

LA ENMIENDA NÚMERO UNO DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA VIGENTE: ¿UNA SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD CONSTITUCIONAL?*

Por HERMAN PETZOLD PERNIA**

I

El Congreso de la República de Venezuela, con fecha 9 de mayo de 1973, sancionó la enmienda número 1 de la Constitución venezolana en vigor desde 1961, enmienda que fue promulgada por el presidente de la República el día 11 de mayo de 1973. Dicha enmienda, realizada de conformidad con el procedimiento previsto por el artículo 245 de la Constitución¹ para la llamada Enmienda formal, en su artículo 1o. expresa:

* Este trabajo es una versión corregida de la ponencia "La enmienda número 1 de la Constitución venezolana vigente: ¿Una solución de continuidad constitucional?"

** Presentada por el doctor Herman Petzold Pernia. Profesor ordinario en la Facultad de Zulia (Maracaibo-Venezuela).

¹ El art. 245 de la Constitución declara: "Las enmiendas a esta Constitución se tramitarán en la forma siguiente:

1º. La iniciativa podrá partir de una cuarta parte de los miembros de una de las Cámaras, o bien de una cuarta parte de las Asambleas Legislativas de los Estados, mediante acuerdos tomados en no menos de dos discusiones por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea;

2º. La enmienda se iniciará en sesiones ordinarias, pero su tramitación podrá continuar en las sesiones extraordinarias siguientes;

3º. El proyecto que contenga la enmienda se iniciará en la Cámara donde se haya propuesto, o en el Senado cuando haya sido propuesta por las Asambleas Legislativas, y se discutirá según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de las leyes;

4º. Aprobada la enmienda por el Congreso, la Presidencia la remitirá a todas las Asambleas Legislativas para su ratificación o rechazo en sesiones ordinarias, mediante acuerdos considerados en no menos de dos discusiones y aprobados por la mayoría absoluta de sus miembros;

5º. Las Cámaras reunidas en sesión conjunta escutarán en sus sesiones ordinarias del año siguiente los votos de las Asambleas Legislativas, y declararán sancionada la enmienda en los puntos que hayan sido ratificados por las dos terceras partes de las Asambleas;

6º. Las enmiendas serán numeradas consecutivamente, y se publicarán de seguida de la Constitución, sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia al número y fecha de la enmienda que lo modifique."

Se introduce una enmienda a la Constitución que llevará el número uno redactada así:

No podrán ser elegidos Presidente de la República, Senador o Diputado al Congreso, ni Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, quienes hayan sido condenados mediante sentencia definitivamente firme, dictada por Tribunales Ordinarios, a pena de presidio o prisión superior a tres años, por delitos cometidos en el desempeño de funciones públicas, o con ocasión de éstas.

De lo acordado por los organismos competentes no habrá otro recurso que el de apelación ante la Corte Suprema de Justicia, en pleno, ejercido por cualquier elector. La Corte deberá decidir dentro de los diez días siguientes al recibo de la solicitud. Esta apelación se oirá en un solo efecto.

Y en el artículo 2o. dispone: “Imprímase íntegramente la Constitución seguida de la enmienda sancionada y anótese al pie de los artículos 149, 152, 182 y 213 del texto constitucional² la referencia al número y fecha de esta enmienda.”

Ahora bien, en la presente comunicación nosotros analizaremos la naturaleza de tal modificación constitucional y responderemos a la pregunta central: Tal cambio, ¿constituye o no una solución de continuidad constitucional? O en otras palabras: La enmienda número 1 de la Constitución venezolana de 1961, ¿tiene o no un fundamento de validez constitucional-positivo?

II

Carl Schmitt distingue cinco conceptos que aluden a los cambios que pueden afectar un orden constitucional-positivo: destrucción de la constitución, supresión de la constitución, reforma constitucional (o revisión), quebrantamiento de la constitución y suspensión de la constitución.³

De los mismos, en este momento nos interesan los denominados *supresión*

² El art. 149 expresa: “Para ser Senador se requiere ser venezolano por nacimiento y mayor de treinta años.”

El art. 152 dice: “Para ser Diputado se requiere ser venezolano por nacimiento y mayor de veintidós años.”

El art. 182 declara: “Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser venezolano por nacimiento, mayor de treinta años y de estado seglar.”

El art. 213 expresa: “Para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia se requiere ser venezolano por nacimiento, abogado y mayor de treinta años.” Además de estas condiciones, la ley orgánica podrá exigir el ejercicio de la profesión, de la judicatura o del profesorado universitario en materia jurídica por determinado tiempo.

³ Cfr. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado. Madrid, s/f, p. 115-117.

de la constitución y reforma constitucional (también llamada revisión o enmienda constitucional). El autor citado sostiene que el primer concepto se refiere a la “Supresión de la constitución existente, pero conservando el poder constituyente en que se basaba (cambio de constitución, golpe de Estado; . . .)”,⁴ y al segundo lo define como: “reforma del texto de las leyes constitucionales vigentes hasta el momento; aquí corresponde también la supresión de prescripciones legal-constitucionales aisladas y la recepción de nuevos ordenamientos legal-constitucionales aislados”.⁵

Schmitt añade que la “palabra reforma constitucional (revisión) es inexacta, porque no se trata de reformas de la constitución misma, sino tan sólo de las determinaciones legal-constitucionales”.⁶

Ahora bien, la Constitución venezolana se refiere a este último cambio constitucional, como hemos visto, en el artículo 245, mientras que prevé la “supresión de la constitución” en el artículo 246,⁷ ya que si bien habla de “reforma general”, tal reforma se traduce en la instauración de una “nueva Constitución”, como bien se expresa en el ordinal 4o. del antes mencionado artículo 246.

Así, pues, con Karl Loewenstein, podemos afirmar:

⁴ Carl Schmitt. *Op. cit.*, p. 115. La supresión de la constitución, se diferencia de la destrucción de la constitución en el sentido de que en esta última hay “supresión de la constitución existente (y no sólo de una o varias leyes constitucionales), acompañada de la supresión del poder constituyente en que se basaba” (*idem*).

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

⁷ El art. 246 de la Constitución dice: “Esta Constitución también podrá ser objeto de reforma general, en conformidad con el siguiente procedimiento:

1º. La iniciativa deberá partir de una tercera parte de los miembros del Congreso, o de la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas en acuerdos tomados en no menos de dos discusiones por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea;

2º. La iniciativa se dirigirá a la Presidencia del Congreso, la cual convocará a las Cámaras a una sesión conjunta con tres días de anticipación por lo menos, para que se pronuncie sobre la procedencia de aquélla. La iniciativa será admitida por el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes;

3º. Admitida la iniciativa, el proyecto respectivo se comenzará a discutir en la Cámara señalada por el Congreso, y se tramitará según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de las leyes, y

4º. El proyecto aprobado se someterá a referéndum en la oportunidad que fijen las Cámaras en sesión conjunta, para que el pueblo se pronuncie en favor o en contra de la reforma. El escrutinio se llevará a conocimiento de las Cámaras en sesión conjunta, las cuales declararán sancionada la nueva Constitución si fuera aprobada por la mayoría de los sufragantes de toda la República.”

Técnicamente, una reforma constitucional puede efectuarse cuando se añade algo al texto existente en el momento de realizar la modificación —suplemento—, o bien se suprime algo —supresión—... El procedimiento puede extenderse a varios artículos o tan sólo a uno, a una parte de un artículo (párrafo o frase) o a varias palabras, o tan sólo a una palabra dentro de una frase.⁸

Entonces, la modificación introducida a la Constitución venezolana mediante la Enmienda número 1, es el producto de una reforma o revisión constitucional.

III

Dentro de la clasificación presentada por lord Bryce en sus *Studies in History and Jurisprudence*⁹ entre constituciones *flexibles* y constituciones *rígidas* —donde el criterio de distinción lo constituye el hecho de que las segundas exigen y las primeras no, “un procedimiento especial” para su reforma—,¹⁰ la Constitución venezolana se la puede ubicar, *formalmente*, entre las rígidas.

Sin embargo, como acertadamente lo señala K. C. Wheare, la antedicha clasificación, “se refería únicamente a determinadas exigencias formales en el procedimiento legal de enmienda”,¹¹ ignorando:

que la facilidad o la frecuencia con que una constitución se modifica depende no sólo de las previsiones legales acerca de la forma de enmienda, sino también de los grupos políticos y sociales que predominan en la comunidad y de la medida en que éstos apoyan o aprueban la organización y la distribución del poder político que la Constitución prescribe.¹²

Por lo que en consecuencia, acaso sea más prudente utilizar los términos *flexible* y *rígido* para distinguir las constituciones no según si para su enmienda requieren un procedimiento especial que no exigen las leyes ordinarias sino según sea en la práctica y bajo el peso de las diferentes circunstancias, fácil y frecuentemente modificadas o no.¹³

Y desde ese punto de vista, opinamos que nuestra actual carta fundamental es *flexible*, tanto por la facilidad como los partidos dominantes en la política venezolana (Acción Democrática y el partido social cristiano COPEI)

⁸ Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*, trad. del alemán de Alfredo Galleo Anabitarte. Ariel. Madrid, 1970, p. 175-176. Lo suprimido en la cita de este autor dice: “o bien se sustituye el texto existente por otro —cambio—.” Lo hemos hecho por lo antes expuesto: No se debe hablar de “reforma general” o incluir el cambio de una constitución por otra, dentro de la reforma o revisión constitucional, ya que otro concepto comprende tal cambio constitucional: la “supresión de la constitución”, ya definido.

⁹ Cfr. K. C. Wheare. *Las Constituciones Modernas*, trad. del inglés de Fernando Morera y Ángel Alandí, Labor. Barcelona, 1971, p. 21.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

¹² *Ibidem*, p. 22.

¹³ *Idem*.

podieron imponer la introducción de la enmienda¹⁴ como por la ausencia de una tradición constitucional firme y dilatada, revelada por el hecho de que Venezuela haya tenido hasta hoy, 1830, 23 constituciones, casi todas con una vigencia breve o efímera.¹⁵

Sobre esto Wheare escribe: “Si bien es verdad que en algunos países el “mito” de la constitución es un poderoso factor que evita o demora el cambio, en otros la ausencia de algo parecido a un “mito” o de un respeto decente por la constitución hace que ésta sea considerada con desdén o con indiferencia”.¹⁶

En este último caso se halla, desgraciadamente, nuestra patria. En ésta los grupos políticos y sociales históricamente predominantes, no se han sentido ni se sienten preocupados por ser comedidos en el empleo de los mecanismos de la revisión o supresión constitucional, y así, lamentablemente, no existe ni ha existido la identificación de la nación con su constitución de la que habla Loewenstein,¹⁷ inexistencia que ha implicado la ausencia de cierta veneración por la carta fundamental propia, sentimiento éste que sí está presente en otras naciones del orbe.

IV

La situación descrita nos lleva a realizar un nuevo intento de clasificación de nuestra actual carta política, a fin de poder pasar luego a responder la cuestión central de esta comunicación y mostrar cuán peligroso puede ser para un orden constitucional que se pretende democrático, esa falta de vinculación del pueblo con su constitución.

