

LA JURISPRUDENCIA DEL HORROR: LAS POSTURAS ARGUMENTALES DE LA SALA CONSTITUCIONAL ANTE EL TEMA CONSTITUYENTE (MARZO-MAYO 2017)

Emilio J. Urbina Mendoza*

Abogado

Resumen: *La Justicia Constitucional venezolana luego del segundo trimestre de 2017, preparó el camino para la concreción de una Asamblea Nacional Constituyente contra todo sentido lógico, jurídico y político. A través del mecanismo de las sentencias de gobierno, facilitó al Ejecutivo Nacional la imposición de una asamblea con funciones constituyentes no reconocida ni en el texto constitucional de 1999, ni mucho menos en los principios del constitucionalismo contemporáneo. Asume así la Sala Constitucional, la misma postura que los juristas europeos que justificaron errores históricos del fascismo, como es el caso de las leyes fundamentales del Reino (España), las leyes fascistas (Italia) y por supuesto el Derecho del horror de la Alemania Nazi. Pretendemos con este artículo, realizar un recuento argumental de lo ocurrido en las decenas de sentencias que allanaron el camino para la Asamblea Nacional Constituyente de 2017.*

Palabras Clave: *Hermenéutica, Asamblea Constituyente, Manipulación interpretativa.*

Abstract: *The Venezuelan Constitutional Justice after the second quarter of 2017, prepared the way for the concretion of a National Constituent Assembly against all logical, legal and political sense. Through the mechanism of government rulings, it facilitated to the National Executive the imposition of an assembly with constituent functions not recognized neither in the constitutional text of 1999, much less in the principles of contemporary constitutionalism. Thus assumes the Constitutional Chamber, the same position as the European jurists who justified historical errors of fascism, as is the case of the fundamental laws of the Kingdom (Spain), fascist laws (Italy) and of course the law of horror of Germany Nazi. With this article, we intend to carry out a plot of what happened in the dozens of sentences that paved the way for the 2017 National Constituent Assembly.*

Key words: *Hermeneutics, Constituent Assembly, interpretative manipulation.*

* Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto (Bilbao-España). Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello.

I. LAS INCONVENIENCIAS DE UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL “NEOCONSTITUCIONALISTA” PARA SOCIEDADES PATOLÓGICAMENTE AFECTAS A IDEARIOS NO DEMOCRÁTICOS. O DE CÓMO UNA MAL PREPARADA SALA CONSTITUCIONAL IMPONE SU INTERPRETACIÓN PARA CO-GOVERNAR CON EL PODER EJECUTIVO

Desde hace una década hemos venido trabajando el fenómeno mutante de los sistemas judiciales presentes en Venezuela. Más allá de la introducción de mecanismos e instituciones propias del *common law*, nuestra preocupación se centra en la cada vez más evidente –y hasta torpe– coacción de la función gubernativa a través de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Estos documentos disfrazados de fallos, cuyo único rasgo característico con el acto judicial por excelencia es el cumplimiento formal de los requisitos previstos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, han trastocado a nuestro juicio lo que el profesor Jesús María Casal expone como el diálogo que debe imperar entre el legislador y la justicia constitucional¹.

La patología descrita la hemos bautizado como Sentencias de Gobierno², que deben entenderse como *Acto político revestido bajo la formalidad de una sentencia anómala con autoridad de cosa juzgada de la Sala Constitucional del TSJ, sin que medie una Litis o cuestionamiento sobre la constitucionalidad de un acto de otro órgano del Poder Público, cuyo objeto es coadyuvar, completar, sistematizar, esclarecer o fundamentar un acto de gobierno dictado por la Presidencia de la República*. Desde 2013 hemos observado como los fallos judiciales del máximo intérprete de la Constitución se convierten en instrumentos fiables para facilitar al gobierno actual todo tipo de pretensiones, con el único objeto de fortalecerlo o sacarlo de aprietos propios de sus circunceliónicas formas de manifestarse. Y en ese ínterin, poco importa si se convierte –como en efecto ha sido– en un mecanismo restrictivo de derechos ciudadanos lacerantes de la idea misma de libertad³.

Una de las patologías de nuestro juez gobernante, en los últimos dos meses, es su derivación en juez constituyente. La insólita convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente por el Presidente de la República, ha puesto de nuevo en tensión los conflictos que a nivel de doctrina constitucional –especialmente la norteamericana– se yergue sobre los conceptos de *Justicia Constitucional-Democracia-Derechos fundamentales-Gobierno*⁴. Esto es

¹ Casal Hernández, Jesús María. “Respuestas del legislador ante la interpretación judicial de la Constitución”. En: AAVV. *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación*. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo I, Caracas, 2015, pp. 469-490.

² Véase Urbina Mendoza, Emilio J. “¿Qué son las sentencias de gobierno? La nueva geografía de actos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. En: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)*. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, N° 9 (mayo-agosto 2016), Caracas, pp. 295-355. [En línea: http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2017/04/¿Que-son-las-Sentencias-de-Gobierno_-La-nueva-geografia-EJUM.pdf].

³ Véase Escovar León, Ramón. “Justicia constitucional versus democracia”. En: *Prodavinci*, Caracas, edición del 06-06-2017 [<http://prodavinci.com/blogs/justicia-constitucional-versus-democracia-por-ramon-escovar-leon/>].

⁴ Al respecto, véase Waldron, Jeremy. “Socioeconomic Rights and Theories of Justice”. En: *San Diego Law Review*, Vol. 48 (3), 2011, p. 773. También del mismo autor, *Los derechos en conflicto*. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2006. Cita Waldron al respecto: “(...) Usted puede escribir en los periódicos, y convocar a una petición, y organizar a un grupo que presione sobre el parlamento. Pero incluso si entonces tuvie-

así por cuanto el detonante de la crisis constitucional que ya venía manifestándose, ocurrió cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió acabar con las competencias formales de la Asamblea Nacional, elevando a los altares imperiales al actual Presidente. Desde entonces (31-03-2017), la crispación en la república ha tornado niveles críticos (70 muertos) y su nota parece incuestionablemente ir “in crescendo”. Para frenarlo, ese propio TSJ debiera prepararse y empaparse mejor de las tesis constitucionales pacíficas y reiteradas de occidente antes de proseguir en sus peligrosos juegos judiciales.

1. *El gobierno de la autopoiesis*

Desde 2015, una vez la alternativa democrática gana por sufragio la mayoría de los escaños en la Asamblea Nacional; las amenazas del Gobierno de los Jueces se hacen cada vez más implacable. Las confidencias *–in camera caritatis–* sobre los diálogos e imposiciones desde el Palacio de Miraflores como centro neurálgico del sistema político, transforman a la Sala Constitucional como una suerte de nódulo para no decir apéndice del gobierno. Así, los factores políticos afectos al poder, minimizados a pasos de vencedores en una minoría numérica, aceleraron desde entonces sus mecanismos antidemocráticos para sostener su concepto “bizarro” de la democracia, donde, Estado-Partido-Militarismo son la tríada de la *autopoiesis* autobautizada como Revolución.

Dentro de esta *autopoiesis*, la Sala Constitucional del TSJ asume lo que Niklas Luhmann interpreta como el principal equivalente funcional a la integración normativa⁵, donde, la norma, se aplica de forma tarambana. Y en esa interpretación sobre normas y principios, a éstos muchas veces se les mutila, falsea, se formulan agregados, e incluso, se les desaparece. Lo resaltante del caso es que ese organismo *–torpe y deforme–* tiene que enfrentar lo que Ulrich Beck bautizó hace décadas como *la sociedad del riesgo global*⁶. Y lamentablemente, lo que en cualquier comunidad política democrática pudiera ser un riesgo (terrorismo, militarismo, economía fraccionada, secesionismo, segregación política, etc.) en Venezuela el riesgo y la contingencia son curiosamente la democracia y el pueblo.

En pocas palabras, la autora referencia del gobierno y sus mecanismos (in) constitucionales, nos arrinconan como pueblo al no integrarnos a sus redes clientelares represivas, cuya opacidad es la divisa. El lenguaje e imaginario son autoritario sin lugar a dudas, combinada con una devoción primitiva hacia supuestos “gigantes eternos”, que terminan por banalizarlos⁷. Inclusive, este culto va más allá de nuestras fronteras, asumiéndose peligrosamente por

ra éxito y llegara a conquistar al apoyo de un amplio número de hombres y mujeres que piensan como usted, y su visión llegara a prevalecer en la Legislatura, aún entonces podría ocurrir que su propuesta sea revisada e invalidada, en razón de que la misma no coincide con la visión que tiene un juez sobre el derecho en cuestión (...).

⁵ Véase Luhmann, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Editorial Anthropos, Barcelona, 1998. También como interpretación al autor y sus implicaciones políticas, véase Molina y Vedia, Silvia. “Conceptos básicos para el estudio de la credibilidad política según la teoría de los sistemas autorreferentes y autopoieticos de Niklas Luhmann”. En: *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. Universidad Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, N° 162, México D.F., 1995, pp. 23-41.

⁶ Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Editorial Paidós, Barcelona, 2006.

⁷ Véase Pino Iturrieta, Elías. *El Divino Bolívar*. Editorial Alfa, Caracas, 2016, 270 pp.

la propia Sala cuando introduce en sus argumentaciones como válidas, citas de libros ideológicos que los valora como fuente de sus razonamientos⁸.

II. EL JUEZ CONSTITUYENTE COMO PATOLOGÍA DEL GOBIERNO CRIOLLO DE LOS JUECES. LA VISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL SOBRE LO QUE AUTOPOIÉTICAMENTE DEBE ENTENDERSE POR EL PODER PÚBLICO. LAS SENTENCIAS 155 Y 156 DE MARZO 2017

1. *Construyendo sentencias de gobierno para crear el “juez constituyente constitucional”*

Durante 2016, la guerra judicial por acallar al Parlamento se hizo palpable a través de las SENTENCIAS DE GOBIERNO. Este nuevo mecanismo en la geografía de actos judiciales venezolano, cercenó al parlamento nacional, invocando impropia y neoconstitucionalismo para facilitar lo que el profesor Allan Brewer-Carías denominó dictadura judicial y perversión del estado de Derecho⁹. Se implementó así una suerte de *ius respondendi edicendi* a la bolivariana donde la interpretación jurídica logró disfrazar actos de gobierno insertos en las sentencias de la Sala Constitucional (en adelante la Sala). Sin importar las advertencias de Otto Bachof, aquella creó una dudosa tesis del DESACATO IN ABSTRACTO, obviando los pasos lógicos elementales para su declaratoria in concreto de conformidad con las normas penales. De esta forma, la hermenéutica se transforma en instrumento “punitivo” para proteger la concepción autopoietica del Poder Público. Como bien lo afirmó Bachof, “(...) no es posible una separación clara entre las cuestiones políticas y jurídicas, a que en las decisiones sobre actos políticos triunfa necesariamente la vinculación política del que juzga y avasalla al Derecho (...)”¹⁰.

En la imposición de una defraudada INTENTIO LECTORIS¹¹ de la Constitución, –que fue poco a poco vaciando las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional– se le desnaturalizó cualquier intento por materializar sus potestades, desde el control político de la Administración¹², la revisión de los estados de excepción¹³, la iniciativa para proponer enmiendas¹⁴ e insólitamente, pulverizar su quehacer funcional propio: LEGISLAR¹⁵.

⁸ TSJ/Sala Constitucional, sentencia N° 264 de fecha 11.04.2016 (Caso: *Nulidad de la propuesta de Enmienda constitucional*).

⁹ Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura judicial y perversión del estado de Derecho*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016.

¹⁰ Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*. Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 61.

¹¹ En la hermenéutica fundamental, la intención como criterio para definir un texto es abordada desde tres ópticas: La interpretación como búsqueda de la *intentio auctoris*, la interpretación como búsqueda de la *intentio operis*, y la interpretación como IMPOSICIÓN de la *intentio lectoris*. La teoría clásica ha primado el enfrentamiento de intenciones para la búsqueda de una respuesta hermenéutica armónica. En nuestro caso, el enfrentamiento es clarísimo entre la intención del autor de las normas (Asamblea Nacional) y la intención del intérprete (Sala Constitucional). Véase Eco, Umberto. *Los límites de la interpretación*. Editorial Lumen, Barcelona, 2000, p. 29.

¹² TSJ/Sala Constitucional, sentencia N° 9 de fecha 01-03-2016 (Caso: *Recurso de Interpretación artículos 222, 223 y 265 de la Constitución*).

¹³ TSJ/Sala Constitucional, sentencia N° 7 de fecha 11-02-2016 (Caso: *Recurso de Interpretación artículo 339 de la Constitución y 27 y 33 de la Ley Orgánica de los Estados de Excepción*).

¹⁴ TSJ/Sala Constitucional, sentencia N° 274 de fecha 21-04-2016 (Caso: *Recurso de Interpretación artículo 340 de la Constitución*).

Así, 2016 se escribirá para la historia jurídica nacional como el año del autoritarismo y la degradación judicial.

2. *El juez constituyente que nadie eligió y que no somete sus decisiones la consulta popular*

Cuando todos pensábamos que una vez abierto el telón de 2017 pisaríamos nuevos territorios temporales donde habría cambios y el retorno de la sensatez de la Sala, los escenarios terminaron por complicarse. Las tensiones comienzan a tomar forma totalitaria, y ante un agregado inesperado de agudización de la crisis fiscal del gobierno, se decide usar este móvil saltar cualquier control por la AN de las finanzas públicas, comenzando por la incomprensible aprobación de un procedimiento *sui generis* sobre cómo elaborar, presentar y aprobar el presupuesto público nacional¹⁶ que terminaría desembocando en los inescrutables fallos 155 y 156 de fecha 28 y 29 de marzo de 2017, respectivamente. Sentencias que como lo alertara Brewer-Carías¹⁷, usurparon todo el poder del Estado en forma absoluta.

La sentencia N° 155¹⁸ introduce un insólito concepto de *superpresidencia imperial*, pues, reasigna funciones constitucionales, desvalijando al constituyente. Expresamente la Sala indica:

“(…) **5.1.1.- Se ORDENA** al Presidente de la República Bolivariana de Venezuela que, en atención a lo dispuesto en el artículo 236.4, en armonía con lo previsto en los artículos 337 y siguientes *eiusdem* (ver sentencia N° 113 del 20 de marzo de 2017), entre otros, proceda a ejercer las medidas internacionales que estime pertinentes y necesarias para salvaguardar el orden constitucional, así como también que, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y para garantizar la gobernabilidad del país, **tome las medidas civiles, económicas, militares, penales, administrativas, políticas, jurídicas y sociales que estime pertinentes y necesarias para evitar un estado de conmoción; y en el marco del Estado de Excepción y ante el desacato y omisión legislativa continuada por parte de la Asamblea Nacional, revisar excepcionalmente la legislación sustantiva y adjetiva (incluyendo la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley Contra la Corrupción, el Código Penal, el Código Orgánico Procesal Penal y el Código de Justicia Militar –pues pudieran estar cometiéndose delitos de naturaleza militar–), que permita conjurar los graves riesgos que amenazan la estabilidad democrática, la convivencia pacífica y los derechos de las venezolanas y los venezolanos**; todo ello de conformidad con la letra y el espíritu de los artículos 15, 18 y 21 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción vigente. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

¹⁵ TSJ/Sala Constitucional, sentencia N° 259 de fecha 31-03-2016 (Caso: *Nulidad de la reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela*).

¹⁶ TSJ/Sala Constitucional, sentencia N° 814 de fecha 11-10-2016 (Caso: *Aclaratoria de la Sentencia N° 810 sobre el régimen financiero del Estado*).

¹⁷ Véase Brewer-Carías, Allan R. La consolidación de la dictadura judicial: La Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria. Nueva York, 29 de marzo de 2017 [http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/148.-doc.-Brewer.-Consolidación-dictadura-judicial.-Sentencia-155-SC-27-marzo-2017.pdf]. También del mismo autor El reparto de despojos: La usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado. Nueva York, 30 de marzo de 2017 [http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/04/149.-doc.-Brewer.-Usurpación-definitiva-funciones-AN-por-al-Sala-Const.-Sent-156-SC-29.3.pdf]

¹⁸ TSJ/Sala Constitucional, sentencia N° 155 de fecha 28-03-2017 (Caso: *Héctor Rodríguez Castro vs. Asamblea Nacional*).

Esta suma de concentración de poderes constitucionales ni está prevista en la Constitución ni mucho menos existen principios democráticos que la pudieran sustentar, ni siquiera en los estados de excepción. La sentencia es clarísima: le ordenan al Presidente de la República para que “TOME” (decida) las medidas de toda índole, incluyendo, la revisión de toda la legislación “sustantiva y adjetiva”. En resumen, sólo faltó agregarle la señera expresión *¡Ave Nicolae, moriture te salutant!*, aunque la más atinada para este caso es la acuñada por otro César, el Papa Alejandro VI: *¡Aut Nicolae aut nihil!*.

La sentencia N° 156¹⁹ va más allá, precisamente, por el problema creado en la 155. En un arrebato constituyente, la Sala impuso:

4.4.- Se advierte que mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional garantizará que **las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el órgano que ella disponga, para velar por el Estado de Derecho.** (Negrillas y cursivas nuestras)

Un solo párrafo bastó para suprimir la Constitución, asumiéndose las funciones de la Asamblea Nacional con el agregado peligroso que la Sala puede atribuírselas a otro órgano que ella disponga. Una oración que se enmarca en la expresión más acabada del absolutismo: *Après nous, le déluge.*

Los escándalos de ambos fallos no se hicieron esperar. Los actores políticos de la oposición hicieron lo propio, condenando las sentencias. Sin embargo, ese 31-03-2017, un pronunciamiento disparó las alarmas, así como fundamentó las protestas posteriores. La Fiscal General de la República, abogada Luisa Ortega Díaz, afirmaría textualmente²⁰: “(...) *las sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia constituyen una ruptura del orden constitucional, así como el modelo de Estado consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)*”.

Las declaraciones de la jefa de la vindicta pública dieron la vuelta al mundo, haciendo latentes gravísimas consecuencias jurídicas para los magistrados de la Sala que suscribieron el fallo, sobresaliendo, la indiscutible responsabilidad penal por haber sido artífices de una ruptura del hilo constitucional²¹.

