

¹³ Manuel RAMÍREZ, *La Participación Política*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 30 y ss.

¹⁴ Guillermo O'DONNELL, *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Paidós, Buenos Aires, 1997, pp. 293 y ss.

¹⁵ «El Proceso Constituyente», *Cuadernos de discusión*, Centro Gumilla, SIC, Quinto Día, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, n.º 1, 1999, p.1.

2. LA CONSULTA AL PUEBLO SOBRE LA CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

En la sociedad venezolana ha habido acuerdo unánime en torno a la necesidad de una segunda transición enteramente democrática. Tras más de cuarenta años de vivencia en este sistema, era impensable que una vía distinta pudiera ser aceptada para conseguir la modificación del sistema jurídico. Resultaba desde todo punto improbable la ruptura constitucional como mecanismo de cambio, los actores políticos asumieron, como única vía posible, la institucional con apego a la legalidad vigente en aquel momento.

2.1. *La enmienda y la reforma en la Constitución de 1961*

Ante la ausencia de mecanismos para convocar al pueblo a reunirse y ejercer su poder soberano con el fin de elaborar una nueva Constitución —en vista de que no estaba prevista en el texto constitucional la posibilidad ni el procedimiento para conformar una Asamblea Nacional con funciones constituyentes—, se instauró una vía novedosa para obtener tal resultado, producto de la interpretación de los principios constitucionales por parte de la Corte Suprema de Justicia.

La Constitución de 1961¹⁶ reunía las características de rigidez en cuanto a los mecanismos de revisión de su texto, su contenido era indisponible para el Poder Legislativo. En su Título X, en los artículos 245 al 248, preveía las instituciones de la enmienda y la reforma, la primera de ellas como instrumento para facilitar cambios no fundamentales en el pacto político constitucional y la reforma como procedimiento a seguirse para modificar las decisiones fundamentales o básicas para organizar políticamente a la comunidad. En el texto de la Constitución no se indicaba en qué casos era procedente el empleo de una u otra figura, pero con base en la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución del año 1960 se justificaba, en opinión de la doctrina dominante, su diferenciación. Así, la diferencia entre ambas estaba en la naturaleza de los elementos a modificar, si eran incidentales se acudiría a la enmienda y si eran fundamentales a la reforma, la cual exigía la aprobación popular a través del referéndum, por mayoría absoluta de los votantes, mientras que en la enmienda sólo se exigía la aprobación del proyecto por parte de las Asambleas Legislativas de los Estados¹⁷.

Las profundas necesidades de cambio no podían ser satisfechas por las vías contempladas en la Constitución, puesto que se requería reunir al poder constituyente con el objeto de redactar un nuevo texto constitucional, no sólo para

¹⁶ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, Número 662 Extraordinaria de 23 de enero de 1961.

¹⁷ A. BREWER-CARÍAS, *Asamblea Constituyente*, ob. cit., p. 91 y ss.

modificar algunas instituciones o principios fundamentales del Estado sino para reestructurarlo. Se venía planteado la exigencia, a nivel general¹⁸, de reformar la Constitución de 1961 por la vía de los artículos 246 y siguientes, para incluir el procedimiento de convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, ante las inconclusas propuestas de reforma general de 1992 y 1994-1995, lideradas por Rafael Caldera (en aquel entonces, Presidente de la República, por segunda vez desde 1994), las cuales sólo recibieron las discusiones iniciales, pero posteriormente no se tramitaron las fases procedimentales necesarias para ser aprobadas. Finalmente, se abandonaron en la «rutina parlamentaria», al perder su impulso inicial y desdibujar sus propuestas más necesarias y urgentes.

Los hechos electorales de 1998 hicieron evidente la voluntad popular de configurar una profunda renovación no sólo en el ámbito de las capas representativas de la vida política sino a nivel de la estructura jurídica del Estado. Por primera vez en la historia venezolana se procedía en forma democrática para elaborar de nuevo las «reglas del juego democrático» y sustituir a los representantes políticos tradicionales. En otras ocasiones también se había planteado en forma democrática la posibilidad de cambio político, pero ante el fracaso se procedía de inmediato a la ruptura del orden constitucional¹⁹.

A partir de la llegada a la Presidencia de la República de Hugo Chávez²⁰, se abrió un debate jurídico en el que se ventilaban dos opciones posibles: la primera giraba en torno a la pertinencia de la reforma de la Constitución, para plantear la convocatoria de la Asamblea Constituyente, en el mayor apego al régimen de Estado constitucional, fundado en la democracia representativa que regulaba la Constitución de 1961, y en el respeto a la supremacía de ésta. La segunda opción defendía que no era necesaria tal reforma para regular la Asamblea Constituyente, sino que, en virtud de la soberanía popular, el pueblo como titular del Poder Constituyente y en ejercicio de éste, podía manifestar su voluntad a través de un referéndum consultivo y así convocar dicha

¹⁸ Un amplio tratamiento de estos «frustrados» planteamientos de reforma general de la Constitución de 1961 se puede ver en *Comisión Universidad Constituyente, Contribución a la Asamblea Nacional Constituyente*, ob. cit. También hace referencia a ello, entre otros, Ricardo COMBELLAS en *¿Qué es la Constituyente?*. Ob. cit.

¹⁹ Esto ha sucedido en repetidas ocasiones en la historia de Venezuela, los cambios que inicialmente se planteaban por mecanismos democráticos eran finalmente consumados por la vía de la revolución, el golpe de Estado o una guerra. A. BREWER-CARÍAS nos ofrece un detallado estudio al respecto en su obra *Evolución Histórica del Estado*, ob. cit., y un tratamiento sintético en *La Constitución de 1999*, Ed. Arte, Caracas, 2000, p. 18 y ss. En este orden de ideas podemos señalar la elección presidencial de 1846 que 12 años después condujo a las Guerras Federales. Igualmente la elección de 1897 que desencadenó la Revolución de Queipa de 1898 y la Revolución Liberal Restauradora de 1899. Igualmente sucedió con el intento de cambio del sistema electoral que permitiera la elección presidencial directa en 1944, el cual fracasó y condujo a la Revolución de Octubre de 1945, revolución que consiguió un cambio radical del sistema político, pero por la vía violenta.

²⁰ Con un respaldo electoral del 33,52% de los electores, el cual se traduce en 3.673.685 votantes, un 6,45% de votos nulos y una abstención de 36,24%. Datos tomados de: Consejo Nacional Electoral (1998). *Resultados Elecciones Presidenciales 1998*. [Documento en línea] Disponible: http://www.cnc.gov.ve/clecc_rea/presidenciales.html [Consulta: 2000, junio 2].

Asamblea con el objetivo de elaborar una nueva Constitución. Fue esta última opción la que terminó imponiéndose como veremos a continuación.

2.2. *El equilibrio del Estado Constitucional: entre la soberanía popular y la supremacía constitucional*

Partiendo de la noción del poder constituyente y del poder de revisión constitucional, se puede encuadrar la coincidencia de los principios rectores del Estado Constitucional: la soberanía popular y la supremacía constitucional y su coexistencia en igualdad de condiciones dentro de la praxis del Estado Constitucional. Así, cuando por la vía constitucional se proponga y lleve a cabo un cambio en la normativa jurídica, en los términos que la Constitución presupone como requisitos de validez para esta modificación, estaremos en presencia del llamado poder de revisión o reforma constitucional. Pero en caso de que tal reforma sea plena y sea llevada a cabo a través de una asamblea, conformada por los representantes del pueblo, con el fin exclusivo de darse una nueva Constitución y no sólo de modificar ciertas instituciones y principios de la anterior, estaremos en presencia del Poder Constituyente, que operará en el ámbito jurídico y simultáneamente en el político. Coincidente con el criterio expuesto es el de Allan BREWER CARÍAS, quien señala respecto al incontenible proceso de cambio que se ha experimentado en Venezuela: «el dilema planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional, [...] no puede tener una decisión que derive de la sola discusión jurídica, sino que necesaria y básicamente tiene que tener una solución de carácter político, pero guiada por el órgano del Estado Constitucional, al que corresponde la jurisdicción constitucional»²¹.

En Venezuela de acuerdo con la Constitución de 1961, vigente en 1998, el órgano competente para conocer los conflictos en el ámbito de interpretación constitucional era la Corte Suprema de Justicia y fue ésta la que dictaminó la vía a seguir para la convocatoria al poder constituyente del pueblo.

Como antes señalamos, existían dos posiciones respecto a la vía que era jurídicamente correcta para hacer posible la conformación de una asamblea con carácter constituyente. La primera de ellas defendía con apego al principio de supremacía constitucional –vigente en el Estado constitucional inspirado por la democracia representativa–, que era requisito *sine qua non* realizar una reforma a la Constitución que permitiera incluir en su texto el mecanismo de convocatoria, puesto que las dos instituciones previstas, la enmienda y la reforma, no eran aptas para tal fin; por tanto, era indispensable crear esta institución dentro de la Constitución. La otra corriente argumentaba que, evocando el principio de soberanía popular, era factible consultar al pueblo, a través del mecanismo diseñado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política

²¹ A. BREWER-CARÍAS, *Asamblea Constituyente*, ob. cit., p. 161.

(LOSPP): el referéndum consultivo para los asuntos de gran «trascendencia nacional», respecto de su voluntad de ejercer el poder constituyente y elaborar una nueva Constitución, sin una reforma constitucional previa que incorporara a la categoría de norma constitucional el procedimiento de convocatoria de la Asamblea. Bastaría pues que el pueblo como soberano expresara su voluntad de convocar a la Asamblea, para que ésta fuera elegida posteriormente y se iniciara la reforma constitucional.

Se acudió a la Corte Suprema de Justicia para que, como máxima intérprete de la norma suprema, decidiera la procedencia o no de las opciones planteadas, se interpusieron dos «recursos de interpretación», los cuales pretendían que el máximo tribunal aclarara la confrontación entre el principio de supremacía constitucional y el de soberanía popular, esto es, la exigencia de una reforma previa a la convocatoria de la Asamblea o la convocatoria como mandato popular directo e inmediato.

2.2.1. *Sentencias de la Corte Suprema de Justicia*

El primero de los recursos de interpretación interpuesto, en fecha 21 de octubre de 1998, solicitaba a la Corte que se pronunciara respecto al alcance de la consulta por vía de referéndum, contemplada en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (LOSPP), puesto que, en opinión de los solicitantes, esta norma sólo establece la posibilidad de «consultar a los integrantes del cuerpo electoral nacional, sin que la opinión manifestada por dicho cuerpo pueda servir de fundamento a la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pues para ello sería necesaria la enmienda o la reforma previa de la Ley Originaria, ya que éstos son los únicos medios contemplados en el ordenamiento jurídico nacional para modificar válidamente la Constitución». Su petitorio estaba dirigido a lograr que la Corte estableciera «de manera cierta e indubitable la inteligencia y significado» del artículo señalado.