¹⁴ Wheare afirma: “Los partidos políticos representan quizá la más importante influencia sobre el funcionamiento de una Constitución. Tan importante, en efecto, que se diría que una Constitución es un mero esqueleto y que son los partidos los que le proporcionan carne y sangre, los que dan al cuerpo político su vida y su peculiaridad. Esto quizá sea una exageración, pero entraña gran parte de la verdad.” (*Ibidem*, p. 81) Cfr. K. Loewenstein. *Op. cit.*, p. 37 y 217. Debemos observar que la razón fundamental de la Enmienda número 1 de la Constitución de Venezuela, fue el temor de Acción Democrática (AD) y del Partido Social Cristiano COPEI —inducido por ciertas encuestas de opinión pública— de que el exdictador venezolano general (r) Marcos Pérez Jiménez se lanzara de candidato a la Presidencia de la República y triunfara, o al menos les arrebatará, a uno de los dos partidos, los votos suficientes para derrotar al adversario más crecano. Luego, si los partidos políticos venezolanos son movidos por intereses particulares a los mismos, o lo que es peor por intereses personalistas, mal se puede esperar que logren crear un sentimiento de respeto en torno a una constitución que cuando les resulta molesta o inconveniente, proceden a modificarla.

¹⁵ La constitución venezolana con más larga vigencia fue la de 1830 que duró hasta 1857. En segundo lugar está la actual, de 1961, que ya lleva vigente catorce años. Por otra parte ha habido constituciones como las de 1857, 1928 y 1947 que han estado en vigor, por un lapso muy corto. Cfr. Luis Mariñas Otero *Las Constituciones de Venezuela*. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1965.

¹⁶ K. C. Wheare. *Op. cit.*, p. 83.

¹⁷ K. Loewenstein. *Op. cit.*, p. 175.

Loewenstein nos propone lo que él llama una clasificación “ontológica” de las constituciones, las cuales, según dicho publicista, “podrán ser diferenciadas según su carácter normativo, nominal y semántico”.¹⁸

En dicha clasificación, en vez “de analizar la esencia y el contenido de las constituciones, el criterio de análisis ontológico radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder”.¹⁹

Para:

que una constitución sea viva, no es suficiente que sea válida en sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas.²⁰

Por otra parte, una:

constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal... La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella.²¹

En fin, se puede hacer referencia a la situación donde:

si bien la constitución será plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos, que disponen del aparato coactivo del Estado... La conformación del poder está congelada en beneficio de los detentadores fácticos del poder, independientemente de que éstos sean una persona individual (dictador), una junta, un comité, una asamblea o un partido. Este tipo se puede designar como constitución semántica. En lugar de servir a la limitación del poder, la constitución es aquí el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político.²²

Entonces, conforme esa clasificación, nosotros colocaríamos a la actual constitución venezolana dentro de las constituciones semánticas, ya que si bien se pudiera pensar a primera vista, que aquélla se la podría estimar como una constitución nominal, la utilización que hacen de ella los detentadores oficiales y fácticos del poder, la convierten en una constitución *semántica*. Actualmente

¹⁸ *Ibidem*, p. 216.

¹⁹ *Ibidem*, p. 217.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Ibidem*, p. 218.

²² *Ibidem*, pp. 218-219.

los dos partidos nacionales mayoritarios,²³ ya sea en el gobierno o en una supuesta oposición, no emplean su poder e influencia —logrados gracias al manejo de una propaganda alienante mediante el control de los medios de comunicación social—, para mejorar las condiciones colectivas de vida de los venezolanos y realizar la transformación de las estructuras políticas, económicas, sociales, jurídicas, culturales, etcétera, del país, sino que por el contrario con su acción afianzan la dominación de los tradicionales beneficiarios del *statu quo*, dentro de una creciente corrupción administrativa que denunciada por y desde el presidente de la República hasta por funcionarios intermedios cumplidores de su deber, en vez de ser castigada severamente, se ve aupada cada vez más por la impunidad de los culpables, y el sentido hedonista de la vida que predominan en los grupos dominantes de un Estado enriquecido en forma creciente por los fabulosos ingresos debidos a la elevación del precio del petróleo, donde unos más que otros, ya sean funcionarios o empresarios (a veces

²³ Indudablemente, a la luz de los resultados de las elecciones de diciembre de 1973, los partidos mayoritarios de Venezuela son Acción Democrática (AD), quien ganó dichas elecciones, y el partido social cristiano COPEI. Así para la Presidencia de la República, AD alcanzó la cifra de 2 119 054 votos (48.69% del total de votos válidos) y COPEI, la de 1 538 833 (35.36%). Para la elección de los integrantes del Congreso, Asambleas Legislativas estatales y Consejos Municipales, AD obtuvo 1 952 788 votos (44.54%) y COPEI, 1 331 512 votos (30.37%). Tanto para la elección presidencial como para la de los cuerpos deliberantes se emitieron un total de 4 518 388 votos, de los cuales, en el primer caso, se consideraron válidos 4 331 444 (96.30%), y de este total AD y COPEI lograron el 84.05%. En el segundo caso, se estimaron válidos 4 383 485 (97.01%), de los cuales AD y COPEI obtuvieron el 74.91%. En las elecciones de 1968, los resultados fueron bastante distintos, aunque también favorecieron a AD y COPEI (este último ganó esas elecciones). En esas elecciones, COPEI logró para la Presidencia de la República, 1 067 211 votos (28.68%) y AD, 1 021 725 votos (27.46%). Para los cuerpos deliberantes, en cambio, AD alcanzó la cifra de 939 759 votos (25.55%) mientras que COPEI obtuvo 883 814 votos (24.02%). En la elección presidencial se emitieron 3 999 617 votos de los cuales 3 720 660 fueron válidos (93.02%), habiendo AD y COPEI recibido el 56.14% de los votos. En la elección para los cuerpos deliberantes se emitieron 3 907 823 votos, de los cuales 3 678 084 fueron considerados válidos (94.12%) habiéndose depositado el 49.57% votos a favor de AD y COPEI (citado en Carmen G. de Cuahonte, "El cambio de la realidad política venezolana 1968-1973 (estudio gráfico-estadístico)", en *Polarización y bipartidismo en las elecciones de 1973*. Colección Análisis Político 1. Caracas, 1974, p. 112). Tal predominio en las elecciones de 1968 y particularmente, en la de 1973, se basa fundamentalmente en las ingentes sumas de dinero utilizadas, en propaganda, por AD y COPEI, lo que ha llevado a aseverar que, indudablemente, "fueron los partidos que dispusieron de mayores recursos en la campaña electoral" (Gustavo Tarre Briceño, "Las elecciones del 9 de diciembre y el sistema de partidos en Venezuela", en *Polarización y bipartidismo...*; p. 153). El doctor Domingo Alberto Rangel sostiene, con base en una serie de razones que señala, que AD gastó 160 millones de bolívares (dls. 37 209 302 33), recibidos del capitalismo nacional y extranjero, en la campaña electoral previa a las elecciones del 9 de diciembre de 1973. *Elecciones 1973: El Gran Negocio*, Vadell Hermanos, p. 59-75 (especialmente p. 62-67). COPEI, es razonable suponerlo, debe haber gastado una cifra similar o superior, tomando en cuenta que detentaba el control de un poder ejecutivo que maneja los miles de millones de bolívares del presupuesto nacional.

hay confusión en una misma persona de estas características o se pasa de una condición a la otra) tratan de enriquecerse lo más posible en el menor tiempo, no importa con cuáles medios.

Además, la forma como los partidos cómplices en esta situación se reparten la influencia en el poder (por ejemplo, se acuerda que la presidencia del Congreso (o sea del Senado) sea para un militante del partido en el gobierno, y la vicepresidencia (presidencia de la Cámara de Diputados) para el partido mayoritario en la oposición; el acuerdo para realizar la enmienda constitucional en contra de una persona que podía afectarles electoralmente, etcétera, nos llevan, pues, a afirmar, que si aparentemente, para un observador desconocedor de la realidad político-social venezolana, la Constitución actual de Venezuela es nominal evolucionando hacia normativa, para nosotros, es una constitución *semántica*. Y tanto es así que cuando dicha constitución, tal como estaba redactada, pareció a los detentadores del poder, que podría afectarles su dominación oficial y fáctica de éste, la enmendaron.²⁴

Otra prueba de que la Constitución venezolana en vigor es *semántica* la constituyen las decisiones de la Corte Suprema de Justicia con relación a cómo deben interpretarse los artículos 49 y 50 de la misma,²⁵ los cuales tratan de la protección judicial y de la efectiva vigencia de los derechos consagrados constitucionalmente.

Así, en fallo del 14 de diciembre de 1970, la Sala Político-Administrativa del alto tribunal venezolano, ha declarado: “Entre esos principios, elevados por

²⁴ Conviene anotar que estamos lejos de pensar que la persona afectada por la enmienda número 1, podría haber resuelto con su acción, los problemas que aquejan a la Venezuela de hoy. Es más, opinamos, que durante la dictadura ejercida por aquella persona, el derroche de los ingresos fiscales y la corrupción administrativa estuvieron a la orden del día, aparte que reinó un clima de represión para las expresiones políticas desidentes. Pero por otra parte, rechazamos la posición de los actuales detentadores oficiales del poder que pretenden sostener que el presente régimen constitucional, no tiene similares características a la dictadura, en particular en el aspecto del derroche y de la corrupción, sin olvidar cierta represión. Es decir, afirmamos que entre ambos regímenes no hay diferencias cualitativas sino sólo cuantitativas, de grado, y aun en esto, algunos opinarían que éstas tampoco existen. En consecuencia, la Constitución venezolana en vigor, se presenta como un instrumento de los grupos minoritarios que controlan el poder, que sirve para oficializar la dominación y favorecer los intereses propios de aquéllos.

²⁵ El art. 49 de la Constitución declara: “Los “Tribunales ampararán a todo habitante de la república en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.”

El art. 50 *ejusdem* expresa: “La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, o figuran expresamente en ella.

La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.”

primera vez en nuestro país a la categoría de norma constitucional, figura el contenido en el artículo 49 de la Constitución vigente cuya redacción es suficiente para interpretar la intención de sus autores”.

La primera parte de dicho artículo anuncia, como se ha dicho, un principio general dirigido a los jueces, al disponer que los “tribunales ampararán a todo habitante de la República, en los derechos y garantías que la Constitución establece, *en conformidad con la ley*”...

De consiguiente, el constituyente supone la existencia de una ley anterior al hecho o acto que afecte el derecho cuya protección se solicite; que autorice a determinados jueces para obrar en el sentido que pretenda el actor; y que establezca un procedimiento adecuado a la finalidad que se persiga.

Dado el número y la variedad de las situaciones jurídicas en que puede estar comprometido un derecho o una garantía constitucional, era forzoso que el constituyente dejara al legislador ordinario la potestad de establecer las reglas conforme a las cuales los tribunales deben amparar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, teniendo en cuenta no sólo las previsiones ya existentes en nuestra legislación con tal objeto, sino todos los factores que es necesario apreciar para atribuir a un determinado tribunal en el conocimiento de un asunto, y establecer el procedimiento a seguir en cada situación.