3. *La perversión de los mecanismos procesales sobre sentencias, desfigurada por el juez constituyente*

La respuesta de la Sala Constitucional fue inmediata. El 01-04-2017 (día sábado y sin despacho), procedió a publicar las sentencias N° 157 y 158, ambas, como asombrosas *Aclaratorias* de las sentencias 155 y 156.

El principal argumento de la Sala para “Aclarar” los polémicos fallos fue:

“(...) En fecha 31 de marzo de 2017, en virtud de algunas consideraciones y opiniones emitidas en relación con la sentencia antes mencionada, el Tribunal Supremo de Justicia atendió a una convocatoria del ciudadano Nicolás Maduro Moros, en su condición de Jefe de Estado y

¹⁹ TSJ/Sala Constitucional, sentencia N° 156 de fecha 29-03-2017 (Caso: Corporación Venezolana del Petróleo (CVP) recurso de interpretación del artículo 187,24 de la Constitución y 33 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos).

²⁰ http://www.ministeriopublico.gob.ve/web/guest/buscador/-/journal_content/56/10136/15888019

²¹ Véase Hernández, José Ignacio. “¿Qué implicaciones tienen las declaraciones de Luisa Ortega Díaz?”. En: *Prodavinci*, Caracas, edición del 31-03-2017 [<http://prodavinci.com/blogs/que-implicaciones-tienen-las-declaraciones-de-luisa-ortega-diaz-por-jose-ignacio-hernandez-g/>]

Presidente del Consejo de Defensa de la Nación, a una reunión extraordinaria ante dicha instancia constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 323 del Texto Fundamental y en la Ley Orgánica de la Seguridad de la Nación. (...)"

Este pretexto permitiría a la Sala, violando lo dispuesto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, "aclarar" la sentencia eliminando parte de la dispositiva de ambos documentos judiciales. En este caso, se reinterpretó el 252 del CPC, permitiéndose que inconstitucionalmente se revocaran dispositivas. Las aclaratorias de sentencias, como bien lo señala la norma adjetiva, son para: "(...) *aclaras puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la sentencia, o dictar ampliaciones (...)*". Ahora, se lee en los fallos 157 y 158 lo siguiente:

"(...) Sobre la base de lo antes expuesto, en ejercicio de la potestad que para este caso corresponde y con base en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el cual es aplicable supletoriamente a las causas que conoce este Máximo Tribunal, en concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala **procede de oficio a aclarar** que en el fallo N° 155 dictado el 28 de marzo de 2017 el dispositivo 5.1.1 y lo contenido sobre el mismo en la motiva; así como lo referido a la inmunidad parlamentaria, obedecen a medidas cautelares dictadas por esta Sala conforme a la amplia potestad que es propia de su competencia (artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) y, en consecuencia, como garantía de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 constitucional, teniendo en cuenta que las mismas se caracterizan por la instrumentalidad, provisionalidad y mutabilidad, esto es, que para este ejercicio se tendrán en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto (sentencia de esta Sala N° 640 del 30 de mayo de 2003), **se revocan en este caso la medida contenida en el dispositivo 5.1.1**, así como lo referido a la inmunidad parlamentaria. Así se decide. (...)" (Negrillas y Subrayado nuestro) (sentencia N° 157)

"(...) Sobre la base de lo antes expuesto, en ejercicio de la potestad que para este caso corresponde y con base en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el cual es aplicable supletoriamente a las causas que conoce este Máximo Tribunal, en concordancia con el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala **procede de oficio a aclarar** que en el fallo N° 156 dictado el 29 de marzo de 2017 los dispositivos 4.3 y 4.4 y lo que respecta a lo indicado en la parte motiva sobre los mismos, tienen naturaleza cautelar, en vista de que el desacato de la Asamblea Nacional, que le impide el ejercicio de sus atribuciones constitucionales es de carácter circunstancial; y, en todo caso, esta Sala no ha dictado una decisión de fondo que resuelva la omisión. Tratándose, en consecuencia, de medidas cautelares dictadas por esta Sala conforme a la amplia potestad que es propia de su competencia (artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) y, en consecuencia, como garantía de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 constitucional, teniendo en cuenta que las mismas se caracterizan por la instrumentalidad, provisionalidad y mutabilidad, esto es, que para este ejercicio se tendrán en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto (sentencia de esta Sala N° 640 del 30 de mayo de 2003), **se revocan, en este caso, las medidas cautelares contenidas en los dispositivos 4.3 y 4.4. Así se decide.** (...)" (Negrillas y subrayado nuestro) (Sentencia N° 158)

Lo más resaltante de estas sentencias, es que ya la propia Sala durante más de 14 años, había negado enfáticamente la posibilidad de emplear el mecanismo de aclaratoria para modificar sus propios fallos²², pues:

"(...) Tratándose, por tanto, de una decisión de esta Sala Constitucional, a quien corresponde ejercer la atribución contenida en el artículo 336.10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **la revisión sobre sus propios fallos significaría una vía de impug-**

²² TSJ/Sala Constitucional, sentencia N° 438 de fecha 06-05-2013 (Caso: *Gilberto Rúa e interpretación del artículo 233 de la Constitución*).

nación no consagrada legal ni constitucionalmente, lo cual violaría, por lo demás, el artículo 335 eiusdem, que, en concordancia con el artículo 266.1 del citado Texto Fundamental, prescribe la supremacía de la Sala respecto de la interpretación y aplicación última de las normas y principios constitucionales, y la potestad de ejercerla con fundamento en su universalidad, contra las sentencias dictadas por las demás Salas de este Alto Tribunal, pero no contra sus propios fallos, **porque ello sería emitir un nuevo fallo** (...)” (Negrillas y Subrayado nuestro)

Así, la Sala se arroga una *potestad constituyente* con el agravante que lo hace a través de sentencias con fuerza de cosa juzgada para terceros, pero, no para ella misma. El incidente de ambas sentencias sería un punto de antes y después de la crisis política instalada en el país, derivada por la enconosa postura de la élite chavista de negarse a contar en elecciones libres y democráticas tal y como subraya la Constitución de 1999.

4. *¿Qué es el juez constituyente?*

Haciendo una recapitulación, hemos observado como la Sala Constitucional devino su actividad que originalmente, en su creación, era circunscrita al control de la constitucionalidad de los actos estatales. Incluso, en tiempos de amplia popularidad de su autopoietica revolución (2000-2006), afirmaba que lo correcto era:

“(…) La **función jurisdiccional es una actividad reglada, que debe adecuarse a ciertos parámetros interpretativos establecidos de manera previa y formal por el legislador, donde la aplicación indefectible por el juzgador de ciertas circunstancias jurídicas se impone, ante determinados supuestos de hecho**. Esta actividad reglada previene fórmulas de actuación para la magistratura en virtud de la cual si bien **el Juez dispone de la posibilidad de emitir juicios de opinión que obedezcan a su particular manera de comprender las situaciones sometidas a su conocimiento y posee un amplio margen interpretativo, debe sin embargo, ceñirse en su actividad decisoria a los postulados legales que regulan tal actividad** (...)”²³ (Negrillas y subrayado nuestro)

Nuestro juez constituyente ha olvidado sus propios postulados. Ha decidido que su interpretación es una manifestación “viva” del proceso constituyente, que, para él, no ha terminado, sino que constantemente lo recuerda a la sociedad y lo hace valer para garantizarle al gobierno una injustificable impunidad. Ahora, en los últimos años, siendo extensión de un constituyente de 1999 que buscó imponer un modelo político, la Sala decide hacer letra muerta dispositivos que los constituyentes de 1999 si decidieron colocar como límites al desenfreno del poder. De esta forma, esta Sala echa por tierra cualquier teoría judicial sobre la interpretación constitucional²⁴, que necesariamente para devolverla a sus cauces dentro de la arquitectura del texto de 1999, debe entenderse como órgano del Poder Público constituido y no como instrumento del gobierno para someter al resto de órganos a la voluntad de éste.

Lo que caracteriza entonces a nuestro juez constituyente es su sofisticada forma de amalgamar mecanismos y procedimientos de diversos órdenes lógicos y epistemológicos. Por un lado, usurpa funciones del constituyente equiparándose en cuanto a su jerarquía de supra-constitucionalidad al dejar “sin efecto” reglas de la propia Constitución. Sin embargo, recordemos que, para hacer el llamamiento del constituyente, todas sus resoluciones por principio democrático, debe ser consultadas al cuerpo electoral para así adquirir validez. Nuestro juez constituyente se aparta de este último imperativo y en vez de volar con la razón, termina arrastrándose en mecanismos particularistas como el silogismo judicial evidentemente adulte-

²³ TSJ/Sala Constitucional, sentencia N° 2.036 de fecha 19-08-2002 (Caso: *Plaza Suite I, C.A.*).

²⁴ Para más detalles, véase Escovar León, Ramón. *El precedente y la interpretación constitucional*. Editorial Sherwood, Caracas, 2005, pp. 77-86.

rado. Sus sentencias no son consultadas nunca al pueblo, pero, si la mayoría de éste último no las acata, decide criminalizarlo a través de la horrorosa construcción teórica del “Desacato”, donde inclusive, se quiebran los principios elementales del Derecho común, como es que no puede declararse nulos actos que todavía no han sido emitidos.

Hasta estos abusos insospechables ha cometido nuestro juez constituyente, trastocando incluso *las secuencias de las leyes del tiempo y espacio*, pues, como lo afirmó en una de sus tantas sentencias para templan al Poder Legislativo:

“(…) resultan manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas, **mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia** (...)”²⁵ (Negrillas y subrayado nuestro).

Este juez ha hecho lo imposible, como se verificó en la sentencia parcialmente transcrita, para demoler hasta las leyes del tiempo y la física. Nunca en nuestra historia judicial había existido tal grado de petulancia²⁶, ni siquiera presente en los diferentes constituyentes históricos donde el rasgo característico fue el paradoxismo de los grupos políticos que dominaron esos escenarios²⁷.

III. LA RELIQUIA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA. LOS FALSEAMIENTOS DE LA LÓGICA JURÍDICA IMPUESTOS POR LA SALA CONSTITUCIONAL CONSTITUYENTE DEL TSJ EN LAS SENTENCIAS 355 Y 378/2017

1. *Las Asambleas Nacionales Constituyentes como reliquias del constitucionalismo liberal de la superada ilustración*

El 01-05-2017, el Presidente de la República, no pudiendo controlar la protesta permanente generada por la incontinencia del juez constituyente, apuesta el límite máximo del crédito político otorgado en la Constitución de 1999: *La convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente*²⁸. La ANC, es una de las formas típicas que históricamente asumen los Estados para modificar sus Constituciones. Ésta se impuso por primera vez en la elaboración de la Constitución francesa de 1791 (*Constitución Girondina*), en momentos donde asumía como novedad la representación general de las sociedades²⁹. En Venezuela las ANC protagonizó

²⁵ TSJ/Sala Constitucional, sentencia N° 808 de fecha 02-09-2016 (Caso: Constitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2.165 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro).

²⁶ Sobre la cotidianidad del siglo XIX judicial venezolano, véase Núñez de Cáceres, Pedro. *Memorias (Prólogo de Caupolicán Ovalles)*. Caracas, Instituto Autónomo Biblioteca Nacional, Fundación para el rescate del acervo documental venezolano (Funres), 1993.

²⁷ Para más detalles de los excesos cometidos en la Constituyente de 1946, véase Cárdenas, Rodolfo José. *COPEI en la Constituyente: la tentación totalitaria de Acción Democrática*. Madrid, s.e. 1988, 853 pp. En la Constituyente de 1999, una de las escasas voces de la sensatez fue el profesor Allan Brewer-Carías, quien publicaría sus opiniones y votos contrarios a la mayoría del chavismo. Véase *Tratado de Derecho Constitucional*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2013, 1198 pp. Tomo VI: *Asamblea Constituyente y proceso constituyente*. Sobre el proceso constituyente general de 1999, véase Hernández Camargo, Lolymar. *El proceso constituyente venezolano de 1999*. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008.

²⁸ Decreto Presidencial N° 2.830, publicado en la Gaceta Oficial, extraordinaria, N° 6.295.

²⁹ Sobre el particular, véase Brewer-Carías, Allan R. *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus*

nicas fueron las de 1946 y 1999. La celebrada en 1952 no trascendió dado su carácter antidemocrático. Sólo se rememora en razón del descomunal fraude electoral contra URD que había ganado esas elecciones, manipulándose el resultado comicial a favor del Frente Electoral Independiente (FEI) que aglutinaba las fuerzas del perezjimenismo.

Somos de la tesis que la figura de la ANC son reliquias de otros tiempos donde las sociedades se encontraban en franca disparidad sea por el grado de analfabetismo o la poca o nula cultura de participación ciudadana. La ANC es un mecanismo rupestre para elaborar una Constitución. Si seguimos el modelo de evolución societaria planteada por Max Weber, la tecnificación y complejización de la misma termina por concretar órganos especializados que se encargarán de las grandes líneas tanto de la ingeniería como de la arquitectura constitucional. Para su aprobación o no, también se ha tecnificado el sufragio universal, donde el cuerpo electoral otorga su aprobación o negación al proyecto de Constitución pre-elaborado. Las constituyentes venezolanas se han caracterizado por el encono de sus confrontaciones. En la de 1946, presidida por el ilustre Andrés Eloy Blanco, fue escenario de enfrentamientos verbales entre aquella mayoría aplastante de AD y quienes no comulgaban con las formas del entonces flamante partido socialdemócrata.

La ANC de 1999 mantuvo su peculiaridad jacobina, tropicalizada, pero jacobina al fin y al cabo. Como bien lo expresó el profesor Brewer-Carías, el proceso de 1999 nació de la democracia³⁰. Sin embargo, una vez electa e instalada, la ANC conformada por una hegemónica representación del naciente chavismo acentuó las diferencias fundamentales entre los sectores políticos del país. La Venezuela bolivariana aplastó cualquier iniciativa o disidencia, y como bien lo plasmaría Brewer-Carías, “(...) *nada de lo que había que cambiar en el sistema político fue cambiado; y más bien el resultado constitucional del proceso constituyente, fue la acentuación de los aspectos más negativos del sistema (...)*”³¹.

2. *La constituyente rupestre de Nicolás Maduro y sus incongruencias con el artículo 347 de la Constitución*

El Decreto Presidencial de convocatoria a la ANC 2017, en sus considerandos, asoma graves afirmaciones de hecho que supuestamente fundamenta el llamamiento constituyente. En el numeral 4 del Decreto, el ciudadano Presidente afirma que debe ampliarse las “(...) *competencias del Sistema de Justicia, para erradicar la impunidad de los delitos (...)*” (SIC). Esto implica que la realidad jurídica actual, incluyendo a la Sala Constituyente, se caracteriza por la impunidad desmedida, donde, los delitos que esgrime el Jefe del Estado son los más gravísimos para una sociedad, citando el “*homicidio, secuestro, extorsión, violaciones, violencia de género, terrorismo, narcotráfico, promoción del odio social y la injerencia extranjera*” (SIC). Al estamparse en un Decreto Presidencial un considerando de este calibre (numeral 4), luce una suerte de confesión de “incapacidad” del Estado para hacerle frente a una Venezuela que tras dieciocho (18) años de estrenado el sistema político de la Constitución de 1999, el Presidente Nicolás Maduro Moros enfatice que ha sido **víctima de la impunidad**.

Debemos señalar de antemano que existe una evidente contradicción entre las regulaciones que la Constitución Bolivariana de 1999 –*único texto que fija la competencia consti-*

aportes al constitucionalismo moderno. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, 369 pp.

³⁰ Véase Brewer-Carías, Allan R. *Las Constituciones de Venezuela*. Tomo I, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, pp. 367-370.

³¹ Brewer-Carías, Allan R. *Ob. Cit.*, p. 369.

tucional para ello— ha compelido sobre cuál debe ser el contenido y alcance de una Asamblea Nacional Constituyente y el Decreto Presidencial inconstitucional que la convoca. Esta contradicción se encuentra en lo que como hecho notorio y comunicacional han publicitado desde el Jefe del Estado hasta los altos funcionarios nacionales y asesores como el Doctor Hermann Escarrá que afirman que no se busca con la ANC “(...) *modificar la Constitución sino la Carta Magna* (...)”³². A este ambiente se le adicionará la amenaza maniquea del mismísimo presidente Maduro al ofrecer al país dos opciones que no debería proponerse por su carácter antidemocrático y totalitario: *Constituyente o Guerra*³³.

Realmente no entendemos cómo un Jefe del Estado otorgue valor a estas frases cuyas consecuencias pudieran traer más conflictos en la República que apaciguarlos.

Pero, regresemos a nuestro juez constituyente, esta vez, una de las vértebras de la columna que sustenta al gobierno del Presidente Maduro. En su frenesí constituyente, la propia Sala ha determinado que la diferencia entre Enmienda, Reforma y Asamblea Constituyente está directamente relacionada con el “(...) *grado de modificación planteada sobre la Constitución* (...)”³⁴. Esto quiere decir que dentro de los mecanismos previstos en el Título IX de la Constitución, existen instrumentos que precisan el alcance modificatorio del texto constitucional. Para ello, el Constituyente fue detallista hasta el punto de completar el contenido esencial mismo de cada una de ellas. Revisemos con detenimiento lo planteado en el artículo 347 de la Constitución de 1999:

“(...) Artículo 347. El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente **con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución** (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Tenemos que la función de la ANC debe entenderse COPULATIVAMENTE, es decir, que la ANC se concibió para cumplir las siguientes funciones:

- * Transformar el Estado.
- * Crear un nuevo ordenamiento jurídico.
- * Redactar una nueva Constitución.

El texto no permite que sólo reformemos la Constitución y dejemos intacto el ordenamiento jurídico infraconstitucional. O se mantengan las viejas estructuras del Estado y se introduzca un nuevo ordenamiento jurídico. Por ejemplo, no es hermenéuticamente aceptable que la ANC proceda a transformar el Estado y no redacte una nueva Constitución. O viceversa. Para reformas puntuales —*como la Sala ya lo definió en la sentencia N° 274 de fecha 21-04-2016*³⁵— al abordar el problema de la validez de la Enmienda constitucional tramitada por la Asamblea Nacional a finales de marzo de 2016; se concreta o a través de la enmienda o la reforma constitucional, NUNCA POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. La Sala en el fallo identificado señaló:

³² Declaraciones del abogado Hermann Escarrá Malavé, ante Venezolana de Televisión, de fecha 01-05-2017. Véase [<http://vtv.gob.ve/abogado-hermann-escarra-destaco-que-constituyente-no-trata-de-crear-una-nueva-constitucion-sino-reorganizar-el-estado/>].