El otro recurso presentado en fecha 16 de diciembre de 1998 pretendía que el supremo tribunal interpretara el artículo 4 de la Constitución Nacional de 1961, concatenándolo con el artículo 181 de la LOSPP. En vista de la situación divergente planteada por las posturas ya mencionadas, los recurrentes pedían que la Corte estableciera con claridad «qué sentido debe atribuírsele a las referidas normas en cuanto a la posibilidad real o no de llevar a cabo dicha convocatoria a una Asamblea Constituyente». El artículo 4 de la Constitución de 1961 dispone que: «La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público»; tomando en consideración que la norma hace expresa mención al ejercicio de la soberanía por medio de los poderes públicos, los actores apelaban a este argumento para hacer ver que era indispensable una «reforma puntual de la Constitución de la República que cree la figura de la Asamblea Constituyente para llevar a cabo dicha convocatoria». Aclaraban que no se pronunciaban por ninguna de las dos posiciones encontradas, pero añadían que en vista de que «la propuesta del Presiden-

te Electo (Hugo Chávez) se basa tanto en el artículo 181 de la LOSPP, como en el artículo 4 de la Constitución, [...] no sería lógico pronunciarse en relación a la viabilidad constitucional de esta propuesta interpretando sólo el primero de estos artículos [...] sino que debe incluirse forzosamente la interpretación también del artículo 4 de la Constitución.»

En sendas Sentencias de la Sala Político Administrativa²² de fecha 19 de enero de 1999, el máximo tribunal resolvió los recursos interpuestos y dejó establecida la posibilidad de convocar a un referéndum²³, conforme con lo previsto en la LOSPP, la cual en su artículo 181 establece: «El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, el Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras, convocada con cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha de su realización, por el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los miembros presentes; o un número no menor del diez por ciento (10%) de aquellos electores inscritos en el Registro Electoral, tendrán la iniciativa para convocar la celebración de un referendo, con el objeto de consultar a los electores sobre las decisiones de especial trascendencia nacional. [...]».

Así, en la sentencia que resolvió el primero de los recursos, actuando como ponente el magistrado Héctor Paradisi León, publicada el 19 de enero de 1999, la Corte declara: «si es procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente. [...]». También agrega el contenido de la decisión: «ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso tiene una especial trascendencia nacional, en la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los Órganos competentes del Poder Público Nacional *diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos*; o para que, previamente, *tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza*» (las cursivas son nuestras). Además, remite expresamente al «fallo publicado en esta misma fecha, con motivo del recurso de interpretación interpuesto», esto es, el segundo de los referidos.

Como se puede observar, la Corte, lejos de dar una respuesta directa a la importante interrogante planteada, abre la posibilidad para que se realice el

²² Sentencias que pueden ser consultadas en Corte Suprema de Justicia (1999). *Recurso de Interpretación artículo 181* [Documento en línea] Política – Sala Político Administrativa. Disponible: <http://www.csj.gov.ve/sentencias/SPA/spa19011999-15169.html> [Consulta: 1999, febrero 25].

²³ A pesar de que, como se ha dicho, no existía en la Constitución tal posibilidad, lo cual refleja el carácter político de tales decisiones. De esta opinión es Alessandro PACE en «La muerte de una Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1999; quien señala que la sentencia del 19 de enero de 1999 «deja mucho que desear, tanto en la coherencia de su argumentación, como en su claridad conceptual. Sin embargo, debe prestarse atención a esta Sentencia y reflexionarse detenidamente sobre la misma, tanto por la importancia práctica que ha tenido en Venezuela –al legitimar dicha decisión, con toda la autoridad que le es propia, una decisión política bastante discutible desde el punto de vista jurídico–, como por la relevancia teórica de los problemas afrontados por la misma...».

referéndum consultivo, pero no establece con precisión el mecanismo que permita tal convocatoria sino que encarga tal cometido a los «órganos competentes», quienes decidirán si «diseñar» el procedimiento o reformar la Constitución. En opinión de BREWER CARÍAS, la cual compartimos, la «Corte no resolvió la discusión constitucional que estaba planteada»²⁴, puesto que si bien sus razonamientos permiten deducir que es apta la vía del referéndum para convocar la Asamblea, también dejan ver que no es suficiente, sino que se requerirá la elaboración de mecanismos de convocatoria y operatividad para tal Asamblea.

La remisión que hace a los «órganos competentes» no dice mucho, puesto que, de acuerdo con la Constitución y las leyes vigentes, no existía órgano alguno con tal competencia, ninguno de los Poderes Públicos podía modificar la Constitución en una forma distinta a la señalada en el artículo 245 de la Constitución (enmienda) y en el artículo 246 *ejusdem* (reforma) y por tanto eran incompetentes para regular la «convocatoria y operatividad» de una Asamblea Constituyente. En el segundo de los supuestos, esto es, en el caso que se reformara la Constitución para incluir la figura de la Asamblea, queda claro que los órganos competentes son, o bien las Cámaras Legislativas, o bien, las Asambleas Legislativas, conforme con los artículos 245 y siguientes de la Constitución de 1961, que establecen el procedimiento de reforma constitucional.

Por tanto, estimamos que el problema jurídico lejos de quedar resuelto, era identificado con mayor precisión por la Corte: ante la constitucionalidad de la convocatoria a un referéndum consultivo, conforme con la LOSPP, sobre la posibilidad de conformar una Asamblea Constituyente, es evidente su insuficiencia para ser considerado como un procedimiento constitucional (puesto que es un mecanismo previsto en una ley, y el régimen que regula los mecanismos de reforma constitucional debe tener rango constitucional, ya que al consistir en una limitación procedimental del poder constituyente, han sido previstos única y exclusivamente en el instrumento que ha juridificado a dicho poder, esto es, la Constitución, única norma apta para que el poder soberano se autolimite). Ante la insuficiencia del referéndum consultivo era preciso optar por una de las posibilidades planteadas, o bien que los órganos competentes diseñaran el mecanismo para la convocatoria a la Asamblea y su reglamentación –supuesto de imposible realización por la inexistencia de tales órganos competentes–, o bien la reforma de la Constitución y la incorporación de la figura de la Asamblea. En el primer supuesto, pudiera ser pertinente, desde el punto de vista jurídico-constitucional, prever que en la propia consulta popular, además de formularse las preguntas sobre el régimen de la Asamblea (carácter: unicameral o bicameral, forma de elección, condiciones de elegibilidad de sus miembros, las condiciones de postulación de éstos, duración y sus funciones y competencias en relación con los poderes constituidos), se permi-

²⁴ A. BREWER-CARÍAS, *Asamblea Constituyente*, ob. cit., p. 168.

tiera al pueblo pronunciarse sobre la determinación del «órgano competente» que debía formalizar ese régimen, en el marco de la vigencia de la Constitución de 1961. Sin embargo, el máximo intérprete de la Constitución no formuló esta posibilidad expresamente.

En la otra sentencia que emite la Corte con motivo del segundo recurso presentado a su conocimiento, también publicada el 19 de enero de 1999, pero teniendo como ponente al Magistrado Humberto J. La Roche, el supremo tribunal aclara que efectuará la *interpretación constitucional*, y no «interpretación de la Constitución», esto es, interpretación del ordenamiento jurídico como «combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del Derecho»²⁵, interpretación constitucional que se corresponde con la naturaleza del Estado venezolano como «Estado constitucional de Derecho fundado en la supremacía del estatuto constitucional».

Pretende fijar de conformidad con el petitorio de la parte actora el sentido y alcance del artículo 4 de la Constitución y del artículo 181 de la LOSPP, para ello entra a valorar el contenido del preámbulo de la Constitución de 1961, que establece como propósito fundamental de la nación venezolana: «sustentar el orden democrático como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos» y el derecho a la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de la vida estatal además del derecho a la consulta popular; los cuales, aunque no están expresamente consagrados en el texto de la Constitución de 1961, se pueden considerar como plenamente válidos en virtud del artículo 50 *ejusdem*, el cual prescribe: «La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.» Este artículo, según el criterio de la Corte, «consagra expresamente la posibilidad de la laguna constitucional, en el sentido de que una exigencia al derecho, fundamentada objetivamente por las circunstancias sociales, políticas y económicas dadas, no encuentre satisfacción en la Constitución misma». Su razonamiento se dirige a considerar que, aunque el derecho a la consulta popular no está expresamente establecido por la Constitución, lo que es una laguna constitucional, ésta no puede privar al pueblo soberano de ejercer un derecho que le es esencial e inherente, para tomar las decisiones políticas que le son propias.

En nuestra opinión, este razonamiento no es pertinente para resolver el fondo de la consulta planteada, puesto que obviamente tal derecho político (categoría a la que pertenece, aun cuando la Corte lo ubica como un derecho individual), debe ser garantizado en un Estado democrático, pero esto no implica que una consulta, *per se*, pueda ser apta para modificar la norma suprema de un Estado de Derecho. Lo que se pretendía era lograr que la Corte resolviera en torno al conflicto suscitado entre el principio de soberanía popu-

²⁵ El texto de la sentencia remite al libro de María Luisa BALAGUER, *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

lar y el de supremacía constitucional, ante la ausencia de previsión constitucional en relación con la figura de la Asamblea Constituyente.

Podría reformarse la Constitución e incorporar tal figura a su texto, dejando incólume la supremacía constitucional, pero desatendiendo la voluntad popular en forma inmediata, dejándola en un segundo plano (no de importancia sino de aplicación temporal), aunque en definitiva se estaría logrando el fin propuesto por el soberano, que era la convocatoria a una Asamblea Constituyente. De seguir esta vía sólo hubiese acarreado cierta demora, pero no se habría vulnerado ninguno de los principios; aunque en medio de la grave crisis política que vive el país, esa pérdida de tiempo pudiera considerarse muy significativa, pero definitivamente menos onerosa para la validez del sistema que la vulneración del texto constitucional, puesto que consideramos que cualquier intento de convocar una Asamblea sin estar prevista en el texto de la Constitución suponía una transgresión de la misma, ya que se le estaría derogando por una vía de hecho.

De no seguirse la vía de la reforma previa a la convocatoria, se contaba con la otra opción la cual permitía «sacrificar» la supremacía de la Constitución y convocar a un Asamblea para modificarla, aun cuando no se hiciera por las únicas vías institucionalizadas en el texto de la misma, todo esto para salvaguardar la vigencia del poder soberano del pueblo, quien puede en todo momento y en ejercicio del poder constituyente que le es propio, decidir cambiar la norma que regula el ordenamiento jurídico, por vías que este no ha previsto. Esta falta de previsión constitucional de la figura de la asamblea pudiera llegar a ser considerada como una laguna, la cual entonces podría ser superada por vía de la interpretación constitucional. Así pues, concatenando los principios rectores del ordenamiento jurídico, ponderando en el caso concreto los dos principios constitucionales en conflicto, esto es, la soberanía y la supremacía, el intérprete debería elegir uno de ellos como de aplicación preferente, ante las circunstancias planteadas, pero sin que esto implique la pérdida de vigencia del otro, sino una simple cesión en el orden de aplicación de uno de ellos a favor del otro, por ser la solución más racional y la más eficaz para conseguir el fin planteado, el cual era legítimo en el marco del Estado democrático de Derecho. Razonando por esta segunda vía, la cual no aceptamos como jurídicamente apropiada, en nuestra opinión llegaríamos a la misma solución: la necesidad de salvaguardar la supremacía constitucional, sin que esto signifique que el principio de soberanía popular pierda validez, sino que estaría cediendo a favor de aquel que sea más apropiado para lograr el fin propuesto, con el menor coste para el sistema. Con una reforma previa a la Constitución y la subsiguiente regulación de la Asamblea Constitucional, se garantizaría la seguridad jurídica del ordenamiento, en tanto en cuanto la Constitución era observada plenamente y se ejecutaba el mandato de la voluntad del pueblo soberano, en una forma racional, garantizándole que tal ejecución se haría conforme con unas reglas de juego preestablecidas por el propio soberano.