Sin embargo, considerando, quizás, que era necesario establecer pautas generales para orientar la futura labor del Congreso en este importante campo de la legislación nacional, el constituyente completó la norma ya comentada con las dos disposiciones que forman el único aparte del artículo 49, una de las cuales tiene por objeto indicar la finalidad procesal de la actuación del juez, o sea, “restablecer la situación jurídica infringida” y la otra destacar la celeridad —el “procedimiento será breve y sumario”— como característica común de los diversos modos de proceder que exige la protección, inmediata, de los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

Basta leer el aparte en consideración para advertir que no es una norma directa e inmediata aplicable por los jueces, sino un precepto programático, sólo parcialmente reglamentado para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano a quien compete la reglamentación de las garantías constitucionales, en conformidad con los artículos 136, ordinal 24, y 139 de la Constitución.²⁶

²⁶ El art. 136 de la Constitución dice: “Es de la competencia del Poder Nacional: 24. La legislación reglamentaria de las garantías que otorga esta constitución;...” El art. 139 dispone: “Corresponde al Congreso legislar sobre las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional. Es privilegio del Congreso decretar amnistías, lo que hará por ley especial. El Congreso ejerce también el control de la Administración Pública Nacional en los términos establecidos por esta Constitución.”

Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 49 el analizar sus previsions aisladamente con el fin de desentrañar la mente del constituyente del lenguaje usado por éste para expresar su voluntad. Pero esta interpretación gramatical se robustece con la observación adicional de que el constituyente se habría abstenido de regular el procedimiento de *habeas corpus*, si hubiera considerado que para hacer efectivo el amparo bastaba lo dicho en el artículo 49 respecto al procedimiento, no siendo indispensable su reglamentación legal para determinar el fuero competente y el modo de proceder, a lo cual podría añadirse, que en el único párrafo de la exposición de motivos relativo a esta institución, se expresa lo siguiente:

En cuanto al amparo, se establece solamente el principio general, para que la ley lo reglamente; pero a fin de no dejar en suspenso su eficacia hasta la promulgación de la ley respectiva, se consagra en las Disposiciones Transitorias el derecho de *habeas corpus*, reglamentándolo de manera provisional.²⁷

De acuerdo con esta explicación, cuyo valor es innegable por venir del propio constituyente, la intención de éste al sancionar el artículo 49, fue formular un principio general, cuya aplicación hubiera quedado en suspenso, aun respecto de las garantías que protegen la libertad personal, hasta que el Congreso sancionara la correspondiente legislación reglamentaria; lo que no significa, como ya se dijo, que los jueces dejen de amparar a los habitantes de la República que a ellos ocurran cuando sean infringidos sus derechos o garantías constitucionales, siempre que puedan hacerlo “en conformidad con la Ley”.

²⁷ La disposición transitoria quinta de la Constitución establece: “El amparo de la libertad personal, hasta tanto se dicte la ley especial que lo regule conforme a lo previsto en el artículo 49 de la Constitución, procederá de acuerdo con las normas siguientes:

Toda persona que sea objeto de privación o restricción de su libertad, con violación de las garantías constitucionales, tiene derecho a que el Juez de Primera Instancia en lo Penal que tenga jurisdicción en el lugar donde se haya ejecutado el acto que motiva la solicitud o donde se encuentre la persona agraviada, expida un mandamiento de *habeas corpus*.

Recibida la solicitud, que podrá ser hecha por cualquier persona, el juez ordenará inmediatamente al funcionario bajo cuya custodia esté la persona agraviada, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas sobre los motivos de la privación o restricción de la libertad y abrirá una averiguación sumaria.

El Juez decidirá, en un término no mayor de noventa y seis horas después de presentada la solicitud, la inmediata libertad del agraviado o el cese de las restricciones que se le hayan impuesto, si encontrare que para la privación o restricción de la libertad no se han llenado las formalidades legales. El Juez podrá sujetar esta decisión al otorgamiento de caución o prohibición de salida del país de la persona agraviada, por un término que no podrá exceder de treinta días, si lo considerare necesario.

La decisión dictada por el Juez de Primera Instancia se consultará con el Superior, al que deberán enviarse los recaudos en el mismo día o en el siguiente. La consulta no impedirá la ejecución inmediata de la decisión. El Tribunal Superior decidirá dentro de las setenta y dos horas siguientes a la fecha de recibo de los autos.”

En nuestro ordenamiento jurídico hay previsiones —especialmente en el campo de los derechos patrimoniales— que por la característica de las acciones y recursos que crean, de los procedimientos que establecen y de las atribuciones que confieren a los tribunales, sirven al propósito que movió al constituyente a incorporar a la Constitución vigente las normas contenidas en el artículo 49. Al sancionar dichas previsiones, el legislador ordinario se adelantó al constituyente del 61, y creó un sistema de garantías jurisdiccionales para amparar, breve y sumariamente, situaciones jurídicas subjetivas que tienen como fundamento derechos garantizados o no directamente por la Carta Fundamental. Pero el dominio de los derechos políticos, de los inherentes a la persona humana y de las relaciones que engendra el quehacer diario de la administración, son evidentes las lagunas de que adolece el sistema por no estar aún reglamentadas, legalmente, las normas constitucionales que a ellas (*sic*) se refieren...

Finalmente, en atención a que el juez requirente afirma que según el artículo 50 de la Constitución “la anunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución no se pueden ver menoscabados por la falta de una ley reglamentaria de los mismos”, y a que, basado en ese razonamiento, sustenta la opinión de que ningún juez competente puede eludir la obligación establecida en el artículo 49, alegando falta de una ley reglamentaria, la Corte estima necesario puntualizar que la primera de dichas normas constitucionales tiene un sentido diferente al que le atribuye el promovente del conflicto, ya que, en conformidad con sus términos, son “los derechos inherentes a la persona humana”, no enunciados expresamente en la Carta Fundamental, los que no necesitan reglamentación para ser ejercidos. Los demás derechos y garantías a que, de manera general, se refieren los artículos 49 y 50, pueden o no requerir reglamentación, atendiendo a su naturaleza y, principalmente, a lo que respecto a ellos disponga el constituyente en el correspondiente artículo de la Constitución. El derecho a la vida, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento —para citar sólo algunos ejemplos de derechos inherentes a la persona humana— debido a su propia naturaleza, pueden ser ejercidos sin necesidad de una reglamentación previa. Pero el derecho de obtener la actuación de los tribunales mediante las acciones o recursos que establece la ley, debe ser ejercido con arreglo a las disposiciones de ésta, pues aunque todas las Cortes y juzgados de la República están investidos de jurisdicción, su competencia y actuación está limitada a determinados casos y regulada por procedimientos que varían de acuerdo con la naturaleza de la acción, y que en su conjunto, constituyen la garantía procesal, por excelencia, del derecho de defensa que la Constitución consagra. En razón de ello el derecho de “utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses” debe necesariamente ser ejercido por todos “en los términos y condiciones establecidos por la ley” (artículo 68 *ejusdem*), o lo que es lo mismo, ante los tribunales,

en las oportunidades y conforme al modo de proceder instituido en cada caso por el legislador.²⁸

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en decisión del 27 de mayo de 1969, ya había dicho respecto al artículo 50 constitucional, lo siguiente:

El artículo 50 de la Constitución dispone que la falta de ley reglamentaria de los derechos en ella enunciados no menoscaba el ejercicio de los mismos. Pero hay que distinguir las cláusulas directamente operativas —que preceptúan autónomamente, son completas, suficientes y agotan los requisitos sustantivos y procesales para su aplicación— de las mediatamente operativas o programáticas, que no pueden aplicarse sino cuando las complete la legislación ulterior, por requerirlo así la letra y el contenido del precepto. Las cláusulas directamente operativas pueden aplicarse directamente por los jueces aun cuando no hayan sido reglamentadas, desde el momento en el cual entra en vigencia la Constitución. Pero no ocurre lo mismo con las programáticas, que se dirigen al legislador, y por tal motivo, no puede fundarse declaratoria de inconstitucionalidad en ellas hasta el momento en que el legislador las desenvuelva.²⁹

Antes de adelantar nuestro parecer, quisiéramos ahondar, un poco más, sobre la distinción entre lo que es una norma constitucional programática y una norma constitucional operativa. Una norma programática o de principio es —siguiendo al jurista italiano Vezio Crisafulli— aquella que está dirigida “a señalar lo que podrá o deberá disponerse en ciertas hipótesis o en ciertas materias... por la subsiguiente actividad legislativa de los parlamentos futuros”.³⁰ En cambio, la norma constitucional operativa es aquella que es directamente aplicable a los casos concretos por parte del intérprete. Sin embargo, como escribe el antes mencionado autor:

Desde el punto de vista de su contenido normativo, ninguna diferencia substancial subsiste..., entre las disposiciones constitucionales que enuncian principios generales ya en realización, esto es dirigido de modo directo e inmediato a determinar y a definir sumariamente modos de ser actuales del ordenamiento jurídico, y las que

²⁸ Citado en *Repertorio Forense*. Caracas Repertorio Forense, S. A., abril 1971, t. 18 (enero-febrero-marzo, 1971), p. 117-118. En el mismo sentido, *cfr.* Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Política-Administrativa, del 24 de abril de 1972 (citado en *Doctrina de la Procuraduría General de la República — 1971 Caracas-Venezuela, 1972*, p. 318-320). Sentencias del 4 de junio de 1972 de la Sala Político-Administrativa, y 9 de agosto de 1973 de la Sala de Cesación Penal, ambas de la Corte Suprema de Justicia (citado en *Repertorio Forense*, publicación diaria. Caracas, Repertorio Forense S. A., 7 de julio de 1972; año VII, núm. 2 071, p. 1-2, y año VIII núm 2 467, p. 5-6, respectivamente).

²⁹ Fotocopia del original del fallo de la Corte Suprema de Justicia, p. 9-10.

³⁰ Vezio Crisafulli. “Sobre la eficacia normativa de las disposiciones de principio de la constitución” (trad. del italiano de Mario Cerda Medina), en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile. Escuela de Derecho. Santiago y Valparaíso, e Instituto de Ciencias Políticas y Administrativas. Santiago de Chile, enero-junio 1967, núm. 7, p. 30 y 33.

establecen en cambio principios generales puramente programáticos, esto es precisando las líneas fundamentales del desarrollo futuro en orden a ciertas materias. Tan es verdad —que a menudo es prácticamente difícil distinguir las unas de las otras, mientras no es raro que... ciertas disposiciones de principio presenten al mismo tiempo caracteres actuales y caracteres programáticos; sin decir que —a medida que— el ordenamiento jurídico se va desarrollando según las líneas directivas establecidas por la Constitución, una serie siempre más numerosa de principios programáticos se verán poco a poco transformando automáticamente en principios generales a secas (*sic*), esto es, asumirán el valor y la función común de principios generales constitucionales disciplinadores o sintetizadores de modos de ser actuales (que advenirán actuales) del ordenamiento mismo.³¹

Expuesto lo anterior, queremos señalar, que a nuestro criterio, el problema planteado con respecto a la naturaleza de los artículos 49 y 50 de la Constitución venezolana vigente, puede ser resuelto si por una parte, nos situamos en una perspectiva que le reconozca al juez un rol que vaya más allá de la simple interpretación exegética y hermética de los textos constitucionales y legislativos en general y se admite que *el juez crea derecho*, y por consiguiente, que es:

pour le for chargé de dire le droit que les règles de droit existent. Celles-ci varient selon l'organe compétent, et selon le moment où il prend une décision: relatives au juge et variables dans le temps, elles ne se prêtent plus à une distinction rigide entre le droit positif et le droit naturel.³²

Por otra parte, es necesario tomar en cuenta que a menudo las normas constitucionales programáticas son el resultado de un compromiso entre las que llamaremos “fuerzas progresistas” y “fuerzas conservadoras” (defensoras del *statu quo*), al nivel del órgano constituyente, cuando aquéllas tratan de establecer disposiciones constitucionales que regularán ciertas relaciones económico-sociales y ético-sociales así como los mecanismos de protección judicial de los derechos humanos. Es decir, que ante la imposibilidad de las primeras de obtener la consagración constitucional en forma completa, instrumentada y operativa de ciertos derechos y el inevitable avance de los grupos populares mayoritarios, que presionan sobre las estructuras jurídicas establecidas por las segundas, los representantes de ambas corrientes en el cuerpo constituyente, llegan a un acuerdo: se consagran los nuevos derechos humanos, pero se lo hace en forma programática, dejando al legislador ordinario la tarea de instrumentarlos en la forma que lo crea conveniente, para su posterior aplicación a los casos de especie.³³

Sin embargo, las normas constitucionales que establecen los derechos de la

³¹ *Ibidem*, p. 39-40.