³³ Programa televisivo (VTV) *Los Domingos con Maduro*, edición N° 89 de fecha 04-06-2017.

³⁴ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 2.208 de fecha 28-11-2007 (Caso: *Antonio José Calatrava y otros*).

³⁵ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 274 de fecha 21-04-2016 (Caso: *Johnny Leónidas Jiménez Mendoza. Interpretación del artículo 340 de la CRBV*).

“(…) c) Finalmente, la propuesta de enmienda no solo debe respetar la estructura de la Constitución, sino también los principios fundamentales del texto constitucional y del ordenamiento jurídico vigentes. Este límite o restricción impuesto al poder constituido por el Constituyente es válido para cualquier modificación parcial (enmienda o reforma), **pues sólo la Asamblea Nacional Constituyente puede transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico-constitucional** (artículo 347 *eiusdem*), siempre que no violente los principios contenidos en el artículo 350 del texto fundamental (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Estos límites los ha prefijado la interpretación constitucional de la Sala Constitucional Constituyente, por tanto, debe considerarse que convocar una ANC implica hermenéuticamente “**MODIFICAR**” –*in toto*– la actual estructura del Estado venezolano, su ordenamiento jurídico y erradicar la Constitución de 1999 para redactar una “nueva”. Por otra parte, si nos mantenemos fieles a los criterios hermenéuticos que deben imperar al momento de interpretar la Constitución (Sentencia N° 1.309 de 19-07-2001), uno de ellos es la motivación que motorizó al constituyente para concretar el texto constitucional, que, en este caso, es el 347. Si revisamos con detalle los Diarios de Debate de la Asamblea Nacional Constituyente, tenemos que la discusión sobre el mecanismo bajo análisis ocurrió el 09 de noviembre de 1999 (Sesión N° 41) (*Debate Constituyente*, página 47), y debemos resaltar lo afirmado en ese entonces por quien hoy preside la Comisión de la Constituyente de 2017, el ahora Ministro de Educación Elías Jaua Milano.

“(…)”

EL PRESIDENTE.-Tiene la palabra el constituyente Elías Jaua.

CONSTITUYENTE JAUA (ELÍAS):- Ciudadano Presidente y demás Constituyentes: Quiero hacer la siguiente observación al artículo que está en discusión. Creo que siendo consecuentes con la voluntad originaria que nos trajo y convocó a esta Asamblea Popular, y siendo consecuentes con la doctrina democrática liberal, en el sentido que el Poder Originario del pueblo no conoce ni reconoce ninguna norma anterior a él, ni preexistente. Además, en el sentido de que somos la más fiel expresión, de que cuando la voluntad de un pueblo se manifiesta no hay derecho positivo que pueda detenerla, simplemente tiene que adecuarse o sucumbir ante la voluntad, ante el **huracán constituyente de los pueblos cuando se deciden a refundar sus repúblicas y sus instituciones**. Por tanto, creo que ese artículo que refleja la manera cómo nosotros, el Poder Constituyente venezolano de 1992, convocó a una Asamblea Constituyente, sus bases comiciales, no tiene por qué, ser normado para las futuras generaciones, **para el pueblo constituyente de 100 o 200 años que se atreva nuevamente a discutir la refundación de la República con los temas profundos que ser necesario adecuar para ese momento**. Considero que tal como está el documento que nos ha presentado la Comisión, desde el Título hasta el artículo 391, que se expresa el reconocimiento de la voluntad de un pueblo de convocar a esa Asamblea, y la manera cómo puede convocarla –que es importante para que tenga una referencia– no hay más nada que normar en una Constitución referente a la Asamblea Constituyente. Lo contrario sería una actitud antihistórica, antipolítica, antiteórica, en el sentido de normar lo que no se puede normar, y que es la voluntad constituyente y revolucionaria de los pueblos en construcción permanente del futuro. El constitucionalismo siempre será un tiempo replegado, un tiempo congelado, el Poder Constituyente es poder futuro, poder permanente de construcción hacia el futuro, y por tanto creo que ese artículo que norma extremadamente y codifica la manera como el Poder Constituyente se presenta debe ser eliminado. (...) (Negrillas y subrayado nuestro)

Queremos resaltar la idea planteada por el entonces constituyente Elías Jaua, cuando precisó que el mecanismo constituyente es para “(…) *refundar sus repúblicas y sus instituciones* (...)”. Entonces, habría que hacernos la interrogante hoy, en 2017, si la ANC fue concebida para hacer una suerte de “RESETEO” del Estado mismo y sus instituciones, ¿por qué el Presidente Maduro la convoca? No queda otra conclusión forzosa que busca erradicar el modelo de Estado, sistema político y ordenamiento jurídico construido bajo el amparo de

la Constitución de 1999, ésta última, ahora devenida en una probable segunda *moribunda* empleando los términos de quien la engendró cuando de forma burlesca se juramentó sobre la Constitución de 1961, ésta última, paradójicamente, texto que serviría para ascender al poder. Por ello, debe concluirse que existe una desproporcionalidad entre el mecanismo de la Asamblea Nacional Constituyente y lo que ha convocado el Presidente de la República en el Decreto N° 2.830.

3. *La incongruencia de la ANC madurista con los criterios del Juez Constituyente. O de cómo el Decreto 2.830 se enfrenta a la Sala Constitucional Constituyente*

Ahora bien, revisemos con cuidado lo planteado en las motivaciones del Decreto Presidencial N° 2.830. Las mismas parecieran traídas del reino de la paradoja, pues todos, sin excepción, coliden no sólo con los preceptos constitucionales de 1999, sino también, con el desarrollo que a lo largo de estos dieciocho (18) años ha ejecutado tanto la Asamblea Nacional (legislación) como la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. inclusive, existe contradicción con algunos Decretos con rango, valor y fuerza de ley dictados por Hugo Chávez como por Nicolás Maduro. ¿Maduro vs. Maduro?

Estudiemos una a una de las motivaciones evidentemente inconstitucionales:

- A.- “(...) *garantizar la preservación de la paz del país (...)*”. Indica el encabezado del Decreto, que la ANC preservará la paz del país. En un primer momento debemos indicar, soportado en lo señalado por la Sala, que la ANC no busca ni preservar la paz ni mucho menos defender los “(...) *sagrados derechos y logros sociales conquistados (...)*”. Para lograr “conservar” todos estos avances obtenidos a lo largo de estos dieciocho (18) años, basta con que se ponga al servicio –*continuo y de calidad*– del ciudadano todo el Poder del Estado, en sus cinco ramas de conformidad con la arquitectura constitucional de 1999. Sólo así se materializa la tan anhelada paz. Por otra parte, si un Estado debe aplicar el mecanismo extraordinario de la ANC para “(...) *enfrentar las severas amenazas internas y externas de factores antidemocráticos y de marcada postura antipatria (...)*”, es porque el Estado venezolano ha fracasado y la Constitución de 1999 ha sido desbordada, y, por tanto, perdió la capacidad de fundamentar todas las acciones y defensas para hacer frente toda coacción –*intra y extra fronteras*– contra la República.
- B.- “(...) *el proceso constituyente es una gran convocatoria a un diálogo nacional para contener la escalada de violencia política (...)*” (numeral 1.). Esta afirmación presidencial es peligrosa porque apunta hacia el fracaso o desconocimiento de los mecanismos innovadores que la Constitución de 1999 trajo consigo para precisamente mantener la unidad política nacional, preservando la diversidad dentro del marco institucional. Apear a una ANC para cumplir este objetivo implica prácticamente darse por vencido como Estado y reconocer que los instrumentos de defensa de los derechos políticos contenidos en el Título III, Capítulo IV del texto constitucional de 1999 son meras referencias retóricas o programáticas. Frente a una situación de gravedad republicana entre sectores políticos, tiene el ciudadano, partidos, grupos ideológicos y movimientos populares, medios como el sufragio para la elección de autoridades municipales, estatales y nacionales. El referendo popular, que como apunta el artículo 71, está diseñado para “(...) *las materias de especial trascendencia nacional (...)*”, y que inclusive, en una sentencia tan cuestionada como la 378/2017, la Sala haya enfatizado que es el mecanismo por excelencia de la democracia participativa³⁶. Por ello, es desproporcionado

³⁶ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 378 de fecha 31-05-2017 (Caso: *Leopoldo Pita Martínez. Interpretación de los artículos 347 y 348 de la CRBV*).

una ANC para contener la violencia política, ya que, para asirnos de este proceso modificando radicalmente la Constitución, implica que el Estado venezolano no ha podido cumplir sus fines, siendo así, una suerte de confesión de incapacidad para resolver conflictos políticos que perfectamente pueden ser dirimidos por los mecanismos señalados, o bien, como lo ha materializado esta Sala a través del control de la constitucionalidad a lo largo de los dieciocho (18) años de vigencia de la Constitución de 1999.

- C.- “(...) *El perfeccionamiento del sistema económico nacional hacia la Venezuela potencia (...)*” (Numeral 2). Este considerando contraría el espíritu equilibrado de la Constitución Económica elucidada en 1999. El modelo económico nacional asumido por la Constitución vigente es innovador y quizá uno de los que teóricamente es más completo a nivel global porque NI SE DECANTA POR EL MODELO ECONÓMICO ESTADISTA, COMO TAMPOCO, POR LAS TESIS LIBERALES. Indica el artículo 299 constitucional vigente lo siguiente:

“(...) **Artículo 299.** *El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta (...)*”.

Nótese que el texto constitucional no requiere modificación porque resulta tan flexible y tan preciso en lo que respecta al principio económico humanista, que convocar una ANC implica aceptar que es “insuficiente”. Es más, la Sala ha invocado con frecuencia el artículo 299 de forma reciente, específicamente en los controvertibles fallos 810 y 814, ambos, de 2016 donde se analiza el Decreto N° 2.452 de la Presidencia de la República relativo a la emergencia económica. En dichas sentencias –descontextualizadas y de espaldas a la teoría constitucional– la Sala ha manifestado hasta la saciedad sobre la plenitud de nuestra Constitución Económica. Es más, en otra oportunidad, la Sala misma ha señalado, de manera enfática, que el sistema económico previsto en el artículo 299 es muy completo. Por lo tanto, como lo indica el Presidente de la República, modificarlo vía ANC, hoy luce no sólo controvertido, sino hasta criminal. Señaló la Sala al respecto:

“(...) En este contexto, los derechos relativos a las libertades económicas, se encuentran sujetos a una regulación que determina y canaliza su ejercicio en sociedad, en aras de garantizar una adecuada convivencia social y su articulación dentro del todo armónico que debe representar el Estado; encontrándose por ende sometidos a una serie de limitaciones para su adecuado ejercicio; limitaciones éstas que vienen impuestas y determinadas en la Constitución y las Leyes, y por razones de desarrollo humano y de interés social, lo que permite que el Estado posea un régimen de intervención en la economía, resultando ello del todo comprensible, bajo el entendido de que precisamente el conjunto de actividades de tal naturaleza, implican una de las principales formas a través de las cuáles éste alcanza su desarrollo y la consecución de sus fines.

Ese régimen de intervención que posee el Estado, comprende lógicamente el desarrollo económico establecido en el artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la promoción de la iniciativa privada mediante la cual se obliga al Estado en el artículo 112 *eiusdem*, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la

producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, la libertad de empresa, la libertad de comercio, la libertad de industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país, bajo el entendido de que en definitiva el Estado, en su condición de principal garante del orden público, del interés general, de la paz y de la justicia, detenta una serie de deberes respecto de sus habitantes, concebidos como cuerpo social, con miras hacia la consecución de los altos fines que rigen y condicionan su existir, en función de la consolidación de una sociedad justa, próspera y digna.

De esta manera, en el contexto del sistema económico bajo la concepción del Estado Social, el Estado debe no tan sólo intervenir en la dinámica económica para regular y fiscalizar las relaciones que tengan lugar en el seno de la misma, así como los derechos de los ciudadanos; sino también, se encuentra obligado a la creación de las condiciones y a la adopción de medidas de acción, que sean necesarias para establecer la vigencia de sus postulados, y configurar un nuevo orden en las relaciones económicas, que responda a los valores de igualdad, justicia, responsabilidad social, humanismo y dignidad, entre otros, que es en definitiva la finalidad de las normas contempladas en los artículos 2, 3, 112, 113, 114, 115, 117, 299, 300 y 301 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Precisamente en razón de ello, esta Sala observa que el propio artículo 112 constitucional, establece los parámetros sobre los cuáles el Estado desempeña su actuación en relación con el derecho de la libertad económica, cuando de manera expresa señala que “*El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, de empresa, de comercio, industria...*”. Esto además comporta, como también lo expresa el artículo en referencia, el que, en base a la serie de factores recién mencionados, el Estado se encuentre en la capacidad de “*...dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.*”

De igual manera, también bajo esta óptica, el texto constitucional consagra la severa pena frente a la verificación de ilícitos económicos, de especulación, acaparamiento, usura, cartelización y otros delitos conexos, como expresamente lo indica el artículo 114 constitucional; así como también se indica de manera diáfana en la Ley Fundamental que “*Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos*” (Artículo 117).

En aplicación de los razonamientos precedentes, observa esta Sala que tiene cabida la vigencia del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela bajo el número 40.340 de fecha 23 de enero de 2014, el cual en función del contenido de sus normas, detenta de manera clara (en cuanto a su ámbito, finalidad y objeto regulatorio), el desarrollo armónico, justo, equitativo, productivo y soberano de la economía nacional, a través de la determinación de precios justos de bienes y servicios, precisamente para lograr la armonización de los derechos económicos contemplados en los artículos 112 y 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad a la que atiende la noción de Estado Social, en salvaguarda de los ingresos de todos las ciudadanas y ciudadanos, y de manera particular, con el acceso de las personas a los bienes y servicios en condiciones justas, para la satisfacción de sus necesidades en forma digna, evitándose por contrapartida, la verificación de distorsiones económicas proscritas por el ordenamiento constitucional en el ejercicio de una actividad económica, y encontrándose en dicho Decreto Ley, la aplicación de los correctivos necesarios, a través de los distintos sistemas de control, supervisión y

fiscalización allí establecidos, así como por el régimen sancionatorio y punitivo que en ese texto normativo está previsto (...) ³⁷ (Cursivas originales de la Sala).

- D.- “(...) *Constitucionalizar las Misiones y Grandes Misiones (...)*”. Consideramos estéril este planteamiento, primero, porque ha sido articulado en la legislación ³⁸ y ejecutado por la Administración Pública como prioridad. Por otra parte, la Sala Constitucional ya se ha pronunciado ³⁹ indicando en su jurisprudencia que sin necesidad de constitucionalizarlas, estas nuevas formas participativas tienen asidero y fundamentación derivadas del propio texto de la Constitución de 1999. Al respecto, indicó:

“(...) En ese orden de ideas, el Texto Fundamental establece **modelos alternativos a la democracia representativa y al neoliberalismo**, cuyas insuficiencias permitieron la consolidación, a través de varios siglos, de una sociedad signada por el materialismo, la dominación, la opresión, la exclusión y la pobreza económica. Para ello, recoge uno de los catálogos de valores, principios, derechos y deberes humanos más progresista del continente y del mundo en general, además de propugnar dos grandes transformaciones: por un lado, **establece un modelo de democracia participativa y corresponsable, como mecanismo para garantizar la redistribución del poder, la justicia social y la consecución de una sociedad de verdaderos iguales en derechos y deberes**. Por otro lado, establece un régimen económico solidario y sustentable, centrado en la función social de la economía y en el papel del Estado como regulador de las relaciones económicas, para garantizar los derechos todas y todos por igual.

En ese contexto podría afirmarse que **las Misiones son componentes fundamentales del nuevo Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, por cuanto expresan un modelo vanguardista de políticas públicas, que conjuga la agilización de los procesos estatales con la participación directa y verdadera del Pueblo en su gestión**, es decir, un sistema que potencia de forma inédita la democracia participativa y el auténtico empoderamiento del Estado por parte del titular de la Soberanía: El Pueblo; en otras palabras, un sistema que, por ende, cohesionan el Poder Público con el poder al cual se debe, es decir, el Poder Popular, entendido como poder de ese Pueblo que, por primera vez en la historia patria, decidió convocar democráticamente una Asamblea Nacional Constituyente y refundar la República sobre verdaderos cimientos humanistas y garantistas de los derechos de todas y todos.

Por otra parte, las Misiones inician con un formato de atención a demandas sociales prioritarias en las áreas de salud, alimentación, educación, trabajo y vivienda, entre otras tantas, y representan un gran esfuerzo del Estado, en cumplimiento del deber constitucional de garantizar los derechos humanos, dirigido hacia la cancelación de la deuda social postergada y olvidada por décadas, con la población venezolana.

Desde cierta perspectiva, el contenido de las misiones no se diferencia de las políticas que el Estado venezolano venía adelantando desde el año 2000 en diversos planes nacionales y locales: el Plan Bolívar 2000, el Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social 2001-2007, los planes sectoriales de los Ministerios de Salud, Educación y Agricultura, y algunos planes de gobernaciones y alcaldías que respaldaban los referidos proyectos. En su mayoría, las Misiones continuaron líneas de esas políticas y que, con su impulso, tomaron un curso acelerado, masivo y penetrante en las zonas de difícil acceso, para hacer llegar la política y los programas a las poblaciones más desasistidas.

³⁷ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 1.158 de fecha 18-08-2014 (Caso: *Rómulo Plata vs. Ministerio del Poder Popular para el Comercio y Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio-Económicos*).

³⁸ Decreto Presidencial N° 1.394, mediante el cual se dicta el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micro-Misiones*. Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, N° 6.154 de fecha 19-11-2014.

³⁹ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 1.586 de fecha 18-11-2014 (Caso: *Constitucionalidad del Decreto-Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micro-Misiones*).