La Corte en una larga sentencia hace una serie de razonamientos en torno al poder constituyente, con los cuales coincidimos, pero que al final no fueron

usados por el Supremo Tribunal para decidir con claridad meridiana cuál era el camino a seguir, puesto que si bien es cierto declara apto el referéndum consultivo del artículo 181 LOSPP, no señala el mecanismo a cumplimentar para convocar la asamblea, sino que de nuevo deja en manos de los «órganos competentes» tal decisión, pero ¿quiénes son estos?, si tales órganos competentes no están definidos por la Constitución.

La Corte en la sentencia del magistrado Humberto J. La Roche hace referencia a tres conceptos capitales de la teoría del poder constituyente, que creemos pertinente retomar. En primer término, señala al poder constituyente originario, el cual «se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional», el cual sólo se manifiesta una vez, al constituirse el Estado, y si se manifiesta de nuevo lo haría como producto de una situación fáctica, una revolución que colapsara el sistema jurídico creado por ese poder al configurar la estructura estatal. Este poder prejurídico, absoluto e ilimitado se ordena racionalmente al juridificarse, es decir, al constitucionalizarse. El pueblo asume su Constitución como norma que rige las manifestaciones de su poder soberano y la declara de observancia prevalente, en la jerarquía de aplicación del sistema jurídico del que se ha dotado. Se autolimita como garantía de la eficacia de los principios que informan su ordenamiento jurídico, como mecanismo de preservar la libertad y la igualdad, en el marco del Estado democrático constitucional.

Los dos conceptos restantes que hemos calificado como capitales, el poder de reforma o de revisión o «poder constituyente instituido» y los poderes constituidos, también encuentran cabida en los razonamientos que hace la Corte. Así pues, la reforma constitucional resulta de la convergencia de los principios de soberanía popular y de supremacía constitucional, los cuales son pilares del Estado Constitucional, y tendrá a su cargo la adaptación de la Constitución a los cambios sociales propios de la evolución de la comunidad, para lo cual el poder constituyente ha previsto en la norma suprema el procedimiento que se deberá llevar a cabo a tal fin, como consecuencia de la característica de rigidez que es propia las constituciones actuales. Al respecto la Corte establece, en la sentencia que analizamos, que «la competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución conforme a lo previsto en su mismo texto, es Poder Constituyente Instituido o Constituido, [...] (el cual) está limitado y regulado, a diferencia del Poder Constituyente Originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido».

Por su parte, los poderes constituidos son producto de la voluntad del poder constituyente, manifestada a través de la consagración de éstos en el texto constitucional, al cual están sometidos en sus actuaciones y les es imposible modificar, señala la Corte: «cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, estamos en presencia del Poder Constituido».

Reafirma la Corte que el poder constituyente, ya se trate del originario o del instituido, no podrá nunca estar a disposición de los poderes constituidos. Además de estos enunciados, podemos deducir, que si bien es cierto el poder

constituyente originario corresponde al pueblo, es éste como tal quien tiene facultades absolutas e ilimitadas; no así sus representantes en la Asamblea Constituyente, los cuales son sólo mandatarios elegidos por el pueblo para un fin determinado, pero nunca pueden confundirse con el propio pueblo soberano, ni puede identificarse a la Asamblea con el poder constituyente originario. Es apropiado tomar en cuenta la útil distinción que hacen los autores alemanes²⁶, entre lo que han denominado el «Soberano» y el «órgano soberano». El soberano, esto es, el pueblo organizado políticamente, no tiene limitaciones legales como poder constituyente, pero los órganos del soberano, además de las limitaciones que éste le impone, están sometidos a diferentes tipos de control, incluido el político, por parte de quienes le han elegido, a través del referéndum aprobatorio del texto constitucional que han elaborado

Partiendo de la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos, la Corte concibe al primero como ilimitado frente a las normas constitucionales que regulan los poderes constituidos y que en ningún caso podrán imponer barreras al poder constituyente, así pues, señala el máximo tribunal que «nuestra Carta Magna, no sólo predica la naturaleza popular de la soberanía sino que además se dirige a limitar los mecanismos de reforma constitucional que se atribuyen a los poderes constituidos, en función de constituyente derivado». Aquí la Corte incurre en un error²⁷, puesto que no es cierto que la Constitución venezolana atribuya el procedimiento de reforma a los poderes constituidos, «en función de constituyente derivado». Si bien es cierto que los poderes constituidos participan en el procedimiento de reforma constitucional y pueden tener la iniciativa, lo hacen siempre junto con la participación popular, a través del referéndum aprobatorio.

Partiendo de esta afirmación incorrecta, la Corte continúa su exposición diciendo que «cuando los artículos 245 al 249 de la Constitución consagran los mecanismos de enmienda y reforma general, están regulando los procedimientos conforme a los cuales el Congreso de la República puede modificar la Constitución. Y es por tanto, a ese Poder Constituido y no al Poder Constituyente, que se dirige la previsión de inviolabilidad contemplada en el artículo 250 *ejusdem*». El texto del mencionado artículo es del siguiente tenor «Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. [...]». Este artículo, durante la vigencia de la Constitución, se aplica al «poder constituyente instituido» en su actividad de reforma, y se consolida como un freno a la aparición del poder constituyente originario, que pudiera manifestarse por vías de hecho, de acuerdo con los principios de supremacía constitucional y soberanía popular. Por tanto, tampoco nos parece admisible la

²⁶ C. M. McILWAIN, *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge, 1939, p. 65. Este autor es citado por A. BREWER-CARÍAS en *Evolución histórica del Estado*, ob. cit., p. 97.

²⁷ En este mismo orden de ideas se pronuncia A. BREWER-CARÍAS, en su libro: *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, p. 104 y ss.

afirmación de la Corte respecto al destinatario del artículo citado y de la sanción que el mismo contiene²⁸.

Continúa la Corte con su argumentación respecto a las características de ilimitado y absoluto, propias del poder constituyente originario, se expresa en estos términos: «Sin embargo, en ningún caso podría considerarse al Poder Constituyente originario incluido en esa disposición (el ya citado artículo 250 de la Constitución), que lo haría nugatorio, por no estar expresamente previsto como medio de cambio constitucional. Es inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos, aún cuando estos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente». Es aceptado como inequívoco que el poder constituyente no pueda ser limitado por disposiciones producidas por los poderes constituidos, en virtud del principio de soberanía popular, pero también se ha reconocido como base del sistema el principio de supremacía constitucional, y en aplicación de éste es erróneo asegurar que el poder constituyente no esté sometido a su propia obra, a la Constitución a través de la cual él mismo se ha autolimitado procedimentalmente, como garantía de su óptimo funcionamiento en ejecución de la voluntad soberana que representa, recordemos que la misma Corte en su sentencia hace referencia a que la Constitución obliga tanto a gobernantes como a gobernados, y estos últimos son los miembros del cuerpo electoral, de la sociedad políticamente organizada, por tanto el poder constituyente está condicionado por las normas de rango constitucional que él mismo ha diseñado. Además, debemos repetir que no es correcto decir que los poderes constituidos actúen en forma extraordinaria en funciones constituyentes, puesto que éstos sólo participan como representantes populares que son, pero sin la intervención del pueblo no puede llevarse a cabo la labor constituyente.

La sentencia además señala que «ésta, indudablemente, es la tesis recogida por el propio constituyente de 1961 (se refiere a la señalada en el párrafo anterior), el cual consagró normas reguladoras de la reforma o la enmienda de la Constitución dirigidas al Poder Constituido y a un tiempo, incluso desde el Preámbulo, la consagración de la democracia como sistema político de la nación, sin soslayar, coherentemente, el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo. Ello conduce a una conclusión: la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquella, dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decide ejercerla». Es necesario

²⁸ Preveía este artículo, como consecuencia de las acciones que atentaran contra la vigencia de la Constitución, el enjuiciamiento conforme con la normativa por ella establecida, así, en su texto se puede leer: «serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y así mismo los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado».

recalcar que estas normas a las que se refiere la Corte, en nuestra opinión, sí son aplicables al poder constituyente y no sólo a los poderes constituidos en los términos en los que lo hemos señalado en los apartes anteriores, tales normas constituyen la expresión del principio de rigidez constitucional, que obliga a seguir los caminos indicados en la norma suprema, para reformarla, pero que también deben ser observadas por el poder constituyente originario, porque como bien lo dice la Corte «la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decida ejercerla». Son límites autoimpuestos por el poder constituyente originario y como tal tienen rango constitucional, pues es ésta la única vía que resulta pertinente. Así, el constituyente de 1961, al sancionar la Constitución, en representación del poder soberano (el pueblo), decidió ejercer la soberanía y convertir el proceso de reforma constitucional en supremacía constitucional. Entonces, la Constitución rige incluso para el pueblo, que es quien se ha impuesto la autolimitación consistente en que la misma sea reformada, con su directa participación, a través del referéndum aprobatorio.

Además, en este párrafo de la sentencia, que recién hemos citado, se puede colegir, y así lo ha hecho la Corte, que en el supuesto de que la soberanía del pueblo se manifieste mediante «los mecanismos jurídicos de participación», caso del referéndum consultivo que prevé la LOSPP, a través del mismo pueda implantarse otro mecanismo de reforma constitucional, cediendo allí el orden de aplicación del principio de supremacía constitucional a favor de la soberanía popular. Fue éste el «punto medular de la solución política que el máximo órgano jurisdiccional dio al conflicto que estaba planteado»²⁹, entre los dos principios básicos del Estado Constitucional. En vista de que no está prevista, en la Constitución, la figura de la Asamblea Constituyente como «poder constituyente instituido» para la reforma constitucional, tal Asamblea puede ser convocada como consecuencia de una consulta popular realizada mediante el referéndum consultivo, con lo cual se convierte la soberanía popular, de nuevo, en supremacía constitucional. Fue la opción políticamente apropiada, pero en el plano jurídico quedaron situaciones por aclarar. Las decisiones de los tribunales constitucionales suelen ser, además de jurídicas, políticas; sobre todo en casos, como el que nos ocupa, en los que la normativa constitucional no ofrece un contexto apropiado y suficiente para resolver los conflictos, es preciso, pues, acudir a la interpretación judicial.

La sentencia que tratamos hace expresa referencia a los pilares del Estado venezolano, en su texto puede leerse «El Estado constitucional venezolano cimienta su estructura y razón de ser en dos principios fundamentales: a) Por un lado, en la tesis de la democracia o «gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo»; b) por el otro, en el principio de la supremacía de la Constitución, que coloca a ésta en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, lo

²⁹ A. BREWER-CARÍAS, *Poder Constituyente Originario*, ob. cit., p. 110.

cual obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella.» Atendiendo a estos principios y a la divergencia que se plantea entre ellos, la Corte asume que en virtud del artículo 4 de la Constitución, que contempla expresamente el principio de la representación popular, esto es, de la democracia representativa, por «estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que éste no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del poder público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio»; el titular de la soberanía podrá hacerla valer en forma inmediata o directa, en aquellos asuntos para los que no haya previsto en la Constitución delegación expresa. Concluye la Corte que «la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares, no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no exista previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo». La democracia representativa podrá ser sustituida por la directa en aquellos casos en los que la naturaleza del asunto tratado así lo exija, la vía de referéndum es por tanto válida. Esto ha sido reiterado pero no es todo lo que se necesita para desarrollar la tarea constituyente en forma ortodoxa, puesto que el iter procedimental no ha sido establecido.