³² Ch. Perelman, “A propos de la règle de droit. Réflexions de méthode” en el vol., *La Règle de droit*. Établissements Emile Bruylant. Bruxelles, 1971, p. 315.

³³ V. Crisafulli. *Op. cit.*, p. 30-33.

persona humana, tanto en su aspecto individual como colectivo, deben tener eficacia a nivel judicial (y en la vida social en general), pues de otra manera no vienen a ser más que *normas-fachada* que dan buena conciencia a los privilegiados del orden establecido, o a lo más, constituyen *simples règles de déontologie* o *règles de morale législative* —para decirlo con palabras del profesor Ch. Perelman—,³⁴ ante las cuales el legislador no se siente jurídicamente obligado.

Ahora bien, la eficacia judicial de las normas constitucionales viene dada por la existencia de una jurisdicción que controle, en forma efectiva, la constitucionalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico general del país. Esta jurisdicción no deberá limitar su competencia al solo examen de la concordancia de dichas normas con aquellas de la Carta Magna que tienen carácter expresamente operativo, sino también abarcar en su análisis a las normas constitucionales programáticas, aun si éstas han sido promulgadas con posterioridad.

Esto debe ser así, no sólo en aplicación de la regla de técnica jurídica *lex superior derogat legi inferiori*,³⁵ sino asimismo en razón de que *ante la pereza del legislador ordinario* en instrumentar o desarrollar de modo preciso y detallado el contenido de las normas programáticas de la Constitución que consagran derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, *el juez debe asumir la tarea de actualizar esos derechos* con todos los medios jurídicos que

³⁴ Ch. Perelman. *Op. cit.*, p. 314 y 316.

³⁵ Los arts. 46 de la Constitución y 7º del Código de Procedimiento Civil de Venezuela, confirman esta regla. Así el primero declara: “Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo, y los funcionarios y empleados públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes.”

Y el art. 7º del Código de Procedimiento Civil expresa: “Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Tribunales aplicarán ésta con preferencia.”

Además la disposición transitoria vigesimatercera de la Constitución dice: “Mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no queda derogado expresa o implícitamente por la Constitución, se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico existente.”

Vale la pena citar aquí al *Chief Justice* John Marshall, que al referirse en 1803, a la supremacía de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, sostuvo: “Los que aplican la ley a los casos particulares, necesariamente han de exponer e interpretar esta ley. Cuando dos leyes se contradicen, los tribunales deben definir la acción de cada una de ellas. Lo mismo acontece cuando una ley se opone a la Constitución. Si la ley y la Constitución se refieren a un caso particular de tal modo que el Tribunal tiene que determinarlo en consonancia con la ley desestimando la Constitución, o bien desestimando la ley de acuerdo con la Constitución, el Tribunal deberá decidir cuál de estas dos normas en pugna rige el caso. Tal es fundamentalmente el deber judicial. *Sí, pues, los tribunales han de observar la Constitución, y si la Constitución es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislación, aquélla, y no ésta, deberá regir el caso al que ambas se refieran.*” Citado en K. C. Wheare. *Op. cit.*, p. 105-106. El subrayado es nuestro.

tenga a su alcance y con base (en el caso de *Venezuela*) en la segunda parte del artículo 50 de la Constitución en vigor, que dispone: “La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos” y en lo consagrado en el segundo párrafo del artículo 4º del Código Civil: “Cuando no hubiera disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiera todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.”

Y lo anteriormente expuesto resulta aún más factible si se observa que la Corte Suprema de Justicia, en su decisión del 14 de diciembre de 1970, admite que “son evidentes las lagunas de que adolece el sistema por no estar aún reglamentadas, legalmente, las normas constitucionales que a ellas (*sic*) se refieren (o sea a “los derechos políticos”, “los inherentes a la persona humana”), lo que permitiría la aplicación, mediante la analogía, de la disposición transitoria quinta de la Constitución.

Además, como se ha expresado en un fallo:

Admitir que el recurso debe ser negado, porque los derechos cuyo amparo se solicita, no han sido aún reglamentados en su ejercicio, nos llevaría a la triste conclusión de que la Constitución está llena de expresiones huecas carentes de sentido, no obstante que responden a la alta función del Estado de conservación y protección del ser humano, mediante el reconocimiento de sus derechos fundamentales, logrado después de miles de años de lucha y del derramamiento de mucha sangre.³⁶

Luego, vista la jurisprudencia del supremo tribunal venezolano, no tenemos dudas en sostener que la Constitución actual es *semántica*, aunque reconocemos que si cambiaran las relaciones de poder o si el manejo de la Administración Pública variara y se pusiera al servicio del bienestar colectivo, pudiera hablarse de que es nominal, y luego de una prudencial evolución, de que es normativa. Sin embargo, estamos casi seguros que antes de que la mencionada Constitución alcanzase este último estadio ya habría sido derogada.

³⁶ Sentencia 14 de julio 1969, Corte Suprema, Sala Segunda Civil y Mercantil, Caracas. Citado en Mariano Arcaya. *Constitución de la República de Venezuela* (Constitución de 1961), Caracas, Empresa “El Cojo”, C. A., 1971, t. I, p. 323-324. Se sostiene también una tesis contraria a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia referente a la vigencia del art. 49 de la Constitución, entre otras decisiones, en las siguientes: Sentencias del 21 de mayo de 1970 del Juzgado de Primera Inst. en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas (citado en *Repertorio Forense...*, octubre 1970, t. 16 (julio-agosto-septiembre 1970), p. 552-554), del 18 de diciembre de 1970 del Juzgado Undécimo de Instrucción del Departamento Libertador del Distrito Federal (citado (referencia) en *Repertorio Forense...*, enero 1972, t. 21 (octubre-noviembre-diciembre 1971), p. 503-504) y del 17 de abril de 1972 del Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (citado en *Doctrina de la Procuraduría General de la República — 1971...*, p. 318-320, y en *Repertorio Forense*, publicación diaria..., núm. 2 071, p. 1).

Después de las anteriores consideraciones entramos a responder a la cuestión medular de este ensayo: La Enmienda número 1 de la Constitución venezolana, ¿constituye o no una solución de continuidad constitucional? O si se quiere: Dicha Enmienda número 1 ¿tiene o no un fundamento de validez constitucional-positivo?

A tal planteamiento se puede responder desde dos puntos de vista: A) lógico y B) sociopolítico.

A) *Lógico*. Según Alf Ross, el:

derecho legislado es derecho sancionado, es decir, ha sido creado por una resolución de ciertos seres humanos y, por ende presupone normas de competencia que indican las condiciones bajo las cuales ello puede tener lugar...

La competencia para sancionar normas no está generalmente limitada a una sola autoridad. Parte del derecho que es creado mediante leyes consiste en nuevas normas de competencia que constituyen nuevas autoridades, las que a su vez pueden ser competentes para establecer otras autoridades. De esta manera surge un complicado sistema de autoridades de diverso nivel...

Llamemos a la autoridad que estamos considerando A_1 ; A_1 ha sido constituida según un conjunto de reglas de competencia (formales y materiales). Si llamamos a estas reglas C_1 , C_1 tienen que haber sido sancionadas por una autoridad superior A_2 o no. Si ellas han sido sancionadas por A_2 , A_2 tiene que haber sido constituida por C_2 , que a su vez tienen que haber sido sancionadas por A_3 , o no. Puesto que la serie de autoridades no puede ser infinita, es forzoso concluir que en última instancia las normas más altas de competencia no pueden ser sancionadas; ellas tienen que ser presupuestas... A_3 es la autoridad suprema y, en consecuencia, tiene que estar forzosamente constituida por normas de competencia que no han sido sancionadas por ninguna autoridad, sino que son presupuestas...

... Las normas que regulan la manera de legislar, por ejemplo, son al mismo tiempo normas que indican en qué forma puede ser reformada una ley (a saber, por una nueva ley). E inversamente, las normas de la Constitución que regulan el procedimiento especial para la reforma de la Constitución, son al mismo tiempo normas que establecen una autoridad constituyente distinta de la legislativa...

... Esto significa que no existe norma superior que determine las condiciones para su sanción y reforma válidas...

... una ley no puede establecer las condiciones para su propia reforma. Las reglas para esto tienen que estar necesariamente en un nivel que es superior a una grada al nivel de la ley. Pero si se admite esto para la ley, hay que admitir algo análogo para la Constitución. La Constitución, tal como la ley, no puede expresar las condiciones para su propia reforma...

Para resumir: todo sistema de derecho legislado (en sentido amplio) se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye la autoridad suprema, pero que no ha sido creada por ninguna autoridad. Sólo existe como una ideología política que forma el presupuesto del sistema. Cualquier enmienda por el procedimiento jurídico establecido es sólo posible dentro del sistema, cuya identidad está determinada por la hipótesis inicial. Todo cambio en la última, esto es, toda transición de un sistema a otro, es un fenómeno extrasistemático, un cambio fáctico

sociopsicológico en la ideología política dominante y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento.³⁷

En consecuencia, los artículos 245 y 246 de la Constitución no son disposiciones de derecho positivo, sino de derecho presupuesto. Es decir, dichas normas no son legisladas (sancionadas) sino suprapositivas.

Entonces, las modificaciones que se hagan a la Constitución, ya sea por el procedimiento para la enmienda (revisión o reforma constitucional: artículo 245 *ejusdem*) o para la sustitución de la Constitución por otra (supresión de la Constitución: artículo 246 *ejusdem*), se realizan conforme a reglas metapositivas, por lo cual no resulta valedero afirmar que existe continuidad entre la Constitución antes de su reforma y después de ésta entre la vieja y la nueva Constitución. O en otras palabras, *lógicamente*, cualquiera de tales cambios constitucionales rompe la continuidad constitucional, y la enmienda o la nueva constitución, según sea el caso, no tienen un fundamento de validez constitucional-positivo, sino suprapositivo o más exactamente, constitucional-suprapositivo.