Su propósito fundamental ha sido enfrentar las causas y consecuencias de la pobreza y la exclusión, con la participación protagónica del pueblo. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

- E.- “(...) *La defensa de la soberanía y la integridad de la nación y protección contra el intervencionismo extranjero, ampliando las competencias del Estado democrático, social, de derecho y de justicia para la preservación de la seguridad ciudadana, la garantía del ejercicio integral de los derechos humanos (...)*”. En relación al considerando propuesto, estimamos que no tendría sentido hacer una “ampliación de las competencias del Estado democrático”, en razón que al ser la Constitución de 1999 suficientemente vasta y redundante en la protección de los derechos fundamentales y sus consecuencias; incluir agregados pudiera más bien terminar restringiendo los mecanismos de protección de la república frente al intervencionismo extranjero. Sobre este razonamiento, la Sala Constitucional, para muestra de sus sentencias a lo largo de estos dieciocho (18) años ha defendido un concepto férreo y contradictorio en materia de SOBERANÍA⁴⁰, PROTECCIÓN CIRCUNCELEÓNICA DE LOS VENEZOLANOS EN EL EXTERIOR⁴¹ y FORTALECIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS DEL EJECUTIVO NACIONAL PARA EL MANEJO DE LAS RELACIONES CON LOS ÓRGANOS MULTILATERALES DE DERECHOS HUMANOS PARA QUE PUEDAN CUMPLIR LOS COMETIDOS DE SU CREACIÓN⁴². A lo largo de estas dos décadas, no ha requerido que se <<amplíen los poderes de defensa>> cuando el TSJ ha sabido soportarla constitucionalmente con sus sentencias, así éstas últimas se encuentren dentro de la territorialidad de la polémica académica e inclusive forense.
- F.- “(...) Constitucionalización de las nuevas formas de la democracia participativa y protagónica, a partir del reconocimiento de los nuevos sujetos del Poder Popular, tales como las Comunas y Consejos Comunales (...)”. Esta motivación está íntimamente conectada con la esculpida en el numeral 3 como ya explicamos ut supra. Además, posee un desarrollo legislativo conocido como las LEYES DEL PODER POPULAR⁴³ y la LEY ORGÁNICA DE LOS CONSEJOS COMUNALES⁴⁴, ésta última, que cumplió el año pasado su primera década de aparición. Desde entonces, no ha requerido concebirse en la Constitución estas figuras, puesto que, el propio concepto de **Democracia Participativa** prevista en el modelo constitucional de 1999 les sirve de fundamento. Además, esta Sala se pronunció sobre la constitucionalidad de las COMUNAS⁴⁵, el SISTEMA ECONÓMICO COMUNAL⁴⁶, sobresaliendo que

⁴¹ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 937 de fecha 25-07-2014 (Caso: *Hugo Carvajal*).

⁴² TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 478 de fecha 14-06-2016 (Caso: *Procuraduría General de la República Vs. Asamblea Nacional*).

⁴³ Ley Orgánica del Poder Popular, Ley Orgánica de las Comunas, Ley Orgánica de Contraloría Social, Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular y Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal. Todas fueron publicadas en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, N° 6.011 de fecha 21-12-2010.

⁴⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 39.335 de fecha 28-12-2009.

⁴⁶ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 1.329 de fecha 16-12-2010 (Caso: *Constitucionalidad de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal*) “(...) En ese orden de ideas, luego de analizar los fundamentos teóricos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento sobre la constitucionalidad del contenido de la normativa propuesta por la Asamblea Nacional, conforme a la competencia que le atribuye el numeral 4 del artículo 187 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala se pronuncia a los efectos previstos en el artículo 203 constitucional, y al respecto considera que es constitucional el carácter orgánico otorgado a la legislación denominada Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, pues ésta se adecúa a las características jurídicas que tienen las leyes orgánicas, en cuanto a su forma y contenido, teniendo en cuenta que con la misma se pretende regular uno de los supuestos previstos en la citada norma constitucional que

todas las Organizaciones conocidas como **EL PODER POPULAR, SON EL DESARROLLO DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 70 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999**⁴⁷. Así, tenemos que la Constitución de 1999 ya contempla en su artículo 70 la más amplia variedad de mecanismos de participación. Tal vez pudiera ser el citado artículo objeto de reforma parcial de la Constitución, más no de una ANC, porque entonces tendría que darle un vuelco absoluto menoscabando así estas formas innovadoras de participación ciudadana. Como lo fijó la Sentencia N° 1.676 de fecha 03-12-2009 (Constitucionalidad de la Ley Orgánica de Consejos Comunales), el desarrollo legislativo ha permitido:

“(...) En primer lugar, el instrumento jurídico bajo examen torna operativo el derecho constitucional de todos los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos, a través de los medios de participación y protagonismo popular que les ha reconocido el Constituyente de 1999 en los artículos 62 y 70 del Texto Constitucional, insertos a su vez en su Título III que consagra “*Los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes*”, es decir, regula esta modalidad de derecho constitucional de contenido político de forma frontal y directa, lo cual subsume a esta Ley en la categoría normativa de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos constitucionales como subtipo inmerso en el artículo 203 del mismo Texto Fundamental.

Asimismo, esta Ley fija los principios que deben orientar esta **modalidad de participación a través del gobierno comunitario y la participación directa en las políticas públicas dirigidas hacia la construcción del nuevo modelo de sociedad inspirada en valores de igualdad, equidad y justicia social**, por tanto, en criterio de la Sala se trata de una ley que se encuentra dirigida a regular diferentes medios de participación en las políticas públicas que desarrolla el Estado, como vinculado tema de especial trascendencia a los derechos constitucionales antes mencionados (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Todos estos numerales (considerandos) que contemplan motivaciones para llamar a una ANC, como se explicó con suficiente fundamento legal y jurisprudencial, en todo caso pudieran ser objeto de una reforma constitucional por ser puntuales. Queremos demostrar que no

hacen posible convenir en su carácter orgánico, ello por cuanto: En primer lugar, el instrumento jurídico bajo examen torna operativo el derecho constitucional de todos los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos, a través de los medios de participación y protagonismo popular que les ha reconocido el Constituyente de 1999 en los artículos 62 y 70 del Texto Constitucional, insertos a su vez en su Título III que consagra “*Los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes*”, es decir, regula esta modalidad de derecho constitucional de contenido político de forma frontal y directa, lo cual subsume a esta Ley en la categoría normativa de Ley Orgánica para el desarrollo de los derechos constitucionales como subtipo inmerso en el artículo 203 del mismo Texto Fundamental.

Asimismo, esta Ley fija los principios que deben orientar esta modalidad de participación a través del gobierno comunitario y la participación directa en las políticas públicas dirigidas hacia la construcción del nuevo modelo de sociedad inspirada en principios y valores de Democracia participativa y protagónica, interés colectivo, propiedad social, equidad, justicia, igualdad social, complementariedad, primacía de los intereses colectivos, diversidad cultural, defensa de los derechos humanos, corresponsabilidad, cogestión, autogestión, cooperación, solidaridad, transparencia, honestidad, eficacia, eficiencia, efectividad, universalidad, responsabilidad, deber social, rendición de cuentas, control social, libre debate de ideas, voluntariedad, sustentabilidad, defensa y protección ambiental, garantía de los derechos de la mujer, de los niños, niñas y adolescentes y toda persona en situación de vulnerabilidad, y defensa de la integridad territorial y de la soberanía nacional (*Vid. Artículo 5 eiusdem*), por tanto, en criterio de la Sala se trata de una ley que se encuentra dirigida a regular diferentes medios de participación en las políticas públicas que desarrolla el Estado, como tema de especial trascendencia vinculado a los derechos constitucionales antes mencionados. (...)” (Cursivas originales de la Sala).

⁴⁷ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 1.326 de fecha 16-12-2010 (Caso: *Constitucionalidad de la Ley Orgánica del Poder Popular*).

ha sido óbice para los Poderes Públicos Nacionales concretar instrumentos operativos para el goce y disfrute de las áreas temáticas propuestas en el Decreto Presidencial. Así, podemos forzosamente concluir que resulta incongruente cada uno de los numerales expuestos en el Decreto Presidencial N° 2.830 de fecha 01-05-2017, con relación a la propia interpretación del juez constituyente a lo largo de estos 18 años.

4. *La desfiguración del principio constitucional de la universalidad del sufragio al contemplar la representación sectorial*

Observamos que la propuesta constituyente madurista no tiene siquiera asidero en los criterios del juez constituyente, éste último, supuesto afecto al gobierno actual. Pero, queremos detenernos en el artículo 2 del Decreto, que establece:

“(…)

Artículo 2°. Los y las integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente Originaria serán elegidos o elegidas en los ámbitos sectoriales y territoriales, bajo la rectoría del Consejo Nacional Electoral, mediante el voto universal, directo y secreto; con el interés supremo de preservar y profundizar los valores constitucionales de libertad, igualdad, justicia e inmunidad de la República y autodeterminación del pueblo (…)” (Negrilla y subrayado nuestro)

El artículo contempla una contradicción tanto a nivel terminológico como a nivel semántico. Primeramente, indica que la elección de los hipotéticos constituyentistas serán en ámbitos sectoriales y territoriales, pero, mediante voto universal, directo y secreto. Sobre la base territorial no hay problema, ya que la historia constitucional desde 1947⁴⁸, contempla la representación universal por circunscripciones territoriales como en efecto lo hizo el Constituyente de 1999 al cristalizar el artículo 186 vigente.

El problema de constitucionalidad radica en lo que se ha bautizado como elección por “ámbitos sectoriales”. En Venezuela, el único sector reconocido constitucionalmente son los *pueblos indígenas* (Art. 186), ya que, aceptar que la elección se realice a través de estamentos corporativos de la sociedad (vgr. estudiantes, mujeres, artesanos, intelectuales, etc.) **IMPLICARÍA LA RE-INTRODUCCIÓN DEL DENOMINADO SUFRAGIO CENSITARIO**, que estuvo presente en nuestras Constituciones del siglo XIX⁴⁹ hasta inclusive el texto de 1945⁵⁰, violándose flagrantemente el principio universal de igualdad del elector o sufragio activo.

⁴⁸ Artículo 81, Publicada en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, extraordinario, N° 194 de fecha 30-07-1947.

⁴⁹ Por ejemplo, veamos la Constitución de 1830 en su Artículo 27. “Para ser elector se requiere: 1° Ser sufragante parroquial no suspenso. 2° Haber cumplido veinticinco años y saber leer y escribir. 3° Ser vecino residente en cualquiera de las parroquias del cantón a lo menos por un año antes de la elección. 4° Ser dueño de una propiedad raíz cuya renta anual sea de doscientos pesos, o tener una profesión, oficio o industria útil que produzca trescientos pesos anuales, o gozar de un sueldo anual de cuatrocientos pesos”. Cfr. Brewer-Carías, Allan. *Las Constituciones de Venezuela*. Tomo I, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, pp. 711.

⁵⁰ Constitución de 1945, publicada en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, extraordinario, N° 131 de fecha 05-05-1945. El artículo 14 establecía: “El derecho de sufragio en los términos que se expresan a continuación: a) Los venezolanos varones, mayores de veintiún años que sepan leer y escribir y que no estén sujetos a interdicción ni a condena penal que envuelva la inhabilitación política, son aptos para elegir y ser elegidos, sin más restricciones que las establecidas en esta Constitución y las que deriven de las condiciones especiales de competencia o capacidad que para el ejercicio de determinados cargos requieran las leyes. b) Las mujeres venezolanas que

La Constitución de 1999 en su artículo 63 determina el carácter constitucional del conocido “**sufragio de base universal**”, es decir, que se entiende el voto como una expresión unitaria del venezolano que se expresa en comicios libres, directos y secretos. En pocas palabras la universalidad del sufragio implica que no exista discriminación al momento de participar en los asuntos públicos, o bien, que el voto no sea expresión de grupo, clase, ámbito societario y otra forma de segmentación poblacional. Por ello, cuando el Decreto Presidencial impugnado CATEGÓRICAMENTE AFIRMA QUE SE ORGANIZARÁ UNA CONSTITUYENTE ATENDIENDO ÁMBITOS <<SECTORIALES>> está violentando el carácter universal que históricamente se ha adquirido como derecho desde 1947.

Por otra parte, precisamente es el sufragio universal, directo y secreto, que nos introduce en el concepto de **PUEBLO Y SOBERANÍA POPULAR**, tal y como alguna vez la Sala⁵¹ lo interpretaría en tiempos de dificultades políticas:

“(…) Tomando como norte estas consideraciones previas, esta Sala observa:

a) Que la palabra pueblo contenida en la norma cuya interpretación se solicitó tiene, de conformidad con lo previsto en el *Diccionario de la Lengua Española* (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Vigésima Segunda Edición, Tomo 8, Madrid-España. 2001 p. 1.260), las siguientes acepciones: 1) Ciudad o Villa; 2) Población de menor categoría; 3) Conjunto de personas, de un lugar, región o país; 4) Gente común y humilde de una población; 5) País con gobierno independiente.

Sin embargo, si se hace una interpretación de dicho vocablo, en consonancia con el resto del texto constitucional, debe concluirse, sin dudas, que el sentido que debe atribuirse al mismo debe vincularse al principio de la soberanía popular que el Constituyente ha incorporado al artículo 5 del texto fundamental.

En efecto, dicha disposición pauta que “*La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público*”. Este dispositivo se relaciona necesariamente con el derecho que asiste “*a todos los ciudadanos y ciudadanas a participar libremente en los asuntos públicos*” (artículo 62) y al derecho al sufragio que, según el artículo 63 *eiusdem*, “*se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas” (subrayados nuestros).*

Estas disposiciones, entre otras, no son más que la concreción normativa del principio de la soberanía popular, una de las bases esenciales de la concepción democrática de la soberanía.

La paternidad de dichas bases es atribuida a Juan Jacobo Rousseau, quien hace residir la soberanía en cada uno de los individuos que componen el Estado, siendo cada uno de ellos detentador de una porción alícuota de esta soberanía. Como consecuencia de esta tesis “*se colige que la consagración de la soberanía popular comporta por parte del electorado el ejercicio del mandato imperativo*” (LA ROCHE. *Ibidem*, pp. 359-361).

El mandato imperativo ha sido expresamente reconocido por el Constituyente de 1999, al consagrar como eje fundamental de la democracia participativa, la exigencia de la rendición de cuentas (artículo 66) y la posibilidad de la revocatoria de los cargos y magistraturas de elección popular mediante referendo (artículo 72).

reúnan las condiciones que se requieren para el ejercicio del sufragio, según el aparte que antecede, gozan del derecho de sufragio, activo y pasivo para la formación de los Concejos Municipales”.

⁵¹ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 24 de fecha 22-01-2003 (Caso: *Elba Paredes Yéspica. Interpretación del artículo 350 de la Constitución de 1999*).

Por lo expuesto, debe concluirse que el sentido que debe asignarse al pueblo de Venezuela es el conjunto de las personas del país y no una parcialidad de la población, una clase social o un pequeño poblado, y menos individualidades.

Por otra parte, en la medida en que la soberanía reside de manera fraccionada en todos los individuos que componen la comunidad política general que sirve de condición existencial del Estado Nacional, siendo cada uno de ellos titular de una porción o alícuota de esta soberanía, tienen el derecho y el deber de oponerse al régimen, legislación o autoridad que resulte del ejercicio del poder constituyente originario que contraría principios y garantías democráticos o menoscaba los derechos humanos; y así se decide. (...) (Cursivas y subrayado de la Sala)

El texto transcrito pudiera ser la clave en un futuro, sobre todo, en lo que respecta la aplicación del artículo 350 constitucional invocado con frecuencia en los últimos meses. Este fallo ratifica la vieja tesis de los remedios contra los actos arbitrarios, en los cuales, para poder acceder a los mismos deben agotarse –probatoriamente– los medios judiciales disponibles dentro de dicho sistema jurídico.

5. *La intervención del juez constituyente para contribuir en la santificación constitucional de la ANC madurista. El insólito caso de las sentencias N° 355 y 378 de 2017 que equipara sufragio a voto asambleario y además niega la iniciativa exclusiva del pueblo para la convocatoria de una ANC*

Puesta en evidencia las incongruencias del Decreto N° 2.830, la Sala Constitucional Constituyente nuevamente echa mano de sus argumentaciones heterodoxas, sin importarle lo que en otros momentos pudo haber expresado. Ni siquiera el principio de la confianza legítima, constitucionalmente consagrado, ha sido óbice para modificar las interpretaciones de la Constitución y acomodarlas a las exigencias de gobierno.

Muchos han expresado que la Sala demuestra ignorancia en sus sentencias de gobierno. Esto a nuestro juicio es falso. La Sala en primer término, al crearse constituyente, reedita un tosco *ius respondendi edicendi*, haciendo largas citas de autores⁵², que a pesar de su amplia reputación dentro del derecho público comparado, no puede un tribunal sostener sus razonamientos sólo con doctrina por los inconvenientes peligros que acarrearía para el sistema judicial⁵³. Segundo, no contenta con argüir sus sentencias basada en doctrina, la ensambla en una supuesta <<hermandad doctrinal>> donde se conjuga –casi de forma mágica y sin contradicciones– teorías diametralmente opuestas como es el caso de la cita –sorprendente y armónica en la sentencia N° 264/2016– entre tradicionalistas (G. Ripert) y quienes todavía defienden hoy la rupestre metodología del uso alternativo del Derecho (De Souza). En tercer término, la Sala ha sabido jugar con la lógica, que sin emplear sutilmente todos sus recursos, se esfuerza por argumentar y otorgarle una apariencia de logicidad a sus fallos como expli-

⁵² Por ejemplo, véase TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 264 de fecha 11-04-2016 (Caso: *Nulidad del proyecto de Ley de Amnistía*).

⁵³ El peligro del AUTOSECUESTRO DOCTRINAL para un sistema jurídico radica en que termina este sistema por estancarse y sin claras líneas argumentales propias. Por pigracia, los abogados y demás tribunales, seguirían el ejemplo hasta el punto de retornar a los tiempos de la famosa ley de citas promulgada por Justiniano. Como expresa Gustavo Zagrebelski. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Editorial Trotta, Madrid, 2008, pp. 98-109, los jueces están para <<juzgar>>. No están ligados a la última novedad doctrinal y su razón de ser es la de militar en la estabilidad, sutileza, ponderación y equilibrio entre todos los factores principales de la vida social y política.

camos en otra oportunidad⁵⁴. En este punto, se enfila a lo que contemporáneamente es el quehacer del jurista: *justificar sus razonamientos*⁵⁵.

