

# *La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución Venezolana de 1999: Un método de reforma constitucional, nada más, nada menos*

Jorge Kiriakidis  
Abogado

*“Artículo 145. Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido, puede atribuirse la soberanía de la sociedad, que es imprescriptible, inajenable e indivisible en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquiera función pública del gobierno, sino la ha obtenido por la Constitución.”*  
(Constitución Federal de 1811)

**Resumen:** *El artículo da una revisión al ordenamiento constitucional venezolano vigente para aclarar la naturaleza y funciones de la Asamblea Nacional Constituyente y con ello contribuir a desmitificar este órgano.*

**Palabras Clave:** *Asamblea Nacional Constituyente, Soberanía, Pueblo, Constitución, Democracia Participativa, Modificación de la Constitución.*

**Abstract:** *The article gives a revision to the current constitutional order in Venezuela to clarify the nature and functions of the National Constituent Assembly and thereby contribute to demystify this entity.*

**Key words:** *National Constituent Assembly, Sovereignty, People, Constitution, Participatory Democracy, Modification of the Constitution.*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES DE CARA A INTERPRETAR CORRECTAMENTE EL ALCANCE DE LAS NORMAS QUE SE REFIEREN A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y SU NATURALEZA
- III. LO QUE NO DICE Y LO QUE DICE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE
  1. *Lo que no dice la Constitución sobre la Asamblea Nacional Constituyente.* A. La Asamblea Nacional Constituyente no es “el Pueblo”. B. La Asamblea Nacional Constituyente no es “titular de la soberanía”. C. La Asamblea Nacional Constituyente no es “depositario del Poder Constituyente” ni “Poder Constituyente”. D. La Asamblea Nacional Constituyente no es un órgano excluido del ordenamiento jurídico o de la Supremacía Constitucional. E. La Asamblea Nacional Constituyente no es un poder suplantador de los poderes constituidos. F. La Asamblea Nacional Constituyente no “dicta” una nueva Constitución. 2. *Lo que dice la Constitución sobre la Asamblea Nacional Constituyente*
- IV. CONCLUSIÓN

## I. INTRODUCCIÓN

Las Asambleas Constituyentes irrumpen en la historia de la mano de las ideas de Constitución, Estado de Derecho, Derechos del Hombre y Soberanía Popular, en momentos en que

de lo que se trataba era de reaccionar frente al *Antiguo Régimen* –la Monarquía Absoluta– oponiendo a la idea de *poder absoluto* la de *poder limitado y sometido al derecho*.

Irrumpen en medio de circunstancias de hecho, de facto, al margen del orden preexistente, y en eso no se distancian mucho de lo que –hasta su aparición– fue la dinámica de la toma del poder a lo largo de toda la historia de la antigüedad.

Sin embargo, y he aquí lo que hace diferentes a estos procesos de todos aquellos que les precedieron en la historia (y lo que permite señalarlos como originales y originarios), es que –acompañados de un pensamiento político y filosófico racionalista– dispusieron el establecimiento de un nuevo orden –normativo– que no sólo pretendía regular las relaciones entre los particulares, además, ahora, le reconocía a las personas derechos inherentes y soberanía, y además, **sometía al gobierno y los gobernantes a ese mismo orden**. Es decir, el *después* que sigue a estos procesos supone un orden que somete a derecho al poder, a diferencia de lo que hasta entonces ocurrió, que derecho y poder se confundían, y por ello, el poder estaba exento de regulación (era soberano, era absoluto).

Es en este *momento inicial*, verdaderamente *fundacional* del Estado Constitucional y de Derecho y del ordenamiento jurídico, antes del cual, o bien no existía el Estado o bien el Estado de cosas anterior no respondía a las ideas de Estado de Derecho, separación de poderes, prevalencia de los derechos humanos, soberanía popular y Constitución, en el que se hace presente lo que TULLIO ÁLVAREZ denomina “*la Fuerza Constituyente Inicial*”<sup>1</sup>.

Aquella –“la Fuerza Constituyente Inicial” a la que otros se refieren como “Poder Constituyente Originario”– “actúa en el momento de formación de un nuevo Estado bajo las siguientes características: (i) La destrucción de la estructura política produce un vacío que hace indispensable la creación de un modelo que se corresponda con las nuevas realidades; (ii) No existe regulación de cómo se debe adelantar el proceso de conformación constitucional; (iii) Se produce la búsqueda del elemento legitimador en la voluntad popular como fuente fundamental del poder; (iv) Se da una manifestación absoluta de poder más por falta de precedente regulatorio que por el hecho de una elaboración conceptual.”

En esos momentos convulsos en los que se invoca al Poder Constituyente Originario, no hay legitimación jurídica u ordenamiento en vigor, no hay –igualmente– un gobierno legítimo (pues no se cuenta ni con la legitimidad que pueda dar el creador supremo o la que pro venga del Pueblo luego de un proceso electoral), y de allí que es razonable que, cuando menos provisoriamente, la construcción del orden, el establecimiento de un nuevo Estado y la conducción del mismo (el gobierno) sea asumido (directa o indirectamente) por el mismo órgano, uno que se diga –o que sea– **representante** del Pueblo Soberano. Ese órgano es la Asamblea Constituyente inicial o fundacional (justamente porque es la “primera” luego de ese momento inicial o fundacional), **que, aun en ese momento, no es “el Poder Constituyente”, es tan solo un órgano al que se le atribuyen unas funciones** (entre las que destaca establecer el nuevo ordenamiento jurídico al que todo, ella incluso, se va a someter) **temporales, y cuyos resultados deben ser sometidos al escrutinio y la aprobación del Pueblo** (que es, en definitiva, el único Poder Constituyente, y titular de la soberanía).

De modo que, ni siquiera en el momento fundacional es posible entender que el órgano que discute y escribe la Constitución, y al que se denomina Asamblea Constituyente, es el

---

<sup>1</sup> Álvarez, Tulio. “El declive de la Teoría del Poder Constituyente”. *LOGOI Revista de Filosofía* Nº 21, 2015, pp. 161-180.

depositario del poder constituyente y la soberanía<sup>2</sup>. Por el contrario, aun cuando –por razones coyunturales– sea un órgano que concentra el poder y lo ejerza virtualmente sin límites aparentes, aquel no es más que un delegatario, un encargado temporal, de quien si es soberano y en definitiva constituyente: el Pueblo. Así, aún en el momento inicial, donde la asamblea –esa Asamblea Constituyente– concentra incluso el poder de gobierno y no encuentra límites formales en un ordenamiento que ya no existe, aun entonces, no es un poder soberano, pues el titular de la soberanía y del poder constituyente es un cuerpo enteramente distinto, conformado por la universalidad de los habitantes del territorio que se pretende instituir como Estado independiente.

A esto debe sumarse que, luego de la aparición de los Estados Constitucionales de Derecho, y de la expansión del constitucionalismo, es imposible concebir un poder ilimitado y no sujeto a reglas, ni tan siquiera el propio Poder Constituyente Originario (que no es otro que el Pueblo votando para aprobar una Constitución) escapa de los límites que suponen los derechos humanos. Y es que, como dice SANQUÍRICO PITTEVIL, “(...) *el Poder Constituyente es Originario por el resultado que se obtiene del ejercicio de su función, más no de la ausencia de norma que lo pueda determinar*”<sup>3</sup>. Pensar lo contrario es equipararse de planto al pensamiento absolutista o autoritario contra el que, en su momento, reacciono la humanidad, y olvidando lo avanzado en los últimos doscientos años de pensamiento jurídico, toda vez que “en un Estado Constitucional no hay poder absoluto”<sup>4</sup>.

Luego de esos *momentos fundacionales* de los Estados Constitucionales de Derecho, se ha invocado al Poder Constituyente en diversas ocasiones, a veces simplemente para cambiar el texto de la Constitución, pero en otras ocasiones se lo invoca para emular –indebidamente– el momento fundacional y romper, sin derramar mucha sangre (porque la experiencia demuestra que siempre alguna cantidad de sangre se derrama en estos eventos), los límites que le imponen al poder el ordenamiento jurídico (la Supremacía Constitucional, la separación de poderes, la reserva legal, los derechos humanos etc.).

Ahora bien, el asunto es que, agotado ese momento primigenio de instauración de un orden constitucional que estatuye al Estado y limita el poder, en donde se destierra la idea del poder ilimitado y se instaura la idea de “imperio de la ley” y de la legalidad, ya no es posible –no desde la óptica del Constitucionalismo y el derecho constitucional– regresar.