Para reafirmar la tesis que defendemos nos parece conveniente mencionar lo

³⁷ Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia*, trad. del inglés Genaro R. Carrió. Eudeba. Buenos Aires, 1963, p. 77-81. En una obra más reciente Ross sostiene: "Las normas que determinan la competencia de una cierta autoridad A pueden ser a su vez derecho escrito, esto es, pueden ser el resultado de la legislación por parte de una autoridad superior A₁. Puesto que la cadena de la autoridad debe ser finita, de aquí se sigue que existe una autoridad suprema A_n que está constituida por reglas que competencia que no forman parte del derecho escrito. La norma o conjunto de normas que definen la competencia de la autoridad suprema puede ednominarsse *norma básica* del sistema, y existe necesariamente como derecho no escrito, o lo que pudiéramos llamar *derecho consuetudinario* o *derecho implicado*." (*Lógica de las normas*, trads. del inglés de José S. P. Hierro, Tecnos. Madrid, 1971, p. 93-94.) En nuestra opinión Ross modifica, parcialmente, aquí, su tesis inicial contenida en *Sobre el derecho y la justicia*, ya que en esta obra afirma que las normas que le atribuyen determinada competencia A₃ (es decir, A_n) no son sancionadas, sino presupuestas, o sea, suprapositivas: mientras que en *Lógica de las normas* dice que tales normas de competencia son de "derecho consuetudinario o derecho implicado", lo que significaría que no son presupuestas o suprapositivas, sino positivas, ya que generalmente en la teoría de las fuentes del derecho se sostiene el carácter *positivo* del derecho consuetudinario, concibiendo a éste como aquellas costumbres que han alcanzado su reconocimiento por parte de los órganos del Estado. Ross mismo defiende esta tesis, cuando escribe: "Una costumbre jurídica es simplemente una costumbre que rige una esfera de la vida que está (o llega a estar) sometida a regulación jurídica... *La opinio necessitatis* que caracteriza a toda costumbre está ligada a la expectativa de una reacción social de desaprobación, en una u otra forma, contra aquel que viola la costumbre. En una esfera de vida que se halla sometida en la regulación jurídica dicha expectativa asume esta forma: se prevén sanciones jurídicas si la cuestión es llevada a los tribunales" (*Sobre el derecho...*, p. 91). Y más adelante agrega que ha intentado "mostrar cómo el derecho se desarrolló originariamente a partir de costumbres de la tribu, hasta ser gradualmente establecido mediante la práctica de los tribunales y la legislación. *El derecho creado de esta manera es llamado derecho positivo*" (*ibidem*, p. 95. El subrayado es nuestro). Obviamente nosotros consideramos más correcta la tesis que afirma que las normas que regulan la sustitución o modificación de la constitución, son propuestas (no sancionadas) o suprapositivas.

que sostiene Hans Nawiasky —al referirse al contenido de la Constitución—, en el sentido de considerar que las:

normas de revisión (se hallan) en un plano superior; de donde resulta que se deben dividir en dos grupos las prescripciones constitucionales: uno superior, que indica el procedimiento de organización del Estado, y otro inferior, que expresa el resultado de este procedimiento, o sea, la organización del Estado. La relación entre ambos grupos es la misma que existe entre las normas constitucionales concernientes a la legislación, de una parte, y las (simples) normas de la ley, fundadas sobre ellas, de otra parte.³⁸

O sea que las normas de reforma y supresión constitucionales, o como dice Nawiasky de “revisión total y revisión parcial”,³⁹ se hallan en un nivel o plano más elevado que las demás normas de la misma Constitución. Valga decir, que si bien dichas normas se encuentran, por así expresarlo materialmente, en el texto de la Constitución, son normas suprapositivas o supraconstitucionales desde un punto de vista lógico. Claro que Nawiasky no adhiere expresamente a este enfoque, aunque sus afirmaciones lo comprometen en ese sentido.

Así, cuando habla del acto de la “primera creación de una Constitución”, afirma que:

este acto reviste una importancia sobresaliente; pero, atendiendo a su naturaleza, pertenece al mismo grado que las modificaciones constitucionales y constituye con ellas una categoría única. Pues tanto cuando se crea la Constitución como cuando se la modifica se trata de poner nuevas normas, sin que resulte ninguna diferencia según que estas normas llenen un vacío anterior o alteren lo que ya existía. El conocimiento de esta diversidad impone la necesidad de designar de modo especial esa norma superior que se destaca claramente de la Constitución... Quizá se podría hablar de Norma Básica del Estado.⁴⁰

Entonces, de acuerdo con ese autor:

la Norma Básica del Estado es la condición o presupuesto de la vigencia de la Constitución. Por tanto, desde el punto de vista de la Constitución, la Norma Básica tiene carácter hipotético...

Pero con esto no se ha dicho aún todo acerca de la naturaleza de la Norma Básica del Estado. Esta norma no está solamente presupuesta, sino también *puesta*; es decir, no es el mero resultado de una operación mental, sino que descansa directamente sobre un acto de voluntad histórico.⁴¹

Ese acto de voluntad histórico hace referencia al poder constituyente, que según Carl Schmitt, “*es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz*

³⁸ Hans Nawiasky. *Teoría General del Derecho*, trad. del alemán de José Zafra Valverde. Rialp. Madrid, 1962, p. 63-64.

³⁹ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 64-65. El subrayado es nuestro.

⁴¹ *Ibidem*, p. 66.

de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo".⁴²

Así que cuando se afirma que la Norma Básica⁴³ es *puesta*, no se quiere decir con ello que sea de derecho positivo, o sea instituida conforme a un procedimiento pautado con anterioridad, sino que ha sido establecida por alguien, el constituyente. O sea, puesta, materialmente —en el sentido de colocada en un sitio—, en el texto de la Constitución. Pues como escribe Hans Kelsen:

La norma básica no es formulada mediante un procedimiento jurídico por un órgano creador de derecho. A diferencia de la norma jurídica positiva, la básica no es válida porque sea creada de cierto modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida; y tal suposición se hace porque, sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas⁴⁴

Por lo tanto, si el legislador venezolano decide modificar el texto del artículo 245 de la Constitución siguiendo el procedimiento de la enmienda previsto por dicho artículo, el resultado de tal modificación no puede tener su fundamento de validez en el antiguo artículo 245, ya que esto significaría que este último sigue vigente, pues como expresa Ross: "Una derivación tal, presupone la validez de la norma superior y con ello la existencia continuada de la misma, y mediante derivación no puede establecerse una nueva norma que contraría la que le sirve de fuente."⁴⁵

En consecuencia, con base en las anteriores explicaciones, sostenemos que desde un punto de vista lógico, la Enmienda número 1 de la Constitución implicó una solución de continuidad constitucional, pues tal enmienda por las razones ya anotadas no tiene un fundamento de validez constitucional positivo, ya que las disposiciones contenidas en el artículo 245 *ejusdem* son reglas su-

⁴² C. Schmitt. *Op. cit.*, p. 86.

⁴³ Nawiasky expresa que "los preceptos... que autorizan para las modificaciones constitucionales mismas, pertenecen al contenido de la Norma Básica. Por esto se podría hablar también de Normas Básicas (en plural)." (*Ibidem*, p. 67.)

⁴⁴ Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. del inglés de Eduardo García Máynez. Imprenta Universitaria. Universidad Autónoma de México, 2ª. ed. México, 1958, p. 137. Sobre el mismo particular, Kelsen, en su obra fundamental, escribe: "Entant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit *posée*, elle ne pourrait être posée que par une autorité, qui devrait tirer sa compétence d'une norme encore supérieure, elle cesserait donc d'apparaître comme suprême ne peut donc être que *supposée*. Sa validité ne peut plus être déduite d'une norme supérieure; le fondement de sa validité ne peut plus faire l'objet d'une question. Nous appellerons une semblable norme, une norme supposée suprême: la norme fondamentale (*Grundnorm*)..."

La norme fondamentale est la source commune de la validité de toutes les normes qui appartiennent à un seul et même ordre; elle est le fondement commun de leur validité." *Théorie Pure du Droit*. Trad. française de la 2^e. éd. de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann. Deloz. Paris, 1962, p. 257.

⁴⁵ Alf Ross. *Op. cit.*, p. 80.

prapositivas, por lo que la citada enmienda es el producto de una valoración jurídica primaria con positividad realizada por el poder constituido (en este caso las Cámaras del Congreso y las Asambleas Legislativas de los Estados) conforme a principios jurídico-metapositivos.⁴⁶

Por supuesto que tal punto de vista contradice la tesis tradicional con respecto a la revisión constitucional (e incluso la supresión de la Constitución), cumplida mediante el procedimiento pautado por la misma Constitución que se pretende modificar o cambiar. Así, sobre esta cuestión, Maurice Hauriou señala que:

Desde que se establece la primera Constitución escrita, ella prevé los procedimientos según los cuales podrá ser modificada o revisada, de tal modo que, salvo la hipótesis de revoluciones intercurrentes, se creará una continuidad y una *rigidez* de la superlegalidad constitucional, lo cual quiere decir que ésta no se transformará sino en virtud de los procedimientos que ella misma haya previsto.⁴⁷

Y más adelante agrega:

Dado el principio de la continuidad de las Constituciones escritas, continuidad que sólo una revolución puede interrumpir, debe considerarse que la revisión regular de la Constitución no es más que un medio de evitar el rompimiento, y no debe emplearse más que en último extremo, cuando una grave crisis política demuestra la urgencia de la reforma.⁴⁸

Ésa es, igualmente, la opinión de R. Carre de Malberg⁴⁹ y la de un jurista, tan contemporáneo, como Hans Kelsen, que ocupándose del fundamento de validez de los órdenes jurídicos, escribe:

Quel est donc le fondement de la validité de ces normes (constitutionnelles) qui règlent la création des normes générales, en déterminant par quels organes et suivant quelle procédure elles doivent être créées? En répondant à cette question, on

⁴⁶ Cfr. José Manuel Delgado Ocando. *Programa de filosofía del derecho actual*. Facultad de Derecho — Luz. Maracaibo 1969, p. 178-179 y 228-229.

⁴⁷ Maurice Hauriou. *Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad. del francés de Carlos Ruiz del Castillo. Reus, 2ª. ed. Madrid, s/f, p. 322.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ R. Carre de Malberg dice: "Cette réformation peut être plus ou moins étendue: elle peut avoir pour but, soit de reviser la Constitution en quelques points limités, soit de l'abroger et de la remplacer pour le tout. Mais, quelle que soit l'importance de ce changement constitutionnel, qu'il soit total ou partiel, il devra s'opérer suivant les règles fixées par la Constitution même qu'il s'agit de modifier. Et en effet, dès que l'on fait abstraction des révolutions et des coups d'Etat, qui sont des procédés constituants d'ordre extra-juridique, on est amené à reconnaître que le principe de droit qui s'impose dans une nation organisée, c'est que la création de la Constitution nouvelle ne peut être régie que par la Constitution ancienne, laquelle, en attendant son abrogation, demeure encore en vigueur: de telle façon que la Constitution nouvelle naît, en quelque sorte, de l'ancienne, et lui succède en s'enchaînant avec elle sans solution de continuité." (*Contribution à la Théorie générale de l'Etat*. Sirey Paris, 1922 [réimpression par les éditions du CNRS Paris, 1962], pp. 497-498.)

arrive peut-être à une Constitution plus ancienne, autrement dit l'on fonde la validité de la Constitution éstatique du moment en invoquant qu'elle a été établie conformément aux dispositions d'une Constitution éstatique antérieure, qu'elle est issue d'une modification de la Constitution opérée conformément à cette Constitution, donc conformément à une norme positive prosée par une autorité juridique; mais en suivant cette voie, on arrive finalement à une Constitution qui est historiquement première, qui n'est née de la façon qui vient d'être caractérisée, et dont par suite la validité ne peut plus être rapportée à une norme positive créée par une autorité de droit, —une Constitution qui est entrée en vigueur de façon révolutionnaire . . .⁵⁰

Luego, la opinión que defendemos choca abiertamente con la posición tradicional que considera que cuando se modifica y aun se sustituye la Constitución en vigor, de acuerdo con los procedimientos de revisión constitucional establecidos por la misma, la continuidad constitucional se mantiene.