Luego de publicado el Decreto de convocatoria para una ANC madurista, de evidente corte fascista por su carácter sectorial, la Sala procedió a resolver “inesperadamente”, un viejo recurso de nulidad de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2010). Si bien es cierto el *thema decidendum* del recurso no tiene relación alguna con la ANC, sí debe rescatarse el extraño juego racional de justificar el sufragio en segundo grado o también llamado “Voto Asambleario de Ciudadanos” que contemplaría dicha reforma legislativa para las Juntas Parroquiales Comunes.

La sentencia aparece publicada el 16-05-2017⁵⁶. Los recursos fueron acumulados procesalmente dada la similitud en ciertas pretensiones de nulidad, resaltando una petición troncal como era la inconstitucionalidad del sistema electoral propuesto en los artículos 35 y 36 de la LOPPM para la escogencia de las Juntas Parroquiales, que como bien lo reflejara la Sentencia N° 355/2017, “(...) *Las mencionadas disposiciones han sido el común denominador de las pretensiones expuestas en los recursos de nulidad. Asimismo, salvo con algunas variantes, se han adicionado otras normas electorales, tales como la falta de posibilidad de reelección de los Alcaldes y la edad a partir de la cual se puede asumir el sufragio activo y pasivo para las Juntas Parroquiales (...)*”.

En la reforma de la LOPPM vigente, el artículo 35 incluyó como premisa:

“(...) Sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del Municipio, la parroquia será coordinada por una Junta Parroquial Comunal integrada por cinco miembros y sus respectivos suplentes cuando corresponda a un área urbana y tres miembros y sus respectivos suplentes cuando no sea urbana, elegidos o elegidas para un periodo de dos años. Todos electos o electas por los voceros y voceras de los consejos comunales de la parroquia respectiva, la cual deberá ser validada por la asamblea de ciudadanos y ciudadanas, quienes en dicha elección deberán ser fiel expresión del mandato de sus respectivas asambleas de ciudadanos y ciudadanas (...)”.

Formalmente el texto contempla una supuesta democratización de la escogencia de las Juntas Parroquiales, las cuales, serán en primer lugar electos por los voceros de consejos comunales. Luego de escogidos los integrantes, para que sea procedente, deberá celebrarse la Asamblea de Ciudadanos para que proceda a <<VALIDAR>> la decisión de los voceros de los consejos comunales.

Legalmente regresamos al modelo de 1988, con la única diferencia que en vez de ser el Concejo Municipal quien escoja a las Juntas Parroquiales serán los voceros de los consejos comunales. En la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, los voceros son definidos como “(...) *la persona electa mediante proceso de elección popular, a fin de coordinar el funcionamiento del Consejo Comunal, la instrumentación de las decisiones de la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas (...)*” (art. 4.6). En pocas palabras el vocero será quien materialice

⁵⁴ Urbina Mendoza, Emilio J. “Todas las Asambleas son Sufragios, y muchos Sufragios también son Asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de Sufragio y Voto Asambleario”. Estudio en original, 2017, 10 pp.

⁵⁵ Véase Escovar León, Ramón. “Justificar lo injustificable”. En: *Prodavinci*, Caracas, edición del 31-05-2017 [<http://prodavinci.com/blogs/justificar-lo-injustificable-por-ramon-escovar-leon/>]

⁵⁶ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 355 de fecha 16-05-2017 (Caso: *Nulidad parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*).

una decisión de la Asamblea de Ciudadanos en relación exclusiva al funcionamiento del consejo comunal. Entonces, si legalmente es así, ¿cómo puede un vocero –*cuyo consejo comunal está limitado geográficamente (Art. 16.1)*– terminar escogiendo órganos para toda una Parroquia?

Al respeto, la Sentencia 355/2017 busca darle una salida formal al evidente quiebre del principio de progresividad democrática, pues, como derecho fundamental, si un ciudadano podía escoger mediante sufragio universal un órgano representativo de ámbitos generales (Parroquias) no puede pretenderse ahora imponer una elección particular que ni será directa (validación a los voceros) ni secreta (voto asambleario). Este razonamiento lo ha tergiversado la Sala, suponiendo una supuesta evolución visto que la votación asambleísta tiene la misma jerarquía que el sufragio universal. Así, textualmente:

“(…) De las normas legales y constitucionales antes referidas, así como de los criterios de esta Sala Constitucional transcritos *supra*, se puede apreciar, sin duda alguna, que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, estableció los mecanismos de participación y protagonismo, que de manera articulada y soberana, se lleva adelante entre las asambleas de ciudadanos y los consejos comunales, para la elección de los miembros de las juntas parroquiales comunales, que en armonía con lo establecido en el artículo 70 constitucional permite el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, a diferencia de la democracia representativa que consagraba la Constitución de 1961, el cual no entra en contradicción alguna con los mecanismos de participación electoral previstos en los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **toda vez que ambas formas de participación política, tanto pasiva como activa, pueden coexistir libremente y se aplican de una u otra forma de acuerdo a lo establecido en la ley**, siendo en este caso, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal de 2010, el texto legal que prevé dicha forma, la cual interpreta esta Sala como un derecho de participación que se ajusta a las nuevas directrices en nuestro ordenamiento jurídico a partir del vigente Texto Constitucional de 1999, orientada a establecer una sociedad participativa y protagónica, donde se busca la intervención plena del colectivo a través de las asambleas de ciudadanas y ciudadanos, en forma activa y pasiva para la elección de los miembros de las Juntas Parroquiales Comunales. (…)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Según pudimos observar del párrafo transcrito ut supra, la Sala estatuye que tanto el sufragio como la votación asamblearia coexisten libremente una y otra de conformidad con la ley porque ambas devienen los principios políticos de la Constitución de 1999. En este contexto luce una verdad que parece incontrovertible, pues, estamos contestes que no sólo el sufragio es la forma exclusiva de participación ciudadana. En la silogística luce impecable el razonamiento del fallo, como un tipo particular de inferencia en la que la conclusión se obtiene a partir de las premisas. El silogismo sofisticado evidente sería así:

P/M:	Todas las formas de participación popular son constitucionales
p/m:	Las Asambleas de ciudadanos es una forma de participación popular
C:	Las Asambleas de ciudadanos son constitucionales.

La Sala busca arrinconarnos en lo que B. Russell denominó la “*forma gramatical engañosa*”⁵⁷. Dentro de esta tesis, la estructura gramatical de las oraciones son engañosas porque se centran en la superficialidad de sus términos que en la mayoría de los casos parecen incon-

⁵⁷ Russell, Bertrand. “On denoting”. En: *Mind*, Vol. 114 (456), Oct. 2005, pp. 873-887. El artículo fue republicado en esta revista de su trabajo original de 1905 con motivo al centenario del mismo. La edición fue consultada en 2006 en la Biblioteca de la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Su ISSN es 0026-4423.

trovertibles. De allí que la forma gramatical de una oración pueda enfrentarse a su forma lógica subyacente, permitiendo así que de ésta última se admitan inferencias que bajo ninguna regla estarían justificadas.

Siguiendo este criterio, cuando la Sala nos introduce en la equiparación de las formas de participación ciudadana, desvía la atención del intérprete y de la propia comunidad jurídica haciéndonos ver que lo planteado en los recursos de nulidad como pretensión troncal, era buscar eliminar la equiparación de la Asamblea de Ciudadanos con el Sufragio Universal. Y para ello, refuerza su argumento entañándonos en una versión desmejorada de la *intentio lectoris*, al citar textualmente la exposición de motivos de la Constitución de 1999 que establece:

“(...) la consagración amplia del derecho a la participación en los asuntos públicos de todos los ciudadanos y ciudadanas, ejercidos de manera directa, semidirecta o indirecta. Este derecho no queda circunscrito al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública (...)” (Cursivas nuestras)

La Conclusión del silogismo que termina arrinconando a los actores es enfatizar en el tema de la participación ciudadana, que, como categoría general, fundamenta categorías particulares desde la Asamblea de Ciudadanos, los referéndums, el sufragio universal, etc. Si nos enfrascamos en la derivación de este silogismo, evidentemente se estancaría la discusión y las pretensiones reales de la Sala quedarían incólumes.

Sabiendo así la introducción de un sofisma⁵⁸ por la Sala, y siguiendo la exposición de Russell, es menester revisar las formas gramaticales engañosas empleadas en la sentencia. Metodológicamente se encuentra en el conocido argumento filosófico conocido como *“la Barba de Platón”*. En el procedimiento lógico para negar algo que existe, debe suponerse que existe. En nuestro caso, el silogismo real que impone la Sentencia N° 355/2017 sería así:

P/M:	Todas las Asambleas son formas de participación ciudadana particular y sectorial
p/m:	El sufragio es una forma de participación ciudadana
C:	El sufragio es una forma de participación particular y sectorial

Como se aprecia, el problema real es el argumento mismo que la Sala subyacemente quiere imponer al Sistema de Justicia y por ende a toda la comunidad política venezolana. Nos encontramos así lo que en lógica se denomina <<REDUCCIÓN AL ABSURDO>>, ya que quiebra el universo del discurso, sin definir cuál sería el correcto. La equiparación del sufragio a la Asamblea de Ciudadanos termina por concebir que el primero también pudiera ser afectado por las cualidades de la premisa mayor, es decir, que sería silogísticamente válido aceptar el sufragio particular y sectorial. Una conclusión que para la lógica sería un razonamiento formal válido, no puede ser tomado como verdadero por cuanto constitucionalmente el sufragio se caracteriza por su universalidad.

⁵⁸ Por SOFISMA asumimos la definición del DRAE como *“(...) razón o argumento aparente con que se quiere defender o persuadir lo que es falso (...)”*. Tomo II, col. 2082 (Vigésima segunda edición, 2001).

A los pocos días de esta sentencia, la Sala en sus pretensiones constituyentes, procedió a resolver un recurso de interpretación constitucional⁵⁹, en específico, del artículo 347 para dilucidar la controversia que había levantado el Decreto N° 2.830 cuando Nicolás Maduro decide *convocar* a la celebración de una ANC cuando textualmente el artículo 348 le otorga es la iniciativa de convocatoria, no la convocatoria en sí que le corresponde al pueblo.

El fallo aparece como resultado de un <<INOCENTE>> recurso de interpretación interpuesto por un *quidam*:

“(…) Que “(…) como parte del poder originario y como profesional del derecho, pues nosotros como pueblo de Venezuela vivimos en este momento una constante incertidumbre al no entender el mensaje del Presidente de la República, como legitimado activo que realice (sic) la iniciativa de activar la realización de la Asamblea Nacional Constituyente, con la intención de realizar una nueva Constitución Nacional, pues una parte del pueblo como poder originario entendemos que siendo el pueblo el que puede convocar una constituyente, el facultado activo solo puede realizar es la iniciativa o solicitud al C-N-E (sic) como poder electoral para que realice la consulta al poder originario, llámese pueblo, que es requisito indispensable **Primero:** presentar la solicitud de iniciativa de conformidad con lo expuesto en el artículo 348 Constitucional que lo legitima para realizar la iniciativa ante el Consejo Nacional Electoral. **Segundo:** recibir del C.E.N. (sic) la aceptación y emitir una consulta al soberano como poder originario para que se manifieste en mayoría si está de acuerdo que se realice o no el proceso Constituyente, eso entendemos nosotros una gran parte del pueblo que hoy tenemos esa incertidumbre. Mientras existe otras parte incluido el Presidente de la República, Ciudadano Nicolás Maduro Moros que junto con sus Ministros como el ciudadano ARISTÓBULO (sic) ISTURIZ (sic) Ministro hoy de las Comunas, en alocución por el canal Globovisión dijo que ya no hacía falta la manifestación del pueblo en cuanto a la activación de la Constituyente, y que además como quien realice (sic) la iniciativa era el presidente (sic) de la República pues es el (sic) quien debe presentar los candidatos realizar la escogencia de los mismos, invitando a todos a inscribirse para su elección (…)” (mayúsculas y resaltado del escrito). (…)”

La Sala realiza un esfuerzo –que raya en lo imposible– para que racionalmente pueda justificarse la interdicción a la participación popular en un referéndum consultivo previo a la ANC, como sí ocurrió en 1999, y que ahora busca bajo cualquier pretexto evitar. Asume como metodología racional una mayéutica cínica y así interpretar los artículos 347 y 348, por cierto, parcialmente realizado. Señaló entonces:

“(…) Preciado lo anterior, esta Sala pasa a dilucidar, tal como le fue demandado por el accionante, el contenido de los artículos 347 y 348 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente lo relativo a la realización de la iniciativa y la consulta para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, así como la iniciativa o solicitud al Consejo Nacional Electoral, a fin de que realice la consulta al poder originario, para que manifieste si está de acuerdo en que se efectúe o no el proceso Constituyente, por lo cual se planteó las siguientes interrogantes:

“(…) ¿Aquí nace esta duda jurídica Constitucional, que deberíamos entender?

-Será que el termino (sic) la iniciativa deba entenderse como un todo, y que solo lo indispensable sería entonces aprobar o no el proyecto que presente de modelo de Constitución luego de discutida.

-[S]erá que no se requiere que el soberano poder originario evalúe (sic) si acepta, si está de acuerdo o no, con una nueva Constitución.

⁵⁹ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 378 de fecha 31-05-2017 (Caso: *Leopoldo Pita Martínez y la interpretación de los artículos 347 y 348 de la Constitución*).

-Será que solo emitirá el voto de aprobación o no al proyecto ya presentado por quien ejerció la iniciativa.

-[E]l Ministro Aristóbulo Isturiz (sic), como funcionario público anuncio (sic) que la votación se haría por sectorización de las comunas y otros entes constituidos que el pueblo tampoco logra interpretar, todas esas dudas razonables [que] existen hoy día en el pueblo Venezolano del cual no tenemos otra fuente que nos aclare esta incertidumbre, que no sea ustedes ciudadanos Magistrados de esta sala (sic) Constitucional, es por esto la necesidad pertinencia y URGENCIA ante todo de que se nos ilustre y aclare esta duda Constitucional, que solo ustedes como máxima instancia judicial pueden darnos a favor del pueblo soberano (...)” (Cursivas originales de la Sala)

Para responder, el juzgador constituyente en vez de aplicar por completo el método ma-yéutico, donde una vez formulada la pregunta la respuesta debe ir al contenido sustancial del requerimiento; procedió a la revisión histórico-comparativa entre las Constituciones de 1961 y 1999. Inclusive, nos formula una vulgar falacia AD HOMINES CIRCUNSTANCIAL, cuando afirma que, al revisarse el diario de debates constituyente de 1999, la propuesta de referéndum consultivo para convocar a la ANC, formulada por Manuel Quijada, fue rechazada de plano. Aunado a esto, la operación lógica analizada es impertinente, ya que, al ser la pregunta directa no puede cubrirse con razonamientos históricos que terminan por traer a colación *–o bien marcar un contraste incompatible–* otras interpretaciones judiciales que en 1999 fundamentaron la ANC de ese entonces. Así prosiguió la Sala:

“(...) En relación a la interpretación requerida, debemos inicialmente recordar que la Constitución de 1961 no contemplaba en su Título X (De las Enmiendas y Reformas a la Constitución), la figura de la Asamblea Constituyente para que el pueblo, como poder constituyente originario, pudiera redactar un nuevo texto fundamental.

Ante esta omisión, los ciudadanos Raúl Pinto Peña, Enrique Ochoa Antich y Viviana Castro, interpusieron ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 16 de diciembre de 1998, recurso de interpretación, con la finalidad de aclarar si era posible, con base en el artículo 4 de la Constitución (1961) y el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, convocarse un referéndum consultivo para que el pueblo determinara si estaba de acuerdo con la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

La Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Dr. Humberto J. La Roche, determinó “de conformidad con el orden constitucional vigente (Preámbulo, artículo 4 y 50 de la Constitución de 1961), artículos 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y 42, ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que: *“La interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referéndum consultivo que consagra en cuanto se refiere al caso concreto objeto del recurso que encabeza las presentes actuaciones, es que: a través del mismo puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional distinto a los expresamente excluidos por la propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente”* (subrayado de este fallo).

Con base en este fallo, el Presidente de la República convocó, mediante Decreto N° 3 del 2 de febrero de 1999, el referéndum para que el pueblo se pronunciase sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Asimismo, el 10 de marzo del mismo año, el convocante publicó la propuesta que fijó las Bases de la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, a fin de que fueran sometidas a la aprobación del pueblo en el referéndum convocado por el Consejo Nacional Electoral para el 25 de abril de 1999.

Dichas bases fueron modificadas mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de marzo de 1999 y su aclaratoria del 23 de marzo del mismo año, así como según fallo del 13 de abril de 1999.

Ahora bien, de lo expuesto se evidencia que el proceso constituyente que dio a luz la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se inició mediante la convocatoria, por parte del Jefe de Estado, de un referéndum consultivo para que el pueblo se pronunciase sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, en cuya oportunidad, el convocante propuso las bases para la elección de los integrantes del cuerpo encargado de la elaboración del nuevo texto fundamental.

Tales circunstancias iniciales se debieron a la ausencia en la Carta de 1961 de mención alguna de esta modalidad de revisión constitucional (*sensu lato*), lo que hizo necesaria la debida consulta interpretativa ante la antigua Corte Suprema de Justicia. (...)

El razonamiento lo corta de raíz sin que prosiguiera la hilación argumental que era de esperarse para el tribunal cúspide venezolano. Esto se debe, como afirmamos *ut supra*, a la forma equivocada para responder la pregunta que la propia Sala se formuló en términos <<MAYÉUTICOS>>. Al respecto, esta manipulación de la lógica será el instrumento por el cual esta sentencia, calificada por el profesor José Ignacio Hernández como “*el intento por aniquilar lo que queda de República*”⁶⁰, facilita unas conclusiones que rayan casi en el desequilibrio cuando no en el desconocimiento del lenguaje jurídico más básico. Así, terminado el relato histórico que busca manipular, responde con el siguiente razonamiento las primeras preguntas:

“(...) La situación constitucional actual es totalmente diferente. En efecto, como consecuencia del proceso de producción constituyente originaria, se estableció en el Título IX de la Carta de 1999, tres modalidades de “revisión” constitucional: la enmienda, la reforma y la Asamblea Nacional Constituyente. Esta última se integra, por primera vez en la historia constitucional de Venezuela, con ciertas características que es preciso señalar, a los efectos de resolver las dudas planteadas en el recurso de interpretación de autos:

En primer lugar, no hay previsión alguna sobre un referéndum acerca de la iniciativa de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. **Por otra parte, al consultar el contenido de la sesión 41 del 9 de noviembre de 1999, en el Diario de la Constituyente, esta Sala observó que en el desarrollo del debate correspondiente, la propuesta del Constituyente Manuel Quijada de que el pueblo pudiera convocar a la Asamblea Constituyente mediante un referéndum, fue negada.**

Esta ausencia de previsión es, además, común a las otras modalidades de modificación constitucional, como lo son la Enmienda (Capítulo I) y la Reforma Constitucional (Capítulo II), ambas contenidas en el Título IX de la Carta Magna.