Aquello no supone afirmar que, luego de establecida lo que podríamos denominar “la Primera Constitución” ese texto no pueda sufrir modificaciones –pequeñas o mayúsculas–. Sin dudas ese texto constitucional puede ser modificado (por los canales que el mismo pre-

<sup>2</sup> Sobre la distinción entre las nociones de Soberanía y Poder Constituyente, sostiene Sanquírigo Pittevil, Fernando (en *Las facultades (i) limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la República*. En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos N° 119, EJV, Caracas 2017, pp. 365-368) que “*Existe, sin lugar a dudas una estrechez entre los conceptos Soberanía Popular y Poder Constituyente; pero bajo ningún concepto debe admitirse su equiparación. Básicamente la distinción de los conceptos radica en la titularidad de la Soberanía y, una de las formas en que se puede manifestar esa Soberanía, la cual es el Poder Constituyente.*”

<sup>3</sup> Sanquírigo Pittevil, Fernando. *Las facultades (i) limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la República*. *Op. cit.* pp. 3675-368.

<sup>4</sup> Prats, Eduardo J. “El Poder Constituyente de Sieyes a Maduro”. En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos N° 119. EJV. Caracas. 2017. pp. 19.

vé<sup>5</sup>). De lo que se trata es que luego de estatuido un Estado, y establecido un ordenamiento jurídico constitucional que somete todo el ejercicio del poder a derecho (la Constitución incluida), no es posible pretender sustituir los órganos “constituidos”, que ejercen un “poder limitado por el derecho”, por órganos –un órgano de gobierno– con poderes ilimitados, so pretexto de ejercer, en nombre del Pueblo, la soberanía.

Y así, es crucial entender –para no caer en la trampa del neo autoritarismo– que una cosa es el poder constituyente –fuerza o facultad– del que es titular exclusivo el Pueblo, y otra muy distinta son los órganos a los que el Pueblo puede encomendar la tarea de modificar la Constitución, con independencia al nombre que se dé a esos órganos, o si aquellos son órganos permanentes u órganos *ad hoc* (especialmente creados para emprender el proceso de modificación).

Sobre esto volveremos más adelante, pero desde ya debe advertirse que para el constitucionalismo (así como para la Constitución venezolana de 1999), preexistiendo un Estado Constitucional de Derecho, la llamada a una Asamblea Constituyente se limita a un mecanismo para emprender una modificación del texto de la Constitución, nada más, y nada menos. No se trata, en modo alguno, de un sistema de sustitución y suplantación de los órganos del Estado (vamos a llamarlos “constituidos”) y de sus funciones. No se trata, en fin, de un mecanismo o forma de gobierno sustitutivo del previsto y reglamentado por la propia Constitución cuya modificación se emprende.

Justamente el propósito de estas notas es darle una mirada a esa Asamblea Nacional Constituyente que, por encargo del Pueblo Soberano, emprende una profunda revisión del texto constitucional, tal y como la misma está regulada en la Constitución venezolana de 1999.

Para ello, haciendo abstracción –en esta ocasión – de lo que ha dicho, no solo equivoca-da sino además inconstitucionalmente, una Sala Constitucional<sup>6</sup> de legitimidad cuestionable<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Aquí es importante anunciar que en nuestro país primero la Corte Suprema, y ahora la Sala Constitucional, parecen entender esto de otro modo. Para estos tribunales la Constitución (por lo menos el texto constitucional) puede soportar formas de modificación distintas a las que su propio texto prevé. Antes (la Corte Suprema) lo aceptó invocando el poder constituyente originario, justificando así, en su momento, la convocatoria a una Asamblea Constituyente no prevista en la Constitución de 1961, ahora, (la Sala Constitucional), no ha tenido el menor reparo en constituirse a sí misma en “constituyente permanente”, corrigiendo expresamente al constituyente y alterando o contradiciendo abiertamente el texto de la Constitución.

<sup>6</sup> En efecto, no haremos referencia en este trabajo a los criterios expresados por la Sala Constitucional tanto en la decisión Nº 378 del 31/05/2017 como en la decisión Nº 455 de fecha 12/06/2017, y por las que la aludida Sala establece que como la Constitución de 1999 no prevé expresamente, en el caso de la reforma integral del texto constitucional que se emprende mediante Asamblea Nacional Constituyente, la consulta popular vía referéndum, tal consulta no es necesaria. Y no lo es –según la Sala– ni de cara a convocar a la Asamblea (cuando el Presidente ejerce su “iniciativa”, y con lo que la Sala identifica la “iniciativa” con la “convocatoria”), ni de cara al resultado final del proceso de elaboración del nuevo texto de la Constitución. No haremos análisis o referencia a esos fallos pues pretendemos referirnos a ellos en otro trabajo, no obstante, debemos adelantar que lo sostenido en esos fallos es totalmente contrario a lo que se sostiene en este trabajo.

<sup>7</sup> Debe recordarse que una parte de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, y muy especialmente 3 principales y 4 suplentes de la Sala Constitucional, fueron renovado por la Asamblea Nacional de mayoría gubernamental tan solo unos días antes de la cesación de sus funciones en diciembre de 2015, en medio de un proceso plagado de irregularidades, en el que no se cumplió con los más simples principios del proceso previsto en el ordenamiento jurídico. Y así en 2017, luego

(pues de ese asunto tendremos que disertar en otra ocasión), nos dedicaremos a leer –sin mucho afán interpretativo– lo que expresamente dice el texto de la Constitución. Ya que en este tema las normas de la Constitución son claras y no dan –en contra de lo que sostienen quienes la violan– margen interpretativo alguno. De lo que se trata –como siempre– es que para entender el diseño constitucional –y en particular el de la Asamblea Nacional Constituyente– lo que se debe hacer es leer, saber leer y leer todo, lo que dice la Constitución.

Esa lectura que proponemos, para indagar sobre el diseño constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente – que no solo nos permitirá conocer lo que la Constitución dice sino además nos permitirá hacernos un juicio sobre lo que en Venezuela está ocurriendo y que el gobierno llama “Asamblea Nacional Constituyente”<sup>8</sup> –la haremos en dos (2) bloques, el primero (i) está integrado por normas que establecen algunos de los principios generales del constitucionalismo y el Estado Constitucional de Derecho, que no solo explican el funcionamiento del diseño constitucional en general, sino que además permiten la lectura correcta del resto de las previsiones constitucionales. No solo son mandatos en sí mismos considerados, son, además, las claves de la correcta interpretación constitucional, ya que permiten no solo entender lo que dice la Constitución, sino que además permiten juzgar la constitucionalidad de las interpretaciones que se hayan podido hacer de la Constitución. El segundo (ii) reúne, de una parte (1) una serie de normas que permiten entender lo que no es, según la Constitución de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente. Puede parecer impertinente –y puede serlo– salir a la pesca de todo lo que en la Constitución no se refiere a la Asamblea Constituyente, pero no se trata de eso, de lo que se trata es de aclarar conceptos, atribuciones, o cualidades que “el rumor público” le atribuye a la Asamblea Constituyente, que según la Constitución de 1999 le pertenecen o son propios de otros órganos del Estado. Y luego (2) se dedica a observar lo que si dice la Constitución sobre la Asamblea Constituyente y su naturaleza.

---

de reconocer –en ejercicio de la autotutela que ese mismo tribunal supremo ha “reconocido” poseen los entes que realizan procesos de designación de jueces y magistrados– las irregularidades del proceso, la Asamblea en funciones adelantó nuevamente el proceso de selección para la renovación de las vacantes incorrectamente suplidas, y procedió a la designación y juramentación (en julio de 2017) de aquellos magistrados. Vale señalar que al día de hoy ninguno de los designados y juramentados magistrados ha podido ingresar a la sede del TSJ siendo que en su totalidad son hoy perseguidos por las instancias gubernamentales.

<sup>8</sup> Aun cuando para los venezolanos de hoy es un “hecho notorio”, es bueno aclarar, para cuando esto sea solo un recuerdo o para quienes leen desde otras latitudes, que en Venezuela a mediados del año 2017 –en medio de una terrible crisis de gobernabilidad– el Presidente de la República emprendió, apoyado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, un proceso de reforma de la Constitución mediante Asamblea Nacional Constituyente, sin consultar antes al titular de la Soberanía y Poder Constituyente Originario (el Pueblo) sobre el inicio o no del proceso. La Editorial Jurídica Venezolana recopiló una serie de estudios de diversos autores –que se cita en este trabajo insistentemente– titulado Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente (Colección Estudios Jurídicos, N° 119, EJV, Caracas 2017) que se puede consultar en el siguiente enlace: <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/08/ESTUDIOS-SOBRE-LA-ASAMBLEA-NACIONAL-CONSTITUYENTE-2017-CON-PORTADA.pdf>. De manera unánime la mejor doctrina venezolana insiste en señalar que ese ha sido un proceso irregular y algunos le denominan un “gran fraude” (Brewer, Allan. “La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 2017 como una muestra más de desprecio a la Constitución”. En *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente*. Colección Estudios Jurídicos. N° 119, EJV. Caracas. 2017. pp. 33) o simplemente como un “fraude constitucional” (Hernández, José I. “La Ilegítima y fraudulenta convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente ciudadana”. En *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente*. Colección Estudios Jurídicos, N° 119. EJV. Caracas 2017, pp. 309).

