

TERCERA PARTE

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

I. El Decreto No. 3 de 02-02-99 del presidente de la República, sus vicios y el fraude a la Constitución	113
II. Las vicisitudes constitucionales de la convocatoria al referendo sobre la Asamblea Nacional Constituyente y los límites impuestos a la misma por la voluntad popular	146
III. El marco supraconstitucional de la Asamblea Nacional Constituyente impuesto por el poder constituyente originario expresado mediante referendo consultivo de 25-4-99	166

TERCERA PARTE

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

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

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

Después que la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, mediante las comentadas sentencias *Casos Referendo Consultivo I y II* de 19-01-99,⁸⁶ abrió el camino para la estructuración de una tercera vía para reformar la Constitución de 1961, distinta a la Reforma General y la Enmienda previstas en sus artículos 245 y 246, como consecuencia de una consulta popular para convocar una Asamblea Constituyente; todo el país estaba preparado para que el Presidente de la República, o el Congreso de la República, o ambos órganos del Poder Público, elaboraran el conjunto de preguntas que eran necesarias e indispensables para que, mediante un referendo consultivo, se pudiese elaborar el régimen de la Asamblea Constituyente como resultado, precisamente, de la consulta popular.

La discusión sobre si era necesaria o no una reforma constitucional previa para convocar la Asamblea Constituyente, sin duda, había cesado de hecho con las ambiguas sentencias de la Corte y la apreciación de la opinión pública sobre su significado; y se trasladó a otros dos aspectos: primero, quién tomaría la iniciativa de convocar al referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente: el Congreso o el Presidente de la República; y segundo, cuál sería el texto de la consulta popular para que el régimen de la Constituyente fuera el producto del poder constituyente originario, es decir, de la manifestación de voluntad del pueblo a través de la consulta popular.

Pronto estos aspectos de la discusión serían enfrentados: el Presidente de la República, el día 02 de febrero de 1999, el mismo día que tomó posesión de su cargo, dictó el Decreto N° 3 mediante el cual tomó la iniciativa de decretar “la realización de un referendo para que el pueblo

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

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

En esta forma, el primer aspecto de la discusión había sido resuelto, y el Congreso ni siquiera tuvo tiempo de comenzar a discutir el tema. Es decir, el Presidente de la República asumió la iniciativa de convocar al referendo; lo que por supuesto no descartaba que el Congreso pudiera también convocar otro referendo o sumarse al convocado por el Presidente.

Pero el segundo punto de la discusión no fue resuelto, pues conforme al criterio de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, el poder constituyente originario para crear una Asamblea Constituyente con el objeto de reformar la Constitución, mediante un referendo consultivo, debía pronunciarse sobre los diversos aspectos que debían configurar el régimen (estatuto) de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, el Decreto N° 3 del 02-09-99 no satisfizo estas exigencias y, al contrario, omitió toda referencia al régimen de la Constituyente, sustituyendo este aspecto por una solicitud al pueblo que buscaba la delegación al propio Presidente de la República para regular él sólo “las bases del proceso comicial” en el cual se elegirían los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente.

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

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

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

Artículo 2°. El Consejo Nacional Electoral ejecutará los actos necesarios para divulgar el contenido de la propuesta de convocatoria, invitar a los ciudadanos a participar en el referendo y realizar el escrutinio del acto de votación.

Artículo 3°. El instrumento electoral contendrá las siguientes preguntas que serán contestadas con un “sí” o un “no”:

PRIMERA: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?

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

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

Este carácter de la Asamblea Nacional Constituyente, que después de las sentencias de la Corte Suprema, de hecho, no estaba en discusión; sin embargo, volvió a ser tema de debate por la redacción del Decreto N° 3 que concebía a la Asamblea Nacional Constituyente como un órgano del Estado para “transformar el Estado y crear un nuevo orden jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa” (art. 3, Primera); es decir, un órgano con poderes imprecisos e ilimitados.

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

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

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

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

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

Textualmente expresó una de dichas sentencias, al interpretar el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que fue la norma que constituyó el fundamento del Decreto, lo siguiente:

Se desprende así del texto aludido (Art. 181 LOSPP), la consagración jurídica de la figura del *referendo consultivo* como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales. De allí que la regla se dirija fundamentalmente a establecer las distintas mo-

dalidades para la iniciativa en la convocatoria de la *consulta* popular. (Sentencia *Caso Referendo Consultivo II* del 19-1-99, Ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche)

En dicha sentencia se expresó, además, lo siguiente, a propósito del referendo consultivo:

A través del mismo puede ser *consultado el parecer* del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional distinto a los expresamente excluidos por la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

La otra sentencia de la Sala, de la misma fecha, señaló lo siguiente:

Sí es procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política *para consultar* la opinión mayoritaria respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente, en los términos expuestos en este fallo”. (*Caso Referendo Consultivo II* del 19-1-99, Ponencia del Magistrado Héctor Paradisi)

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

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

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

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

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

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

1. Formulación de la pregunta en forma clara y precisa, en los términos exactos en que será objeto de la consulta, de tal manera que pueda contestarse con un “sí” o un “no”; y
2. Exposición breve de los motivos acerca de la justificación y propósito de la consulta.

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

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

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

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

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

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

1. Presupuestarias, fiscales o tributarias;
2. Concesión de amnistía o indultos;
3. Suspensión o restricción de garantías constitucionales; supresión o disminución de los derechos humanos;
4. Conflictos de poderes que deban ser decididos por los órganos judiciales;
5. Revocatoria de mandatos populares, salvo lo dispuesto en otras leyes; y
6. Asuntos propios del funcionamiento de algunas entidades federales o de sus municipios

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

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

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

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

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

Que el mismo versa sobre la convocatoria a referendo. No a *consulta plebiscitaria*. En realidad si bien ambas figuras tienden a confundirse teóricamente, mientras el referendo se refiere a un texto o proyecto, el plebiscito tiende a ratificar la confianza en un hombre o gobernante.

Pero además, el contenido de las preguntas que se formularon en el Decreto, tal como estaban concebidas, violaban los principios establecidos en los artículos 3 y 4 de la Constitución; violaban el derecho a la participación que la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema había reconocido como de rango constitucional consagrado en el artículo 50 de la Constitución de 1961; y, en definitiva, se configuró como un instrumento que podía conducir a un fraude a la Constitución, pues mediante el mismo se pretendía crear un instrumento político que desconociera y destruyera la propia Constitución, sin siquiera sustituirla por otra. El acto impugnado, además, estaba viciado de desviación de poder pues el Presidente de la República había utilizado el que le confería el artículo

181 de la Ley Orgánica del Sufragio, para convocar un referendo decisivo no previsto en la norma; y estaba viciado de nulidad absoluta, conforme al Artículo 19, ordinal 3° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por ser de imposible ejecución.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En todo caso, por ser un referendo consultivo el previsto en la Ley Orgánica, el Legislador al sancionarla no reguló régimen alguno rígido de mayoría de votantes o de votación para que se pudiera considerar expresada la consulta, en forma positiva o negativa, fuera mediante un “sí” o mediante un “no”. En el referendo consultivo, en realidad, poco importa

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

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

el número de votos, pues la consulta que se formula no es en sí misma una decisión (en cuyo caso, por supuesto si se requeriría de determinada mayoría), sino un parecer para que un órgano del Estado adopte la decisión correspondiente.

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

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

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

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

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

Art. 3° El instrumento electoral contendrá las siguientes preguntas que serán contestadas con un “sí” o un “no”:

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

Por ahora nos interesa referirnos sólo a la forma cómo se había formulado la pregunta (el contenido será objeto de análisis más adelante), que lejos de ser una consulta al pueblo sobre una decisión que luego debía adoptar un órgano del Poder Público, conllevaba a que se pretendiera que fuera el mismo pueblo el que adoptase la decisión directamente; es decir, el que decidiera.