Sin embargo, con fundamento en los argumentos ya indicados, estimamos que por el contrario existe, *lógicamente*, una solución de continuidad constitucional ya que las modificaciones constitucionales estudiadas se realizan de acuerdo con reglas suprapositivas, por lo que dichas modificaciones no tienen un fundamento de validez constitucional-positivo.

El empeño en negar o no ver lo que señalamos obedece a la fuerza de un *mito*, que para expresarlo con palabras Hauriou, “se liga al profundo sentimiento de la continuidad del Estado, sentimiento que se ha adquirido, al mismo tiempo que el del carácter fundamental de su Estatuto”.⁵¹ O sea, que como acertadamente declara Ross:

Las fuerzas políticas están dominadas de hecho por ideas que no pueden ser expresadas racionalmente sino sólo en términos mágicos: el procedimiento establecido en el artículo v (Ross se refiere a la Constitución norteamericana y la disposición citada equivale a nuestro artículo 245 constitucional) es el acto mágico que, sólo él, puede desatar el ligamento creado por el artículo mismo . . .⁵²

B) *Sociopolítico*. Ya hemos visto que la Enmienda número 1 de la Constitución venezolana en vigor supuso una solución de continuidad constitucional desde un punto de vista lógico. Ahora bien, tal hecho no tendría graves consecuencias para un orden constitucional que se llama democrático, si tal solución de continuidad no afectara también a dicho orden desde un punto de vista sociopolítico. Empero, la realización de la citada enmienda sí implicó una ruptura de la continuidad del orden constitucional vigente, *sociopolíticamente*, revelando que nuestra actual Constitución se la puede ubicar, legítimamente,

⁵⁰ H. Kelsen. *Théorie Pure...*, p. 264-265.

⁵¹ M. Hauriou. *Op. cit.*, p. 322.

⁵² Alf Ross. *Op. cit.*, p. 81.

en la categoría de las constituciones semánticas, contrariando la creencia generalizada entre los políticos y publicistas patrios, de que nuestra Carta Política es nominal o bien —*sancta simplicitas!*— normativa.

La Enmienda número 1, como hemos dicho, fue realizada, de común acuerdo, por los partidos dominantes en el teatro político venezolano ante el temor de verse afectados en su predominio y control de la maquinaria estatal, sin tener en cuenta la opinión pública ni las consideraciones de los especialistas en el campo del derecho constitucional en particular, y de los juristas nacionales en general. No se siguió el sabio consejo de Hauriou, sobre que “la revisión constitucional no debe realizarse sin que la opinión pública se interese en ella, y no ofrece duda que ella se interesará tanto más cuanto mejor preparada se encuentre por una crisis política cuyo desarrollo le haya apasionado”.⁵³

O sea que “la buena voluntad de los detentadores... del poder”⁵⁴ que se plantea como condición necesaria para considerar como nominal a una Constitución dada, y permitir pensar “de que tarde o temprano la realidad del proceso del poder corresponderá al modelo establecido en la Constitución”,⁵⁵ es decir, que ésta se hará normativa, se reveló como inexistente, ocurriendo por el contrario que a la dinámica social venezolana le es “restringida su libertad de acción y... encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder”⁵⁶ (oficiales y fácticos), en el país, mostrando así el carácter semántico de nuestro texto constitucional.

Con relación a las reformas constitucionales hechas tal como la Enmienda número 1 de la Constitución venezolana, Hauriou ha pertinentemente declarado:

Una revisión realizada al margen de toda crisis política y por un poder constituyente gubernamental, en condiciones en que la opinión pública se desinterese de ella, *corre un grave riesgo de ser ficticia, dando satisfacción tan sólo a pequeños intereses políticos* y siendo, por consecuencia, poco ventajosa.⁵⁷

Tales características se dieron, indudablemente, en el proceso de establecimiento de la Enmienda número 1, ya que no existía ninguna crisis política, como no fuera el desencanto del pueblo, por el incumplimiento de las promesas electorales por parte de los partidos mayoritarios, que llevaba a aquél a poner su fe y esperanza en un exdictador, buscando así, equivocadamente tal vez, la solución a los males sociales que el régimen constitucional-democrático se revelaba (y desgraciadamente aún se revela) incapaz de dar. Por otra parte, la misma forma de control del poder por parte de los partidos que motorizaron la reforma, y su negativa a escuchar otras razones que no fueran las de su propio interés, llevaron a la opinión pública a desentenderse de aquella re-

⁵³ M. Hauriou. *Op. cit.*, p. 322.

⁵⁴ K. Loewenstein. *Op. cit.*, p. 218.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Ibidem.*, p. 219.

⁵⁷ M. Hauriou. *Op. cit.*, p. 323. El subrayado es nuestro.

forma, por el convencimiento de que nada ni nadie detendría a los partidos promotores de la misma, en tal empeño. Y en fin, la enmienda fue artificial y dio satisfacción únicamente a mezquinos intereses partidistas.⁵⁸

Por todo ello, pensamos que la Enmienda número 1 de la Constitución de Venezuela significó una ruptura del orden constitucional desde un punto de vista sociopolítico y no únicamente lógico.

Además como Hauriou expresa:

Sería un error creer que la superlegalidad constitucional no se refiere más que a lo que consta en la Constitución; comprende también todos los principios fundamentales del régimen, es decir, los principios individualistas —que son la base del Estado y los principios políticos— que son la base del gobierno. Estos principios integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la Constitución escrita.⁵⁹

Entre aquéllos se hallan los principios jurídicos de la igualdad *ante* la ley y de igualdad *en* la ley que sirven de fundamento a las diferentes formulaciones jurídico-positivas de la noción de igualdad, cuyas expresiones, a través de la historia del derecho, han llegado a “estandarizarse”, es decir, generalizarse y universalizarse.⁶⁰

⁵⁸ El doctor José Rodríguez Iturbe, brillante intelectual, dirigente nacional del partido COPEI y diputado al Congreso (en el pasado y en el actual periodo constitucional) afirma, sin dar ninguna fundamentación, que la Enmienda núm. 1 de la Constitución, promovida por AD y COPEI, “es ética, jurídica, política e históricamente inobjetable” (“Polarización y bipartidismo en las elecciones de 1973” en *Polarización y bipartidismo...*, p. 25), a la vez que habla de una supuestamente “valedera *ratio iuris* de la enmienda” (*Idem*). Le preguntamos: ¿cuál? Como no sean los intereses “electoreros” de los antes citados partidos, no vemos otra. Esta afirmación nos la justifica el propio Rodríguez Iturbe cuando sostiene que dicha “enmienda constitucional fue un riesgo calculado”. (*Ibidem*, p. 26). ¿De quién? Pues de COPEI como de AD, ya que ambos partidos esperaban que los eventuales votantes que hubiera arrastrado la candidatura presidencial del M. Pérez Jiménez, se inclinarían por uno de ellos. Este aserto como otros que venimos de hacer los confirma nuestro apreciado colega y pariente Rodríguez Iturbe, cuando declara: “Es admisible, sin embargo, la hipótesis de que aprobada la enmienda núm. 1, la votación de la población marginal —principalmente del dominado en las encuestas sector F de las grandes áreas urbanas—, tendencialmente dispuesta, en *cuantía resaltante*, a dar el sufragio a la fórmula electoral de Pérez Jiménez (*por decepción frente al sistema, por escepticismo frente a los partidos, por clamor frente a los fallos de la democracia*; no por mentalidad fascistoide o aventurera), se orientara mayoritariamente hacia AD, no por ser AD su tabla de salvación, sino por la fórmula presidencial de AD, en cuanto CAP (Carlos Andrés Pérez) logró presentarse como líder mesiánico, como el hombre fuerte providencial, como el caudillo civil de una generación distinta.” (*Idem*). El subrayado es nuestro.

⁵⁹ Maurice Hauriou. *Op. cit.*, p. 325.

⁶⁰ Para un análisis detallado de los problemas planteados con relación a la igualdad jurídica, *cfr.* Herman, Petzold Pernia. *La noción de igualdad en el Derecho de algunos Estados de América Latina*, prefacio de Paul Foirers y Chaïm Perelman. Universidad del Zulia Facultad de Derecho-Centro de Estudios de Filosofía del Derecho. Maracaibo-Venezuela, 1974; asimismo, *L'Egalité. Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, vol. 1. Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1971.

El primero de tales principios lo definimos como el deber de aplicar las normas jurídicas generales a los casos concretos, de acuerdo a lo que ellas mismas disponen, aunque esto sea discriminatorio;⁶¹ y el segundo, como la exigencia de que en una norma o un conjunto de normas jurídicas generales no haya distinciones fundadas en criterios de relevancia, cuya utilización esté prohibida por normas constitucionales, legales, reglamentarias, consuetudinarias, o bien, por principios jurídicos suprapositivos (principios generales del derecho, tradición de cultura, principios de derecho natural inherente a un cierto estadio de la evolución de la humanidad y a una determinada región del mundo).

Ahora bien, entre las reglas o normas según el caso, cuyo fundamento lo constituyen los principios antes definidos, se encuentra la garantía de la igualdad de acceso de los nacionales a los cargos públicos, razón por la cual al impedirse por medio de la tantas veces citada Enmienda número 1, a una persona concreta de ser elector pasivo para determinados cargos como son los de presidente de la República, senador o diputado al Congreso y magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se violó la igualdad política a la cual tienen derecho todos los venezolanos (al menos, por nacimiento).

Es cierto que las normas establecidas mediante la reforma constitucional comentada, no mencionan expresamente el nombre de la persona afectada por la misma, sin embargo, en el momento de realizarse la enmienda era *vox populi* reflejada en la prensa diaria, nacional e internacional, contra quien iba dirigida dicha enmienda, situación que fue ratificada por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena Accidental de fecha 14 de agosto de 1973, confirmando, por mayoría de votos, la decisión del Consejo Supremo Electoral negando la inscripción al general (r) Marcos Pérez Jiménez como candidato a la presidencia de la República en las elecciones de diciembre de 1973.