El comentario que hace BREWER-CARÍAS respecto de la sentencia nos confirma la ambigüedad de la decisión, que hemos tratado de mostrar en las líneas precedentes. Así, sostiene el autor citado que «nada nuevo dijo la Corte y menos aún resolvió y decidió en forma precisa y clara sobre el asunto que le fue planteado³⁰»; es más, se ratifica la incertidumbre creada por la primera de las sentencias que remite a los órganos competentes el diseño del mecanismo institucional apto para la convocatoria, sin que éstos existan en la Constitución. Esta segunda sentencia deja ver que conforme con el criterio del máximo tribunal no es suficiente la consulta popular para la convocatoria y conformación de una Asamblea Constituyente, puesto que tal consulta sólo sería un «mandato político obligatorio [...] para que los órganos del Poder Público *competentes* procedan a efectuar las modificaciones jurídicas derivadas de la consulta popular. [...] Sólo después de que estas modificaciones se efectúen, conforme al criterio de la Corte, es que la consulta popular sería efectiva».

A pesar de que, en estricto apego al contenido de los principios rectores del Estado constitucional, estas sentencias fueron bastante inexactas³¹, la sociedad venezolana consiguió en ellas una vía que hacía posible el cambio requerido con tanta urgencia y que sólo era propicio teniendo como base la democracia.

³⁰ A. BREWER CARÍAS, *Asamblea Constituyente*, ob. cit., p. 173 y ss.

³¹ Además de haber contribuido con la inobservancia a la normativa constitucional vigente como lo han expresado diversos autores entre ellos el ya citado A. PACE, Víctor HERNÁNDEZ MENDIBLE, quien en «La contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, la democracia y el estado de Derecho», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, 2000, hace un interesante análisis crítico de las cuestionables actuaciones de la entonces Corte Suprema de Justicia.

La opinión pública se inclinó rápidamente a iniciar la etapa de transición tomando como punto de arranque un referéndum consultivo en el que el pueblo expresara su voluntad, afirmativa o negativa, de convocar una Asamblea Constituyente, sin necesidad de una reforma previa y así se procedió. La Corte había dejado allanado el empleo de este instrumento³². Interpretando las sentencias del 19 de enero se podía colegir la validez del referéndum consultivo para convocar la Asamblea Constituyente, aun cuando los argumentos empleados por la Corte en sus sentencias no fueran del todo convincentes en el plano jurídico, lo cual pasamos a explicar ahora.

2.2.2. Bases del sistema democrático: la democracia representativa y la supremacía constitucional. La democracia directa como principio supletorio

El artículo 4 de la Constitución de 1961 consagra el principio de democracia representativa como base del ordenamiento jurídico venezolano, ya que según su texto la soberanía popular que reside en el pueblo será ejercida por éste, mediante el sufragio, a través de los representantes que ha elegido para que cumplan con las funciones de los poderes públicos. En la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961 es calificado como «principio básico» del sistema democrático y ha sido adoptado como tal en el devenir de toda nuestra historia republicana³³.

La soberanía como poder perteneciente al pueblo sólo podrá ser ejercida por éste a través de sus representantes, a los cuales elegirá empleando los canales democráticos diseñados a tal fin: el sufragio y las elecciones populares. Dichos representantes recibirán el mandato de llevar a cabo las funciones públicas inherentes a los poderes públicos. Partiendo de este «principio básico» del artículo 4 de la Constitución de 1961, e interpretándolo en forma rigurosa, se puede deducir que para convocar y elegir los integrantes de una Asamblea Constituyente, es indispensable crear la institución en el texto de la Constitución, como un órgano competente de representar al soberano, para que a través suyo el pueblo ejerza su soberanía; e igualmente regular, por vía constitu-

³² En palabras de la entonces presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Cecilia Sosa Gómez, se puede corroborar la amplia influencia en el desarrollo del proceso constituyente venezolano, que tuvieron las decisiones que hemos venido comentando. Así se expresaba ésta en el periódico *El Nacional*: «Nosotros, en la sentencia del 19 de enero, admitimos la posibilidad de convocar una Asamblea Constituyente mediante referéndum consultivo. Lo hicimos con fundamento en los artículos 4 y 50 de la Constitución vigente, es decir, la primacía de la soberanía popular y el derecho a la participación. Ello significa que la Constitución del 61 está permitiendo la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, por lo cual tiene un peso muy importante en el devenir del país». C. SOSA GÓMEZ (1999, marzo 12), «La Asamblea tendrá la fuerza que le demos los ciudadanos», *El Nacional* [Periódico en línea]. Disponible: <http://www.elnacional.com/eln120399/pd1s3.htm> [Consulta: 1999, marzo 12]

³³ A. BREWER-CARÍAS da una visión amplia y muy completa de la evolución de este principio en la historia del constitucionalismo venezolano, se puede ver en el libro *Asamblea Constituyente*, ob. cit., pp. 182-192.

cional, el sistema de su elección, el procedimiento a seguir por ésta, sus mecanismos de funcionamiento, para así garantizar al pueblo el desarrollo del proceso constituyente con apego total a su voluntad, la cual ha expresado en forma inequívoca al aprobar el contenido de la reforma constitucional que incorporó la figura de la Asamblea Nacional. Aquí es oportuno señalar la necesidad de autolimitarse formalmente que le es propia al poder constituyente para brindarle a su titular una garantía de racionalidad y de acatamiento absoluto de su voluntad.

La nueva realidad política del país que se manifestó en la sonora petición de cambio de líderes, de reglas de juego y de la regulación jurídica en las elecciones de noviembre y diciembre de 1998, sólo podía interpretarse conforme con lo que eran: hechos políticos que traducían manifestaciones de voluntad popular, que tenían que actualizarse constitucionalmente, como expresiones de la falta de coincidencia entre el «tiempo social y el tiempo estatal», que requerían ser adecuadas, a través de la actualización de la constitución material en la formal. Por tanto, insistimos, la vía más apropiada era la que garantizara la observancia de la Constitución, puesto que a través de ella el poder soberano instituyó su voluntad en normas de obligatorio cumplimiento para gobernantes y gobernados, vía lógica para dotar al sistema del principio de seguridad jurídica, rector de la estructura creada por un Estado de Derecho. Si bien es cierto que el poder constituyente es ilimitado en cuanto a su voluntad, y sólo puede autolimitarse procedimentalmente, de esto no se deduce que un órgano constituido pueda violentar las normas constitucionales enarbolando como lema la voluntad del soberano, ya que el problema planteado no era sólo de manifestación popular sino de orden constitucional, puesto que el pueblo ha decidido a través de la adopción de la Constitución como norma suprema, que sus actuaciones serán siempre conformes con dicha norma, nunca en su contra, puesto que tal circunstancia sería una vía de hecho que atentaría contra los derechos y libertades del mismo pueblo.

El conflicto planteado entre los principios de soberanía popular y supremacía constitucional, en el marco de la democracia representativa, fue resuelto por la Corte, haciendo uso del argumento que permite recurrir a la democracia directa en forma supletoria o subsidiaria. Así pues, establece la Corte en el texto de la sentencia con ponencia del magistrado Humberto J. La Roche, que si bien es cierto el artículo 4 de la Constitución «consagra exclusivamente el principio de representación popular», puesto que establece que el pueblo ejercerá la soberanía, mediante el sufragio, a través de los órganos del poder público, no se le puede impedir al pueblo que la ejerza (la soberanía) en forma directa, porque «indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce». Esto implica que en aquellos casos en los que el titular de la soberanía no ha hecho su delegación expresamente, podrá ejercerla *per se*, situación que nos ubica en el campo de la democracia directa o participativa. Si «la Constitución ha previsto a través del sufragio la designación popular de los órganos de representación, pero no ha

enumerado los casos en los cuales esta potestad pueda directamente manifestarse», entonces se puede sostener con apego a la lógica que esto «no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo».

El argumento que emplea la Corte se basa en el ejercicio de la democracia directa en aquellos supuestos en los que no se haya regulado constitucionalmente la delegación del ejercicio de funciones públicas en representantes. Pero el caso que nos ocupa es uno de aquellos en los que la Constitución sí se ha pronunciado, puesto que contempla los mecanismos de reforma constitucional, aun cuando no la institución de la Asamblea Constituyente, no obstante, atendiendo al principio de rigidez constitucional, el pueblo a través de su norma suprema claramente previó que sólo sus representantes competentes podrían modificar el texto constitucional y con la aprobación posterior por parte del propio pueblo, a través del «referéndum aprobatorio» de tales modificaciones. La opinión de BREWER CARÍAS, que compartimos, manifiesta la improcedencia de tal razonamiento, puesto que no estamos ante un supuesto de los asumidos por la Corte como válidos para el empleo de la democracia directa o participativa, ya que se apelará a ella, según sostiene la Corte, «cuando no exista previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes», por interpretación en sentido contrario, «cuando existe previsión expresa de la norma constitucional sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes, no podría manifestarse directamente dicha soberanía popular»³⁴. Y esta previsión expresa está contenida en los artículos 246 y siguientes de la Constitución venezolana de 1961, con lo cual no es un caso de ejercicio supletorio o subsidiario de la democracia directa, puesto que se corresponde con los supuestos del ejercicio de la democracia representativa del artículo 4 *ejusdem*.

3. LA INICIATIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA LA CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

3.1. *Decreto Presidencial n.º 3 de 2 de febrero de 1999*

Partiendo de la posibilidad que planteó la Corte de realizar un referéndum para consultar al pueblo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, por la vía del artículo 181 de la LOSPP, la cual fue interpretada como una tercera vía, distinta de las dos formas previstas por la Constitución para su cambio, la enmienda y la reforma; el Presidente de la República en cumplimiento

³⁴ A. BREWER-CARÍAS, *Poder Constituyente Originario*, ob. cit., p. 88.

de una de sus propuestas electorales contenidas en su programa de gobierno, dictó el Decreto n.º 3, de fecha 2 de febrero de 1999, publicado en *Gaceta Oficial* n.º 36.634 de la misma fecha, el cual solicitaba la convocatoria al referéndum consultivo al Consejo Nacional Electoral. Así pues, decretó por medio del artículo 1 la «realización de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente».

En este decreto nada se estableció respecto a los elementos que debían configurar el régimen de tal asamblea, pues la Corte había establecido que una de las formas posibles para materializar esta tercera vía de cambio constitucional era que en la consulta popular, además, se formularan las preguntas sobre el régimen de la constituyente. El texto del decreto omitió cualquier referencia a la regulación de la asamblea, sustituyendo este aspecto por una solicitud al pueblo de delegación al propio Presidente de la República para regular únicamente las bases del proceso comicial en el que se elegirían los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC). El texto del Decreto n.º 3 en su artículo 3, era el siguiente:

«El instrumento electoral contendrá las siguientes preguntas que serán contestadas con un “sí” o un “no”.

Primera: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa?.

Segunda: ¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?.»