En efecto, la pregunta era *¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente.....?*; lo que significa que responder con un “sí”, era decidir convocar la Asamblea; es decir, no se trataba de dar un voto favorable para que se la convocara conforme a un texto o proyecto que estableciera su régimen y que también debía ser objeto de la consulta, como lo dijo la Corte Suprema en las sentencias de 19-1-99, sino convocarla directamente.

Por tanto, con la pregunta lo que se perseguía era que fuera el pueblo, directamente mediante referendo decisorio o plebiscitario, el que convocara la Asamblea Nacional Constituyente, pero sin que dicho órgano existiera, pues no estaba previsto en parte alguna y ni siquiera su creación se derivaba de la propia pregunta al pueblo; y sin que siquiera se estableciera la mayoría requerida para que la supuesta decisión de convocarla fuera considerada adoptada. Pero lo más grave de todo era que al momento de votar no sólo no existía la institución que se pretendía convocar, sino que no se sabía cuál podía ser su régimen o configuración.

Es decir, se le pretendía pedir al pueblo *que convocara* una institución que no existía pues no había sido creada y ni siquiera esbozada en un proyecto, lo que viciaba el acto en su objeto, por ser de imposible ejecución como lo establece el Artículo 19, ordinal 3° la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Simplemente nadie puede convocar una institución que no existe y eso es lo que se pretendía con la primera pregunta del Artículo 3° del Decreto. Por ello, en este caso, se desfiguraba así la noción de referendo consultivo, en abierta violación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

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

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

En este caso, se preguntaba *¿Autoriza usted al Presidente de la República...?*, por lo que tampoco se estaba en presencia de un referendo consultivo, sino de un referendo también decisorio, por “autorizatorio”, que tampoco preveía ni regulaba el ordenamiento jurídico.

En ese caso, responder con un “sí” significaba autorizar al Presidente de la República para que hiciera algo para lo cual no tenía competencia constitucional, sin que el pueblo siquiera le fijase algunos parámetros de actuación; lo que equivalía a hacerlo supuestamente depositario del poder constituyente originario, cuya expresión a través de una Asamblea Constituyente quedaba a su completa discreción “oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos” innominados y escogidos también a su arbitrio.

En relación con esta segunda pregunta del Artículo 3° del Decreto, debe señalarse que debiendo tratarse de un referendo consultivo, conforme a la interpretación que le dio la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia al Artículo 182 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el texto de la pregunta debió contener los elementos necesarios y fundamentales para poder configurar, como producto de la soberanía popular, el régimen de la Asamblea Constituyente para poder convocarla. Tal y como el propio Presidente de la República Hugo Chávez Frías había señalado meses antes en la campaña electoral, en su “Propuesta para Transformar a Venezuela”:

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

Lamentablemente nada de esto apareció en el Decreto N° 3 del propio Presidente Hugo Chávez Frías, y ese contenido de las interrogantes, que era el lógico e indispensable para que pudiera configurarse la Asamblea como producto de la soberanía popular, fue sustituido por la escueta pregunta de solicitud de autorización popular al propio Presidente, ni siquiera en Consejo de Ministros, para que éste estableciera, él sólo,

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

ni siquiera la totalidad del régimen de la Asamblea, sino sólo parte del mismo que era el proceso comicial, confiscándose así el derecho del pueblo a la participación que la Corte Suprema estableció con rango constitucional para permitir, precisamente, el referendo consultivo como mecanismo para originar la Asamblea Constituyente para reformar la Constitución.

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

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

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

Además, como se ha dicho, las preguntas tal como estaban formuladas, viciaban el acto en su objeto por ser de imposible ejecución, ya que con la primera se pedía al pueblo convocar una Asamblea Nacional Constituyente que no existía ni estaba regulada en parte alguna, siendo imposible convocar un ente que no existía. La imposibilidad de la ejecución del acto administrativo resultaba, además, de la ausencia de preguntas al pueblo sobre el régimen de la Asamblea que no existía, pues ni siquiera quedaba comprendido dentro de la autorización que se pretendía dar al Presidente de la República para fijar las bases del proceso comicial en el que se elegirían los constituyentes. Esta autorización estaba restringida a establecer *la forma de elección, las condiciones de elegibilidad, las condiciones de postulación y la forma de escrutinio*, pero no comprendía los aspectos fundamentales para configurar la Asamblea, como era su carác-

ter y estructura (unicameral, por ejemplo), número de integrantes, duración, misión o tarea de la Asamblea. Sin la definición de estos elementos, que debían ser necesariamente objeto de una consulta popular, pues no estaban establecidos en ninguna parte y la Pregunta Segunda no los incorporaba a la autorización que se pretendía dar al Presidente de la República, simplemente no era posible que la Asamblea, que no existía, fuera convocada y llegase a funcionar. En consecuencia, por ser de imposible ejecución, el Decreto N° 3 también estaba viciado de nulidad absoluta conforme al Artículo 19, ordinal 3° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

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

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

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

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

Si la regulación de la Ley Orgánica se hubiese referido, en cambio, a un referendo consultivo con efectos vinculantes u obligatorios, la regulación de la mayoría necesaria para considerar dicha obligatoriedad hubiera sido necesaria. Ello se desprendería del proyecto presentado por el proyectista de los Artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio, que al regular los efectos obligatorios del referendo consultivo precisó:

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

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

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

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

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

Nacional Electoral en el Reglamento de Referendos que estudiaba en ese entonces.

En efecto, conforme lo establecían los Artículos 55, ordinal 3° y 266 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el Consejo Nacional Electoral estaba en el proceso de discusión de un *Reglamento sobre Referendos* en el cual, supuestamente, conforme a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, estaba por establecer un nuevo referendo no regulado en la Ley Orgánica, en la siguiente forma:

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

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

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

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

pueblo soberano, directamente, considerado en su conjunto y, por tanto, de obligatorio acatamiento por parte de todos los ciudadanos, hubieran o no votado y de todos los órganos del Estado.

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

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

A. *La Asamblea Constituyente y los poderes constituidos*

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

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

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 19-1-99 en ningún caso podían interpretarse como un quebrantamiento de la Constitución de 1961, o que ésta hubiera perdido vigencia o que la perdía si la Asamblea Constituyente que se convocara como resultado de un referen-

do consultivo, resultaba electa y constituida. Las sentencias lo único que significaban era la posibilidad de que mediante un referendo consultivo como manifestación de la voluntad popular, pudiera surgir una nueva forma de reforma de la Constitución, no prevista expresamente en su texto.

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

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

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

Ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso, tiene una especial trascendencia nacional, en la medida en que una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los órganos competentes del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que, previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza. (Ponente Magistrado Héctor Paradisi León).

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, como lo advirtió Tulio Alberto Alvarez, otro de los miembros de la Comisión Presidencial Constituyente que había participado en la elaboración del Decreto N° 3: “En el caso venezolano, la Asamblea Constituyente... es sólo una vía más de modificación de la Constitución”⁹⁸. Agregando además, que “La Asamblea Constituyente no es un fin en sí mismo, ni tiene otra función que la de ser un mecanismo de

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

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

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

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

modificación del texto constitucional”⁹⁹. Y concluyendo con lo siguiente: “La Asamblea Constituyente es un procedimiento más para modificar la Constitución. Como tal su objeto se agota en la aprobación de una nueva Constitución”¹⁰⁰.

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

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

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

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

Artículo 2°. El pueblo de Venezuela no puede ejercer por sí otras atribuciones de la soberanía que la de las *elecciones ni puede depositarla toda en unas solas manos. El poder soberano estará dividido para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial.*

En contraste con este principio, en la Pregunta Primera del artículo 3 del Decreto N° 3, al someterse a decisión del pueblo el convocar la Asamblea Nacional Constituyente, se precisaba que el objeto o propósito que tendría la que se convocara, si resultaba un “sí” mayoritario (sin saberse en qué proporción), sería la de “*transformar el Estado y crear un*

99 *Idem*, p. 106.

100 *Ibidem* p. 127.

nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento de una democracia social y participativa”.