Con la lectura de estas normas, así agrupadas en tres bloques, esperamos dar las herramientas suficientes para poder entender que es y que no es la Asamblea Nacional Constituyente a que se refiere la Constitución de 1999.

## II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELEVANTES DE CARA A INTERPRETAR CORRECTAMENTE EL ALCANCE DE LAS NORMAS QUE SE REFIEREN A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y SU NATURALEZA

Cuatro principios resultan esenciales para luego emprender la correcta lectura de las normas que establecen y regulan la Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución venezolana de 1999 (debe quedar claro que no se trata de los *únicos principios*, sino de aquellos que a nuestro juicio resultan esenciales de cara al entendimiento de las normas constitucionales referidas a la Asamblea Nacional Constituyente), el primero de ellos es un principio vinculado a la esencia misma del constitucionalismo, el principio de Supremacía Constitucional y el carácter normativo de la Constitución. Los otros tres, legalidad, separación de poderes y democracia participativa, son principios vinculados al modo en cómo se estructura el Estado Constitucional de Derecho.

En efecto, la Constitución establece, porque es su función, un orden, y se trata de uno determinado, que, si bien admite grados de amplitud, pues las normas constitucionales son especialmente amplias o abstractas, no es menos cierto que está perfectamente definido y limitado en sus contornos por los principios. Y es que justamente los principios –que no por ello dejan de ser normas con entidad propia– son elementos que permiten interpretar correctamente el orden que la Constitución supone, ya que si bien las normas constitucionales poseen un ámbito de abstracción que les hace prevalecer regulando la realidad cambiante. En suma, los principios son los elementos que permiten darle una correcta concreción a lo abstracto y darle coherencia al ordenamiento evitando los relativismos.

Así, es importante, al hablar de un instituto de naturaleza constitucional, comenzar por revisar los principios que rigen el sistema constitucional en vigor, y que permitirán, luego al revisar las normas que específicamente se refieren a él, entenderlo correctamente en un orden más complejo, que es en definitiva el orden constitucional.

Por eso es que ahora comenzamos por referirnos a esos cuatro (4) principios constitucionales.

### 1. Supremacía constitucional y el carácter normativo de la constitución

La Constitución venezolana de 1999 –siguiendo además con ello una tradición formal presente desde el primer texto constitucional venezolano, el de 1811<sup>9</sup>– afirma su carácter jurídico normativo y su preeminencia sobre todo el ordenamiento y los órganos del Estado, como producto primordial del ejercicio directo de la soberanía por parte de los ciudadanos a los que, agrupados como cuerpo se les denomina “el Pueblo”. Así, en su artículo 7 textualmente dispone:

*“La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.”*

<sup>9</sup> “Artículo 227. La presente Constitución, las leyes que en su consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión, serán la ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación y las autoridades y habitantes de las Provincias, estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa, ni pretexto alguno; pero las leyes que se expidieren contra el tenor de ella, no tendrán ningún valor, sino cuando hubieren llenado las condiciones requeridas para una justa y legítima revisión y sanción.”

La declaración, aun cuando sencilla es más precisa que nuestro más remoto antecedente patrio, el artículo 227 de la Constitución de 1811, e incluso más clara que la declaración que al respecto contiene el número 1 del artículo 9 de la Constitución Española<sup>10</sup> (que sin dudas influyó a algunos de los Constituyentes que trabajaron en la redacción del texto de 1999). Al texto del artículo 7 de la Constitución venezolana de 1999 no le sobra ni le falta nada.

1.1. En primer lugar, afirma que la Constitución es “norma” y no cualquiera sino norma “jurídica” (pues es fundamento del “ordenamiento jurídico”), y así la Constitución se reconoce a sí misma como parte del ordenamiento jurídico, como derecho, o si se prefiere, como *fuerza de derecho*. Esto supone que ella no contiene simples declaraciones de principio, o anhelos, sino que por el contrario contiene mandatos obligatorios que se aplican y alcanzan a todos, particulares y órganos.

La Constitución alcanza (“sujeta” como dice la segunda parte del artículo 7) a todo y todos (“Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”<sup>11</sup>), con lo que se destierra la concepción europea de principios de siglo XX según la cual la norma constitucional estaba dirigida al Parlamento (encargado de interpretarla mediante leyes, estas últimas, únicas normas dirigidas a las personas). Asunto que sin dudas le restaba el carácter verdaderamente jurídico (de norma jurídica) a los contenidos constitucionales.

Y la Constitución alcanza a todo y a todos pues, de un lado, reconoce los derechos fundamentales de las personas (la Constitución los llama “derechos humanos”<sup>12</sup>) que son inherentes y pertenecen a todas las personas, y del otro, estatuye, faculta y limita la actuación de los órganos del Poder Público<sup>13</sup>.

Esta declaración –la del carácter de *norma jurídica*– supone que los contenidos constitucionales son obligatorios, y por ello si no se cumplen voluntariamente, un órgano estatal preestablecido, un tribunal, impondrá –asegurará– su cumplimiento. Tal es el sentido del encabezado del artículo 334 de la Constitución cuando dispone que: “Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de la Constitución”. Así, la Constitución es norma jurídica que alcanza a todos y a todo, y que aplican los jueces.

Además, el incumplimiento de lo pautado en la Constitución, justamente porque de lo que se trata es del incumplimiento de normas jurídicas, acarrea consecuencias jurídicas –más allá de la imposición obligatoria que puede hacer el juez– y estas consecuencias son, tanto la nulidad de los actos que se cumplen al margen o incumpliendo los mandatos normativos constitucionales, y la responsabilidad de los autores (órganos o personas) de tales actos.

---

<sup>10</sup> “Artículo 9. 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. (...)”

<sup>11</sup> Parte final del citado artículo 7 de la Constitución venezolana de 1999.

<sup>12</sup> “Artículo 19.- El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.”

<sup>13</sup> “Artículo 137.- Esta Constitución y la ley define las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”

Y la Constitución no deja esto a la interpretación, lo afirma de manera rotunda cuando señala (artículo 25)”. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”, e igualmente cuando, luego de afirmar que es ella la que define las atribuciones de los órganos del Poder Público, establece que (artículo 138) “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”. Y sobre la responsabilidad señala –entre otros– que: “El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley” (artículo 139); “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

Pero el artículo 7 no sólo caracteriza a las normas constitucionales como “jurídicas”, las caracteriza como “supremas” (es decir, por encima de todo) y “fundamentales” o “fundacionales” (es decir, base y origen) de todo el ordenamiento jurídico. La afirmación evoca, no sin razón, la frase que Juan atribuye a Dios en el Libro de las Revelaciones (Apocalipsis 21:6): “Yo soy el Alfa y la Omega, el principio y el fin.” Y es que no se trata de retórica, cada uno de esos términos le asignan a la regulación normativo jurídica que contiene el texto constitucional, unos atributos y unas consecuencias perfectamente claros.

1.2. Al afirmarse como norma fundacional del ordenamiento jurídico (“*La Constitución es (...) fundamento del ordenamiento jurídico*”), la Constitución se reconoce a sí misma la condición de *fuerza de las fuentes* del derecho, esto es, reconoce y anuncia su condición de instrumento que establece formalmente los procedimientos a través de los cuales se genera el ordenamiento jurídico en Venezuela. Lo anuncia así en el artículo 7 pero luego la Constitución dedica muchas de sus normas a regular la producción del derecho, y concretamente, la Constitución regula el procedimiento para la formación de las leyes (artículos 202 al 218); el procedimiento para que el Presidente dicte Decretos con Fuerza de Ley (artículo 236 ordinal 8<sup>vo.</sup>); el procedimiento para la declaratoria de estados de excepción (artículos 236, numeral 7<sup>mo.</sup>, 336 ordinal 6<sup>to.</sup> y 337 al 339); para la producción de reglamentos (artículo 236, numeral 10<sup>mo.</sup>) y el procedimiento para la producción de “*interpretaciones [judiciales] sobre el contenido y alcance de normas y principios constitucionales (...) vinculantes para (...) los tribunales de la República*” (artículo 335 segundo párrafo).