La redacción del numeral primero de este decreto deja ver que se le está solicitando al pueblo que otorgue unos poderes imprecisos e ilimitados, pues transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico sin más parámetros de referencia que el «funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa» puede exponer a una variada gama de posibilidades. Además, este texto se aleja de la naturaleza del referéndum autorizado por la Corte Suprema de justicia y previsto en la LOSPP, que es *consultivo*. Con esta pregunta se pretende que el pueblo tome directamente la decisión, el numeral dice «¿convoca usted...», no se le está consultando sobre su voluntad de convocar o no la asamblea sino se le está pidiendo que lo haga *per se*. Esto en opinión de BREWER-CARÍAS³⁵, la cual compartimos, convierte la consulta en un referéndum decisorio, plesbicitario o autorizatorio y más aún si analizamos la redacción del segundo numeral, la cual dice textualmente «¿autoriza usted al Presidente de la República...», responder afirmativamente a esta pregunta traería como consecuencia darle al Presidente de la República unas competencias

³⁵ A. BREWER-CARÍAS, *Asamblea Constituyente*, ob. cit., p. 240

que contravienen la Constitución vigente, además que atentaría contra el derecho de participación política, al que la Corte recurrió para admitir la realización del referéndum sobre la convocatoria a la Asamblea. Este tipo de referéndum no previsto en la LOSPP no podía tener tampoco un requisito en cuanto a la mayoría necesaria de los votantes para darle validez, cosa que sí ocurre, por ser de capital importancia al igual que el caso que nos ocupa, con el referéndum aprobatorio para la reforma de la Constitución de conformidad con el artículo 246 de la Constitución, en el cual se exige la «mayoría de los sufragantes». Con lo cual, en el supuesto negado que se realizara en esta forma, no existiría parámetro alguno que permitiera saber si la decisión era en realidad legítima.

El Decreto n.º 3 fue objeto de diversas acciones contencioso-administrativas de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad, que se ejercieron ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, las cuales fueron declaradas inadmisibles por el Juzgado de Sustanciación de la Sala, argumentando que dicho decreto «era un acto no revisable directamente por la jurisdicción contencioso-administrativa»³⁶, debido a que no producía «efectos externos», sino que se trataba de una simple «solicitud» formulada ante el Consejo Nacional Electoral, órgano que de conformidad con el artículo 184 de la LOSPP era el competente para poner fin a la vía administrativa del proceso de convocatoria de los referendos, a través del acto de revisión y verificación del cumplimiento de los requisitos legales por la solicitud, acto éste que otorga eficacia externa, y con el cual se culmina el procedimiento administrativo, y en consecuencia, era este acto el que podía ser revisado jurisdiccionalmente mediante un recurso contencioso electoral, puesto que, de conformidad con el artículo 226 *ejusdem*, «los actos emanados del Consejo Nacional Electoral agotan la vía administrativa y ellos sólo podrán ser impugnados en vía judicial».

3.2. Resolución del Consejo Nacional Electoral n.º 990217-32

Con base en este Decreto el Consejo Nacional Electoral emitió la Resolución n.º 990217-32, de fecha 17 de febrero de 1999, en la que se reproducía íntegramente el texto de aquel decreto, lo que hizo que se interpusieran en su contra acciones de nulidad, de conformidad con lo resuelto por el Juzgado de Sustanciación en la inadmisibilidad de los recursos de inconstitucionalidad e ilegalidad contra el Decreto. En este acto se fijó la fecha de celebración del Referéndum Consultivo, el 25 de abril de 1999. Por tener como fundamento un acto en

³⁶ Declaratoria de inadmisibilidad del recurso por inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto n.º 3 de fecha 2 de febrero de 1999, por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 04 de marzo de 1999. Expediente n.º 15.618 recurso intentado por el Abogado Allan Brewer-Carías. Este texto ha sido consultado en Corte Suprema de Justicia (1999). *Declaratoria de Inadmisibilidad del recurso contra el Decreto n.º 3* [Documento en línea] Sala Político Administrativa. Disponible: <http://www.csj.gov.vc/sentencias/SPA/JS/spa-js04031999-15618.html> [Consulta: 1999, marzo 03].

el que se establecía la convocatoria a un referéndum «decisorio» —contraviniendo la doctrina de la Corte que había admitido el empleo de la figura del referéndum de la LOSPP para consultar al pueblo su voluntad de convocar a la Asamblea Constituyente—, esta Resolución estaba viciada de nulidad en su causa pues violentaba las normas constitucionales referidas al derecho a la participación política, al principio de democracia representativa; y confería al Presidente de la República competencias no contenidas en las atribuciones que le señala la Constitución, lo que le hacía depositario de un poder ilimitado, sin el más mínimo control siquiera del Consejo de Ministros. Un poder equivalente al poder constituyente, puesto que le permitiría determinar la forma de convocar a una asamblea que podría «transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, que permita el funcionamiento de una democracia social y participativa». Hemos visto que el poder de darse una Constitución sólo le pertenece al pueblo y está inmerso en un orden racional que le impone mecanismos procedimentales predeterminados, por el propio pueblo, para que sea garantizado su ejercicio en concordancia con la voluntad del titular, no puede ser delegado en forma irrestricta, y menos en una sola persona que pretenda actuar en nombre de toda una colectividad. Los mecanismos de ejercicio deben desarrollar los postulados democráticos que les inspiran y por tanto deben partir del diálogo, del consenso, de la discusión y no de la autoridad de un líder que pretende erigirse como representante de un país. Se cambiaría de titular el poder soberano, con lo cual no se realizaría un proceso constituyente conforme con los principios que le caracterizan y que hemos referido en el Capítulo II, sino se trataría de una usurpación del poder, de un cambio fáctico en la lógica del Estado, de un abandono de la democracia como sistema. De permitirse esta situación se lesionaría la estabilidad del Estado democrático y se violentaría la racionalidad que le estructura, pues al proceder contra los principios constitucionales se estaría dejando sin sentido una de las funciones esenciales de la Constitución, el garantizar el control en el ejercicio de los poderes y su carácter de norma suprema del ordenamiento jurídico.

3.3. *La anulación de la Resolución del Consejo Nacional Electoral n.º 990217-32*

Ante el cúmulo de observaciones e impugnaciones que se hicieron respecto del texto del Decreto n.º 3, de sus consecuencias nugatorias para la Constitución y los fundamentos del Estado democrático; el Presidente de la República, Hugo Chávez, se vio obligado a modificar el citado Decreto, para lo cual emitió un acto administrativo, de fecha 10 de marzo de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela bajo el n.º 36.658, mediante el cual ordenaba publicar la propuesta del Ejecutivo Nacional que fijaba las bases de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), la cual sería sometida «para la aprobación del pueblo en el referéndum convocado por el Consejo Nacional Electoral a celebrarse el día 25 de abril de 1999».

Este cambio en el Decreto n.º 3, que era la base sobre la que se había formulado la Resolución n.º 990217-32 del Consejo Nacional Electoral (CNE), lógicamente traería como consecuencia la modificación de tal Resolución, para incorporarle, al texto de las preguntas del referéndum, los elementos contenidos en las bases que emitió el Ejecutivo, que conformaban el régimen de la ANC, lo que permitía que el pueblo ejerciera en la forma debida el derecho a la participación a través de la consulta prevista para el 25 de abril.

Pero antes de que esto ocurriera, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, anuló la segunda pregunta del texto que se sometería a consulta popular, contenido en la Resolución n.º 990217-32 del CNE. Lo hizo mediante sentencia de fecha 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Hector Harting, en la que se declaró que había lugar a una de las varias impugnaciones que se habían interpuesto contra el texto del Decreto n.º 3 (y posteriormente por una reforma del libelo se había interpuesto contra la Resolución n.º 990217-32 del CNE). La Corte señaló que era indispensable formular, junto con la pregunta que consultaba sobre el acuerdo de convocar a la ANC, otra que permitiera consultar sobre las reglas fundamentales que detallan su organización y régimen general. En vista de que la Resolución impugnada ignoró tales postulados al pretender delegar en el Presidente de la República la fijación de las bases de los comicios por los que se elegirán los miembros de la ANC, consideró la Corte que tal Resolución era inconstitucional, puesto que lesionaba el derecho a la participación política previsto por la vía establecida en el artículo 50 de la Constitución de 1961. Además, estableció su ilegalidad por colidir con el artículo 181 de la LOSPP que prevé un *referéndum consultivo* y no una *consulta plebiscitaria*, modalidad «dirigida a delegar en determinado funcionario o persona la realización de específicas tareas y gestiones». Por tanto, la Sala Político Administrativa declaró con lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de la mencionada Resolución y en consecuencia anuló la segunda pregunta de ésta, ordenando al CNE reformular el contenido de dicha pregunta «examinando las bases publicadas como Propuesta del Ejecutivo Nacional para fijar la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 36.658, de fecha 10 de marzo de 1999, y decidir sobre su incorporación al referendo consultivo»³⁷.

La Corte analizó también el contenido de la pregunta número 1, como punto previo al estudio de la segunda pregunta, y dejó rotundamente establecido que la posibilidad de convocar una ANC y su efectiva convocatoria no implicaría de ningún modo «la alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de Derecho», puesto que tal circunstancia está vinculada en su estructura al «propio espíritu de la Constitución vigente». Con lo cual la

³⁷ Texto de la sentencia, que se puede consultar en: Corte Suprema de Justicia (1999). *Referéndum. Nulidad de convocatoria*. [Documento en línea] Sala Político Administrativa. Disponible: <http://www.csj.gov.ve/sentencias/SPA/spa-18031999-15679.html> [Consulta: 1999, abril 12].

transformación del Estado y el establecimiento de un nuevo orden jurídico-político debía hacerse de conformidad con los valores de la democracia «social y participativa». Esto permite colegir que la actuación de la ANC, como órgano electo por el pueblo para que ejerza en su nombre las funciones constituyentes, estaría limitada por la voluntad popular dentro de los parámetros del Estado democrático.

Estos parámetros conducen a aceptar la plena vigencia de la Constitución de 1961 durante el proceso constituyente, ya que es ésta la que garantiza la vigencia del Estado de Derecho y por tanto en ningún caso se podrá desconocer su contenido ni actuar en contra de sus previsiones. Y así lo reafirmó la Corte Suprema de Justicia. Por tanto, el respeto a los derechos fundamentales, la democracia como base del sistema, las atribuciones de los poderes constituidos, y todos los principios que informan el conjunto del ordenamiento jurídico y sus normas, no podrán ser dejados de observar en forma plena. Además, el pueblo decidirá conforme con las bases comiciales que aprobará en el referéndum el mecanismo procedimental de funcionamiento de la ANC, para garantía del respeto a su voluntad.

3.4. *Reformulación de las preguntas del referéndum del 25 de abril de 1999*

La sentencia antes referida declaraba la nulidad de la pregunta número dos de la Resolución n.º 990217-32 del CNE, lo que exigía la reformulación del contenido de la pregunta acatando lo dispuesto por la Corte y llenando los extremos por ella exigidos, examinando las bases propuestas por el Presidente de la República. Imponía también la obligación de decidir sobre su incorporación al referéndum consultivo a los efectos de garantizar el derecho a la participación política.