De acuerdo con esta pregunta, por tanto, la Asamblea Constituyente que se pretendía convocar popularmente, tenía una misión distinta a la Asamblea Constituyente que conforme a la sentencia de la Corte Suprema del 19-01-99 podía resultar de un referendo consultivo, como un mecanismo para reformar la Constitución distinto a los regulados en los artículos 245 y 246 de la Constitución de 1961. La misión de la Asamblea Constituyente producto del derecho a la participación, conforme a esas sentencias, era reformar la Constitución, por lo que mientras eso no ocurriera, continuaba vigente la Constitución de 1961 y con ella, el régimen de funcionamiento del Estado que ella establecía, es decir, del Poder Público conforme a la forma del Estado federal y a la separación orgánica de poderes. Ambas sentencias lo habían expresado sin que pudiera quedar duda alguna sobre su sentido, ni pretenderse que eran párrafos inexistente en ellas. Así, en la decisión de la Corte Suprema del 19-01-1999 (*Caso Referendo Consultivo I*) en la que fue ponente el Magistrado Humberto J. La Roche, se estatuyó:

Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiera vigencia inmediata, *su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada. Todo ello siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder público competentes en cada caso.* Dichos órganos estarán en la obligación de proceder en ese sentido.

Por su parte, la sentencia *Caso Referendo Consultivo II* de la misma fecha cuyo ponente fue el Magistrado Héctor Paradisi, concluyó:

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

En consecuencia, era totalmente incompatible con una Asamblea Constituyente cuyo mandato era reformar la Constitución, la Primera Pregunta del artículo 3º del Decreto N° 3 que pretendía que el pueblo, mediante referendo decisorio, convocara una Asamblea Nacional Constituyente pura y simplemente “con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico”.

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

Ahora bien, de acuerdo con la Constitución de 1961, el Poder Público se dividía en las ramas Nacional, Estatal y Municipal (art. 118) y dentro de cada rama, conforme al principio de la separación orgánica de poderes, se distribuía a nivel Nacional, entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y a nivel Estatal y Municipal, entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo. En consecuencia, “transformar el Estado”, ante todo, podía ser transformar la distribución vertical del Poder Público, lo que significaba transformar la forma federal del Estado, fuera para eliminar la Federación y establecer un Estado unitario y, por tanto, centralizado; fuera para acentuar la Federación, reforzando el proceso de descentralización política; fuera sustituyendo la forma federal por otra forma de descentralización territorial.

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

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

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

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

pero que obedece a principios inescindibles de la forma democrática republicana de gobierno.

Una Asamblea Constituyente que asumiera cualquiera de esas transformaciones, durante su funcionamiento, no era un instrumento o mecanismo para reformar la Constitución, sino para asumir el Poder Público en su totalidad o parcialmente, lesionando las competencias de los órganos que lo ejercían conforme a la Constitución de 1961, vigente en ese momento, y violando su artículo 117. En consecuencia, la única manera de interpretar el propósito de la Asamblea Nacional Constituyente a que se refería el Decreto N° 3, de “transformar el Estado” acorde con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, era el reducir su mandato o propósito a elaborar y sancionar el texto de la nueva Constitución que “transforme el Estado”, de manera que la transformación estatal que se reflejase en la misma, sólo podía entrar en vigencia cuando dicha nueva Constitución se aprobase mediante referendo, oportunidad en la cual quedaría sustituida la Constitución de 1961. Pero ello no estaba así expresado en la pregunta, y de allí su inconstitucionalidad, pues sin duda, la intención de la Primera Pregunta del artículo 3° del Decreto N° 3, parecía consistir en darle el Poder Público total a la Asamblea, lo cual era contrario a la Constitución de 1961 y a principios universalmente reconocidos para la vigencia de una sociedad democrática y del Estado de derecho, y que necesariamente tenían que seguir vigentes durante el funcionamiento de la Asamblea Constituyente.

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

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

Se insiste, el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico hasta tanto una nueva Constitución no estuviese vigente, sólo podía hacerse dentro del marco constitucional que regía. En

consecuencia, si la transformación a que aspiraba el Ejecutivo podía hacerse por los mecanismos y procedimientos que estaban vigentes, no era necesario consultar al pueblo para que los órganos del Poder Público ejercieran las competencias que tenían asignadas; pero si se entendía que una respuesta afirmativa a la consulta hecha al pueblo implicaba una autorización para modificar el ordenamiento constitucional antes de la entrada en vigencia o, incluso, de la discusión de una nueva Carta Fundamental, ello constituía una infracción total al ordenamiento vigente, que no tenía otra fundamentación que el ejercicio de la fuerza, insusceptible de ser vinculada a ninguna norma del orden jurídico y carente de todo asidero en las interpretaciones del Máximo Tribunal.

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

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

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

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

En consecuencia, el principio de la democracia representativa era una de las cláusulas inmodificables de nuestro régimen político constitu-

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

cional, lo que implicaba que el mismo no podría sustituirse o eliminarse totalmente por el de una democracia directa, la cual, como la definió Manuel García Pelayo, es “aquella en la que el pueblo ejerce de modo inmediato y directo las funciones públicas que se le atribuyen”¹⁰².

La representatividad democrática, además, la regulaba el artículo 4º de la Constitución al prescribir que si bien la soberanía residía en el pueblo, éste sólo podía ejercerla mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público.

Esta norma, como antes lo hemos destacado¹⁰³, la calificaba la Exposición de Motivos de la Constitución como “el principio básico” del sistema democrático y no significaba otra cosa que lo que dice, por supuesto leída completamente y no sólo en su primera frase. El artículo 4º de la Constitución no se limita a decir que la soberanía reside en el pueblo, sino que agrega que este la ejerce mediante el sufragio por los órganos del Poder Público.

Es decir, es la norma básica del sistema democrático representativo que consagraba la Constitución de 1961, y que exigía que el pueblo actuase través de los órganos del Poder Público, es decir, los órganos de los poderes constituidos que eran los previstos y regulados en la Constitución, cuyos titulares eran los representantes del pueblo soberano, electos mediante sufragio.

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

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

No podía una Asamblea Constituyente convocada en democracia y en un régimen de derecho regido por la Constitución de 1961, que no había sido derogada por acto de fuerza alguno; ni durante su funciona-

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

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

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

miento, ni al elaborar la nueva Constitución que era su misión, sustituir el régimen democrático representativo por un régimen de democracia directa o supuestamente exclusivamente “participativa”, pues ello era contrario al régimen constitucional venezolano.

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

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

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

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

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

En consecuencia, al pretender el Decreto N° 3, servir de medio para convocar una Asamblea Constituyente que tuviera por misión transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico para hacer efectiva una democracia participativa, lo que podía implicar pretender eliminar el

105 Ricardo Combellas, *¿Qué es la Constituyente? Voz para el futuro de Venezuela*, cit., p. 101. Meses más tarde, Combellas se colocaría del lado de los ignorantes que refirió, al votar en la Asamblea Nacional Constituyente como miembro de la mayoría electa con el apoyo del Presidente Chávez, a favor de que la Asamblea adquiriera poderes originarios. Véase *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto-Septiembre 1999, cit., Sesión de 01/08/99, N° 4, pp. 17 y ss.

principio de la democracia representativa, el texto de la Primera pregunta del artículo 3º del mismo violaba las disposiciones de los artículos 3º y 4º de la Constitución de 1961, que eran y son consustanciales al constitucionalismo venezolano.

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

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

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

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

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

La única forma de lograr que el titular de la soberanía se pronunciase sobre tales reglas -es decir, sobre la creación de la Asamblea Constituyente- consistía en que ellas se incorporasen al texto mismo de la consulta que se le hiciera, para que el pueblo, al pronunciarse favorablemente sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, aprobase también las reglas fundamentales pertinentes, que configuraban su régimen, en particular el cometido de la Asamblea Constituyente; la forma de elección de sus integrantes, y la duración del mandato.