Ahora bien, ciertamente el artículo 71 *eiusdem* contempla la posibilidad opcional o facultativa de convocar a referendo consultivo las “materias de especial trascendencia nacional”; sin embargo, existen circunstancias objetivas sobrevenidas que ambientan el proceso de instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, como es la aguda situación de la crisis política actualmente enfrentada y que ha provocado el decreto de un estado de excepción no concluido aun, que ha motivado la toma de decisiones genéricas, expeditas y de profundidad constitucional, dentro de las cuales, por iniciativa del Presidente de la República se ha resuelto iniciar la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, que pueda en condiciones pacíficas poner de acuerdo al país en un nuevo Contrato Social, sin hacer uso en esta oportunidad, por tales circunstancias, de lo previsto en el citado artículo 71.

Efectivamente, una de las razones fundamentales de que se hiciese necesario convocar un referéndum consultivo bajo la vigencia del texto constitucional de 1961, es que en el mismo no estaba contenida esta modalidad de revisión constitucional (*sensu lato*). (...)

⁶⁰ Véase Hernández, José Ignacio. “Decisión 378: el intento de aniquilar lo que queda de república”. En: *Prodavinci*, Caracas, edición del 31-05-2017 [<http://prodavinci.com/blogs/decision-378-el-intento-de-aniquilar-lo-que-queda-de-republica-por-jose-ignacio-herandez/>]

La Sala suaviza el impacto de sus propias palabras, cuando nos dice que la posibilidad “opcional” para convocar el referéndum consultivo es porque la Constitución de 1999 no le otorgó el carácter obligatorio (PETITIO PRINCIPII) al ser consagrada expresamente dentro de su articulado. A contrario, la de 1961, al no contemplar la figura de la ANC, se hacía imprescindible la consulta al pueblo. Estos razonamientos justificatorios en su totalidad nos introduce en la conocida falacia “ARGUMENTUM BACULUM” (convencer a palos) que en términos de la propia Sala sería:

“(…) Por el contrario, la Carta de 1999 la contempla expresamente, aunque para conservar su característica de poder constituyente originario (y no constituyente derivado - enmienda y reforma - o constituido), **solo se precisa la iniciativa para su convocatoria**, la prohibición de que los poderes constituidos puedan impedir u objetar las decisiones constituyentes (art. 349) y el límite al producto de sus actuaciones o deliberaciones: el carácter republicano del Estado, la independencia (soberanía), la paz, la libertad, el mantenimiento de los valores, principios y garantías democráticas, y la progresividad de los derechos humanos (art. 350).

Ello, porque si hubiera sido regulado constitucionalmente el proceso de formación del texto fundamental y la actuación del cuerpo constituyente, **se habrían creado límites que desnaturalizarían su carácter de poder constituyente originario** y, en principio, ilimitado.

En conclusión, en el **debate constituyente** prevaleció la tesis de acuerdo con la cual la Constitución no puede limitar la Asamblea Constituyente, pues, al ser ésta la expresión directa de la soberanía popular, no admitía limitaciones. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

La Sala bajo abusando de una logomaquia mortal para la república, que por su carácter de Tribunal Supremo no debería jugar, nos introduce en el mundo de las *negaciones afirmativas*, que como lo explicamos ut supra en el análisis que nos enseña B. Russell, buscan negar a partir de una pregunta asertiva. En este caso indican sobre la imposibilidad de una regulación constitucional detallada de la ANC por ser ésta un poder constituyente originario, y en principio, ilimitado (*SIC*). Ahora bien, el juez constituyente indica que dentro del seno de la ANC de 1999 prevaleció la supuesta tesis en la cual la Constitución no puede limitar a la ANC. Sin embargo, debemos partir veritativamente que la Constitución fue creada por otra ANC, siendo ésta, quien se autorestringe bien sea para su convocatoria o durante sus deliberaciones. Y la restricción la impone ella misma en el texto constitucional como en efecto se plasmó en los artículos 347, 348 y 349. Así, la Sala pretende hacernos entender falazmente que la Constitución de 1999 fue concebida desde un poder constituido y no desde la última ANC, apelando al burdo recurso del *argumento ad homines circunstancial*.

Pero insólitamente la contradicción en términos de sus propios razonamientos justificatorios encontrarán paradoxismo en el trabalenguas distintivos entre Democracia Participativa y sus medios de ejercicio y sobre quién es el titular del poder constituyente originario. Determinó la Sala que:

“(…) La Constitución de 1999 consagra el principio de la soberanía popular con las consecuencias políticas aludidas por Rousseau: el mandato imperativo (revocatoria del mandato –arts. 6 y 72– y rendición de cuentas arts. 6 y 66). Es decir, en la nueva Carta el pueblo no solo es titular de la soberanía, sino que, además, puede ejercerlo directamente a través de los medios de participación contenidos en el artículo 70 *eiusdem* y las modalidades “*referendarias*” contempladas en los artículos 71, 72, 73 y 74 *eiusdem*.

Estamos así en presencia de la democracia participativa y protagónica, respaldo político del Estado democrático y social de derecho y de justicia (artículo 2 constitucional).

La **democracia participativa se manifiesta en las distintas modalidades referendarias** (referéndum consultivo, revocatorio, aprobatorio y abrogatorio) y en el poder popular, que no es más que la concreción del ejercicio directo de la soberanía (artículo 5 constitucional).

Democracia participativa es democracia directa y sus expresiones son medios de participación y protagonismo del pueblo, no una representación del cuerpo electoral (democracia representativa).

Claro está, lo expuesto no significa que el modelo de democracia participativa excluye la representación. Ello implicaría la desaparición del Estado-aparato, que es imprescindible para la gestión diaria de los asuntos públicos. Como refiere Enrique Dussel, la democracia participativa y la representativa no son términos antitéticos o contradictorios: “Deben ser articulados dialécticamente, de manera que un término enriquezca al otro y se definan mutuamente”.

(...)

El artículo 347, cuya interpretación se solicita, debemos necesariamente articularlo con el artículo 348, ambos del texto constitucional. En efecto, **el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario** y, en tal condición, y como titular de la soberanía, le corresponde la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Pero la iniciativa para convocarla le corresponde, por regla general, a los órganos del Poder Público (el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; y los Concejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos) quienes ejercen indirectamente y por vía de representación la soberanía popular. La única excepción de iniciativa popular de convocatoria es la del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

De tal manera que, el artículo 347 define **en quien reside el poder constituyente originario: en el pueblo como titular de la soberanía. Pero el artículo 348 precisa que la iniciativa para ejercer la convocatoria constituyente le corresponde, entre otros, al “Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros”, órgano del Poder Ejecutivo, quien actúa en ejercicio de la soberanía popular.**

En los términos expuestos anteriormente, la Sala considera que no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Nótese que lo argumentado por diferentes sectores del pensamiento en los últimos 20 días, incluyendo al chavismo, queda plasmado en el penúltimo párrafo. El único que puede convocar es el pueblo, mientras que, el resto de poderes constituidos sólo tienen iniciativa de convocatoria. Consideramos la sentencia 378/2017 como una de las manifestaciones del cinismo y frivolidad política de quienes han gobernado desde 1999, que, no estando contentos con retrotraernos hacia imaginarios épicos del siglo XIX, quieran ahora tratar al pueblo de Venezuela como un sandio sin imaginación y dignidad.

6. *Las bases comiciales del fascismo y el retorno al principio de soberanía territorial desterrada de la Constitución de 1999. El desprecio al pueblo venezolano y la frénica imposición de una ANC*

Prevía a la sentencia 378/2017, el Presidente de la República fue más allá de su atrevida e inconstitucional convocatoria directa a una ANC. Mediante otro Decreto Presidencial (N° 2.878), procedió a la publicación⁶¹ de las *Bases Comiciales sin comicios*, como bien denunció el profesor Brewer-Carías⁶². Este paso quebró todo molde democrático, pues las referidas

⁶¹ Publicadas en Gaceta Oficial, N° 41.156 de fecha 23-05-2017.

⁶² Brewer-Carías, Allan R. “La esquizofrenia constituyente: Las inconstitucionales “bases comiciales” dictadas por el Presidente de la República, sin comicios, usurpando la voluntad popular y violando el derecho del pueblo a elegir representantes por votación universal”. Caracas, 29 de mayo

bases están plagadas de vicios, sobresaliendo, el desconocimiento de la voluntad popular y nuestra forma de Estado. Además, incorpora un extraño cociente que servirá de referencia para la escogencia de los denominados constituyentes sectoriales a razón de uno por cada 83.000 electores sectoriales.

A. *Fraude a la Constitución y manipulación del mecanismo de la ANC para modificar la “Nación Venezolana” e imponer el modelo económico “socialista”. La conceptualización de fraude según el juez constituyente*

El Decreto Presidencial, tan igual como el 2.830 de fecha 01-05-2017 también repite en sus considerandos *graves afirmaciones de hecho y derecho* no puede pasar por desapercibido. El ciudadano Presidente afirma, inconstitucionalmente, que:

“(…) con la finalidad primordial de garantizar la preservación de la paz del País ante las circunstancias sociales, políticas y económicas actuales, en las que severas amenazas internas y externas de factores antidemocráticos y de marcada postura antipatria se ciernen sobre su orden constitucional, con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria de la construcción del socialismo, la refundación de la Nación venezolana (…)” (Cursivas nuestras)

Este primer considerando informa sobre el verdadero propósito de la Asamblea Nacional Constituyente convocada el pasado 01-05-2017.

Indica el ciudadano Presidente que es necesaria <<LA REFUNDACIÓN DE LA NACIÓN VENEZOLANA>>. Al respecto debemos alertar esta grave afirmación. Según del DRAE, “REFUNDACIÓN ES ACCIÓN Y EFECTO DE REFUNDAR”⁶³. Esto implica *apoyar o re-establecer* un nuevo pacto político societario así como nuevos valores sociales, es decir, si tomamos como referencia que la Nación venezolana es equivalente al concepto de pueblo, entendido en el contexto de valores (ethos) y principios republicanos y democráticos; entonces el Presidente de la República busca con esta ANC rebasar los límites materiales impuestos por la Constitución de 1999 en relación a lo que puede hacer una ANC (Artículo 347) que no es más que “(…) *Transformar al Estado, Crear un nuevo Ordenamiento jurídico y Redactar una Nueva Constitución* (…)”⁶⁴. Este argumento se ve reforzado con la mismísima exposición de motivos de la Constitución de 1999, que por cierto, fue analizada en las líneas precedentes⁶⁴. Nos ilustra el constituyente en la citada exposición que la Asamblea Nacional Constituyente es “(…) *el instrumento fundamental para garantizar al pueblo de Venezuela la posibilidad abierta de modificar sustancialmente el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, creando un nuevo texto constitucional* (…)”.

Así, ha quedado muy claro que la ANC lo que pudiera en todo caso es Transformar al Estado venezolano y su ordenamiento jurídico *–in toto–* por medio de una Nueva Constitución. Nunca, pero nunca, una ANC podría ser establecida para “REFUNDAR LA NACIÓN”, sino al Estado, éste último, personificación jurídica de la Nación.

El propio ciudadano Presidente de la República busca con esta convocatoria y bases comiciales de una hipotética ANC, **REFUNDAR LA NACIÓN**, siendo esto abiertamente

de 2017. [<http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/05/160.-doc.-Brewer.-Sobre-las-bases-comiciales-de-la-ANC-29.5.2017.-1.pdf>]

⁶³ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. Vigésimo segunda edición, Madrid, 2001, col. 1927.

⁶⁴ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 355 de fecha 16-05-2017 (Caso: *Jorge Enrique Blanco Ibarra y Otros vs. Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*).

inconstitucional. Por tanto, esta ANC se enmarca dentro del concepto de FRAUDE CONSTITUCIONAL, tal y como lo determinó la propia Sala en sentencia de fecha 25-01-2006⁶⁵:

“(…) Por otra parte, esta Sala considera pertinente aclarar la noción de **fraude constitucional** invocada por los accionantes. En efecto, en La Francia de Petain, 1943, C. Lieut-Vaux donde observó y denunció la destrucción de las teorías democráticas en Italia, Alemania y Francia, **mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales**, como ocurrió con el uso fraudulento de los poderes conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado (G. Lieut-Vaux, “Le Fraude a la Constitution”, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, abril-junio de 1943, p. 116).

Por otra parte, la doctrina francesa del Derecho Público y el Derecho Constitucional comparado han diferenciado la expresión “*falseamiento de la Constitución*” (“*Faussement de la Constitution*”), que alude a esa situación en la que se otorga a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, **que es en realidad una modificación no formal de la Constitución que la doctrina alemana llama (“*verfassungswandlung*”) o la trasgresión de la misma, mientras que el fraude a la Constitución se entiende como la utilización del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido**. Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional, tal como lo sostiene Pedro de Vega en su obra “*La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*”. (...) (Negrillas y subrayado nuestro)

En el decreto presidencial se observa como TEXTUALMENTE el ciudadano Presidente llama a desconocer la propia Constitución de 1999, pues, como fue indicado ut supra, el artículo 347 impone el límite al trabajo de la ANC, que se dirige a la transformación del ESTADO no de la NACIÓN.

Esta denuncia se refuerza con la confesión presidencial que textualmente requiere de una ANC para **construir el “socialismo”**. Al respecto, debemos enfatizar que en ninguna de las manifestaciones histórico-político de Venezuela, se ha abrazado el socialismo como modelo ideológico para organizar al Estado y a la economía venezolana. En la reforma constitucional de 2007⁶⁶, rechazada por el pueblo venezolano en el referéndum celebrado el 02-12-2007⁶⁷, se barajó esta posibilidad de introducir el modelo socialista tal y como lo contemplaba la citada reforma en los siguientes términos:

⁶⁵ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 74 de fecha 25-01-2006 (Caso: *Partido político Acción Democrática vs. Consejo Nacional Electoral*).

⁶⁶ La propuesta de reforma fue presentada por el Ciudadano Presidente de la República en agosto de 2007, y sancionada por la Asamblea Nacional en fecha 02-11-2007. Sobre la normativa, véase [http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/elecciones/2007/referendo_constitucional/index_principal.php]. Sobre el texto propuesto para el referéndum aprobatorio de 02-12-2007, véase Brewer-Carías, Allan R. *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, Colección de Textos Legislativos N° 43, 224 pp.

⁶⁷ Véase los resultados del referendo consultivo de fecha 02-12-2007 en: [http://www.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_reforma/]

“(…) **Artículo 299.** El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela **se fundamenta en los principios socialistas, antiimperialistas,** humanistas, de cooperación, de eficiencia, de protección del ambiente y de solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa comunitaria, social y personal, garantizará el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar la calidad de vida de la población, lograr la suprema felicidad social y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución social de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa, política, económica y de consulta abierta (…)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Este artículo de la reforma FUE RECHAZADO EN REFERENDUM de 2007, y por eso, nos extraña que el Decreto Presidencial indique que busca concretar una ANC para la construcción del socialismo. Debemos indicar que en fallo reciente⁶⁸, el juez constituyente en esos arrebatos de normalidad con que a veces reflexiona y sentencia, ha expresado que los mecanismos constitucionales vigentes fundamentan instrumentos también extraordinarios para hacerle frente a cualquier contingencia que sufra la República. Señaló la Sala:

“(…) Al respecto, como antes se indicó, el Decreto sometido al control de esta Sala plantea desde su primer artículo, que el mismo tiene como objeto que el Ejecutivo disponga de la atribución para adoptar las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, aumentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, dadas las situaciones fácticas y jurídicas bajo las cuales es adoptado y los efectos que debe surtir con la inmediatez que impone la gravedad o entidad de las circunstancias vulneradoras que el Poder Público, con facultades extraordinarias temporales derivadas del propio Decreto, pues el Presidente de la República como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional está en la obligación de atender para restaurar la normalidad en el funcionamiento del sistema socio-económico, para ponderar y garantizar de forma cabal e inaplazable los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Por ello, **se observa que se trate de un límite y ponderación legítima respecto del ejercicio de algunos derechos y garantías constitucionales, fundado en razones excepcionales, cuyo único propósito es establecer un orden alternativo, temporal y proporcional dirigido a salvaguardar la eficacia del Texto Constitucional y, por ende, la eficacia de los derechos y garantías, en situaciones de anormalidad de tal entidad que comprometan la seguridad de la Nación, de sus habitantes, la armonía social, la vida económica de la Nación, de sus ciudadanos o ciudadanas, así como el normal funcionamiento de los Poderes Públicos y de la comunidad en general.**

Observa esta Sala Constitucional que el Decreto N° 2.849 del 13 de mayo de 2017, mediante el cual se declaró el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, atiende de forma prioritaria aspectos de seguridad económica, que encuentran razón, además, en el contexto económico latinoamericano y global actual, y resulta proporcional, pertinente, útil y necesario para el ejercicio y desarrollo integral del derecho constitucional a la protección social por parte del Estado, ineludibles para la construcción de una sociedad justa y amante de la paz y para la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, conforme a lo previsto en el artículo 3 Constitucional.

De allí que se estime ajustado al orden constitucional y por ende procedente, que el Ejecutivo Nacional, constatadas las circunstancias suscitadas y que se mantienen en el espacio geográfico de la República, emplee las medidas amparadas por el decreto bajo estudio, en cumpli-

⁶⁸ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 364 de fecha 24-05-2017 (Caso: *Constitucionalidad del Decreto Presidencial N° 2.849 de fecha 13-05-2017*).

miento del deber irrenunciable e ineludible del Estado Venezolano de garantizar el acceso oportuno de la población a bienes y servicios básicos y de primera necesidad, así como el disfrute de sus derechos en un ambiente pleno de tranquilidad y estabilidad, asegurando el derecho a la vida de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Por tanto, proponer una ANC para introducir el socialismo, implica un **FLAGRANTE FRAUDE CONSTITUCIONAL** según se ha precisado el concepto por los precedentes establecidos por la Sala Constitucional Constituyente. En fin, como analiza José Ignacio Hernández, las bases comiciales resultaron un duro golpe a la democracia venezolana⁶⁹.