El CNE, como consecuencia de la sentencia, dictó una nueva Resolución, la n.º 990323-70, de fecha 23 de marzo de 1999, en la cual reprodujo las bases fijadas por el Presidente de la República, mediante el antes señalado acto administrativo de fecha 10 de marzo de 1999, en el que había establecido las bases de la convocatoria de la ANC y su sometimiento a la aprobación del pueblo por medio del referéndum del 25 de abril. Como se puede notar, el acto administrativo del Presidente (10 de marzo) era de fecha anterior a la sentencia (18 de marzo), por esta circunstancia en el texto de dicho acto reproducido por el CNE en la nueva Resolución, se mantenía la afirmación del «carácter originario que recoge la soberanía popular»³⁸ de la ANC (muestra de que el CNE no acató la decisión de la Corte que le imponía reformular la pregunta

³⁸ Base comicial octava, que fue reproducida por la Resolución No. 990323-70 bajo el número 10, su texto se puede ver en Corte Suprema de Justicia (1999). *Solicitud de ejecución y cumplimiento de la Sentencia del 19 de marzo de 1999*. [Documento en línea] Sala Político Administrativa. Disponible: <http://www.csj.gov.ve/sentencias/SPA/spa13041999-15679.html> [Consulta: 1999, abril 14].

dos con la *previa revisión* de las bases publicadas por el Ejecutivo), lo que conforme con los señalamientos de la Corte respecto a los límites en las actuaciones de la ANC –prefijados por el contexto democrático y la vigencia de la Constitución de 1961, así como el reconocimiento de único poder «originario» al pueblo más no a sus representantes–, hacían que tal resolución adoleciera de fallas nuevamente. Por esta razón se intentó ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia una acción solicitando la ejecución de la Sentencia anulatoria del 18 de marzo de 1999. La Corte, ejecutando dicha sentencia (por considerar que en efecto el texto de la nueva Resolución dictada por el CNE estaba en franca contradicción con los principios y criterios vertidos en la referida sentencia del 18 de marzo y en una posterior de aclaratoria de fecha 23 de marzo de 1999)³⁹, ordenó lo que sigue:

«Se 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.»

Se eliminó la frase «como poder originario que recoge la soberanía popular», referida a las cualidades de la ANC, con las obvias implicaciones que esto conlleva.

En estos términos quedó planteado el proceso constituyente venezolano, el cual se inició formalmente el 25 de abril de 1999, fecha de celebración del referéndum, en el cual se consultó al pueblo sobre la convocatoria a una ANC, con una misión y una forma de actuación delimitados por el mismo pueblo al responder afirmativamente a las preguntas y a las Bases Comiciales que conforman su estatuto.

4. REFERÉNDUM CONSULTIVO DEL 25 DE ABRIL DE 1999

El referéndum consultivo tuvo un resultado favorable a la propuesta de convocar a la ANC, pues la respuesta al «sí» obtuvo un número de votos superior al número de votos para el «no», y era éste el único requisito respecto a la

³⁹ El texto de esta sentencia se puede ver en Corte Suprema de Justicia (1999). *Aclaratoria. Nulidad de convocatoria*. [Documento en línea] Sala Político Administrativa. Disponible: <http://www.csj.gov.ve/sentencias/SPA/spa23031999-15679.html> [Consulta: 1999, abril 12].

proporción de votos necesaria para configurar la voluntad popular. El texto de la Base Comicial n.º 1 que reguló el procedimiento de consulta disponía al respecto: «Se considerará aprobada la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos».

Los resultados de dicha consulta fueron los siguientes⁴⁰:

- Votos afirmativos: 3.301.475, lo que representa un 71.73 % de los votantes.
- Votos negativos: 1.298.105, lo que representa un 28.27 % de los votantes.
- Abstención: 6.041.013, lo que representa un 55.62% de los ciudadanos con derecho al voto.

Estas cifras indican que sólo el 31% de los electores, aproximadamente, aprobó la convocatoria a la ANC, puesto que el nivel de abstención fue superior al 55 %. Si bien es cierto, conforme con las normas preestablecidas en las bases comiciales, este resultado era suficiente, nos planteamos una duda al respecto, pues resulta cuestionable que sólo un 30% de los ciudadanos decida un cambio de tal trascendencia para la vida del Estado. Nos preguntamos hasta qué punto sería pertinente establecer en casos como éste requisitos para la conformación de una mayoría calificada, de tal manera que se exija el apoyo de un número significativo de electores que representen un espectro numeroso de la población. Reconocemos que no es éste el lugar para entrar en un análisis tan exigente y que requiere de mucha pericia, pero sí creemos necesario hacer algunas consideraciones respecto al significado del principio de la mayoría en una sociedad democrática, dejando planteada esta interrogante y la convicción que expresa Alessandro PIZZORUSSO respecto a las limitaciones de la mayoría como sujeto decisorio, la cual no puede tomar cualquier decisión sobre cualquier cuestión y la necesidad en el ámbito del ordenamiento jurídico, de que las «reglas sobre la decisión estén sujetas a normas material y/o formalmente supraordenadas»⁴¹, que permitan establecer ciertos requisitos mínimos para la producción de las decisiones de la mayoría.

El principio de las mayorías, en el sentido de norma procedimental para garantizar la formación de voluntades de un colectivo, de regla técnica para conseguir este fin, presupone la existencia de una conciencia individual con independencia moral, mucho más influyente que sus notas características en la dimensión técnica. Al respecto son propicias las consideraciones de Gregorio PECES-BARBA⁴², quien hace hincapié en el mérito democrático del principio de mayoría como una técnica jurídica que realiza el valor seguridad jurídi-

⁴⁰ Datos tomados de Consejo Nacional Electoral (1999). *Resultados Referéndum*. [Documento en línea] Disponible: http://www.cne.gov.ve/elecc_rea/total_referendum.html [Consulta: 2000, junio 2].

⁴¹ Ricardo CHUECA RODRÍGUEZ, «De mayorías y minorías (En torno a *Minoranze e Maggioranze*, de Alessandro PIZZORUSSO», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 42 (1994), pp.329 – 337.

⁴² Gregorio PECES-BARBA, «El principio de las mayorías desde la Filosofía del Derecho», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, V. III (1993), pp 41-55.

ca y no como sinónimo de justicia procedimental, en el sentido de entender que los contenidos materiales de las normas adoptadas con base a este principio son justos. Es muy claro al señalar que «el principio de las mayorías no convierte lo injusto en justo». Considera que «los demócratas defensores del principio de la mayoría pueden tener la tentación, más justificada que HOBES, de pensar que la justicia de una norma se construye sobre la base de su aprobación mayoritaria», lo cual es racionalmente incorrecto puesto que el criterio de las mayorías es un mecanismo óptimo para la toma de decisiones pero no garantiza alcanzar la verdad.

Si aceptamos el principio de las mayorías como un «criterio de justicia procedimental, en el ámbito del valor seguridad jurídica, que supone un criterio de la producción normativa para la formación del derecho válido», es oportuno reconocer también los criterios o reglas racionales que algunos autores señalan como inherentes a este principio. En este sentido se puede mencionar a PECES-BARBA, quien establece una serie de criterios, no como un *numerus clausus*, entre los que se encuentran los siguientes:

- a) Voto igual para todos, esto es, el sufragio universal.
- b) Estructura de libertad y pluralismo para impedir los condicionamientos a la elección.
- c) Estructura de igualdad y solidaridad para impedir los obstáculos sociales y económicos (miseria, incultura, etc.) que impiden el voto libre de las personas libres.
- d) Posibilidad real de escoger entre alternativas diferentes y normas de protección de las minorías.
- e) Normas de protección de la conciencia individual y protección real de la misma frente a las mayorías. Entendiendo que los derechos son previos al Estado y son triunfos frente al poder, también de las mayorías.

Coincidimos con este autor, cuando señala que sin «una presencia suficiente de esos criterios en una sociedad no podemos afirmar, con una garantía mínima, que las mayorías que se formen obedecen a criterios de racionalidad propios de una cultura democrática». Sólo dentro de estos parámetros se puede reconocer la legitimidad de las decisiones de las mayorías en el contexto del Estado democrático.

Los resultados obtenidos en el referéndum del 25 de abril de 1999 hicieron posible la convocatoria de una Asamblea Nacional constituyente, a la vez que establecieron los límites procedimentales que servirían como régimen normativo de obligatoria observancia por dicha asamblea. El voto de los ciudadanos aprobando las Bases Comiciales sujetas a consulta popular permitió ratificar el carácter jurídico con el que se desarrollaba el proceso constituyente, puesto que el pueblo reconocía plena vigencia a la Constitución de 1961 y a todo el ordenamiento jurídico que ésta encabeza, así como a los principios democráticos inherentes y reconocidos en el Estado.

Esto fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia, en varias decisiones posteriores a la realización del referéndum, en las cuales expresaba que este constituyente venezolano ha sido concebido como «un proceso constituyente

*de iure*⁴³, enmarcado en el conjunto del sistema jurídico vigente. Además, «el proceso constituyente naciente se fue nutriendo de sus propias normas, surgiendo un nuevo conjunto de ellas, contenidas en las Bases Comiciales para el Referendo Consultivo», las cuales fueron aprobadas por el cuerpo electoral «legalmente convocado». En Sentencia de 3 de junio de 1999 la Corte había dispuesto que dichas bases, por su peculiaridad e importancia, eran normas de rango especial, señaló entonces: «En el caso concreto, la voluntad electoral se manifestó a favor de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente y aprobar las Bases Comiciales que la regulan. De allí que la *expresión popular* se tradujo en una decisión de *obligatorio* cumplimiento, pues posee, validez suprema». (Las cursivas son nuestras). BREWER-CARÍAS⁴⁴ le otorga a estas normas, al igual que lo hizo buena parte de la sociedad venezolana, incluidos los representantes de los poderes públicos y la propia ANC, el carácter de «supraconstitucionalidad», amparándose en el contenido de las sentencias que comentamos.

Igualmente consideró la Corte que esta nueva normativa se incorporó al restante ordenamiento jurídico venezolano, específicamente al sistema jurídico electoral, formando todo ello el conjunto de «normas por las cuales se rige el proceso electoral para elegir a los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente»⁴⁵.

De esta forma se dejaron claramente delimitados los senderos por los que debía recorrer la ANC el camino constituyente, los cuales no podían ser otros que los predeterminados por la voluntad popular. Puesto que la ANC fue creada por la voluntad popular, por el poder constituyente propio del pueblo, como resultado del ejercicio ciudadano de derecho a la participación política que la Corte Suprema de Justicia, en sus Sentencias del 19 de enero de 1999, coligió del análisis de los principios de soberanía popular, democracia representativa y democracia directa, expresada esta última en el referéndum consultivo previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

5. LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (ANC) DE 1999

5.1. Elecciones del 25 de julio de 1999. Composición de la ANC

De conformidad con las Bases Comiciales aprobadas por los ciudadanos venezolanos en el referéndum consultivo del 25 de abril de 1999, se celebraron

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de fecha 21 de julio de 1999 con ponencia de la Magistrada Hidelgard Rondón de Sansó.

⁴⁴ Esta opinión se puede ver en el texto de la Comunicación dirigida a los miembros de la Comisión Redactora del Proyecto de Estatuto de la Asamblea Nacional Constituyente aprobado en la sesión del 08 de septiembre de 1999, por parte del miembro de tal Asamblea, Allan BREWER-CARÍAS. Dicha comunicación está publicada en: A. BREWER CARÍAS, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 17-39.