Además, ese carácter fundacional de todo el ordenamiento invita a los jueces, a todos los jueces del poder judicial, a interpretar y aplicar el ordenamiento, todo entero, conforme a la Constitución. Este segundo aspecto del carácter fundacional del ordenamiento que posee la Constitución, y que complementa su naturaleza de norma jurídica, establece una regla general de interpretación y aplicación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución. A este aspecto se ha referido tanto la doctrina como la jurisprudencia –no solo en Venezuela sino en el mundo– al hablar de las *interpretaciones constitucionalizantes* del ordenamiento, con las que se pretende evitar el eventual vacío que puede generar la abrogación de normas que admiten por lo menos una interpretación conforme a la Constitución.

El procedimiento de tales interpretaciones supone enfrentar un texto legal del que surjan diversas normas, algunas de las cuales resultan abiertamente inconstitucionales, y en esta operación se descartan aquellas posibilidades contrarias a la Constitución y solo se admiten como existentes y válidas las normas –las interpretaciones normativas– que no hieran y por el contrario se ajusten a los parámetros constitucionales. Así, el juez no está *legislando* simplemente está salvando las normas constitucionalmente conformes que surgen de un texto del que también pueden surgir –por vía interpretativa– normas inconstitucionales. Evitando con ello una desaplicación o una anulación del texto legal, según sea el caso.

Sobre la operatividad de la interpretación constitucionalizante o interpretación conforme, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene:

*“El origen del principio que impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento está en el proceso de constitucionalidad de las leyes: antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha ley con la Constitución (...) una verdadera “presunción de constitucionalidad de las leyes”, que no es la simple afirmación formal de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que pueda permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea “razonablemente posible”, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales”.*<sup>14</sup>

Valga ahora señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolana le da a la noción de “interpretación constitucionalizante” del ordenamiento, un alcance enteramente distinto al antes descrito, pues lo utiliza para justificar una curiosa facultad de “legislar” agregando causales o incidencias que no existen en textos legales (vg. Sentencias 868 de fecha 08/07/2013 y sentencia N° 446 del 15/05/2014). Pero hay que decirlo, tal proceder es, desde todo punto de vista, un error, que obedece a la ya vieja<sup>15</sup> –e inconstitucional– tendencia de la Sala Constitucional venezolana de erigirse en legislador positivo, sin que en la Constitución haya texto o norma que la habilite para tal cosa.

En fin, ese carácter fundacional que tienen las normas constitucionales, impone a los operadores jurídicos y muy especialmente a los jueces, el deber de interpretar todas las normas infraconstitucionales conforme al contenido de la Constitución, y hasta donde sea posible, por vía interpretativa, encontrar en un texto alguna interpretación que resulte en una posibilidad normativa ajustada a la Constitución. Si esto último no es posible, entrará e juego el otro atributo al que se refiere el artículo 7, esto es, el de la supremacía, tal y como se explica seguidamente.

1.3. De otra parte, el artículo 7 afirma la *supremacía* de la Constitución. Sobre el alcance de esta noción –y por ello de la consecuencia o consecuencias de este atributo de las normas constitucionales– debemos comenzar por decir que no deberían suscitarse demasiados equívocos entre nosotros, pues la lectura del trabajo del profesor Eduardo García De Enterría (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3<sup>ra</sup> ed. CIVITAS. Madrid 1985), es virtualmente obligatorio para todo el que –en este país caribeño– ha pretendido estudiar la Constitución venezolana de 1999. La afirmación hecha no pretende eludir el trabajo de explicar, sino el de tener que justificar cada tanto que lo que se dice ya lo ha dicho alguien bastante más conocido.

<sup>14</sup> García De Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3<sup>a</sup> ed. CIVITAS, Madrid 1985. pp. 95-96.

<sup>15</sup> Estrenada esta tendencia con la segunda sentencia que dictó aquella Sala luego de su creación, y por la que “legisló” –mediante un poder que denominó “jurisdicción normativa”– creando un procedimiento para el trámite del amparo constitucional, en la muy célebre sentencia N° 2 del 20/01/2000, caso *Emery Mata Millan*.

Comencemos por señalar que esta idea parte de una concepción *ius naturalista*, tomada de John Locke<sup>16</sup> y del Juez Coke<sup>17</sup> por el constitucionalismo americano, según la cual se admite que existe un *derecho superior (higher law)* al derecho positivo e inderogable por éste. En este sentido afirma García De Enterría que: “*Los colonos [americanos] encuentran en Coke y en Locke sus mentores jurídicos directos. Ambos son herederos de la gran tradición ius naturalista europea, en la que expresamente apoyan su concepción de un parámetro normativo superior a las leyes positivas: el Derecho natural, que es a la vez expresión de una lex eterna y lex legum, Ley para todas las leyes.*”<sup>18</sup>

Y dicho esto, debemos observar que la Supremacía Constitucional se manifiesta de dos formas.

1.3.1. En primer lugar, tenemos lo que podemos denominar **Supremacía Formal o Rigidez Constitucional**. En efecto, la Constitución plantea –en tanto que fundamento de todo el ordenamiento– un orden que regula –o pretende regular– a la sociedad toda entera. El orden que supone la Constitución es, además, un orden que se integra por un sinnúmero de actos de ejecución (Leyes, Decretos, Reglamentos, etc.). Tan hercúlea labor, requiere, en obsequio a la seguridad jurídica, y en definitiva a la eficacia, un cierto grado de estabilidad y permanencia como presupuesto de operatividad. En otras palabras, para ser efectivamente fundamento de todo el orden, la Constitución debe ser, ella misma, un orden con vocación de una permanencia más prolongada que el ordenamiento que en ella se funda. Y por esto, si bien la Constitución –como el resto del ordenamiento– puede ser modificada, los procesos para esa modificación difieren de los procesos para la modificación de las leyes y requiere de la convocatoria a un gran acuerdo nacional y el llamado a los titulares del poder constituyente. Y esto se denomina usualmente supremacía formal o rigidez constitucional.

De nuevo, García De Enterría se refiere a este segundo aspecto de la supremacía llamándole “*superlegalidad formal*” y explicando que aquella “*impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios*”<sup>19</sup>.

La Constitución venezolana de 1999, en su título IX, interpreta la anunciada rigidez al contemplar los procedimientos para modificar el texto constitucional, todos ellos tienen en común: (1) que se diferencian sustancialmente del modo en cómo se dictan o modifican las leyes, y; (2) todos ellos, con independencia a su alcance, requieren de la intervención y participación directa del Pueblo (el único titular de la Soberanía y “Poder Constituyente”). Así la Constitución regula la enmienda (artículos 340 y 341); la reforma (artículos 342 al 346), y finalmente, la Asamblea Nacional Constituyente (artículos 5, 70, 71 y 347 al 349).

1.3.2. Pero la Supremacía Constitucional tiene una segunda manifestación, una de índole sustancial, a la que también se la denomina **supremacía material**.

---

<sup>16</sup> Notablemente en su obra Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, publicada originalmente en 1689, y que se puede consultar en línea en el enlace: [http://cinehistoria.com/locke\\_segundo\\_tratado\\_sobre\\_el\\_gobierno\\_civil.pdf](http://cinehistoria.com/locke_segundo_tratado_sobre_el_gobierno_civil.pdf)

<sup>17</sup> Notablemente expresada en la decisión dictada en 1610 en el muy conocido caso Bonham. Sobre contenido de esta decisión y el aporte que significó para el constitucionalismo americano se puede consultar el artículo del profesor Rey Martínez, Fernando. Una relectura del Dr. Bonham’s case y la aportación de Sir Edward Coke a la creación del Judicial Review, en el enlace: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2555/100.pdf>

<sup>18</sup> García De Enterría, Eduardo. *Op. cit.* pp. 52.

<sup>19</sup> García De Enterría, Eduardo. *Op. cit.* pp. 50.

Aquella es la cualidad que tienen los contenidos constitucionales –“materiales”– de prevalecer sobre todo aquello que en el ordenamiento jurídico le contradigan, en tanto que las normas constitucionales son un derecho de más alto rango o jerarquía.

Esa preeminencia de lo materialmente constitucional tiene, a su turno, dos (2) manifestaciones o expresiones, una, la normalmente enunciada por toda la doctrina, y que opera como una *técnica de resolución de conflictos normativos entre la Constitución y la ley*, y que justifica existencia de los mecanismos de control de la constitucionalidad de la ley y los actos administrativos, y la otra que opera como *regla de interpretación constitucional* y que sirve de justificación para la existencia de medios procesales adicionales y paralelos a los medios de justicia ordinarios, especializados en la tutela de los derechos constitucionales (que como hemos dicho, la Constitución equipara a los derechos humanos).

(a) Sobre la primera forma de entender o de manifestarse la supremacía material García De Enterría explica que se trata de “(...) una *superlegalidad material, que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente*”<sup>20</sup>.