En la citada sentencia, se dice:

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, pasa esta Corte a resolver la apelación interpuesta por los ciudadanos electores O.H.D., P.S.C. y S.A.A., h., quienes fundamentan la apelación interpuesta en lo siguiente:

Primero: Que la disposición contenida en la Enmienda Constitucional número 1, es una disposición legislativa, aun cuando sea un agregado a la Constitución vigente y que ninguna disposición legislativa podrá tener efecto retroactivo

La Corte observa que, contrariamente a lo sostenido por los apelantes, no hay duda de que la referida Enmienda tiene rango de disposición constitucional, como se desprende claramente del Título x de la Constitución. Éste establece normas di-

⁶¹ Hans Kelsen. *Justice et Droit naturel* (trad. del alemán de Etienne Mazingue), en el vol. *Le Droit naturel*. Presses Universitaires de France. Paris, 1959, p. 54-57. Nosotros podríamos decir también, que el principio de la igualdad ante la ley viene a significar el respeto de la regla de justicia concreta "a cada uno según lo que la ley le atribuye". Cfr. Ch. Perelman. "De la justice", en el vol. *Justice et Raison*, Presses Universitaires de Bruxelles. Bruxelles, 1963, p. 36.

ferentes a las de las Leyes en lo que se refiere a la iniciativa, ratificación por las Asambleas Legislativas, escrutinio y forma de publicación. Además, la materia a que han de referirse debe encuadrar en el marco constitucional. Tratándose, pues, de una norma de jerarquía constitucional, no puede hablarse de retroactividad. *Segundo:* Que la Enmienda Constitucional número 1, al ser aplicada al General retirado Marcos Pérez Jiménez, viola derechos individuales garantizados por la Constitución, así como el precepto de ésta que garantiza la igualdad de todos ante la Ley; que la inhabilitación política establecida por la Enmienda es una pena accesoria a la principal de prisión o presidio, que ya fue impuesta al General retirado Marcos Pérez Jiménez; que nadie puede ser penado dos veces por los mismos hechos y con la misma pena; que la sentencia condenatoria dictada en el juicio seguido al mencionado General, es cosa juzgada y que el hecho por el cual se declara que aquel no puede ser candidato a la presidencia de la república, fue decidido y sentenciado hace varios años por esta Corte.

Los apelantes piden a esta Corte declare no aplicable la Enmienda Constitucional número 1, en virtud de supuestas o aparentes colisiones de aquélla con disposiciones de la Constitución. Pero como ya se estableció que la citada Enmienda es de jerarquía constitucional, esta Corte no puede proceder sino conforme a lo dispuesto por el artículo 215 de la misma Constitución.

Tercero: Que la prohibición de ser elegido presidente de la República a que se refiere la enmienda constitucional número 1, es para aquellas personas que hayan sido condenadas por tribunales ordinarios; que el general retirado Marcos Pérez Jiménez, nunca ha sido condenado por tribunal ordinario, sino que por la Corte Suprema de Justicia y que entre ésta y los tribunales ordinarios existe una diferencia constitucional y legal.

Cuando la enmienda constitucional número 1 usa la expresión Tribunales Ordinarios, se refiere a aquellos cuya competencia ha sido demarcada de antemano, objetiva e imparcialmente. Ha querido proscribir las condenas impuestas por jueces o tribunales de excepción, para juzgar casos determinados, de composición ajena a la de los Tribunales Ordinarios. Conviene recordar que la Constitución, en el ordinal 2o. de su artículo 215, al atribuir a esta Corte el conocimiento del antejuicio de mérito a los altos funcionarios, dispone que continuará conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, si se trata de delitos políticos, pero que si hay mérito para el enjuiciamiento por delito común, se pasarán los autos al tribunal ordinario competente. No se refiere aquí la Constitución a Tribunal de jurisdicción ordinaria, dado que si el delito es militar, los autos deberán ser pasados al Tribunal Militar competente y si fuere de contrabando, al juez de Hacienda competente. Uno y otro Tribunal son de jurisdicción especial. Si la referida Enmienda no admite que sea postulado como candidato a la Presidencia de la República, cualquier ciudadano que haya sido condenado mediante sentencia definitivamente firme, a pena de presidio o prisión superior a tres años, por delitos cometidos en el desempeño de funciones públicas, o con ocasión de éstas, mal se puede creer que quien se encuentre en esa situación por haber cometido esos delitos en el desempeño de la Presidencia de la República o con ocasión de esa función, pueda ser postulado como candidato a dicho cargo. Se está, entonces, frente al caso de una norma constitucional que establece condiciones de elegibilidad, y por tanto, de aplicación inmediata.

En virtud de las razones anteriormente expuestas esta Corte Suprema de Justicia, en pleno, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara sin lugar la apelación interpuesta por los ciudadanos..., contra

la decisión del Consejo Supremo Electoral de fecha 14 de junio del año en curso, en la cual se negó la inscripción del General retirado Marcos Pérez Jiménez, como candidato a la Presidencia de la República en las elecciones para el periodo 1974-1979, por encontrarse comprendido en el caso previsto en la Enmienda Constitucional número 1.⁶²

Por su parte, el magistrado doctor Martín Pérez Guevara considera que el Consejo Supremo Electoral, aplicó rectamente la enmienda al declarar que el general de división (r) Marcos Pérez Jiménez no puede ser candidato a la presidencia de la república, pero salva su voto en este fallo por los motivos que expresa a seguidas:

Hasta hoy, estaban pendientes de decisión en la Corte Plena dos asuntos, estrechamente relacionados entre sí y ambos urgentes por su propia naturaleza, a saber:

1º La “demanda de nulidad por inconstitucionalidad de la enmienda número 1 de la Constitución...”, intentada por el ciudadano J.L.I.R., en escrito fechado el 27 de junio de 1973 y

2º la apelación interpuesta el 14 del mismo mes y año, por los ciudadanos O.H.D., P.S.C. y S.A.A., contra la decisión del Consejo Supremo Electoral, de fecha 14 de junio del año en curso...

Ahora bien, es evidente que no debe decidirse la apelación antes que la demanda, puesto que en el juicio originado por ésta se discute la validez de la norma cuya aplicación por el Consejo Supremo Electoral al caso concreto de la postulación del general (r) Pérez Jiménez precisamente se cuestiona en la apelación interpuesta...

Es ilógico proceder a decidir que el máximo organismo electoral aplicó rectamente la disposición contenida en la enmienda mientras exista la posibilidad de que el pleno de la Corte natural declare la nulidad de la enmienda.

La demanda de nulidad plantea, además una cuestión que es previa por su propia naturaleza, como es la relativa a la competencia de la Corte para declarar la nulidad de una enmienda constitucional, por colidir con otras disposiciones de la Constitución.

Dicha cuestión debiera haber sido resuelta *in limine litis* en el juicio donde se demanda la nulidad de la enmienda y no incidental y veladamente como se hace en este fallo en el párrafo de la sentencia que luego se transcribe, creando el riesgo de que se dicten sentencias contrarias o contradictorias.

Por otra parte, en la sentencia se declara sin lugar la apelación, sin decidir en forma expresa, positiva y precisa todas y cada una de las cuestiones planteadas en el recurso.⁶³

Aparte del voto salvado antes citado, hubo el de los conjuceces doctores Rafael

⁶² Citado en *Repertorio Forense*, publicación diaria... año VIII núm. 2477, p. 2-3.

⁶³ *Ibidem*, p. 3.

Ángel Camejo, Manuel Casas Briceño y Alejandro Urbancja-Achelphol, quienes, entre otros razonamientos expusieron lo que sigue:

En la Constitución Nacional al señalarse en el artículo 215 las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en el ordinal 2o. se emplea la expresión “Tribunal Ordinario”, en su propia y corriente significación, cuando establece: que el enjuiciamiento de los miembros del Congreso o de la propia Corte, de los Ministros del Fiscal General, del Procurador General o del Contralor General de la República, de los Gobernadores y Jefes de Misiones Diplomáticas de la República, si el delito fuere común, pasar los autos al *Tribunal ordinario*; por lo que no cabe al intérprete afirmar que cuando la “Enmienda número 1” de la propia Constitución se refiere a Tribunales Ordinarios lo hace con una significación diferente que corresponda a la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Extraordinario, que es el más Alto de la República.

En el ordinal 2o. del artículo 215 de la Constitución Nacional se establece en lo tocante a los funcionarios en ese ordinal señalados, que si el enjuiciamiento contra ellos fuere por delitos políticos, continuará la Corte Suprema de Justicia conociendo de la causa hasta sentencia definitiva. Guarda silencio el ordinal acerca de los delitos especiales; pero como los funcionarios públicos no están exentos de responsabilidad por la perpetración de tales delitos, es concluyente que para éstos el procedimiento a seguirse es el pautado por el legislador, conforme a la naturaleza diversa de ellos...

La referencia de la “Enmienda número 1” de la Constitución Nacional a los artículos 149, 152, 182 y 213 de la misma Constitución, significa respecto a las condiciones que debe tener una persona natural para ser elegida Presidente de la República, Senador, Diputado y Magistrado de la Corte Suprema, que a partir de la fecha de la publicación de la aludida “Enmienda” no haya sido condenada mediante sentencia definitivamente firme por Tribunales Ordinarios a pena de prisión o prisión superior a tres años por delitos cometidos en el desempeño de funciones públicas o con ocasión de éstas. Esto es, que la condenación penal debe ser posterior a la fecha de la publicación de la “Enmienda”. De ser anterior a esa fecha, daríasele efecto retroactivo a la norma y a ello se opone el artículo 44 de la Constitución Nacional con sus términos absolutos y categóricos, según el cual: Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procedimientos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto benefician al reo, conforme a la Ley vigente para la fecha en que se promovieron. Concorre a justificar la conclusión de que la condenatoria penal del candidato propuesto para uno de aquellos cargos públicos, no ha de haber ocurrido con anterioridad a la fecha de la publicación de la “Enmienda”, la circunstancia de que en el artículo 2o. de ésta, no se ordena hacer anotación de su número y su fecha al pie del artículo 44 de la Constitución Nacional, como artículo modificado en dicha “Enmienda”, conforme preceptúa el ordinal 6o. del artículo 245 de la propia Constitución.

No puede interpretarse en “La Enmienda No. 1” de la Constitución Nacional, en el sentido de estar la expresión Corte Suprema de Justicia donde dice Tribunales Ordinarios. Cabría suponer al redactarse la norma un *lapsus* o desliz en dicha “Enmienda”? Suposición desde todo punto de vista inadmisibles si se piensa que para aprobarla hubo de ser examinada reflexivamente por su trascendencia

en cada una de las Cámaras del Congreso, discutiéndose según el procedimiento establecido para la formación de las leyes; y luego remitirse esa “Enmienda” a todas las Asambleas Legislativas de los Estados para su ratificación o rechazo, en sesiones ordinarias con no menos de dos discusiones.

Si los motivos para la aprobación de una norma son opuestos o distintos de su texto escrito, incurriría el intérprete en error de atenerse no al texto escrito sino a tales motivos que no son Ley, siendo de advertir: que ésta una vez publicada como toda obra humana se separa del pensamiento de sus autores. Si bien el intérprete ha de buscar la intención del legislador en la Ley dentro del sentido que aparece evidente del significado propio, esto es, característico y peculiar de las palabras, según la conexión, esto es, el lazo lógico de ellas entre sí. Esa falta de disposición precisa de la Ley, que se consideran para la interpretación disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y de haber aún duda es cuando se aplican los principios generales del derecho. Pero el texto escrito de la norma con su plena claridad es la fuerza viva del derecho, cuya aplicación se impone a los juzgadores para resolver los conflictos en la vida social.