⁴⁵ Sentencia de 21 de julio de 1999, citada en la nota 48.

elecciones con el fin de seleccionar en forma personalizada (por su nombre y apellido según la Base Comicial Tercera) los 131 miembros que debían componer este cuerpo unicameral. La ANC elegida el 25 de julio de 1999 tendría un lapso de actuación de 180 días contados desde su instalación (Base Comicial Quinta).

Los resultados de este acto electoral dieron la composición de la ANC, la cual estuvo formada por una notable mayoría de miembros pertenecientes a las listas electorales que apoyó el Presidente de la República y los partidos políticos de la coalición de gobierno (Movimiento V República, Partido Patria para Todos, Movimiento al Socialismo y Partido Comunista), agrupados en el llamado «polo patriótico», los miembros de otras opciones políticas eran bastante menos numerosos y menos aún los independientes. La distribución de los miembros fue ésta⁴⁶:

AGRUPACIONES POLÍTICAS	NÚMERO DE MIEMBROS
Polo Patriótico	120
Polo Democrático	6
Independientes	2
Representantes de las comunidades indígenas*	3
Total	131

Abstención: 52.94 %.

* Conforme con lo previsto por la Base Comicial Tercera, Parágrafo único, que prevé la elección de 3 miembros en representación de las comunidades indígenas.

Estas cifras muestran con meridiana claridad la ausencia de pluralismo en la composición del cuerpo deliberante encargado de elaborar la nueva Constitución, y esto fue decisivo a la hora de la fijación del estatuto de funcionamiento y más aún en las discusiones y posterior aprobación de la redacción de los artículos, se imponía una aplastante mayoría que apenas permitía a los miembros del «polo democrático» o a los independientes, exponer sus consideraciones y diferencias respecto a los debates planteados en cuanto a las nuevas instituciones y en definitiva a los textos que se iban aprobando. También resulta válido el cuestionamiento respecto a la conveniencia de una mayoría calificada, tomando en consideración, además, el alto nivel de abstención de los ciudadanos con derecho al voto, lo que redundó en una elección con cuestionables niveles de legitimidad, puesto que fue un sector reducido de la población el que acudió a las urnas electorales. Pero sin duda los requisitos de legalidad no se pueden cuestionar, puesto que no se establecía por vía normativa ninguna mayoría calificada. Lo que se vio bastante afectado fue, sin duda, el espíritu pluralista que debe caracterizar a los debates constituyentes así como

⁴⁶ Datos tomados de Consejo Nacional Electoral (1999). *Resultados Asamblea Constituyente*. [Documento en línea] Disponible: http://www.cne.gov.ve/estados/nacional_ACN.html [Consulta: 2000, junio 2].

el consenso razonado y obtenido desde el diálogo, la pacífica confrontación de criterios variados que hagan partícipes a todas las tendencias, a todas las líneas de pensamiento, lo cual es esencial en una deliberación que se precie de democrática. Lamentablemente esto no se dio en el proceso venezolano: la poca variedad en los representantes de la sociedad fue poco acorde con el conjunto de ésta, y esto hizo que no se pudiera emplear una herramienta (la discusión plural) imprescindible para lograr a través de la dialéctica la adopción de acuerdos plurales. Esto por una simple razón: no había tal pluralidad, no había oportunidad a un diálogo entre grupos mixtos, no había criterios heterogéneos en número suficiente que obligaran a negociar acuerdos —precedidos de análisis racionales—, no se le dio cabida al consenso y por tanto privaba la imposición del criterio de una mayoría circunstancial, con lo cual una parte muy importante de la sociedad venezolana ha percibido la nueva Constitución como la imposición de un grupo, que por razones coyunturales contaba con la mayoría, pero que no representaba a todos los estratos ideológicos del país.

Las causas que llevaron a esta situación han sido ya referidas, el descontento social, la mala situación económica, la errada conducción por parte de los líderes políticos, la expansión de la corrupción a una parte considerable de la administración pública, la apropiación por parte de los partidos políticos de todas las esferas de poder, en fin, la crisis del sistema democrático que había estado vigente en el país en las últimas cuatro décadas. Todo esto generó grandes descontentos en una población que ha visto mermadas sus posibilidades de vida digna, sus oportunidades de educación, de trabajo apropiado, la disminución de sus ingresos a niveles ínfimos, que condujo a la reducción de la clase media y a la elevación de los índices de pobreza de la mayor parte de la población llevando a la mayoría a niveles de miseria que no pueden compararse con los innumerables recursos económicos con los que cuenta el país. Tal situación hizo que un sector de la población apoyará la opción de un cambio, el cual era desde todo de punto de vista necesario, pero las circunstancias en que se ejecutaron los programas de cambio y, primordialmente, la forma como se abordó la modificación del sistema jurídico del país dejan ver que fue poco apropiado con los postulados de la *democracia social y participativa*.

6. INSTAURACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

La ANC se instaló el 3 de agosto de 1999, e inició sus sesiones el día 8 de agosto de 1999. En esta primera sesión plenaria se discutió la normativa reguladora de su actividad, según lo pautado en la Base Comicial Octava, que disponía que una vez instalada la ANC debería dictar su estatuto de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de la historia republicana venezolana, el cumplimiento de los tratados internacionales, de los acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales y las garantías democráticas. Todo esto

implica su sujeción a las pautas de la voluntad popular dictadas en las Bases Comiciales, de las cuales se desprendía su total observancia de la Constitución vigente y el respeto por las instituciones y órganos previstos por esta norma. Tenía definida claramente su misión: redactar una nueva Constitución, y a la par permitir el funcionamiento normal de los poderes constituidos, sin inmiscuirse en funciones que no le son propias al poder constituyente del pueblo —único soberano—, del cual esta ANC era representante, por tanto sus poderes no eran ilimitados puesto que no es la Asamblea la soberana, sino el pueblo que la designó.

Así entonces, la ANC procedió a dictar su Estatuto de Funcionamiento, y en el artículo 1 estableció (en franca oposición con la voluntad popular expresada en las Bases Comiciales que le limitaban en su ejercicio, conforme lo confirmó el máximo Tribunal de la República en las sentencias ya comentadas), lo siguiente:

«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 definir 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 único: 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.

*La Constitución de 1961 y el resto del ordenamiento jurídico imperante mantendrá su vigencia en todo aquello que no colide o sea contradictorio a los actos jurídicos de la ANC» (las cursivas son nuestras)*⁴⁷.

Así quedó consumada la inobservancia de la voluntad popular⁴⁸ que le había impuesto límites a sus representantes en la ANC, ésta desatendió la misión que le habían encomendado y se dedicó a interferir en funciones de los poderes constituidos, asumió funciones legislativas y judiciales, desconocien-

⁴⁷ Bases Comiciales publicadas en *Gaceta Oficial* n.º 36.786 de fecha 14 de septiembre de 1999.

⁴⁸ De esta opinión es también Ricardo ANTELA GARRIDO en el artículo «La transición constitucional (o como la Asamblea Nacional Constituyente se transformó en un poder suprapopular)», publicado en la *Revista de Derecho Constitucional*, N.º 2, 2000, Caracas, p. 25. Allí expresa que: «el régimen de transición del poder público aprobado unilateralmente por la Asamblea Nacional Constituyente extralimitó el mandato conferido por el pueblo a la Asamblea en el referendo consultivo nacional del 25 de abril de 1999, infringiendo la «Pregunta N.º 1» y las Bases Comiciales aprobadas por el pueblo venezolano en dicho referendo. Así, la Asamblea Constituyente transmutó de un poder supraconstitucional a un poder suprapopular que sobrepasa el mandato conferido por quien ostenta el poder constituyente originario: el pueblo.

do los legítimos representantes populares investidos de las funciones legislativas y las formas y principios de funcionamiento de los órganos judiciales previstos por la Constitución que declaraban vigente, pero que irrespetaban con sus actuaciones y con la extralimitación en sus funciones. Se autoproclamó como poder 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 aún democrático. No se observaron los principios de «la historia republicana»: la soberanía popular, la supremacía constitucional, la seguridad jurídica, la separación de poderes y el control en su ejercicio, el conjunto de derechos fundamentales y sus garantías, que encuentran su operatividad en el reconocimiento constitucional, en definitiva, las «garantías democráticas» inherentes a la vida estatal.

Todas estas irregularidades fueron advertidas insistentemente por la sociedad civil a través de los medios de comunicación e incluso en el propio seno de la Asamblea Nacional Constituyente, por parte de quienes integraban la oposición a las ideas de los integrantes del «polo patriótico». El miembro de la ANC, Allan BREWER-CARÍAS consignó en forma escrita⁴⁹ y oral ante la sesión del día 8 de agosto de 1999, un pormenorizado análisis de las razones que hacían flagrante la violación al Estado de derecho con la redacción propuesta para el artículo 1 del Estatuto de funcionamiento, pero su posterior aprobación muestra que no fueron atendidas. Fue éste el mecanismo de toma de decisiones de todo el camino constituyente, el «polo patriótico» proponía, el «polo democrático» y los independientes propiciaban la discusión y trataban de garantizar el respeto por la Constitución y la voluntad popular, pero el número de votos del primero (120) frente a los del segundo grupo nombrado y los independientes (8), permite ver en qué camino se adoptaba la decisión y la redacción del texto definitivo de los artículos de la Constitución.

En cumplimiento de las atribuciones que se autoconfería la ANC, conforme con el citado artículo del Estatuto de funcionamiento y como detentadores del «poder constituyente originario» y sus facultades «supraconstitucionales», se tomaron medidas en todos los ámbitos de la vida nacional, ajenas totalmente a las funciones propias de una Asamblea Constituyente, todas extralimitaciones de las facultades otorgadas por la voluntad popular. Así pues, se ratificó en el cargo al Presidente de la República⁵⁰. Se emitió un Decreto, por el cual se reorganizaban todos los Poderes Públicos en virtud de la previa Declaratoria de Emergencia Nacional⁵¹, motivada por la «crisis económica, social y cultural» de Venezuela. Siguiendo lo previsto en el anterior Decreto se emitió otro,

⁴⁹ El texto de esta propuesta de redacción del artículo 1 del Estatuto de Funcionamiento y la exposición de las referidas razones, se puede ver en A. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente*, ob. cit., pp. 33 – 39

⁵⁰ En la sesión del 12 de agosto de 1999, cuyo texto se puede consultar en la obra citada en la nota precedente, *Ibid.*, pp. 41 y 42.