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

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

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

De lo anterior se derivaba que el referendo consultivo necesariamente debía de tener la amplitud de preguntas concatenadas y derivadas necesarias, de manera que fuera la voluntad popular la que le diera forma y fijare el contorno de la Asamblea Constituyente, para que ésta pudiera ser el resultado de la manifestación de la soberanía popular. Incluso, a los efectos de la elaboración de dichas preguntas, el Presidente de la Repú-

blica Hugo Chávez Frías, antes de asumir su cargo, para ello había creado una Comisión Presidencial Constituyente; y había delineado el contenido de las mismas, en la “Propuesta electoral para Transformar a Venezuela”, en la cual, como ya se dijo señaló que:

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

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

En ese vicio de inconstitucionalidad, precisamente, incurría la Pregunta Segunda del artículo 3° del Decreto N° 3 del 02-02-99, al pretender que el pueblo *autorizase* al Presidente de la República para que mediante un “acto de gobierno” (término erróneamente utilizado, según la doctrina sentada por la Corte Suprema) fuera el que fijase “las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente”, lo cual, además, desde el punto de vista lógico conforme a la pregunta, debía hacer *después de ser autorizado* por el referendo.

Se pretendía así, que mediante un referendo decisorio no previsto en la Ley, el pueblo soberano renunciase a su derecho a participar y delegase o transfiriera al Presidente de la República, sólo, sin siquiera la participación del Consejo de Ministros, para que éste fuera el que fijase posteriormente al referendo, “las bases del proceso comicial” para elegir a los integrantes de la Asamblea Constituyente que constituía parte del régimen de la misma, es decir, las condiciones de elegibilidad, la forma de postulación y las condiciones para la elección. Con ello se pretendía trasladar el poder constituyente al Presidente de la República lo cual era inconstitucional, por no tener competencia para ello.

En todo caso, al no preverse otras preguntas en el referendo que se proponía, no sólo las que se referían a las bases del proceso comicial se le sustraían al pueblo para expresar la voluntad popular, es decir, al derecho de participar, sino que se dejaban de regular otros aspectos fundamentales que no se referían al “proceso comicial”, relativos a la Asamblea, como

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

por ejemplo, su estructura y carácter (unicameral, bicameral, corporativa), el número de miembros que debían integrarla, su duración, las bases para su funcionamiento que debía estar basado en mecanismos de consulta a toda la población para que las propuestas llegasen a la Asamblea, no sólo por el trabajo de sus integrantes, sino por iniciativa de todos los grupos de la sociedad interesados en su actividad reformadora.

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

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

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

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

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

En esos procesos, el poder constituyente originario del pueblo no tuvo límites constitucionales para su actuación, salvo los provenientes del derecho natural o de las luchas históricas de la humanidad que contribuyeron a la juridificación nacional y universal de los derechos humanos. Pero una vez constituidos los Estados Constitucionales modernos, habiéndose dotado a sí mismos, por voluntad popular, de una Constitución, puede decirse que el poder constituyente originario desapareció al constitucionalizarse y se lo sustituyó por un poder constituyente instituido, derivado o de reforma que está regulado usualmente en las propias Constituciones.

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

Puede decirse, entonces que, en general, en los Estados constitucionales el poder constituyente originario se constitucionalizó al adoptarse la Constitución, y el principio de la representación democrática condicionó su ejercicio. Como lo ha destacado Pedro de Vega:

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

La constitucionalización del poder constituyente, por otra parte, está esencialmente ligada a la democracia representativa, por lo que como principio, en el Estado constitucional, una vez aprobada la Constitución, el poder constituyente originario se subsume en la Constitución, se constitucionaliza, y ese texto adquiere supremacía, regulándose usualmente el poder constituyente instituido, como mecanismo para reformar o modificar la Constitución, que incluso puede atribuirse a una Asamblea Constituyente. Como lo ha señalado Antonio Negri al comentar el proceso constitucional americano: “Sin Constitución, fuera de la Constitución, fuera de la máquina constitucional y del organismo de gobierno no existe poder constituyente”¹⁰⁹.

En esta forma, sin embargo, lejos estaba la posibilidad de que una Asamblea Constituyente convocada en democracia y bajo la vigencia de

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

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

la Constitución de 1961, producto de la voluntad popular manifestada mediante referendo consultivo, pudiera tener poderes ilimitados y atentar contra los mismos principios del constitucionalismo.

Existían, en consecuencia, límites al poder constituyente de revisión o de reforma constitucional ejercido por una Asamblea, que nunca, en sí misma, es soberana, derivados de las cláusulas pétreas del constitucionalismo y que la Constitución de 1961, entre otros, consagraba en sus artículos 1º, 3º, 8º y 50.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Definitivamente, no puede el ordenamiento constitucional servir de cauce para su propia destrucción; es decir, no es admisible el auto atentado contra la forma democrática de gobierno, bajo la cobertura de la crea-

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

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

ción de un nuevo Estado constitucional; y ello se hubiera llevado a cabo, si se hubiera llegado a convocar, como lo pretendía el acto administrativo dictado por el Presidente de la República, una Asamblea Constituyente con poderes imprecisos e ilimitados para transformar el Estado.

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

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

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

El Decreto N° 3, como se dijo, fue objeto de diversas acciones contencioso-administrativas de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad que se ejercieron por ante la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa. Sin embargo, dichas acciones fueron declaradas inadmisibles por el Juzgado de Sustanciación de la Sala, considerando que el Decreto del Presidente de la República convocando la realización del referendo, *no era un acto administrativo recurrible* por ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de que no producía “efectos externos”. La Sala consideró que se trataba de una simple “solicitud” formulada por el Presidente ante el Consejo Nacional Electoral, órgano que conforme al artículo 184 de la misma Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, era al que correspondía poner fin al procedimiento administrativo correspondiente relativo a la convocatoria de los referendos. Es decir, era el que con su decisión de fijar la fecha de realización del mismo,

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

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

una vez verificada que la “solicitud” cumplía con los requisitos legales, ponía fin a la vía administrativa y, en consecuencia, era el que podía ser revisado jurisdiccionalmente mediante un recurso contencioso electoral¹¹⁴.

Independientemente de las críticas u observaciones que se podían realizar a las decisiones del Juzgado de Sustanciación, al considerar que un Decreto presidencial de convocatoria de un referendo ordenando además las preguntas que debían formularse, no tenía efectos jurídicos “externos”; la consecuencia de la decisión fue entonces, y conforme con la doctrina sentada por el Juzgado de Sustanciación, la introducción por los interesados de sendas acciones de nulidad (con los mismos argumentos de derecho) pero esta vez contra la Resolución N° 990217-32 del Consejo Nacional Electoral de 17-02-99 dictada en conformidad con el mismo Decreto N° 3 del Presidente de la República, que a su vez había reproducido íntegramente su texto y había fijado la realización del referendo para el día 25-04-99. Una de dichas acciones de nulidad, fue la decidida por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18-03-99, mediante la cual el Supremo Tribunal, conforme a lo antes dicho, anuló la Segunda Pregunta de la convocatoria al referendo¹¹⁵.

En efecto, el acto administrativo dictado por el Consejo Nacional Electoral el 17 de febrero de 1999, contenido en la Resolución N° 990217-32¹¹⁶, conforme a lo decidido por el Presidente de la República en el Decreto N° 3 antes mencionado, había resuelto:

Primero: Convocar para el día 25 de abril del año en curso, el referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, de conformidad con el Decreto N° 3 de fecha 2 de febrero de 1999 de fecha 02-02-99, dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros.

Este acto administrativo, ante todo, conforme a todos los argumentos antes indicados¹¹⁷, estaba viciado en su causa al fundamentarse en el mencionado Decreto N° 3 de 02-02-99, el cual, al igual que la Resolución, era ilegal e inconstitucional pues violaba los artículos 3, 4, 50, 117 y

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

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

116 En estas páginas seguimos lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la inconstitucional convocatoria a referendo sobre una Asamblea Nacional Constituyente efectuada por el Consejo Nacional Electoral en febrero de 1999”, *Revista Política y Gobierno*, FUNEDA Vol. I, N° 1, Caracas, Enero-Junio 1999, pp. 29 a 92.