De este modo, la supremacía material opera como una técnica de resolución de conflictos normativos, en el sentido de hacer prevalecer siempre los contenidos constitucionales. Y por ello cobra importancia cuando el ordenamiento debe ser impuesto judicialmente, cuestión que es de la naturaleza de toda norma jurídica (pues como ya se dijo, en el sistema venezolano previsto por la Constitución de 1999, la Constitución es parte del ordenamiento jurídico que todos los jueces –y no solo unos jueces especializados– están llamados a aplicar).

Ahora bien, la prevalencia de los contenidos constitucionales por sobre otros contenidos del ordenamiento jurídico con rango de ley, se hace valer en nuestro sistema de dos (2) formas sobre el ordenamiento de rango legal, por vía del control concentrado de la constitucionalidad (en manos de un solo tribunal especializado, al estilo europeo, con efectos erga omnes) y por vía del control difuso (en manos de todos los jueces, al estilo norteamericano, y con efectos limitados al caso concreto). Además, se hace valer sobre los actos administrativos mediante la demanda de nulidad (tradicionalmente denominada juicio contencioso administrativo de anulación, pero desde la publicación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en 2010, se lo denomina “demanda de nulidad”).

Efectivamente en Venezuela –desde la Constitución de 1858<sup>21</sup>– es posible enfrentar judicialmente la vigencia de una Ley y lograr (por un proceso judicial en lugar de esperar a la sustitución o derogatoria que podría resultar de la actividad legislativa), su exclusión (abrogación o anulación) con efectos generales del ordenamiento jurídico por contravenir la Constitución. Conteste con esta tradición, la Constitución venezolana de 1999 (como la de 1961 y casi todas las que le precedieron) textualmente faculta a una Sala del tribunal que se encuentra en la cúspide *organizativa* (evitamos aquí la palabra “jerarquía” pues aun cuando cómoda, expresa un contenido técnico –el poder jerárquico que no es propio– de hecho es contrario de la organización judicial y si el de la organización administrativa) del Poder Judicial, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para anular leyes y

<sup>20</sup> García De Enterría, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 50.

<sup>21</sup> El artículo 113 de la Constitución de 1958, al enumerar las competencias de la Corte Suprema establecía: “Artículo 113.- Son atribuciones de la Corte Suprema: (...) 8. Declarar la nulidad de los actos legislativos provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución. (...)”

actos de rango legal dictados en ejecución directa de la Constitución (artículos 334, tercer párrafo, y 336, numerales 1ero al 4<sup>to</sup><sup>22</sup>).

Pero no sólo la más alta corte –en una de sus Salas– tiene el poder de hacer prevalecer la Constitución sobre las leyes, además todos los tribunales –por mandato del segundo párrafo del artículo 334 de la Constitución– pueden enfrentar a la ley, cuando encuentran que aquella desafía a la Constitución, y hacer prevalecer, en la solución del caso concreto, la disposición constitucional sobre la legal, en ejercicio de lo que se denomina el control difuso de la constitucionalidad de las leyes. La norma a la que nos referimos textualmente dispone:

*“Artículo 334.- (...) En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente. (...)”*

Valga señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha construido una inconstitucional tesis<sup>23</sup> según la cual esta facultad clara y expresamente atribuida a todos los jueces de la República no es tal, y que debe ser ejercida solo conforme a lo que esa Sala haya previamente autorizado, señalando que en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad no puede un juez interpretar principios constitucionales y con base en esa interpretación ejercer el referido mecanismo de control de la constitucionalidad<sup>24</sup>.

Finalmente, los jueces con competencia contencioso administrativa –los llamados jueces de la “jurisdicción” contencioso administrativo– son competentes para anular los actos administrativos por “contrariedad a derecho”, lo que es interpretado –ya sin discusión en la doctrina y la jurisprudencia venezolana– como incluyendo la contrariedad con la Constitución.

El artículo 259 de la Constitución expresamente dispone:

*“La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. **Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Admi-***

<sup>22</sup> *“Artículo 334.- (...) Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.”*

*“Artículo 336.- Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución. 2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella. 3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución. 4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta. (...)”*

<sup>23</sup> Criticada desde muy temprano por la doctrina, entre otros: Haro, José V. “El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión”. En: *Revista de Derecho Constitucional*. Nº 9, Caracas 2004, pp. 253-276.

<sup>24</sup> Sentencia de la Sala Constitucional Nº 932/2001, de fecha 1<sup>er</sup>o de junio de 2001, recaída en el caso Diego Alfonso Bolívar Giraldo. Dicha doctrina ha sido ratificada mediante sentencia Nº 1912 de fecha 11 de julio de 2003, recaída en el caso Puertos de Sucre S.A., y sentencia Nº 2785/2003 de fecha 24 de octubre de 2003, recaída en el caso Ángel Rosalino González.

*nistración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”*

(b) En nuestra opinión hay una segunda manifestación de la supremacía material de los contenidos constitucionales y a ella nos referimos como la *prevalencia de los derechos humanos*. El asunto es que, si bien todos los contenidos constitucionales son materialmente superiores al resto del ordenamiento jurídico, los contenidos referidos a los derechos humanos *son los contenidos prevalentes entre los contenidos constitucionales*.

Debemos insistir aquí en una obviedad, y es que normalmente los textos constitucionales suelen tener dos (2) grandes grupos de regulaciones, unas constituyen y habilitan a los órganos del poder, y otras *reconocen* los derechos humanos, y entre todas, pretenden establecer un ordenamiento que sirva a las personas en su camino por la felicidad (el artículo 3 de la Constitución se refiere concretamente a “la prosperidad y el bienestar”). Las primeras se interpretan de modo restrictivo (pues las facultades de los órganos del poder son la excepción, y por ello requieren de texto expreso para ponerse en obra<sup>25</sup>), las segundas de modo extensivo (pues los derechos y en general, la libertad de las personas, es la regla, y por ello no requieren de norma para entender que existen, habilitar su ejercicio y obligar su respeto<sup>26</sup>).

Y así, mientras unos contenidos de la Constitución son *forma y procedimiento*, los otros son *sustancia*. Son estos últimos los contenidos llamados a prevalecer.

La idea prevalencia de los derechos humanos como contenido constitucional comienza por aparecer en la Constitución cuando en su artículo 2 afirma que los valores superiores del ordenamiento jurídico venezolano son “la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

Y luego insiste en ella la Constitución cuando en su artículo 3 establece que “El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad (...) y la garantía del cumplimiento de los (...) derechos (...) consagrados en esta Constitución”.

Finalmente, la idea de esta prevalencia aparece clara en dos normas de la Constitución venezolana, el artículo 19, según el cual los órganos del Poder Público están obligados al respeto y la garantía de los derechos, y luego el artículo 25, que claramente advierte que, en el balance entre poder y derechos, prevalecen los derechos. Las dos normas mencionadas declaran:

*“Artículo 19.- El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. **Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público**, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.”*

<sup>25</sup> Es este el sentido de la previsión contenida en el artículo 137 de la Constitución, que señala: “Esta Constitución y la ley define las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”

<sup>26</sup> He aquí el sentido del artículo 22 de la Constitución, que establece: “La *enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.*”

*“Artículo 25.- Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”*

Una primera consecuencia de esta prevalencia –parte de la supremacía material de la Constitución– es que a la hora de hacer las interpretaciones constitucionalizantes del ordenamiento, se aplique además una regla interpretativa correctiva, la que ordena a interpretar en favor de los derechos (o principio *pro homine*). La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano se ha referido a este principio del modo siguiente:

*“El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho en materia de derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer y profundizar los derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos o su suspensión, esto es la interpretación de la norma debe hacerse siempre a favor del hombre.”* (Sentencia Nº 713 de fecha 17/06/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>27</sup>)

La segunda consecuencia de esta prevalencia, es que la Constitución ha estructurado una serie de medios procesales paralelos y adicionales a los medios ordinarios, especializados en la tutela de unos contenidos constitucionales específicos, los derechos constitucionales (tenemos presente que para la Constitución venezolana, derechos constitucionales son todos los derechos inherentes a la persona humana, derechos humanos, reconocidos o no por el texto constitucional o algún tratado o pacto ratificado por Venezuela, todos los cuales son, además, tratados como fundamentales, pues todos hacen objeto de medios procesales constitucionales especializados de protección).