Por las consideraciones expuestas opinamos que ha debido declararse con lugar la apelación interpuesta...⁶⁴

Así, pues, al consagrarse la Enmienda número 1 de la Constitución de Venezuela se violó el principio jurídico suprapositivo de la igualdad *en* la ley, y al aplicarse la misma al caso concreto del antes mencionado general retirado, se infringió abiertamente la garantía de la no retroactividad de las normas jurídicas previstas en el artículo 44 constitucional, afectándose con ello, el principio de la igualdad *ante* la ley, antes definido.

Ahora bien, la primera infracción antes anotada, nos plantea el problema de las “normas inconstitucionales de la constitución”⁶⁵ que lamentablemente fue escamoteada por la Corte Suprema de Justicia,⁶⁶ al declararse, tácitamente, incompetente para conocer “de supuestas o aparentes colisiones de aquélla (la enmienda) con disposiciones de la Constitución”, ya que, según nuestra humilde opinión, bien puede, aquí, suscitarse la cuestión de la existencia de una contradicción normativa o antinomia, entre ciertas disposiciones constitucionales referentes a la igualdad de acceso a los cargos públicos por parte de los nacionales por nacimiento, y las normas de la Enmienda número 1 de la Cons-

⁶⁴ *Ibidem*, p. 4-5.

⁶⁵ Karl Engisch. *Introducción al Pensamiento Jurídico*, trad. del alemán de Ernesto Garzón Valdés Guadarrama. Madrid, 1967, p. 210 y 200; *Cfr.* M. Hauriou. *Op. cit.*, p. 326-328; K. Loewenstein. *Op. cit.*, p. 192-199; Segundo V. Linares Quintana. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, parte general, Alfa. Buenos Aires, 1953, t. II, p. 143-163; arts. 1 y 20, numeral 3, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

⁶⁶ La historia se repite: Ya en fallo del 6 de agosto de 1936, la Corte Federal y de Casación en Sala Federal (hoy Corte Suprema de Justicia, en Pleno), con relación a una evidente contradicción entre las disposiciones de la Constitución venezolana de 1936, que consagraban los derechos individuales y los dos últimos aportes del numeral, 6º del art. 32 de la misma, se negó a reconocer la existencia de la citada antinomia jurídico-constitucional, aunque en realidad resolvió ésta a favor de las normas de los mencionados aportes del art. 32 de la Constitución. *Cfr.* Hermann Petzold Pernia. *Op. cit.*, p. 86-88.

titución. Claro que la adopción de una u otra solución para resolver la antinomia, es un problema fundamentalmente axiológico y no lógico, máxime si, como ya lo señalamos, la tantas veces citada enmienda, no menciona para nada el nombre del general retirado al cual se le aplicó, posteriormente, la misma, aunque es factible, con base en razones circunstanciales, determinar que era contra aquel que iba dirigida la enmienda.⁶⁷ Es decir, que según nuestro criterio, estamos —a nivel constitucional— frente a lo que la jurisprudencia mexicana denomina una “ley privativa”.⁶⁸ A tal respecto conviene transcribir, parcialmente, una sentencia donde la Suprema Corte de México afirma:

Para evitar los peligros que se derivan de la arbitrariedad o el capricho de los funcionarios y para garantizar la igualdad . . . , es necesario que las leyes estén formuladas de modo abstracto y general, es decir, que se apliquen a la serie indeterminada de casos y al número indefinido de personas que se hallen comprendidas dentro de la hipótesis de la norma. Por eso no debe tolerarse la existencia de leyes que se refieran a personas nominalmente designadas o a situaciones que se agoten en un número predeterminado de casos.⁶⁹

O sea, que en estos casos, se afecta la igualdad *en* la ley, pero no porque se introduzcan discriminaciones en normas jurídicas generales, conforme a determinados criterios de relevancia prohibidos jurídicamente (positiva o metapositivamente), sino precisamente por llevar la discriminación al máximo grado, haciendo que la ley que la consagra deje de ser ley en sentido material, siéndolo solamente en sentido formal. Empero, justamente por faltarle a dicha ley privativa, la generalidad y la abstracción y confundirse así los actos de creación de la ley y de aplicación de ésta a los casos concretos, no se puede decir que con motivo de una ley privativa se viole el principio de la igualdad *ante* la ley, tal como lo hemos definido, sino aquel otro principio de la igualdad *en* la ley, como ya antes lo anotamos.⁷⁰

En consecuencia, la citada enmienda constituyó, *sociopolíticamente*, una solución de continuidad constitucional, pues resultó afectada la legitimidad constitucional que supone el respeto no sólo de las normas positivas de la Consti-

⁶⁷ Rodríguez Iturbe habla expresamente de “la Enmienda Constitucional núm. 1, aprobada con los votos de COPEI y AD, y propuesta en forma conjunta por senadores de ambos partidos e independientes, que privaba al exdictador Pérez Jiménez de la posibilidad de ser candidato” (*op. cit.*, p. 25).

⁶⁸ Ejecutoria: Sem. Jud. de la Fed. Ap. al T. L. p. 137, citado en Ignacio Burgoa. *Las Garantías Individuales*. Botas. México, 1944, p. 159-150; asimismo, en Hermann Petzold. “Le principe de l'égalité devant la loi dans le droit de certains états d'Amérique latine”, en el vol. *L'Egalité...*, p. 116. Véase la versión castellana de ese artículo en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Zulia, Maracaibo-Venezuela, mayo-diciembre 1971, núms. 32-33, p. 135.

⁶⁹ Amp. Dir 1433/946. Inf. 1954 S. Aux., p. 49/50, citado en H. Petzold. “Le principe de l'égalité...”, p. 117, versión castellana en la *Revista de la Facultad de Derecho...*, p. 135.

⁷⁰ *Cfr.* H. Petzold. “Le principe de l'égalité...”, p. 118, versión castellana en la *Revista de la Facultad de Derecho...*, p. 137.

tución sino también de las reglas y principios jurídicos suprapositivos que integran la (s) Norma (s) Básica (s) de un orden constitucional dado, ya que según Nawiasky:

la Norma Básica del Estado no se puede limitar a determinar el método a seguir para obtener el acuerdo relativo al establecimiento de la Constitución, sino que debe también fijar ciertos principios de orden superior, o sea, principalmente de carácter político, para el contenido de la Constitución. Esto trae como consecuencia, que, *por vía jurídica*, esos principios no pueden ser modificados en nada.⁷¹

IV

En consecuencia, podemos concluir, por una parte, que lógicamente se puede sostener que al enmendarse la Constitución venezolana de 1961, se produjo una solución de continuidad que trajo aparejada la ausencia de un fundamento de validez constitucional-positivo para la mencionada Enmienda número 1.

Y por otra parte, que es lícito afirmar que tal enmienda supuso también una ruptura de la continuidad constitucional desde un punto de vista *sociopolítico*, ya que violó la legitimidad constitucional dando una prueba más que la Constitución venezolana actual es, no sólo una constitución flexible, de acuerdo con la realidad social —aunque lo sea rígida formalmente—; sino igualmente, de que a la misma se la puede ubicar, indudablemente, entre las llamadas constituciones semánticas, con las graves consecuencias que tal naturaleza implica.

RESUMEN

La Constitución venezolana actual es *flexible* —aunque formalmente sea *rígida*—, tanto por la facilidad como los partidos dominantes en la escena política del país, pudieron imponer la introducción de la enmienda constitucional número 1, como por la ausencia de una tradición constitucional firme y dilatada, revelada por el hecho de que Venezuela haya tenido desde 1830, veintitrés constituciones, casi todas con una vigencia breve o efímera.

Así, en nuestra patria, los grupos políticos y sociales históricamente predominantes, no se han sentido ni se sienten preocupados por ser comedidos en el empleo de los mecanismos de revisión o supresión constitucional, por lo que en el pueblo de Venezuela no ha surgido esa veneración que manifiestan otros pueblos por su carta fundamental.

Entonces, si bien se pudiera pensar, a primera vista, que la Constitución venezolana en vigor, de acuerdo con la llamada clasificación “ontológica” de las constituciones, se la podría estimar como una constitución *nominal*, la utilización que de ella hacen los detentadores oficiales y fácticos (o no oficiales) del poder en el país, nos obliga a calificarla como una constitución *semántica*, con todas las consecuencias que tal naturaleza conlleva.

⁷¹ Hans Nawiasky. *Op. cit.*, p. 65.

Ahora bien, la enmienda número 1, que en su artículo 1º, expresamente prohíbe que sean “elegidos Presidente de la República, Senador o Diputado al Congreso, ni Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, quienes hayan sido condenados mediante sentencia definitivamente firme, dictada por Tribunales Ordinarios, a pena de presidio o prisión superior a tres años, por delitos cometidos en el desempeño de funciones públicas, o con ocasión de éstas”, y que fue realizada en el contexto institucional antes descrito, implicó una solución de continuidad constitucional, tanto desde el punto de vista lógico como sociopolítico.

Se puede afirmar que *lógicamente* hubo una solución de continuidad constitucional, si se admite que las disposiciones contenidas en el artículo 245 de la Constitución relativas al procedimiento a seguir para realizar las enmiendas constitucionales, son disposiciones de derecho presupuesto (no sancionado), es decir, suprapositivas, y no positivas, por no haber sido *puestas* por una autoridad superior siguiendo el procedimiento pautado por normas de derecho legislado (o sea sancionado). Valga decir, la enmienda número 1 no tiene un fundamento de validez constitucional-positivo, sino suprapositivo, porque el artículo 245 de la Constitución está formado por disposiciones metapositivas, y en consecuencia la citada enmienda constitucional es el producto de una valoración jurídica primaria con positividad cumplida por el poder constituido conforme a principios jurídicos suprapositivos.

Claro que el punto de vista que defendemos, choca abiertamente con la tesis tradicional que sostiene el *mito* de la continuidad constitucional, el cual supone que cuando se modifica la constitución o bien se la sustituye por otra, mediante el procedimiento previsto por la misma, el hilo constitucional no se rompe.

Por otra parte, la enmienda número 1 significó asimismo, *sociopolíticamente*, una ruptura de la continuidad, pues fue realizada de común acuerdo, por los partidos dominantes en el teatro político venezolano ante el temor de verse afectados en su predominio y control de la maquinaria estatal —por la eventual candidatura a la presidencia de la república del exdictador general (r) Marcos Pérez Jiménez—, sin tener en cuenta la opinión pública, y estableciendo así una especie de “ley privativa” a nivel constitucional, que afectó gravemente uno de los principios fundamentales de un régimen que se quiere constitucional-democrático, como lo es el principio de la igualdad *en la ley*.

En consecuencia, tal enmienda constituyó sociopolíticamente, una solución de continuidad constitucional ya que resultó afectada la legitimidad constitucional que supone el respeto no sólo de las normas positivas de una determinada constitución sino igualmente de las reglas y principios jurídicos suprapositivos que forman parte de la (s) Norma (s) Básica (s) de un orden constitucional dado.