La Sala Constitucional ha determinado, como lo expusimos en líneas precedentes, que la diferencia entre Enmienda, Reforma y Asamblea Constituyente está directamente relacionada con el “(...) *grado de modificación planteada sobre la Constitución* (...)”⁷⁰. Esto quiere decir que dentro de los mecanismos previstos en el Título IX de la Constitución, existen instrumentos que precisan el alcance modificatorio del texto constitucional. Para ello, el Constituyente fue detallista hasta el punto de completar el contenido esencial mismo de cada una de ellas.

Ahora bien, visto que la ANC implica un mecanismo más profundo de modificación constitucional (Art. 347), según lo dicho por la propia Sala como se vio, la misma debe cumplir los pasos reglamentarios como todo proceso electoral visto éste como la principal garantía de participación ciudadana. Para ello, debe ceñirse al **itinerario electoral** previsto en la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPE)⁷¹, puesto que, ésta última es el instrumento que garantiza los derechos y principios constitucionales de participación política de los ciudadanos venezolanos⁷².

Dentro del proceso electoral, una de las fases imprescindibles y que en sí respaldan los derechos fundamentales a la participación, es la relativa a las **normas** sobre el proceso comicial en sí (*vgr.* Bases Comiciales). Son estos fundamentos normativos los que determinarán las características, postulados, registro o padrón electoral, procedimientos, vicios, actos electorales, forma y sistema en que se materializará el voto, formas de impugnación y otros elementos propios de la actividad comicial que son la esencia de la democracia. A esta realidad no escapa un proceso constituyente, es decir, para iniciarlo debe existir unas bases comiciales que servirán de reglas constitucionales supletorias. Para que adquiera este nivel constitucional, es OBLIGATORIO, que el pueblo mediante comicios democráticos se pronuncie si las acepta o no. De esta manera, no puede ni el Presidente de la República, ni mucho menos un órgano de cualesquiera de las ramas del Poder Público constituido *usurpar funciones constituyentes*, como en efecto hizo el Decreto N° 2.878.

⁶⁹ Hernández, José Ignacio. “Bases Comiciales: otro golpe a la democracia”. En: *Prodavinci*, Caracas, edición del 23-05-2017 [<http://prodavinci.com/blogs/bases-comiciales-otro-golpe-a-la-democracia-por-jose-ignacio-hernandez/>]

⁷⁰ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 2.208 de fecha 28-11-2007 (Caso: *Antonio José Calatrava y otros*).

⁷¹ Publicada en Gaceta Oficial, extraordinario, N° 5.928 de fecha 12-08-2009.

⁷² Artículo 1° de la LOPE.

- B. *La falta de consulta popular de las bases comiciales de 2017 y su contradicción con las bases comiciales dictadas por el Consejo Nacional Electoral, legítimamente consultadas por vía de referéndum el 25-04-1999*

Es importante, a los efectos de plantear la inconstitucionalidad de las bases publicadas por Nicolás Maduro, resaltar lo que la Sala Constitucional interpretó sobre el rango de los actos que se dictaron para la celebración de la ANC de 1999, en específico, de las Bases Comiciales de 1999:

“(…) Observa esta Sala que, en anteriores oportunidades, han sido impugnados en vía jurisdiccional los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente. En efecto, la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, en virtud del principio de la universalidad del control de los actos del Poder Público que debe existir en todo Estado de Derecho, se pronunció afirmativamente sobre su competencia para conocer de las acciones de esta naturaleza, en sentencia de fecha 14 de octubre de 1999, recaída sobre la acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta por el Vicepresidente del entonces Congreso de la República contra el Decreto de fecha 25 de agosto de 1999, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, que contenía la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo, señalando lo siguiente:

“La Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999, tiene definido su régimen fundamental en las preguntas y Bases Comiciales consultadas en el Referéndum del 25 de abril de 1999. Estas Bases, por haber sido aprobadas en ejercicio de la soberanía popular son de similar rango y naturaleza que la Constitución. Por consiguiente, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, ejercer el control jurisdiccional. (...) En el caso objeto de estudio, el control de la Corte, en Pleno, está fundamentado en el Referéndum Consultivo celebrado el 25 de abril de 1999, que fijó el marco jurídico político dentro del cual debe actuar la Asamblea. Es decir, en dicho Referéndum, el pueblo le precisó a la Asamblea Nacional Constituyente su misión, siendo esta “transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico”, e igualmente, le indicó límite a su actuación consagrado en la Base Comicial Octava del señalado Referéndum. De ello resulta que en el cumplimiento de su misión la Asamblea Nacional Constituyente está sometida, en primer lugar, a “los valores y principios de nuestra historia republicana”; en segundo lugar, “el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República”; en tercer lugar, “el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre” y en cuarto lugar; “las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos (...)”. (Subrayado de la Sala).

Tal como lo estableció la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, las Bases Comiciales consultadas en el Referéndum del 25 de abril de 1999 y, que fijaron los límites de actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, son –para el ordenamiento que rige el proceso constituyente– “de similar rango y naturaleza que la Constitución” y forma el fundamento normativo del proceso constituyente. También se dejó sentado, que las Bases Comiciales son supraconstitucionales respecto de la Constitución de 1961, es decir, que la Asamblea Nacional Constituyente no estaba sujeta a ésta y que dicha Constitución de 1961 sólo regía al Poder constituido. (...)”⁷³ (Negrillas y subrayado nuestro)

Dichas bases comiciales a las que hace alusión el fallo del año 2000, fueron las publicadas por el Consejo Nacional Electoral en su Resolución N° 990323-71 de fecha 23-03-1999⁷⁴.

⁷³ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 951 de fecha 09-08-2000 (Caso: *Generoso Mezzocca Medina*).

⁷⁴ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 36.669 de fecha 25-03-1999.

Las mismas fueron consultadas al país no en conciliábulos como lamentablemente ocurrió con el Decreto Presidencial N° 2.878 de 23-05-2017, sino en un **REFERÉNDUM QUE MARCÓ UN HITO EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA**. Desde allí las mismas adquirieron rango constitucional y su vigencia, según precisó la Sala, “(...) *por argumento en contrario, sólo los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta (...)*”⁷⁵.

Ahora bien, en la actual Constitución, no se contempla reglas específicas relativas al iter procedimental que deben cumplirse hasta la elección de la ANC. Ante esta ausencia normativa, se debe interpretar los artículos 347, 348 y 349, como la propia Sala ha señalado en su jurisprudencia pacífica⁷⁶, “(...) *comprometiéndose con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta (...)*”. Esa teoría política ha sido el modelo de democracia participativa instaurada en 1999 y que bien ha sido ejecutada a lo largo de estos 18 años de su vigencia, muchas veces ratificada por el TSJ en centenares de fallos al respecto, incluyendo, la materia de reforma constitucional⁷⁷. Este concepto participativo se ha materializado en más de 17 elecciones celebradas desde 2000 en adelante, y que a pesar de serios y fundados cuestionamientos, como los ocurridos en el referéndum revocatorio de 2004⁷⁸, la costumbre política de la década pasada era precisamente consultarlo todo.

Cuando el ciudadano Presidente Nicolás Maduro publica unas supuestas bases comiciales revestidas de un Decreto Presidencial (N° 2.878), éste último NO ADQUIERE rango constitucional por cuanto para que pueda suplir una laguna de la Constitución requeriría ser sometido a CONSULTA NACIONAL (referéndum consultivo), que a diferencia de 1999, ahora éste tipo de consultas sí se encuentra regulado y fundamentado en el artículo 71 del texto constitucional vigente que indica que “(...) *Las materias de especial transcendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el Registro Civil y Electoral (...)*”.

De esta forma, el Decreto N° 2.878 **NO GOZA DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL**, sino que mantiene su configuración como acto de gobierno en ejecución directa de la Constitución de 1999. En materia de bases comiciales constituyentes, el Ejecutivo Nacional puede proponer un proyecto de las mismas, como de suyo, el entonces Presidente Chávez consumó mediante la consignación al CNE de *las propuestas para las Bases de la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente* de fecha 09-03-1999⁷⁹, para que posteriormente, el CNE las consulte al cuerpo electoral venezolano.

⁷⁵ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 6 de fecha 27-01-2000 (Caso: Milagros Gómez y otros vs. Decreto de Régimen de Transición del Poder Público).

⁷⁶ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 1.309 de fecha 19-07-2001 (Caso: *Hermann Escarrá Malavé*).

⁷⁷ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 274 de fecha 21-04-2016 (Caso: *Johnny Leónidas Jiménez Mendoza. Interpretación del artículo 340 de la CRBV*).

⁷⁸ Véase Brewer-Carías, Allan R. “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, N° 112, México D.F., enero-abril 2005, pp. 11-73.

⁷⁹ Publicadas en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 36.660 de fecha 12-03-1999. Al respecto, véase Brewer-Carías, Allan R. “El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999”. En: *Revista Anuario Iberoameri-*

Si bien es cierto, el pasado 23-05-2017 en acto público el Presidente Nicolás Maduro consignó su proyecto de bases comiciales al CNE, éste último NO HA ORDENADO LA CELEBRACIÓN DEL REFERÉNDUM CONSULTIVO para aprobarlas o negarlas ante el pueblo venezolano. Este paso ha sido obviado, lo cual, debe forzosamente concluirse que el *Ciudadano Presidente en el citado Decreto 2.878 usurpó funciones constituyentes que sólo pueden ser aprobadas por el pueblo mediante consulta popular de conformidad con el artículo 71 de la Constitución*. Así, y siguiendo entonces el criterio asumido por la Sala Constitucional desde hace 17 años, las únicas bases comiciales de rango constitucional, hasta el momento válidas, son las afirmadas por la mayoría del pueblo venezolano en el referéndum consultivo del 25 de abril de 1999.

C. *Usurpación de la Soberanía Popular por la Soberanía Territorial al contemplar las bases comiciales inconstitucionales que los constituyentes territoriales representarán a los municipios y no a los ciudadanos*

Ahora bien, siguiendo el contexto de inconstitucionalidad del Decreto Presidencial N° 2.878 en razón de su carácter infraconstitucional, revisemos con cuidado la supuesta base comicial TERCERA inserta en el mismo. Señala el referido acto de gobierno:

“(…) **TERCERO**. En el ámbito territorial se producirá la elección de trescientos sesenta y cuatro (364) Constituyentes a la Asamblea Nacional Constituyente, conforme a la siguiente distribución: un o una (1) Constituyente por cada Municipio del País que será electo o electa de forma nominal de acuerdo al principio de representación mayoritario, y dos (2) Constituyentes en los Municipios Capitales, que serán electos o electas mediante la modalidad lista, de acuerdo al principio de representación proporcional. En el Municipio Libertador de Caracas, Capital de la República Bolivariana de Venezuela y el asiento de los órganos del Poder Nacional, se escogerán siete (7) Constituyentes mediante la modalidad lista de acuerdo al principio de representación proporcional. (Negrillas y subrayado nuestro)

cano de Justicia Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 3, Madrid, 1999, pp. 31-56.

CONSTITUYENTES TERRITORIALES POR MUNICIPIO				
ENTIDADES	N° DE MUNICIPIOS POR ENTIDAD	NOMINAL	LISTA	TOTAL
DISTRITO CAPITAL	1		7	7
ANZOÁTEGUI	21	20	2	22
APURE	7	6	2	8
ARAGUA	18	17	2	19
BARINAS	12	11	2	13
BOLÍVAR	11	10	2	12
CARABOBO	14	13	2	15
COJEDES	9	8	2	10
FALCÓN	25	24	2	26
GUÁRICO	15	14	2	16
LARA	9	8	2	10
MERIDA	23	22	2	24
MIRANDA	21	20	2	22
MONAGAS	13	12	2	14
NUEVA ESPARTA	11	10	2	12
PORTUGUESA	14	13	2	15
SUCRE	15	14	2	16
TÁCHIRA	29	28	2	30
TRUJILLO	20	19	2	21
YARACUY	14	13	2	15
ZULIA	21	20	2	22
AMAZONAS	7	6	2	8
DELTA AMACURO	4	3	2	5
VARGAS	1		2	2
TOTAL	335	311	53	364

Revisando la base comicial tenemos los siguientes elementos que las transforman en violatorias de la Constitución:

- 1.- “(...) *Un o Una (1) Constituyente por municipio (...)*”. Debe sorprender a la Sala la inconstitucional consagración del **PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN TERRITORIAL EN DESMEDRO DE LA REPRESENTACIÓN POPULAR**. En el cuadro inserto en la base comicial tercera, se puede apreciar la equiparación de los territorios sin importar la base poblacional que históricamente ha sido el fundamento de todos los procesos comiciales para la elección de las Asambleas Nacionales Constituyentes venezolanas (1946, 1953 y 1999). La base comicial es enfática en determinar que cada Municipio tendrá un número igual de constituyentes (uno), y todos los Municipios capitales de estado, tendrán dos (02) constituyentes, sin importar las asimetrías poblacionales presente en cada uno de ellos. Por esta irregularidad Brewer-Carías ha bautizado que cada constituyente será una suerte de concejal⁸⁰, y de consumarse este bodrio, la ANC sería una reunión de Municipios. Por ejemplo, no importa si el Municipio Maracaibo del estado Zulia posea 946.223 votantes y el Municipio Atures (Puerto Ayacucho) del estado Amazonas sea apenas por 75.441 electores. Ambos escogerán DOS (02) Constituyentes.

Esta base comicial quiebra el sagrado y republicano principio de representación poblacional de conformidad como lo obliga la Constitución de 1999 en su artículo 5:

“(...) La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos (...)”

Primero, con la base comicial territorial propuesta e inconsulta popularmente por el Presidente Maduro, el Decreto N° 2.878 viola un corolario dogmático en toda democracia participativa, como es que el número de representantes del pueblo deben necesariamente reflejar el índice poblacional del territorio o circunscripción⁸¹. En las bases comiciales de 1999, debidamente consultadas al cuerpo electoral, sí se reflejó el *principio de la representación poblacional*, a pesar que en la Constitución de 1961 sí estaba contemplado el *principio de representación territorial* a través del Senado o Cámara Alta, ésta última, representación uniforme e igualitaria de las entidades federales⁸². De esta manera, siguiendo el propio criterio del juez constituyente, las bases comiciales de 1999 que debe reputarse vigente todavía.

La representación estuvo organizada así:

“(...) Tercero:

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

⁸⁰ Brewer-Carías, Allan R. *La esquizofrenia constituyente ...* p. 6.

⁸¹ Brewer-Carías, Allan R. *La esquizofrenia constituyente ...* p. 4.

⁸² Artículo 148 de la Constitución de 1961: “(...) *Para formar el Senado se elegirán por votación universal y directa dos Senadores por cada Estado y dos por el Distrito Federal, más los Senadores adicionales que resulten de la aplicación del principio de la representación de las minorías según establezca la ley, la cual determinará también el número y forma de elección de los suplentes (...)*”

1° Se producirá la elección de 104 constituyentes, en veinticuatro (24) circunscripciones regionales, coincidentes con los Estados y el Distrito Federal, manteniendo el criterio del 1% de la Población total del País (234.102), de acuerdo con su número de habitantes, que sería lo siguiente: (Véase página siguiente)

Entidad	%	Constituyente a elegir
Distrito Federal	8.43	8
Anzoátegui	4.72	5
Amazonas		2
Apure		2
Aragua	6.13	6
Barinas	2.4	2
Bolívar	5.34	5
Carabobo	8.59	9
Cojedes		2
Delta Amacuro		2
Falcón	3.12	3
Guárico	2.65	3
Lara	6.54	7
Mérida	3.09	3
Miranda	10.7	11
Monagas	2.5	3
Nueva Esparta		2
Portuguesa	3.39	3
Sucre	3.46	3
Táchira	4.29	4
Trujillo	2.47	2
Vargas		2
Yaracuy	2.14	2
Zulia	1.15	13
Total por Región		104
Indígenas		3
Circunscripción Nacional		24
Total General		131

El elector dispondrá de tantos votos como constituyentes se vayan a elegir en la circunscripción a la que pertenezca.

2. Se producirá la elección de veinticuatro (24) constituyentes en una circunscripción nacional. El elector dispondrá de un máximo de diez (10) votos. (...)"

En segundo lugar, si bien es cierto el artículo 16 de la Constitución indica que el territorio se organiza en Municipios, esto *no fundamenta que se determine unas elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente en clave municipal*. Además, al primar la base territorial por la poblacional, tendremos unas gravísimas distorsiones como en efecto introduce la base comicial tercera.

En algunas entidades federales la población se encontrará **sobre-representada**, como en otras, **sub-representadas**, un verdadero absurdo⁸³. Por ejemplo, el estado Zulia escogerá 22 constituyentes con una base electoral de 2.404.025, mientras que el estado Trujillo, con apenas 523.353 electores también elegirá 22 constituyentistas. En este caso, Trujillo estará Sobre-representado en la ANC, mientras que el Zulia Sub-representado. Otro ejemplo que merece la atención son los constituyentes electos por el Distrito Capital. La base los fija en 7 con una población electoral de 1.638.456, mientras que Cojedes, con apenas 236.616 sufragantes escogerá 10 constituyentes; es decir, 3 adicionales que el Municipio Libertador de Caracas cuando éste último posea 1.400.000 votantes más que Cojedes.

Vale entonces hacernos la pregunta *¿cómo el Decreto Presidencial N° 2.878 fundamenta constitucionalmente estas distorsiones?* Como respuesta podemos afirmar sin ningún condicionamiento: No existen fundamentos constitucionales de esta propuesta.