Efectivamente, debido a que los derechos humanos son contenidos jurídicos de la máxima importancia, llamados a prevalecer sobre todo el ordenamiento (incluso sobre las propias redacciones del texto constitucional), y de allí la máxima expresión de la supremacía material normativa constitucional, la Constitución instaura, una serie de mecanismos procesales especializados de protección judicial reforzada –paralela y no subsidiaria como insiste en pretender la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria– de los derechos constitucionales (que como hemos dicho, la Constitución equipara a los derechos humanos), dejados en manos de la generalidad, o por lo menos de un importante número de órganos del Poder Judicial. Nos referimos aquí al amparo constitucional<sup>28</sup>, al habeas corpus<sup>29</sup> y al habeas data, a los que la Constitución se refiere de este modo:

<sup>27</sup> Consultada en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178601-713-17615-2015-11-0559.HTML>

<sup>28</sup> Incorporado al ordenamiento venezolano por primera vez en la Constitución de 1961 –aun cuando se intentó, sin éxito, incorporarla en el texto de 1947– en cuyo artículo 49 se leía: *“Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida”*.

<sup>29</sup> Incorporado por vez primera al ordenamiento venezolano en la Constitución de 1947, en cuyo artículo 32 disponía *“A toda persona detenida o presa con violación de las garantías establecidas en esta Constitución en resguardo de la libertad individual, le asiste el recurso de Hábeas Corpus. Este recurso podrá ser ejercido por el interesado o por cualquiera otra persona en nombre de aquél, y será admisible cuando la ley no consagre contra la orden, acto o procedimiento que lo motive, ningún recurso judicial ordinario.”*

*“Artículo 27.- Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.*

*El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.*

*La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.*

*El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.”*

*“Artículo 28.- Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.”*

## 2. El principio de la legalidad

El Principio de la Legalidad es uno de los pilares sobre los que se cimienta el Estado de Derecho (siendo los otros tres la Separación de Poderes, la Soberanía Popular y el reconocimiento de los Derechos Fundamentales). Es además un antecedente conceptual e histórico del Principio de Supremacía Constitucional al que antes nos hemos referido. De hecho, la Supremacía Constitucional supone una corrección al alcance del Principio de Legalidad por la inclusión de un nuevo elemento en el ordenamiento jurídico, la Constitución como norma jurídica y una revisión de la idea de la *Soberanía del Parlamento*.

Moles Caubet contextualiza este principio señalando que el mismo se configura por la concurrencia de cuatro condiciones que operan produciendo cuatro efectos correlativos *“Uno, delimitando el espacio donde tan solo puede intervenir la Ley; otro, asegurando el orden prelativo de las normas subsidiarias a la Ley; un tercero, haciendo la selección de la norma o normas precisas que hayan de aplicarse al caso concreto, y últimamente, midiendo los poderes que la norma confiere a la administración.”*<sup>30</sup>

Y Araujo-Juárez citando a García De Enterría señala que se le entiende –al Principio de la Legalidad– como *el gobierno de las leyes* y *“significa que todo órgano público (del Rey*

---

*La Ley determinará los Tribunales que conocerán y decidirán en forma breve y sumaria de las denuncias del caso, así como también las demás condiciones necesarias para el ejercicio de este recurso.”*

<sup>30</sup> Moles Caubet, Antonio. *El principio de la Legalidad y sus implicaciones*. Incluido en la obra de recopilación de los trabajos del Profesor Moles titulada *Estudios de Derecho Público* compilados por Antonio Acosta. UCV, Caracas 1997, pp. 281.

*para abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece*<sup>31</sup>.

Nosotros podemos decir, resumidamente que el Principio del que hablamos se manifiesta de dos formas:

Por una parte, el Principio de Legalidad determina que el *ordenamiento jurídico* –del que la ley es una de sus mayores y mejores manifestaciones, por ser expresión de “la voluntad general”<sup>32</sup>, pero no la única– es el que habilita, legitima y determina o limita (pues es el parámetro para su control y juzgamiento) toda actuación del Poder Público y sus órganos. Así, el ordenamiento jurídico es *condición y límite* de la actuación del Poder Público (no importa el órgano de que se trate). En esta primera aproximación Legalidad es igual a derecho u ordenamiento jurídico.

Por otra parte, determina que hay materias, y concretamente materias vinculadas a los derechos fundamentales, que solo pueden hacer objeto de conducción o regulación por vía de leyes (la creación de impuestos, la determinación de los tipos delictivos y las penas), pues en definitiva las leyes son “expresión de la voluntad popular”. A lo que se denomina la *reserva legal*. En esta segunda aproximación Legalidad es igual a *Ley en sentido formal* (como acto de ejecución de la Constitución dictado por el Poder Legislativo y siguiendo el procedimiento previsto para ello).

En la Constitución venezolana de 1999 varias son las normas que recogen diversos de los aspectos de este principio. En primer lugar tenemos el artículo 137<sup>33</sup> que expresa lo que podríamos denominar la formulación general del principio (en la que están presentes las funciones de habilitación y límite a la actuación pública), del modo siguiente:

*“Artículo 137.- Esta Constitución y la ley define las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”* (Énfasis nuestro).

Además, la Constitución insiste en la idea del sometimiento a la Ley cuando se refiere a la Administración Pública, indicando:

<sup>31</sup> Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo*, Parte General. Ediciones Paredes. Caracas 2007. pp. 98.

<sup>32</sup> Roseau, Jean Jaques. *Du contrat social*. (publicación original 1762) Edición de GF. Flamirion. Paris. 1966. Libro Segundo, Capítulo IV “De la loi”, pp. 74 y 75

<sup>33</sup> Es importante señalar que este postulado, y por ello la formulación general del Principio de Legalidad, se encuentra presente en prácticamente todos nuestros textos constitucionales. Por ejemplo, en la Constitución de 1811 (el primer texto constitucional escrito de Venezuela y 3<sup>ro</sup> del mundo) en la parte denominada Preliminar (la Exposición de Motivos) señala, en su último párrafo: “*El poder supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y confiado a distintos cuerpos independientes entre sí en sus respectivas facultades. Los individuos que fueren nombrados para ejercerlas se sujetaran inviolablemente al modo y reglas que en esta Constitución se les prescriben para el cumplimiento y desempeño de sus destinos*”, luego en su artículo 227 declara luego: “*La presente Constitución, las Leyes que en consecuencia se expidan para ejecutarla y todos los tratados que se concluyan bajo la autoridad del Gobierno de la Unión serán ley suprema del Estado en toda la extensión de la Confederación, y las autoridades y habitantes de las provincias estarán obligados a obedecerlas y observarlas religiosamente sin excusa o pretexto alguno; (...)*”.

*“Artículo 141.- La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”* (Énfasis nuestro).

Luego, la misma Constitución define de modo general las atribuciones de los diversos órganos que comprenden el Poder Público, y al hacerlo deja expresa reserva (en algunos casos) que esa lista de atribuciones podrá ser extendida o desarrollada por “Ley<sup>34</sup>”. Así, se refiere y define las competencias de los Alcaldes (artículos 174 y 178), los Concejos Municipales (artículos 175 y 178), los Gobernadores (artículos 160 y 164), las Asambleas Legislativas (artículos 162 y 164), el Presidente de la República (artículos 226, 232 y 236), el Vicepresidente y los Ministros (artículos 238, 239 y 242), la Asamblea Nacional (artículos 71, 73, 149, 150, 154, 157, 172, 187, 193, 194, 202, 203, 204, 209, 214, 216, 220, 222, 223, 233, 234, 235, 236 ordinales 13, 15 y 18, 240, 246, 249, 252, 254, 264, 265, 266 ordinal 2, 267, 276, 279, 293, ordinal 2, 296, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 319, 320, 336, ordinal 5, 338, 339, 341, ordinal 1, 342, 343 y 344), el CNE (artículos 292 y 293), el Fiscal General de la República (artículos 284 y 281), el Procurador General de la República (artículos 247 y 248), el Contralor General de la República (artículos 288 y 289), el Defensor del Pueblo (artículo 281), el Tribunal Supremo de Justicia (artículo 266 y 267) y la Sala Constitucional (artículo 336) entre otros.

De otra parte, la Constitución insiste en la idea del derecho –y ahora los derechos– como límites a la actuación del poder en varias normas de las que vale la pena transcribir:

*“Artículo 19.- El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.”* (Énfasis nuestro).

*“Artículo 25.- Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”* (Énfasis nuestro).

*“Artículo 139.- El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley.”* (Énfasis nuestro).