⁵¹ Las observaciones respecto a estos Decretos, hechas por parte del mencionado miembro de la ANC, ante el pleno de ésta, se pueden ver en A. BREWER-CARÍAS, ob. cit., pp. 43– 56.

el de Reorganización del Poder Judicial⁵² de fecha 14 de agosto de 1999, por el cual se creó una Comisión de Emergencia Judicial integrada por cuatro miembros de la ANC, un representante de la Corte Suprema de Justicia, un representante del Consejo de la Judicatura y tres representantes más, electos de fuera del seno de la Asamblea (artículo 2), la cual tenía competencia para acometer reformas estructurales en el Poder Judicial (artículo 3), incluida la destitución de jueces. Se emitió un Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo de fecha 25 de agosto de 1999, en el que se preveía la suspensión de las actividades de las Cámaras Legislativas (Senado y Congreso), así como de las Comisiones del Congreso, exceptuadas la Comisión Delegada y las Comisiones Bicamerales de Finanzas y Contraloría; y se llegaba más lejos aún, se establecía que el Congreso de la República ejercería las funciones previstas *en ese Decreto* (no en la Constitución) por órgano de la Comisión Delegada y de las Comisiones Bicamerales antes señaladas. También estableció la suspensión de las actividades de las Asambleas Legislativas de los estados⁵³. Se emitió un Decreto de fecha 26 de agosto de 1999, por el que se suspendieron las Elecciones Municipales previstas para ese año⁵⁴, entre muchas otras acciones irregulares. Además, se encargó de declarar el estado de alarma provocado por la catástrofe natural que afectó al país en diciembre de 1999. Reguló el régimen de transición del Poder Público luego de aprobada la nueva Constitución. Designó los miembros principales del Consejo Nacional Electoral. Prorrogó la ejecución del Presupuesto Reconducido para el ejercicio fiscal 1999 hasta el 31 de enero de 2000. Reglamentó el régimen de integración de las Comisiones Legislativas de los Estados. Aprobó la Ley de Crédito Público para el rescate de las áreas afectadas por la catástrofe natural de 1999. Decretó la reincorporación de los militares golpistas a la Fuerza Armada Nacional. Aprobó el Estatuto Electoral para las elecciones del 2000, entre otras tareas más.

Todas estas actuaciones inconstitucionales y violatorias de las normas que expresaban la voluntad popular de limitar en su ejercicio a la ANC y definirle como única misión la elaboración de una nueva Constitución (con la posterior aprobación del proyecto que la ANC le presentara al pueblo, por vía de referéndum), fueron rechazadas por los constituyentes independientes y del «polo democrático», y en general por un amplio sector de la sociedad civil, rechazos inútiles ante la forma de adoptar las decisiones: por mayoría de los miembros presentes (artículo 6 del Estatuto de Funcionamiento). Cabe recordar la abismal diferencia numérica entre los miembros de la ANC del «polo patriótico» (120), de donde emanaron todas las propuestas y los proyectos de los Decretos antes referidos y los demás miembros (8).

La Corte Suprema de Justicia emitió un Acuerdo⁵⁵, de fecha 23 de agosto de 1999, por el cual se autorizó a uno de sus Magistrados para integrar la

⁵² *Ibid.*, pp. 57-73.

⁵³ *Ibid.*, pp. 75-113.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 115-122.

⁵⁵ El texto de dicho acuerdo se puede ver en A. BREWER-CARÍAS, *Debate Constituyente*, ob. cit., pp. 143-151.

Comisión de Emergencia Judicial. Este acuerdo fue interpretado por la mayoría de los miembros de la ANC como una aceptación del Decreto de Reorganización del Poder Judicial. Esto no era cierto, pues aun cuando era impropio que la Corte concediera permiso a uno de sus miembros para que integrara una Comisión que no tenía causa legal válida y violentaba el orden constitucional, en el texto del referido acuerdo se argumentaba en forma contradictoria, pues se ratificaba su criterio emitido en la jurisprudencia que interpretaba el régimen normativo del proceso constituyente, que hemos citado en los puntos anteriores, a la vez que se permitía a uno de sus magistrados integrar esta Comisión jurídicamente inexistente, haciendo una salvedad: su acuerdo era «independiente de los vicios» que pudieran afectar este Decreto.

Dicho acuerdo fue aprobado con 8 votos a favor, incluido obviamente el de la Magistrada que redactó la ponencia, Hidalgard Rondón de Sansó, y salvaron su voto 6 miembros de la Corte. En algunos de estos votos salvados se recoge la disconformidad con las actuaciones de la ANC y se manifiesta expresamente la invalidez de las mismas, en el plano jurídico, por ser violatorias de todo el ordenamiento jurídico que regulaba el proceso constituyente.

El voto salvado del Magistrado Hermes Harting refleja su disentimiento del Acuerdo por considerarlo contradictorio, reconoce la necesidad de reorganizar el poder judicial pero no basándose en una decisión disciplinaria y ratifica su convicción —expresada en las sentencias de las cuales había sido ponente de fecha 18 de marzo, 23 de marzo y 13 de abril de 1999— de la vinculación plena del proceso con la Constitución vigente, con los acuerdos internacionales y con todos los principios del ordenamiento jurídico venezolano y concluye con una exhortación a la ANC como «expresión de la voluntad, de velar por el mantenimiento de un proceso de especial trascendencia nacional y siempre bajo la égida de los principios fundamentales del Estado democrático de Derecho.»

Igualmente la Magistrada Cecilia Sosa Gómez, Presidenta en ese entonces de la Corte Suprema de Justicia, en su voto salvado reconoció la «enorme contradicción» en el texto del Acuerdo al admitir que el proceso constituyente tenía el carácter *de iure*, y a la vez designar un representante del máximo tribunal con lo que «se pretende convalidar el Decreto de la Asamblea dirigido directamente a desconocer el Estado de Derecho en el cual ha nacido». Con esto la Corte estaba renegando de su propia jurisprudencia y desconociendo su propia doctrina, al permitir «que un acto de la Asamblea Nacional Constituyente carente de todo sustento en el marco jurídico en el que hasta ahora nos habíamos desenvuelto—incluso para abrirle las puertas sin ningún temor a esa Asamblea— enerve las facultades que el pueblo soberano, [...] ha conferido a la referida Asamblea». Deploraba el contenido del Acuerdo, en tanto que permitía a la ANC erigirse como un «superpoder» en el cual se concentran todas las potestades públicas. La reflexión con la que culmina su voto salvado la Magistrada Sosa expresa con toda fidelidad la magnitud de la situación planteada por las actuaciones de la ANC y el acuerdo «tácito» de la Corte, dice: «No es posible que la Corte declare su sumisión al Estado de Derecho, y en realidad

se trata de su sumisión a la Asamblea Nacional Constituyente, a la cual [...] el pueblo no autorizó para realizar actos distintos a los de construir un nuevo Estado y diseñarlo en esa Constitución que todos los venezolanos esperamos. Diseño que aún espera por el visto bueno con el referendo que tiene que realizarse, para que el pueblo, quien en definitiva detenta el poder soberano, apruebe esa labor». Se pregunta acerca de la fuente de la autoridad de los actos de la Asamblea que el pueblo no podrá jamás aceptar o improbar por vía de referéndum, pues no son los que éste encomendó a sus representantes.

Posteriormente la ANC se dedicó a elaborar el proyecto de Constitución, fraccionándose en 20 Comisiones Permanentes de trabajo, que elaboraron sendas partes del proyecto de Constitución y posteriormente las remitieron para su integración en un texto único. Esta metodología poco apropiada y el hecho de no haber partido de ningún anteproyecto hicieron que la redacción de las normas no se produjera como integrantes de un todo orgánico, lo que hizo que el texto presentado por la Comisión Constituyente ante la Plenaria de la Asamblea el 18 de octubre de 1999 adoleciera de algunas incoherencias y falta de integración. En la plenaria se deliberó en torno a dicho proyecto, en primera discusión sólo se realizaron 19 sesiones plenarias y en segunda discusión, sólo 3. Dando muestras de una exagerada premura se aprobó el proyecto definitivo de Constitución, con las respectivas modificaciones hechas por las distintas Comisiones el día 17 de noviembre de 1999⁵⁶.

7. REFERÉNDUM APROBATORIO DE LA CONSTITUCIÓN

El 15 de diciembre de 1999 se sometió a referéndum aprobatorio el texto del proyecto constitucional y fue aprobado con 2.982.395 de votos a favor, lo que representó el 71.37% de los votantes y el 31% de los electores. Los votos en contra fueron 1.196.146, lo que representó el 28.63% de los votantes y el 12.62% de los electores. La abstención se ubicó en el 54.74%⁵⁷, lo que indica que la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (nueva denominación que el texto le da al país) se aprobó sólo por un 30%, aproximadamente, de los venezolanos con derecho a voto.

Con un proceso constituyente que adolece de innumerables fallas desde el punto de vista jurídico como hemos expresado *supra*, y con un régimen «de transitoriedad» que igualmente violenta el ordenamiento jurídico, pues la ANC extendió su actuación incluso después de aprobado el texto constitucional y se encargó del nombramiento de los miembros de los poderes públicos estructurados por la Constitución de 1999, usurpando el derecho de elegir que consagra la nueva Constitución y los principios generales del ordenamiento

⁵⁶ A. BREWER-CARIAS, *La Constitución de 1999*, Arte, Caracas, 2000, p. 35.

⁵⁷ Datos tomados de Consejo Nacional Electoral (2000). *Resultados Referéndum Sancionatorio*. [Documento en línea] Disponible: http://www.cne.gov.ve/elecc_rca/resulta_dic99.html [Consulta: 2000, junio 2].

jurídico que ésta crea. Se excusaron en la necesidad de designar autoridades transitorias mientras se realizan nuevas elecciones que relegitimen los poderes públicos (éstas llamadas «megaelecciones» inicialmente fueron pautadas para el 28 de mayo del año en curso, pero por motivos *aparentemente* técnicos fueron suspendidas por decisión del Tribunal Supremo de Justicia). Las razones que se alegaron para estas actuaciones inconstitucionales fue la falta de publicación en Gaceta Oficial de la nueva Constitución, requisito *sine qua non* para que entrare en vigencia. En este *interregnum* aprobaron además el Estatuto Electoral para las llamadas «megaelecciones».

La Constitución fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, bajo el Número 36.860, el 30 de diciembre de 1999. Desde entonces su observancia ha sido dudosa, pues los poderes públicos están a cargo de personas designadas directamente por el Ejecutivo Nacional, con lo cual los principios de separación de poderes y de supremacía constitucional son un saludo a la bandera. Posteriormente, el 24 de marzo de 2000, fue publicada por segunda vez con algunas correcciones formales por errores materiales, que en realidad alteraron en forma sustancial algunas normas. Esta situación crea un alto grado de incertidumbre, pues se han tenido tres textos distintos de la Constitución, el que fue aprobado por medio de referéndum el 15 de diciembre, el que fue publicado el 30 de diciembre y este último de 24 de marzo. Todo esto nos lleva a preguntarnos si en Venezuela existe válidamente la Constitución y el Estado de Derecho. Amplios sectores de la población e incluso los propios promotores de los cambios en el sistema jurídico han definido dichos cambios como una «revolución legal», calificativo éste que no puede serle atribuido a una situación fáctica que por definición trastoca cualquier normativa jurídica e incluso la suprime.

Como bien lo señala Manuel ARAGÓN, este concepto schmittiano, expresión del decisionismo político y jurídico⁵⁸, cae por su propio peso, en tanto que en el Derecho no hay sólo decisiones sino algo más, que es la forma, el procedimiento, el cual se opone radicalmente a la posibilidad técnica de la «revolución legal». En el procedimiento venezolano las reglas han sido evidentemente poco observadas, situación que se ha pretendido matizar con la legitimación que un sector del pueblo, aproximadamente el 30% de los ciudadanos, le ha brindado. La democracia y el Estado de Derecho han avanzado disociados, por lo que el intento de positivar el poder constituyente no ha superado el estadio de la utopía.

⁵⁸ Considera ARAGÓN que la «revolución legal» es un brillante sofisma por medio del cual un ardiente antinormativista (Carl SCHMITT), postula del Derecho una eficacia positivista que ni Kelsen se hubiera atrevido a defender, esto es, la afirmación de que el Derecho puede servir para todo, incluso para hacer la revolución. Manuel ARAGÓN, *Estudios de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, 1998, pp. 33-36.