117 Curiosamente dicha Resolución no fue publicada en la *Gaceta Oficial*. La referencia a la misma sólo aparece en las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral de marzo de 1999 publicadas en *Gaceta Oficial* N° 36.669 de 25-03-99.

139 de la Constitución y los artículos 181 y 184 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; estaba viciado de desviación de poder; era ineficaz y de imposible ejecución, lo que lo hacía nulo conforme al artículo 19, ordinal 3º de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; y, en definitiva, por configurarse, en sí mismo, como un instrumento que podía conducir a un fraude a la Constitución.

En efecto, la Resolución del Consejo Nacional Electoral, al ordenar que se realizase el referendo “de conformidad con el Decreto N° 3 de fecha 02-02-99”, es decir, tomando en consideración las bases establecidas en el mismo, no convocaba en realidad un referendo consultivo, que era el único que autorizaban los artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sino que desviando los poderes que derivaban de lo dispuesto en dichas normas, y contrariándolas, tanto el Presidente de la República en Consejo de Ministros como el Consejo Nacional Electoral, en definitiva, se habían valido de las normas que regulaban la figura del referendo consultivo en dicha Ley, pero para convocar un referendo decisorio, autorizatorio o plebiscitario, cuando ello no estaba autorizado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

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

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

Todo ello entrañaba una grave amenaza para la vigencia y garantía del Estado de Derecho, que podía conducir tal como la Resolución estaba concebida, a que la Constitución de 1961 pudiera ser derogada aún antes de ser sustituida por otra; a que la Asamblea Constituyente así concebida asumiera la totalidad de los Poderes Públicos, y a que se estableciera un régimen político social y participativo de contenido innominado, donde estuviesen ausentes el concepto de gobierno democrático, representativo, alternativo y responsable previsto en el artículo 3º de la Constitución de 1961, así como el derecho constitucional a la participación política, reconocido por la propia Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con tal rango constitucional, en sus sentencias del 19-1-99; es

decir, en definitiva, podía conducir a llevar el caos a un proceso de transición y cambio, aún antes de que el mismo comenzase, que debía realizarse sin tener que vulnerarse los valores permanentes de una sociedad democrática ni la vigencia plena de los derechos humanos.

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

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

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

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

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

A. *La corrección de las inconstitucionalidades presidenciales*

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

Resolución, el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, el día 10 de marzo de 1999 tuvo que emitir un nuevo acto administrativo¹¹⁸ que, sin

118 Véase el "Aviso Oficial" publicado en *Gaceta Oficial* N° 36.658 de 10-03-99, que contiene la "orden" de: *PUBLICACIÓN DE LA PROPUESTA DEL EJECUTIVO NACIONAL QUE FIJA LAS BASES DE LA CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, ANUNCIADA EN EL CONSEJO DE MINISTROS DEL 9 DE MARZO DE 1999. LA CUAL SERÁ SOMETIDA PARA LA APROBACIÓN DEL PUEBLO EN EL REFERENDUM CONVOCADO POR EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL A CELEBRARSE EL 25 DE ABRIL DE 1999*

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

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

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

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

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

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

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

la menor duda, era un Decreto (aún cuando sin número) en los términos de los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, mediante el cual ordenó publicar en *Gaceta Oficial* una propuesta del Ejecutivo Nacional mediante la cual fijaba las bases de la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, para ser *sometida para la aprobación del pueblo en el referendo* convocado.

Con este Decreto, sin duda, el Presidente, sin decirlo expresamente, había modificado el Decreto N° 3 de 02 de febrero de 1999, eliminando entonces la segunda pregunta que buscaba que se le delegara la fijación de las bases comiciales. Reconoció, así, el Presidente de la República el error constitucional que había cometido, como lo habíamos denunciado; y ello obligaba, por tanto, al Consejo Nacional Electoral a modificar la

- c.3 En las entidades territoriales que tengan entre quinientos mil uno (500.001) y hasta un millón (1.000.000) de habitantes cinco mil (5.000) firmas;
- c.4 En las entidades territoriales que tengan entre doscientos mil (200.000) y quinientos mil (500.000) habitantes, tres mil (3.000) firmas; y
- c.5 En las entidades territoriales que tengan menos de doscientos mil (200.000) habitantes, mil (1.000) firmas

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

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

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

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

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

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

Décimo: Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.

Resolución N° 990217-32 del 17-02-99, a los efectos de *incorporar a las preguntas del referendo* los elementos contenidos en las bases mencionadas que conformaban el régimen o estatuto de la Constituyente, y permitir así, al pueblo, ejercer su derecho a la participación.

El Presidente de la República, en esta forma, acogió las objeciones fundamentales que se le habían y que habíamos formulado respecto del Decreto N° 3 y de la Resolución del Consejo Nacional Electoral en cuanto a la no inclusión en las preguntas contenidas en dichos actos administrativos, de las bases del régimen de la Constituyente. Correspondía después al Consejo Nacional Electoral, modificar la Resolución N° 990217-32 del 17-02-99 para que, con la autorización de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia conforme al artículo 239 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, se incorporase a las preguntas del referendo el régimen de la Constituyente, en la forma de consulta popular.

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

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

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

Undécimo: La Constitución que redacte la Asamblea Nacional Constituyente será sometida a referendo dentro de los treinta (30) días continuos a su sanción. La Constitución quedará definitivamente aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos

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

Conforme a todo lo anteriormente dicho y argumentado, la Sala Político Administrativa consideró que si se formulaba una “pregunta sobre la conveniencia de instalar una Asamblea Nacional Constituyente”, de acuerdo al derecho a la participación política que conforme a sus anteriores sentencias del 19-1-99, habían permitido que mediante un referendo consultivo se originase el mecanismo de la Asamblea Constituyente para reformar la Constitución; debía necesariamente procederse:

A consultarse sobre aquellas reglas fundamentales que detallen su organización y régimen general.

En consecuencia, al haber ignorado la pregunta segunda tales postulados, y

Al pretender delegar, en el ciudadano Presidente de la República, la fijación de las bases del proceso comicial por el que se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente,

la Corte Suprema concluyó considerando que dicha pregunta segunda era inconstitucional,

Por vulneración del derecho a la participación política implícito en el artículo 50 de la Constitución de la República, como derecho inherente a la persona humana, y así expresamente se declara.

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

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

La Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 18-3-99, ante todo argumentó y decidió que el referendo regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, era un referendo eminentemente consultivo, es decir, que tenía por objeto conocer la opinión o el parecer del pueblo sobre determinada cuestión o texto, y que, por tanto, con fundamento en dicha norma no se podía convocar un referendo autorizador y, por supuesto, tampoco un referendo decisorio.

Por ello, incluso, la Corte, al resolver y declarar la nulidad de la pregunta segunda del referendo, se refirió a la pregunta primera contenida en la Resolución que había sido impugnada que, como se ha dicho, era del tenor siguiente:

¿Convoca Usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?

Dicha pregunta no había sido objeto de impugnación por el recurrente en el caso decidido; sin embargo, la Corte consideró que era:

Menester referirse a la primera de las preguntas formuladas que deberán responder los votantes, a fin de fijar el marco referencial e interpretativo bajo el cual ha de estudiarse la segunda pregunta;

y, en consecuencia, la interpretó acorde con la Constitución, derivando que en la misma -a pesar de su redacción- no se estaba convocando a un referendo decisorio, sino eminentemente consultivo.

Es decir, la Corte estableció clara y expresamente, a pesar de la forma de redacción de la misma, su carácter propio de un referendo consultivo. Señaló así la Corte, en relación con la primera pregunta, que:

Esa primera cuestión está dirigida a indagar sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente... Con tal iniciativa se pretende, entonces, *conocer la opinión* de los electores en cuanto a una materia, ciertamente, de especial trascendencia nacional: la conveniencia de convocar una Asamblea Nacional Constituyente;

Es decir, a pesar de que la pregunta, como estaba formulada: *¿Convoca Ud. una Asamblea Nacional Constituyente...?* implicaba un referendo decisorio; la Corte Suprema lo interpretó en el sentido de que el mismo era sólo de carácter consultivo, destinado a indagar o conocer la opi-

nión de los votantes sobre la conveniencia o no de convocar la Asamblea Constituyente.