Al respecto, queremos rescatar una sentencia de la Sala Constitucional, en la cual, ha CONDENADO estas prácticas de *sobre representación* territorial en desmedro de la poblacional, denunciando:

“(…) Claro está que hay distorsiones estudiadas por el derecho comparado, algunas de las cuales generan una sobre-representación; en este sentido, existe la situación electoral llamada **Gerrymandering**, que es el trazado de circunscripciones electorales que, en forma sesgada, busca favorecer la representación de un partido o grupo político concentrando los votos favorables y esparciendo los de los oponentes; ello ocurre en los sistemas uninominales con límites modificables y su consecuencia es la sobre-representación. La otra distorsión electoral es la llamada **Malapportionment**, cuando la asignación de los escaños no coincide con las proporciones poblacionales, configurando en alguna circunscripción una marcada sobre-representación (veáse; COX, Gary y Jonathan KATZ: *Elbridge Gerry’s Salamander: The Electoral Consequences of the Reapportionment Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002. KATZ, Richard: “*Electoral Systems*”, *Lecture prepared for delivery at the IPSA Workshop/International, school of political science, Sakala Centre, Tallinn, Estonia*, Abril 1994. SARTORI, Giovanni: *Ingeniería Constitucional Comparada. Una Investigación de Estructuras, Incentivos y Resultados*, Fondo de Cultura Económica, México. COLOMER, Joseph: *Instituciones políticas*, Ariel, Barcelona 2001. CRESPO, Ismael: “*El sistema Electoral*” en Manuel Alcantara y Antonia Martínez (eds.): *Política y Gobierno en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997. GIBSON, Edward, Ernesto F. CALVO y Tulia G. FALLETI: “*Reallocative federalism: Overrepresentation and Public Spending in the Western Hemisphere*”, Northwestern University, October 1998, (Manuscrito). REYNOSO, Diego: *Distritos y escaños: malaportcionamiento y representación partidaria en perspectiva comparada*, Tesis Doctoral, FLACSO, México 2000. TAAGEPERA, Rein y Matthew SHUGART: *Seats and votes: The effects and determinants of Electoral Systems*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, USA 1989. VALLÉS, Josep M. y Agustí BOSCH: *Sistemas Electorales y Gobierno Representativo*, Ariel, Barcelona 1997 (...)”⁸⁴ (Negrillas originales de la Sala)

2.- *Desconocimiento del principio de organización comicial en representación proporcional a la población en clave federal y su sustitución por representación territorial municipal.* Venezuela es un Estado Federal de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Constitución de 1999.

⁸³ Brewer-Carías, Allan R. *La esquizofrenia constituyente ...* p. 8.

⁸⁴ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 74 de fecha 25-01-2006 (Caso: *Partido político Acción Democrática vs. Consejo Nacional Electoral*).

Adicional a la proclama federal que ha sido parte de nuestra historia constitucional desde 1864, el texto del 99 agrega la coletilla “Descentralizado”, lo cual, debe necesariamente tomar como referencia para una elección nacional, la organización federal como bien lo ha recalcado la Sala Electoral⁸⁵ en el polémico caso de los Diputados del estado Amazonas, así como la propia Sala Constitucional Constituyente⁸⁶.

Primero, debemos tomar como referencia que somos Estado Federal Descentralizado según el texto de la Constitución de 1999, aunque sea en pura nominalidad⁸⁷. Esto no es un mero enunciado que puede dejarse a un lado y por ende ser desconocido por los órganos del Poder Público Nacional. El Decreto N° 2.878 menoscaba y minimiza no sólo el sagrado principio de representación proporcional poblacional, sino el esquema federal venezolano, éste último, interpretado por la Sala Constitucional en los siguientes términos:

“(…) Las Constituciones venezolanas de finales del siglo XIX y del pasado siglo XX (1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1931, 1936, 1945, 1947, 1953 y 1961), dejan de lado el concepto tradicional del municipalismo heredado de España, que era el de la “Autonomía Absoluta” por el de “Autonomía Relativa”, pues al consumarse nuestra emancipación política, las entidades federales han venido suscribiendo las bases de la Unión, habiendo renunciado de este modo al concepto histórico de su autonomía ilimitada (*Vid.* sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Política Administrativa del 2 de diciembre de 1937 y sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena del 13 de noviembre 1989, caso: Heberto Contreras Cuenca).

No se debe olvidar, que los municipios como partes del Estado venezolano, se vinculan con las demás órganos y entes del Estado en relaciones de coordinación, de supra y subordinación e inordinación propios de un Estado Federal (artículos 4, 16 y 185 de la Constitución), sin embargo, este Estado Federal, tiene características propias que la realidad histórica de Venezuela impone, que escapan del clásico concepto de Estado Federal -de conformidad con la doctrina política-, y que refleja un sentimiento que ha estado en toda nuestra historia republicana; por ello la Constitución vigente establece en su artículo 4 “*en los términos consagrados por esta Constitución*”, lo que significa que para entender el significado que la Constitución atribuye al federalismo, hay que recurrir a las otras normas que integran al texto fundamental que lo explican y complementan, de las cuales resaltaba el hecho que los municipios no poseen autonomía ilimitada (...)”⁸⁸ (Cursivas originales de la Sala)

Segundo, la base comicial resalta exclusivamente el número de municipios que posee cada entidad federal, obviando las asimetrías que pudieran materializarse en casos extremos como el estado Táchira, que está conformado por 29 municipios. Al contrario, Lara tiene 9 municipios con un territorio de mayor extensión al Táchira.

⁸⁵ TSJ/Sala Electoral. Sentencia N° 147 de fecha 17-10-2016 (Caso: Erick Alexander Ramírez Trujillo). “(…) Asimismo estima esta Sala que el criterio expuesto por el Consejo Nacional Electoral tiene asidero en principios y valores constitucionales de transcendencia jurídica. En este caso, como se señaló, el criterio asumido por el Consejo Nacional Electoral se corresponde con el particular modelo venezolano de Estado Federal Descentralizado, que se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad, establecido en el artículo 4 de la Carta Fundamental; tomando en cuenta que los estados son entidades federales autónomas e **iguales en lo político** conforme al artículo 159 de la Constitución. (...)” (Negritas de la Sala Electoral, Cursivas nuestras).

⁸⁶ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 09 de fecha 01-03-2016 (Caso: *Gabriela Flores Ynsery y otros*).

⁸⁷ Brewer-Carías, Allan R. ... *Las Constituciones de Venezuela* ... Tomo I, pp. 277-278.

⁸⁸ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 916 de fecha 07-07-2009 (Caso: Municipio Libertador del Distrito Capital y otros vs. Ley Especial del Distrito Metropolitano de Caracas).

Aunado a esta evidente diferencia, debemos sumar que las bases comiciales chocan directamente con el dogma federal previsto en el artículo 159 constitucional:

“(…) Artículo 159. Los Estados son **entidades autónomas e iguales en lo político**, con personalidad jurídica plena, y quedan obligados a mantener la independencia, soberanía e integridad nacional, y a cumplir y hacer cumplir esta Constitución y las leyes de la República (…)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Según las bases comiciales municipalizadas, habría que cuestionarnos si el ejemplo comparado del número de municipios del Táchira frente al estado Lara, tomados como referente para la elección del número de constituyentes, respetan el principio igualitario de las entidades federales vigente en el precepto parcialmente transcrito. Así, podemos forzosamente concluir que resulta usurpador a la voluntad popular, por quebrantar el principio de proporcionalidad poblacional, la base comicial tercera expuesta en el Decreto Presidencial N° 2.878 de fecha 23-05-2017.

7. *Los representantes sectoriales de sectores impuestos por el Presidente de la República. La desfiguración de la universalidad del sufragio*

Si la representación territorial está distorsionada en relación a los principios democráticos y de organización del Estado venezolano, el disparatado andamiaje para la escogencia de los denominados “constituyentes sectoriales” implica una paradoja de corte ideológico. Emulando las reglas del fascismo histórico italiano (CÁMARA DE LA FASCIO Y DE LA REPRESENTACIÓN), español (REGLAS DE LOS TRES TERCIOS MUNICIPALES) Y CHILENO (SENADORES INSTITUCIONALES), el totalitarismo criollo no se queda atrás⁸⁹.

La base comicial segunda del Decreto N° 2.878 establece:

“(…)

SEGUNDO.- La Asamblea Nacional Constituyente estará integrada por trescientos sesenta y cuatro (364) miembros escogidos territorialmente; ocho (8) electos por los pueblos indígenas; se elegirán también Constituyentes Sectoriales cuyo número se obtendrá del cociente entre el registro electoral de cada sector y el factor obtenido para calcular las y los Constituyentes Territoriales, **esto es una o un (1) Constituyente Sectorial por cada ochenta y tres mil (83.000) electores del registro electoral sectorial**. La Asamblea Nacional Constituyente tendrá una conformación unicameral y solo se elegirán representantes principales (…)” (Negrilla y subrayado nuestro)

La base contempla una contradicción tanto a nivel terminológico como a nivel semántico. A *nivel terminológico* nos indica que estos representantes saldrán de los “sectores” a los que hace referencia el propio decreto. Los mismos son: 1) Trabajadores, 2) Campesinos, 3) Los Estudiantes, 4) Personas con discapacidad, 5) Pueblos Indígenas, 6) Pensionados, 7) Empresarios, 8) Comunas y Consejos Comunales. Si revisamos con cuidado allí no hay sólo sectores sino organizaciones de base territorial como las Comunas y los Consejos Comunales, a lo que Brewer-Carías considera incomprensible⁹⁰. En lo que respecta a *la semántica*, el Decreto de las bases comiciales parece reconocer sus contradicciones, para ello, cuando se aborda ¿cuáles serían los sectores que conforman a los trabajadores?, se interpreta la base comicial con otra base comicial, específicamente, la quinta:

⁸⁹ Sobre las patologías totalitarias en Venezuela, véase Brewer-Carías, Allan R. *Estado totalitario y desprecio a la ley*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, 534 pp.

⁹⁰ Brewer-Carías, Allan R. *La esquizofrenia constituyente* ... p. 9.

“(…)

QUINTO.- El Consejo Nacional Electoral deberá solicitar los registros de los sectores a las instituciones oficiales, gremios y asociaciones, debidamente establecidos. La información correspondiente al sector de las trabajadoras y trabajadores deberá solicitarla de acuerdo a los tipos de actividad laboral:

- a. Petróleo
- b. Minería
- c. Industrias Básicas
- d. Comercio
- e. Educación
- f. Salud
- g. Deporte
- h. Transporte
- i. Construcción
- j. Cultores
- k. Intelectuales
- l. Prensa
- m. Ciencia y Tecnología
- n. Administración Pública (...)

De esta forma, semánticamente el concepto de trabajador se direcciona hacia espectros de la masa laboral de 14 sub-sectores, dejando por fuera otros y sólo tomando en cuenta aquellos donde el único empleador es precisamente el Estado venezolano (*vgr.* Pdvsa, Pequiven, Ferrominera, Venalum, Sidor, etc.). La base Comicial introduce un *cociente* que ni existe en la Constitución de 1999 ni en la legislación electoral vigente. No se sabe cuál es el fundamento que inconstitucionalmente el Decreto N° 2.878 asumió para crear de la nada un cociente de 83.000 electores sectoriales por cada constituyente de esta categoría. Los cocientes electorales son elementos para calcular el número preciso de representantes en órganos colegiados, es decir, el cociente es el número exacto de electores representados por cada escaño. Ahora bien, en la base comicial se introduce un número arbitrario de 83.000 electores sectoriales por cada constituyente, que, para llegar a este número cerrado, debería conocerse el universo electoral de todos los sectores, que visto el desorden característico de las dependencias públicas, resulta casi imposible saber a ciencia exacta cuáles son todos los venezolanos registrados. Ni siquiera la data del Seguro Social se encuentra completa o precisa.

IV. LAS PARADOJAS DE LA AUTOPOIESIS: LA AUTODESTRUCCIÓN Y LA DESTRUCCIÓN DE LOS LÍMITES DEL SISTEMA ¿CÓMO PUDIERA LA SALA CONSTITUCIONAL DESTRUIR A LA SALA CONSTITUCIONAL CONSTITUYENTE?

Una de las características paradójicas de la autopoiesis, está relacionada con los mecanismos de autodestrucción insertos dentro de su hábitat. Al consentir que el objetivo es proteger el sistema cerrado, cualquier movimiento en falso de sus componentes, incitan para que otros activen los dispositivos autogarantistas. Nunca desde fuera del sistema encontraríamos la forma de dismantelar el entramado autopoietico, a menos que contemos con componentes de las Fuerzas Armadas que inclinen una solución nada democrática.

Es por ello que desde el principio de la crisis constitucional no haya sido fortuito que la ciudadana Fiscal General de la República formulara los reparos en los términos señalados *ut supra*, al momento de publicarse las sentencias 155 y 156 de marzo de 2017 de la Sala Constitucional Constituyente. Y esas palabras que tan sólo tomaron unos pocos segundos fueron suficientes para desnudar el cariz totalitario del gobierno de Nicolás Maduro Moros.

El 1º de junio, la propia Fiscal General de la República se trasladó al TSJ a los efectos de interponer un escrito solicitando la aclaratoria de la sentencia 378/2017, publicada el día anterior. En las declaraciones ofrecidas en las afueras del Tribunal, fue enfática en denunciar que el citado fallo había quebrado el principio de la progresividad de los derechos humanos, calificándolo como un “*retroceso en esa materia*”⁹¹. En sus argumentaciones hizo comparaciones con el proceso constituyente de 1999, señalando que éste fue producto de sendos procesos de participación y consulta a través de referendos, mientras que la convocada por Nicolás Maduro, aquéllos se reducen a su mínima expresión. También destacó que es importante diferenciar entre los términos “convocatoria” e “iniciativa de convocatoria”, porque de ser asumido como lo entiende la sentencia 378/2017, *el pueblo tendría menos posibilidades frente a los poderes constituidos para convocar una Asamblea Nacional Constituyente*.

La respuesta autopoiética no se hizo esperar. El 07-06-2017, la Sala responde la solicitud de aclaratoria inadmitiéndola⁹², alegando meras argucias procesales lo que motivó a la jefa de la vindicta pública la interposición de un recurso contencioso-administrativo electoral con amparo cautelar, haciendo un llamamiento a todos los venezolanos para que se adhieran al mismo. Lamentablemente, la Sala Electoral, inmiscuyéndose en el fondo de la controversia planteada, decide inadmitir el recurso⁹³ alegando inepta acumulación de pretensiones, curiosamente, alegando artículos de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que en nada se refieren a la acumulación inepta. Ante esta nueva negativa, anunció que solicitará la nulidad de las designaciones de los magistrados del TSJ efectuada en diciembre de 2015, por no cumplirse los requisitos que deben extremarse para ocupar la más alta magistratura judicial venezolana.

El comportamiento de la Fiscal General de la República funge como una suerte de ariete para perforar el casco protectorio autopoiético del gobierno, y así todos los que hemos sido excluido por el sistema, podamos confrontar electoralmente en igualdad de condiciones.

La segunda paradoja la encontramos con el contenido del Decreto Presidencial N° 2.889⁹⁴, que supuestamente complementa la propuesta de Bases Comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente contenidas en el Decreto N° 2.878 de fecha 23-05-2017. El artículo único indica:

“(…) **Artículo Único: Se exhorta** a la Asamblea Nacional Constituyente, convocada mediante el Decreto N° 2.830, de fecha 01 de mayo de 2017, la cual será constitucional y democráticamente electa en los comicios que regirá el Consejo Nacional Electoral el 30 de julio de 2017, a que, el proyecto de Constitución que se redacte en su seno, **sea sometido a referéndum aprobatorio popular**, en los términos establecidos en el artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para garantizar el ejercicio pleno de la soberanía

⁹¹ http://www.ministeriopublico.gob.ve/web/guest/buscador/-/journal_content/56/10136/16662438

⁹² TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 441 de fecha 07-06-2017 (Caso: *Fiscal General de la República. Aclaratoria de la sentencia N° 378/2017*).

⁹³ TSJ/Sala Electoral. Sentencia N° 67 de fecha 13-06-2017 (Caso: *Fiscal General de la República vs. Consejo Nacional Electoral*).

⁹⁴ Publicado en Gaceta Oficial, extraordinario, N° 6.303 de fecha 04 de junio de 2017.

de las venezolanas y los venezolanos, consolidando así nuestra democracia participativa y protagónica, y en consecuencia, la paz, el desarrollo y la independencia de la patria bolivariana (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

¿Cuál referéndum aprobatorio si la ANC, una vez instalada, puede decidir soberanamente si lo acata o no? El Presidente de la República busca, ante las presiones de la calle, otorgarle un barniz democratizador al proyecto de Constitución que sea sancionado por la ANC. Por ello el artículo no indica “se ordena” sino el desventurado término “se exhorta” a la ANC para que sea benevolente y someta “su” Constitución a un referéndum. Responsablemente podemos afirmar que esta *ampliación* no es más que una burla para los que nos encontramos excluidos de la autopoiesis, pero, una *graciosa concesión* para quienes forman parte del sistema autopoietico.

Para todo aquel que haya sido formado o no dentro del constitucionalismo, con profundo arraigo democrático, la ANC abierta y fundamentada por el juez constituyente no puede materializarse. De hacerlo, pronto tendríamos una Venezuela parecida a la siguiente narración:

“(…) Se trata del duelo entre dos contrincantes muy desiguales: un Estado tremendamente poderoso, fuerte y despiadado, y un individuo particular pequeño, anónimo y desconocido. Este duelo no se desarrolla en el campo de lo que comúnmente se considera la política; el particular no es en modo alguno un político, ni mucho menos un conspirador o un “enemigo público”. Está en todo momento claramente a la defensiva. No pretende más que salvaguardar aquello que, mal que bien, considera su propia personalidad, su propia vida y su honor personal. Todo ello es atacado sin cesar por el Estado en el que vive y con el que trata, a través de medios en extremo brutales, si bien algo torpes.

Dicho Estado exige a este particular, bajo terribles amenazas, **que renuncie a sus amigos, que abandone a sus novias, que deje a un lado sus convicciones y acepte otras preestablecidas, que salute de forma distinta a la que está acostumbrado, que coma y beba de forma distinta a la que le gusta, que dedique su tiempo libre a ocupaciones que detesta, que ponga su persona a disposición de aventuras que rechaza, que niegue su pasado y su propio yo y, en especial, que, al hacer todo ello, muestre continuamente un entusiasmo y agradecimiento máximos** (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)⁹⁵

⁹⁵ Haffner, Sebastián. *Historia de un alemán. Memorias 1914-1933. (Traducción de Belén Santana)*. Ediciones Destino, Barcelona, 2009, pp. 11-12.