Además, la Constitución establece la *reserva legal* para una serie de materias, atribuyendo expresamente su reglamentación a la Asamblea Nacional (aun cuando esta “reserva” puede ser excepcionada –según lo ha entiendo la práctica política de los últimos años– por las habilitaciones legislativas ordinarias o las derivadas de estados de excepción). El artículo 156 ordinal 32 hace la siguiente enumeración (aun cuando la Constitución establece, en otras muchas normas, materias adicionales sometidas a la reserva legal): “La (...) materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de pro-

<sup>34</sup> A este punto es importante observar que la propia Constitución hace una interpretación auténtica de lo que debe entenderse por “Ley” cuando ella lo refiere, cuando en su artículo 202 señala: “La ley es el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador. (...)”, y de allí que cada vez que la Constitución –al enumerar las competencias de los órganos del Poder Público– señale que la “Ley” podrá asignarles competencias adicionales, está refiriéndose –en principio– a esa Ley, la que ella misma define, la ley “en sentido formal” producto de la actividad legislativa del Poder Legislativo Nacional.

*cedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notaría y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.”*

Por último, la Constitución articula la garantía judicial del ordenamiento jurídico. En efecto al desarrollar la separación de poderes, se consagra al Poder Judicial y se le atribuye la función de *hacer justicia* (artículo 253) atendiendo las peticiones de los particulares a los que habilita mediante la consagración del derecho de acceso (artículo 26<sup>35</sup>). E igualmente atribuye a ese Poder Judicial –a un orden competencial que integra a ese Poder Judicial al que denomina “jurisdicción contencioso administrativa”– la competencia de ejercer el control de la legalidad de la actuación de los órganos del Estado (artículo 259<sup>36</sup>) por violación de los parámetros de actuación que le impone la ley.

### 3. El principio de separación de poderes.

Otro principio esencial al Estado de Derecho y al constitucionalismo es la Separación de Poderes (esto es así, aun cuando la especialización en el cumplimiento de funciones propias del Estado –que es un elemento que aprovecha este principio– antecede a la idea de Estado de Derecho). La declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 recalca la importancia de este principio y su relación indisoluble con la idea de Constitución, en su artículo 16 señala:

*“Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.”*

Aun cuando John Locke, en su obra Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil (1690), se refiere a las diversas funciones que ejerce un Estado, es realmente el Barón de Montesquieu en su obra El Espíritu de las Leyes (1758) quien concretamente postula la Separación de Poderes, como una técnica para controlar al poder en favor del individuo y sus derechos.

El principio en cuestión postula que *el poder* no debe concentrarse en una sola persona u órgano y que por el contrario debe estar dividido en *funciones* y distribuido entre diversos órganos que se controlen de manera recíproca.

<sup>35</sup> “Artículo 26.- *Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.*”

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o repositores inútiles.”

<sup>36</sup> “Artículo 259.- *La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.*”

Hay que observar que sus alcances fueron –en un principio– interpretados de modo distinto en América (por el constitucionalismo norteamericano) y en Europa. Mientas en los Estados Unidos la separación suponía que las distintas funciones asignadas a los distintos órganos del Estado alcanzan, al ser ejercidas por unos, a los otros, en Europa (y notablemente a raíz de la interpretación de la Francia revolucionaria) los poderes están separados y no pueden ejercer sus funciones sobre los demás.

La separación está presente en Venezuela desde nuestro primer texto constitucional en 1811. En el título Preliminar que establece las *Bases del Pacto Federativo que ha de constituir la Autoridad General de la Confederación* (lo que podemos denominar como la Exposición de Motivos), textualmente se dispone:

*“El poder supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y confiado a distintos cuerpos independientes entre sí en sus respectivas facultades. Los individuos que fueren nombrados para ejercerlas se sujetaran inviolablemente al modo y reglas que en esta Constitución se les prescriben para el cumplimiento y desempeño de sus destinos”.* (Énfasis añadido).

El texto constitucional venezolano de 1999 se refiere claramente a este Principio en el artículo 136, del modo siguiente:

*“Artículo 136.- El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.*

*Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”* (Énfasis nuestro).

Es además importante observar que la Constitución se preocupa de hacer de este principio un legitimador de la actividad, pues en caso de que se infrinja, los actos resultantes de la actividad pervertida son declarados nulos. Al efecto establece el artículo 138 sencillamente dispone: *“Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.”* (Énfasis nuestro).

Este principio así sostenido por la Constitución supone que el Estado posee diversas estructuras orgánicas especializadas (órganos) a los que la Constitución atribuye expresamente distintas competencias. El Estado distribuye entre esos distintos órganos las diferentes competencias o tareas atendiendo a la especialidad de cada órgano. Esto es así debido, en primer lugar, a una razón de eficiencia: un ente especializado y con funciones específicas es más proclive a cumplir eficientemente con su trabajo que uno que no lo sea y que acumule funciones de naturaleza diversa. En segundo lugar, debido a que la experiencia histórica (y el origen del constitucionalismo) demuestra que la acumulación de poder genera por parte de quienes lo acumulan, su uso en contra de los individuos. De modo que, para evitar los abusos y en defensa de la dignidad humana, al Poder Público no sólo se le somete a derecho, sino que además se prohíbe su acumulación en un solo órgano, distribuyéndolo entre varios órganos.

4. El principio de soberanía popular y la *democracia participativa* como su técnica de implementación.

Uno de los conceptos que aprovechan el Estado de Derecho y el Constitucionalismo del Antiguo Régimen (el Estado Moderado o Monarquía Absoluta) es el concepto de Soberanía como fuerza que justifica y legitima el ejercicio del poder. En el Estado de Derecho –y notablemente en los Estados que resultan de las revoluciones norteamericana y francesa– se asigna la soberanía a la Nación y luego al Pueblo. Éste, por mecanismos como el voto, la ejerce dándose representantes que, para servirles y representándoles, asumen las distintas funciones del Estado.

De modo general, el sistema democrático –que presupone que la titularidad de la soberanía reside en el Pueblo– puede organizarse dando más o menos protagonismo en la conducción del Estado a los ciudadanos. Si esa participación se limita simplemente a que cada cierto tiempo se organizan votaciones para que el Pueblo, como cuerpo electoral y titular de la soberanía, elija a unos representantes que ejercerán sus funciones más o menos libremente (siempre sometidos al ordenamiento jurídico), por un tiempo determinado y sin necesidad de consultar con el Pueblo esas decisiones, por trascendentales que aquellas sean, estamos ante una fórmula representativa. Si en cambio además de la elección de autoridades, al soberano –el Pueblo– además se le consulta o se le permite participar en el proceso de toma de una serie de decisiones trascendentes para la vida de todos, entonces nos encontramos con fórmulas participativas. Aunque variados, el medio por excelencia por el cual se conduce esta participación suele ser el referéndum.

En Venezuela la Constitución de 1999 no sólo declara que la soberanía “*reside intransferiblemente en el Pueblo*” (artículo 5<sup>37</sup>), además consagra como sistema de gobierno el democrático, al que caracteriza como “*democrático, participativo, electivo (...) y de mandatos revocables*” (artículo 6<sup>38</sup>).

Y en esa línea (la del gobierno democrático y participativo) la Constitución establece una serie de mecanismos de participación ciudadana directa en la conducción de los asuntos públicos, con lo que refuerza la idea de que la soberanía que reside en el Pueblo, no se agota simplemente en el momento de la elección de los representantes de los poderes, sino que además, con algún nivel de intensidad, se requiere de la participación de todos los ciudadanos (de “el Pueblo”) en los procesos de toma de decisiones sobre determinados asuntos.

Los propulsores de estos mecanismos que acentúan la intervención directa de los ciudadanos, y que suponen, es menester observarlo, un cambio –algunos los llaman “avance”– respecto del modelo menos participativo consagrado en el texto constitucional venezolano de 1961, sostenían que nos encontramos frente a un nuevo paradigma al que denominaron “Democracia Participativa”. La “exposición de motivos” (cuestionable como es por razones en las que no insistiremos ahora), se refiere a esta idea en tres de sus párrafos textualmente así:

*“En las Disposiciones Generales, en primer lugar se consagra la conocida distribución vertical del Poder Público: Poder Municipal, Estatal y Nacional; colocados en este orden según su cercanía con el ciudadano, sujeto protagónico de este modelo de democracia participativa.”*<sup>39</sup>

*“Como expresión del salto cualitativo que supone el tránsito de la democracia representativa a una democracia participativa y protagónica, se crea una nueva rama del Poder Público, el Poder Electoral, ejercido por órgano del Consejo Nacional Electoral que tiene por objeto e regular el establecimiento de las bases, mecanismos y sistemas que garanti-*

<sup>37</sup> “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.”