Por ello, la Corte insistió en que conforme a sus anteriores sentencias del 19-1-99, (*Caso: Referendo Consultivo I y II*), lo que se podía realizar conforme a la Ley Orgánica del Sufragio, era un referendo para ser “consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional”, por lo que concluyó señalando que:

Es perfectamente compatible con la anterior concepción *el interrogar al soberano si está de acuerdo* con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente...

Más adelante, al analizar sus anteriores sentencias del 19-1-99, la Corte señaló que ese:

Ejercicio de soberanía no delegado encuentra su cauce precisamente en los mecanismos de participación política directa, el *referendo consultivo*, entre otros, como manifestación concreta que permite conocer de primera mano, *cuál es la opinión del* cuerpo consultado respecto a determinadas materias de evidente trascendencia nacional.

Por ello, en otra parte de la decisión, al hacer referencia a la anterior sentencia del 19-1-99 (*Casos Referendo Consultivos I y II*), la Corte señaló que:

Se circunscribió a determinar si de conformidad con el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política puede convocarse a un referendo consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente.

En tal sentido, insistió la Corte en su sentencia:

Que un mecanismo de consulta directo, llamado a resolver sobre materias que no han sido previamente delegadas en representantes, debe preservar, mantener y defender como principal valor, el ser fiel expresión de la verdadera voluntad popular.

De ello concluyó la Corte en que:

Entonces, es indispensable, que formulada la pregunta sobre la conveniencia de instalar una Asamblea Nacional Constituyente, proceda a consultarse sobre aquellas reglas fundamentales que detallen su organización y régimen general.

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

Pero además, sobre el carácter consultivo del referendo regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio, la Sala Política Administrativa en su sentencia del 18-3-99, insistió en lo siguiente:

El pronunciamiento de la Sala en fecha 19 de enero de 1999, se circunscribió a determinar si de conformidad con el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política puede convocarse a un referendo consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente. En aquella oportunidad la Sala se pronunció, dentro del análisis interpretativo solicitado, diferenciando la figura de referendo contenida en el precepto de la Ley electoral, del mecanismo de consulta plebiscitaria, estableciendo que el primero se refiere a la consulta sobre un texto o proyecto, en tanto que el segundo, esto es, el plebiscito, tiende a ratificar la confianza en un hombre o gobernante; y concluyó:

Se desprende así del texto aludido (artículo 181), la consagración jurídica de la figura del referendo consultivo como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales. De allí que la regla se dirija fundamentalmente a establecer las distintas modalidades para la iniciativa en la convocatoria de la consulta popular.

Retomando, entonces, esta apreciación inicial en cuanto a la naturaleza de la figura consagrada en la norma antes aludida, reitera la Sala, que dicho mecanismo reviste un carácter eminentemente consultivo, a diferencia de otras modalidades bajo las cuales se presentan consultas de tipo autorizatorio dirigidas a delegar en determinado funcionario o persona la realización de específicas tareas y gestiones.

Precisamente, por ello, por estar:

Claro entonces el carácter consultivo del referendo previsto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política,

la Corte Suprema al:

Dilucidar si la estructura de la segunda pregunta del Referendo fijado por el Consejo Nacional Electoral, por iniciativa del Presidente de la República, se ajusta o no a la figura consagrada legalmente,

concluyó señalando con toda precisión que:

Para la Sala, no cabe duda, que el planteamiento contenido en la cuestión segunda *no responde al referendo consultivo* que utiliza de fundamento.

En relación con dicho asunto, la Corte concluyó respecto de la mencionada segunda pregunta que:

Es evidente que, en modo alguno, se está sometiendo al criterio de los electores el examen sobre una materia determinada y específica, por el contrario lo que se persigue es que se delegue en una sola persona, la decisión sobre ese asunto, lo cual escapa al mecanismo consagrado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y así se declara.

De lo anterior deriva, por tanto, el carácter eminentemente consultivo del referendo regulado en los artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por lo cual no era posible conforme a dicha norma, convocar un referendo ni decisorio ni autorizatorio, sino solo consultivo.

Por ello, precisamente, la Corte anuló la segunda pregunta formulada para el referendo, que regulaba una consulta autorizatoria; y por ello, también, interpretó la primera pregunta redactada en la forma de un referendo decisorio, señalando que sólo podía tratarse de una consulta destinada a “indagar” el parecer o la opinión del pueblo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en el sentido de “interrogar al Soberano si está de acuerdo con la convocatoria” de la misma, lo que, significaba que, conforme al criterio de la Corte, a pesar de la redacción de la primera pregunta, nunca podía derivarse de una respuesta afirmativa de la misma, que se estaba convocando dicha Asamblea.

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

C *Los límites de la Asamblea Nacional Constituyente convocada con fundamento en el referendo consultivo*

La Sala Político Administrativa de la Corte Suprema, además de haber dejado claramente establecido el carácter eminentemente consultivo del referendo regulado en los artículos 181 y siguientes de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en su sentencia del 18-3-99 precisó con toda claridad los límites de la Asamblea Constituyente que se podía convocar con fundamento en dicha norma y de acuerdo al derecho a la participación política que deriva del artículo 50 de la Constitución; y ello lo hizo al interpretar la pregunta primera del referendo convocado.

En efecto, la Sala en la misma sentencia que comentamos, dijo que:

La circunstancia de la posibilidad, por vía de ese mecanismo (referendo consultivo) convocado conforme a la Ley Orgánica del Sufragio de celebración de una Asamblea Constituyente, no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la Constitución vigente, bajo cuyos términos se producirá su celebración, la alteración de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho.

De ello se derivan los siguientes postulados en relación con la Asamblea Constituyente cuya celebración se convocó como resultado de un referendo consultivo del 25 de abril de 1999, y cuyos miembros se eligieron el 25 de julio de 1999:

En *primer lugar*, que la estructuración de la misma estaba vinculada al propio espíritu de la Constitución de 1961. Es decir, que la misma era resultado de la interpretación de la Constitución de 1961 y su estructuración tenía que responder al propio espíritu de dicho texto.

En *segundo lugar*, que durante el funcionamiento y la celebración de la Asamblea Constituyente, seguía en vigor la Constitución de 1961, texto que limitaba la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente en el sentido de que no podía ser desconocido por la Asamblea.

En *tercer lugar*, que la celebración de la Asamblea Constituyente no significaba, en modo alguno, la alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho, es decir, de la organización del Poder Público tal como estaba regulado en la Constitución, tanto en su división vertical (Poder Nacional, Estatal y Municipal), como en la separación orgánica de poderes que existía en esos tres niveles, entre los órganos del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.

Lo anterior significaba entonces, que de acuerdo al criterio de la Corte Suprema, la Asamblea Constituyente cuyos miembros fueron electos como consecuencia del referendo consultivo del 25 de abril de 1999, no podía en forma alguna, durante su celebración y funcionamiento, des-

conocer, apartarse, suspender o derogar norma alguna de la Constitución de 1961.

Conforme a este postulado, la Sala Político Administrativa interpretó la forma genérica y ambigua del texto de la primera pregunta del referendo, precisando la “finalidad” o misión de la Asamblea en la siguiente forma:

En cuanto al cometido de “la transformación del Estado” a que se refería la primera pregunta, la Sala señaló que ello era:

En base a la primacía del ciudadano, lo cual equivale a la consagración de los derechos humanos como norte fundamental del nuevo Texto Constitucional;

y en cuanto a la creación de “un nuevo ordenamiento jurídico”, como cometido de la Asamblea, ello era con el objeto de:

Que consolide el Estado de derecho a través de un mecanismo que permita la práctica de una democracia social y participativa, debiendo la *nueva Constitución* satisfacer las expectativas del pueblo, y al mismo tiempo cumplir los requerimientos del derecho constitucional democrático, lo cual implica, esencialmente, el mantenimiento de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos.

De lo anterior se derivaba, por tanto, que la misión y finalidad esencial de la Asamblea Nacional Constituyente cuyos miembros fueron electos el 25 de julio de 1999, era producir un nuevo texto constitucional donde se reflejase la transformación del Estado y se crease un nuevo ordenamiento jurídico; es decir, que esa misión era para reflejarla en una nueva Constitución; y que en el cumplimiento de esa tarea de proyectar un nuevo texto constitucional, la Asamblea Constituyente debía darle primacía al ciudadano; consagrar los derechos humanos como norte del nuevo texto constitucional; consolidar el Estado de derecho a través de un mecanismo que permitiera la práctica de una democracia social y participativa; satisfacer los requerimientos del derecho constitucional democrático; y mantener los principios fundamentales del Estado democrático de derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos, lo que no era otra cosa que la distribución vertical del Poder Público (descentralización política y federalismo) y la separación orgánica de poderes.

En este sentido, la sentencia de la Sala reiteró que la futura Constitución, es decir,

El establecimiento de este naciente orden jurídico-político deberá responder -conforme al sentido que se infiere de la redacción de la pregunta- a que el texto constitucional respete, y aún estimule, el desarrollo de aquellos valores que insufla una “democracia social y participativa”, en virtud del principio de progresividad a que está sometida la materia.

En consecuencia, la misión y los cometidos indicados en la primera pregunta del referendo consultivo, sólo estaban destinados a guiar la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente en la elaboración del nuevo texto constitucional, como límites a la misma y, en ningún caso, podían dar origen a poderes de la Asamblea, durante su funcionamiento, que pudieran afectar o alterar las regulaciones de la Constitución de 1961. Por ello la Corte fue enfática al señalar que:

Es la Constitución vigente (1961) la que permite la preservación del Estado de derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta.

Es decir, lo que había permitido la creación y actuación de la Asamblea Nacional Constituyente convocada como consecuencia de un referendo consultivo efectuado el 25 de abril de 1999, era la Constitución que en ese momento estaba vigente, de 1961, la cual, además, permitía la preservación del Estado de derecho. Dicha Constitución de 1961, por tanto, no perdía vigencia alguna durante la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual debía encontrar en dicho texto el límite de su actuación, lo que significaba que los poderes constituidos, durante el funcionamiento de la Asamblea, debían continuar actuando conforme a la Constitución que estaba vigente, no pudiendo la Asamblea ni disolverlos ni asumir directamente sus competencias constitucionales. En consecuencia, la Asamblea Constituyente convocada en esta forma no podía legislar, ni gobernar, ni juzgar, funciones que sólo correspondían a las Cámaras Legislativas, al Presidente de la República y sus Ministros y a la Corte Suprema de Justicia y demás Tribunales de la República, respectivamente.

Como lo precisó la misma Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en la “aclaratoria” a la referida sentencia del 18-3-99, dictada el 23-3-99¹²⁰, calificando la afirmación como “interpretación vinculante”:

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

La Asamblea Nacional Constituyente, por estar vinculada al propio espíritu de la Constitución vigente (1961), está limitada por los principios fundamentales del Estado democrático de derecho.

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

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

Reformular el contenido de la pregunta N° 2 del artículo segundo de la Resolución N° 990217-32 del 17 de febrero de 1999, *examinando* las bases publicadas como “Propuesta del Ejecutivo Nacional que fija la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente”, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.658 de fecha 10 de marzo de 1999, y *decidir* sobre su incorporación al referendo consultivo.

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

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

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

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

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

En consecuencia, en nuestro criterio, la pregunta segunda del artículo 3° del Decreto N° 3 del 02-02-99 podía considerarse que había quedado derogada con el acto administrativo (Decreto sin número) dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros el 10-03-99.

Sin embargo, la pregunta segunda del artículo 3 del Decreto N° 3, al reproducirse en la Resolución del Consejo Nacional Electoral que fue el acto impugnado en el juicio de nulidad que concluyó con la sentencia de la Corte Suprema del 18-03-99, fue la que fue anulada por la Corte, como en efecto ocurrió, con la orden al Consejo de reformular dicha pregunta, examinando las mencionadas bases y decidiendo sobre su incorporación a las preguntas del referendo consultivo.

En tal sentido, y en cumplimiento al mandato judicial recibido, el Consejo Nacional Electoral, en nuestro criterio debió haber examinado cada una de las referidas bases, tal y como se lo propusimos en correspondencia que le enviamos en fecha 22 de marzo de 1999¹²¹. El Consejo

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

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

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

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

En cuanto a la *base tercera*, sobre la forma de elección personalizada en circuitos nacionales y regionales, mediante escrutinio nominal, la misma debería incluirse en las preguntas que se formulen en el referendo consultivo. En su formulación, sin embargo, el Consejo Nacional Electoral debería

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

4. *La nueva inconstitucionalidad derivada del desacato del Consejo Nacional Electoral en cumplir la orden judicial derivada de la anulación de la Resolución N° 990217-32 en relación al carácter “originario” de la Asamblea*

En efecto, el Consejo Nacional Electoral, como consecuencia de la anulación parcial de su Resolución N° 990217-32 por la Corte Suprema de Justicia, dictó una nueva Resolución, N° 990323-70 de 23 de marzo de 1999, en la cual, materialmente, reprodujo las bases fijadas por el Presidente de la República para la realización del referendo, tal como se habían publicado¹²².

Como se señaló, el abogado Gerardo Blyde acudió de nuevo a la Sala Política Administrativa solicitando la ejecución de la sentencia anulatoria del 18-3-99, con fundamento, entre otros aspectos, en que la base comicial décima propuesta por el Ejecutivo, y reproducida por el Consejo Nacional

prever un mecanismo para garantizar la representación proporcional de las minorías como lo exige el artículo 113 de la Constitución.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Electoral, desacataba el fallo de la Corte del 18 de marzo de 1999, cuando le atribuía “carácter originario” a la futura Asamblea Nacional Constituyente.

La Sala Político Administrativa, en respuesta a este requerimiento, dictó la sentencia de 13 de abril de 1999 (Ponencia del Magistrado Hermes Harting)¹²³, en la cual observó que ciertamente, el Consejo Nacional Electoral había omitido pronunciamiento expreso acerca del examen que debió haber efectuado, de acuerdo a la orden contenida en la citada sentencia, y que originó la Resolución N° 990323-70 del 23 de marzo de 1999, tanto de la mencionada base, como de la establecida en el literal undécimo, de la referida “propuesta” del Ejecutivo Nacional.

Agregó la Sala:

Sin embargo, la circunstancia de haber dictado dicho ente, el mismo 23 de marzo de 1999, la Resolución N° 990323-71, a través de la cual estableció las bases comiciales para el referendo consultivo a celebrarse el 25 de abril de 1999, incluyendo literalmente el contenido de las referidas bases, modificando únicamente su numeración, a saber: literales octavo y noveno, revela, a juicio de esta Sala, la conformidad del órgano electoral, vale decir, la aceptación implícita de aquellas proposiciones, tal y como fueron presentadas por el Ejecutivo Nacional.

Ahora bien, la base comicial designada bajo el literal octavo reza textualmente:

Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, *como poder originario que recoge la soberanía popular*, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.

Sobre este particular, en la sentencia dictada por esta Sala el 18 de marzo de 1999 se expresó con *meridiana claridad* que la Asamblea Constituyente a ser convocada, “... no significa, en modo alguno, por estar precisamente vinculada su estructuración al propio espíritu de la Constitución vigente, bajo cuyos términos se producirá su celebración, la alteración de los principios fundamentales del Estado democrático de derecho...”, y que “...En consecuencia, es la Constitución vigente la que permite la preservación del Estado de derecho y la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, en caso de que la voluntad popular sea expresada en tal sentido en la respectiva consulta....”

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

A su vez, en el fallo aclaratorio del 23 de marzo de 1999, emanado de esta Sala, se ratificó claramente la naturaleza vinculante de tal criterio interpretativo, referido a la primera pregunta del referendo consultivo nacional 1999, y cuyo contenido debía fijar el marco referencial y alcance de la segunda pregunta del mismo.

Por todo lo anterior, la Corte Suprema consideró que resultaba incontestable que el contenido de la base comicial identificada bajo el numeral octavo -reproducida en la Resolución N° 990323-71 del 23 de marzo de 1999, e incorporada posteriormente a la segunda pregunta del referendo consultivo, por remisión ordenada en la Resolución N° 990324-72 del 24 de marzo de 1999, ambas dictadas por el Consejo Nacional Electoral-, y específicamente, en lo referente a calificar la Asamblea Nacional Constituyente “*como poder originario que recoge la soberanía popular*”, estaba en franca “contradicción con los principios y criterios” vertidos en la sentencia pronunciada por esta Sala el 18 de marzo de 1999, y su aclaratoria del 23 de marzo de 1999,

Induciendo a error al electorado y a los propios integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, si el soberano se manifestase afirmativamente acerca de su celebración, en lo atinente a su alcance y límites.

En consecuencia de lo anterior, la Sala Político-Administrativa concluyó su sentencia del 13 de abril de 1999, resolviendo, en ejecución de su precedente sentencia fechada 18 de marzo de 1999, la eliminación de la frase “*como poder originario que recoge la soberanía popular*”, y, por tanto, corrigiendo el texto de la base comicial octava, en la forma siguiente:

Se reformula la base comicial *octava* para el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente a realizarse el 25 de abril de 1999, en los términos siguientes:

Octavo: Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, ésta deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.

Quedó en esta forma abierto el proceso constituyente en el país, mediante la celebración del referendo consultivo que se efectuó el 25 de abril de 1999, en el cual se consultó al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, con una misión y unos límites específicos fijados por el mismo pueblo al responder afirmativamente a

las preguntas y las bases comiciales que conforman su estatuto. En dicho referendo, votaron 4.137.509 de los 11.022.936 electores registrados con una abstención electoral del 62.2%. La votación “sí” representó un 92,4% y la votación “no” un 7,6%¹²⁴.

En esta forma, la Asamblea Nacional Constituyente, fue electa el 25 de julio de 1999 y estaba sometida a las normas supraconstitucionales que derivaban del *poder constituyente originario* que se había expresado en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999. Durante su funcionamiento debió respetar la vigencia de la Constitución de 1961, la cual sólo debió perder dicha vigencia cuando el pueblo soberano, es decir, el poder constituyente originario se pronunciara aprobando, mediante posterior referendo aprobatorio, la nueva Constitución que elaborase la Asamblea, tal como se precisó en la base comicial novena del referendo de 25 de abril de 1999.

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

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

Como resulta de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia antes comentadas, el proceso constituyente venezolano, hasta la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, al contrario de lo que sucedió con todas las experiencias constituyentes del pasado en la historia política de país, no había sido producto de una ruptura constitucional con ocasión de una guerra, un golpe de Estado o una Revolución, sino de la interpretación dada por el máximo Tribunal de la República a la Constitución vigente de 1961 y de la voluntad popular expresada, como poder constituyente originario, en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999.

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

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

Lo novedoso -y por ello extraordinario- del proceso constituyente venezolano actual, es que el mismo no surgió como consecuencia de un suceso fáctico (guerra civil, golpe de estado, revolución, etc.), sino que, por el contrario, fue concebido como un “proceso constituyente de *iure*” esto es, que se trata de un proceso enmarcado dentro del actual sistema jurídico venezolano¹²⁵.

La consecuencia de lo anterior estaba, conforme a la apreciación de la Corte Suprema en la víspera de la elección de la Asamblea, en que la Asamblea Nacional Constituyente no sólo “deriva de un proceso que se ha desarrollado dentro del actual marco del ordenamiento constitucional y legal”, sino que en su actuación estaba sometida al orden jurídico establecido por la voluntad popular en el referendo del 25 de abril de 1999, expresada en el conjunto de normas que derivaban de las preguntas del referendo y de las bases comiciales aprobadas en el mismo, y que la misma Corte Suprema de Justicia, en la sentencia antes mencionada, “por su peculiaridad e importancia”, había catalogado “como normas de un rango especial”. En anterior sentencia del 3 de junio de 1999 (*Caso Celia María Colón de González*) había considerado al referendo consultivo como una “expresión popular” que “se tradujo en una decisión de obligatorio cumplimiento, pues posee validez suprema”, es decir, de rango supraconstitucional. Dicha sentencia se cita, además, en la de 17 de junio de 1999 (Ponencia del Magistrado Hector Paradisi)¹²⁶ en la cual se declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo de anulación que había sido interpuesto por el abogado Juan Carlos Apitz, en representación de un conjunto de ciudadanos contra un artículo de la Resolución N° 990519-154 del 19-05-99 del Consejo Nacional Electoral, que había negado la posibilidad de incluir símbolos, signos, siglas o colores que identificasen a los candidatos a la Asamblea Nacional Constituyente postulados por organizaciones políticas.

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

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

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

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

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

Es decir, la Asamblea Nacional Constituyente fue creada por la voluntad popular, por el poder constituyente originario que es el pueblo, como resultado del ejercicio ciudadano del derecho a la participación que la Corte Suprema de Justicia, en sus sentencias del 19 de enero de 1999, dedujo de la interpretación que le dio tanto al artículo 4 de la Constitución de 1961 como al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

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

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

De ello resultaba que la Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999, tenía definido su régimen fundamental en las preguntas y bases comiciales consultadas en el referendo del 25 de abril de 1999 que, como se dijo, eran de naturaleza supraconstitucional, pues eran la manifestación más directa de la soberanía del pueblo, a la cual la Asamblea Nacional Constituyente estaba sujeta y debía respetar y seguir.

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

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

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

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

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

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

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

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

que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa.

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

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

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

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

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

De lo anterior resulta, por tanto, que no podía deducirse de la *pregunta primera* del referendo consultivo de 25 de abril de 1999, que la Asamblea Nacional Constituyente pudiera tener supuestos poderes ilimitados o absolutos para poder modificar o suspender la vigencia de la Constitución de 1961 durante su funcionamiento, y antes de que la nueva Constitución fuera aprobada por el pueblo. El hecho de tener como mi-

sión el transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, lo que implicaba eran sus poderes para preparar una nueva Constitución que respondiera a esa misión, la cual sólo entraría en vigencia cuando el pueblo soberano la aprobara mediante referendo aprobatorio .

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

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

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

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

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

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

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

Cualquier actuación en tal sentido significaba una derogación o modificación de la Constitución de 1961, así fuera temporal, o una suspensión de su vigencia antes de haber sido sustituida por otra mediante referendo aprobatorio, lo cual hubiera significado una violación de la base comicial novena que como voluntad del pueblo originario, era parte del marco supraconstitucional que regía el funcionamiento de la Asamblea.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cedente del artículo 4 de la Constitución de 1961 y del artículo 5 de la Constitución de 1999.

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

Por ello, todas las propuestas que debían formularse para hacer efectiva la democracia participativa, debían respetar el principio republicano de la democracia representativa, que en ningún caso podía desaparecer o ser sustituida.

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

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

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

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

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

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

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

El respeto al principio de la separación de poderes, incluso, impedía a la Asamblea Constituyente poder asumir, además de su tarea constituyente, el Poder Legislativo o el Poder Judicial disolviendo al Congreso o a la Corte Suprema.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, este límite impuesto a la Asamblea, respondía al mismo principio del artículo 7 de la Constitución de 1961 que precisaba el territorio nacional en relación con el que era de la Capitanía General de Venezuela a inicios del siglo XIX, pero con las modificaciones resultantes de los tratados válidamente celebrados, lo que excluía toda posibilidad de que la Asamblea pretendiera desconocer los tratados de límites territoriales que habían sido celebrados por la República.

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

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

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

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

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

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

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

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