<sup>38</sup> “Artículo 6.- El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen, es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

<sup>39</sup> Consultada en [http://www.defiendete.org/html/de-interes/LEYES%20DE%20VENEZUELA/LEYES%20DE%20VENEZUELA%20I/EXPOSIC\\_MOTIVOS\\_CONST\\_VENEZUELA.htm](http://www.defiendete.org/html/de-interes/LEYES%20DE%20VENEZUELA/LEYES%20DE%20VENEZUELA%20I/EXPOSIC_MOTIVOS_CONST_VENEZUELA.htm)

*cen el advenimiento del nuevo ideal u objetivo democrático. Una nueva cultura electoral cimentada sobre la participación ciudadana.*<sup>40</sup>

*“En este sentido, las posibilidades de modificación de la base jurídica del país deben ser amplias y estar efectivamente en manos de una pluralidad de actores políticos y sociales. Una democracia participativa y protagónica no puede construir una rígida y petrificada normativa constitucional. Al contrario, debe dejar abiertas muchas ventanas para que los procesos participativos se desarrollen a plenitud, evitando el divorcio profundo entre la norma y la realidad.”*<sup>41</sup>

Como suele suceder, los ahora detractores de la Constitución, sostenían que “la mejor Constitución del mundo<sup>42</sup>” echaba por tierra el sistema de *democracia representativa* y de partidos y la sustituía por la *democracia directa*, más avanzada (según sus opiniones entonces). Sin embargo esta idea de oposición (que en Colombia la Corte Constitucional aclaró no es tal muy temprano en sentencias T-03 de 11/05/1992 y C-454 de 13/10/1993<sup>43</sup>) parece haber sido abandonada, admitiéndose finalmente la coexistencia de ambos mecanismos (participación y representación) en la Constitución venezolana de 1999 (vg. sentencia de la Sala Constitucional N° 378, del 31/05/2017<sup>44</sup>).

Así, vuelto al cauce de lo razonable o hechas las correcciones racionales de los argumentos emotivos y *politiqueros*, se puede decir que los mecanismos de participación ciudadana incluidos en el texto de la Constitución venezolana de 1999, pretenden reforzar el principio de la soberanía popular en el contexto de un sistema democrático. No estamos frente a la aniquilación de la *DEMOCRACIA REPRESENTATIVA* sino frente a la inclusión de meca-

<sup>40</sup> *Ídem.*

<sup>41</sup> *Ídem.*

<sup>42</sup> Frase que se le escucho a quien fuera presidente de Venezuela durante la aprobación de la Constitución de 1999, y que Rey refiere en: Rey, Juan C. “La Constitución sirve para todo”. En la obra colectiva *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. EJV. Caracas 2017. p. 53.

<sup>43</sup> Referencia tomada de Deniz, Ana P. “La participación ciudadana en la Constitución de 1999”. En *Revista de Derecho Constitucional* N° 7 enero-junio 2003. Editorial Sherwood. Caracas. 2003. p. 120. La afirmación que cita la autora y les atribuye a estas decisiones de la Corte Constitucional es la siguiente: “*El principio de participación se constituye en elementos esenciales (sic) dentro de la filosofía política que inspira la Carta y en sustento innegable de las nuevas instituciones. Lo dicho no muestra, sin embargo, que a partir de la nueva Constitución se haya construido en Colombia un sistema exclusivamente participativo en cuya virtud deba desaparecer de la normativa todo vestigio de representación, pues resulta evidente que la complejidad de la vida social contemporánea impide la participación directa de las personas en todo aquello que les incumbe, haciéndose necesario acordar y consagrar mecanismos por los cuales sea posible expresar la voluntad del sujeto interesado o del titular de un derecho a través o por conducto de otro u otros. (...) Por eso, lo que ha entendido la Corte Constitucional es la coexistencia de la participación y la representación en la carta política.*”

<sup>44</sup> En esta decisión la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia –en lo que podríamos denominar un cambio radical de todo lo afirmado hasta entonces– textualmente afirma, al referirse al punto: “*(...) 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. (...) Ahora bien, la representación que, como advertimos, fue la regla en la Constitución de 1961, no deja de ser democrática y junto con los medios directos de ejercicio de la soberanía que ofrece la Constitución de 1999, constituyen los rasgos característicos del modelo constitucional venezolano.*”

nismos de participación que coexisten con el sistema representativo, de lo que se puede postular o bien que la Constitución venezolana establece un *sistema de DEMOCRACIA REPRESENTATIVA con acentuados mecanismos de participación ciudadana*, o bien que establece un *sistema de DEMOCRACIA PARTICIPATIVA que no excluye espacios de representación*.

Dos normas –además de los mencionados artículos 5 y 6– sientan las bases generales de la participación ciudadana, que luego se desarrollan otras tantas que concretamente regulan mecanismos de participación. Esas normas son los artículos 62 y 70 de la Constitución.

La primera, el artículo 62, establece la participación como un derecho político, lo que le da una dimensión sustancial y las implicaciones que tienen los derechos constitucionales en general (vg. el carácter no programático de su consagración y la no necesidad de texto legal para su ejercicio<sup>45</sup>, su interpretación en favor de la persona, su función de límite a la actividad del Estado<sup>46</sup>, la obligación de protección y garantía que el Estado tiene respecto de él y su carácter progresivo y no regresivo<sup>47</sup>, son algunos de los elementos que se predicán de esta naturaleza de “derecho” que da la Constitución a la “participación ciudadana”). La norma textualmente dispone:

**“Artículo 62.- Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.**

*La participación del Pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.”* (Énfasis añadido).

La segunda, el artículo 70, enuncia los mecanismos de participación (luego desarrollados por diversas normas). La norma que comentamos es muy importante pues de una parte (i) plantea de manera expresa la relación que existe entre el ejercicio de la soberanía y los mecanismos de participación, y, por otro lado, (ii) porque establece que la participación –que como hemos dicho es un derecho, con las consecuencias que ello supone– abarca una serie de asuntos en los que, como derecho, debe ser respetada y garantizada por el Estado. La norma también parece quitarle piso a quienes afirman que representación y participación son formulas antagónicas y contradictorias, pues, de hecho, la norma considera la elección de cargos públicos como una forma de “participación”. Efectivamente, el mencionado artículo textualmente establece:

<sup>45</sup> “Artículo 22.- La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. **La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.**” (Énfasis añadido).

<sup>46</sup> “Artículo 25.- **Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo;** y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.” (Énfasis añadido).

<sup>47</sup> “Artículo 19.- **El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.**” (Énfasis añadido).

“Artículo 70.- *Son medios de participación y protagonismo del Pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativas, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.*

*La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.” (Énfasis añadido).*

Sin entrar ahora al análisis de los diversos mecanismos de participación que establece y regula la Constitución venezolana de 1999 –cuestión a la que no nos vamos a abocar en estas notas pero a la que se dedica Fernando Flores, en un artículo publicado en la *Revista de Derecho Constitucional* N° 5<sup>48</sup>, que puede ser consultado con provecho– es importante ver que **la iniciativa constitucional y la iniciativa constituyente son materia de participación popular**. Lo que supone que no pueden llevarse adelante más que por vía de la intervención directa de los ciudadanos. Y esto así, aun cuando texto alguno regule el mecanismo de participación, pues, como dice la Constitución, la participación es UN DERECHO.

Un último aspecto sobre el derecho de participación, es el referido al vehículo por el cual la participación se realiza: el sufragio. Efectivamente, la participación ciudadana supone hacer valer la propia opinión, y esa opinión se expresa sufragando o votando. El sufragio, vehículo de la participación, es además considerado un derecho por la Constitución (artículo 63). Pero no cualquier votación es una forma eficiente y constitucional de participación, la votación, o el sufragio que garantiza la Constitución debe tener unas características: debe ser universal, es decir, alcanza a todos los venezolanos, sin distinción, es directo y secreto. Además al sufragio se le aplica el principio de igualdad a que se refieren los artículos 1<sup>49</sup> y 2<sup>50</sup> y que el artículo 21<sup>51</sup> de la Constitución eleva a la categoría de derecho: la Igualdad ante la ley. Merced de esto, el sufragio debe ser, para ser un mecanismo –además de un derecho– válido y constitucionalmente eficiente de participación ciudadana, igualitario, es decir, la opinión de

<sup>48</sup> Flores G, Fernando. “La participación ciudadana en la Constitución de 1999”. En *Revista de Derecho Constitucional* N° 5 julio-diciembre 2001. Editorial Sherwood. Caracas 2002. pp. 75-88.

<sup>49</sup> “Artículo 1.- *La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador. (...)”.* (Énfasis añadido).

<sup>50</sup> “Artículo 2.- *Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.”* (Énfasis añadido).

<sup>51</sup> “Artículo 21.- *Todas las personas son iguales ante la ley, y, en consecuencia: (1) No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. (2) La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que, por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (3) Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas. (4) No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.”* (Énfasis añadido).

cada persona se expresa en un voto que es igual al voto de cualquier otra persona, sin distinciones posibles. La máxima que refiere este principio es “una persona un voto”. Con lo que se margina –por inconstitucional en el estado actual de nuestro ordenamiento– la posibilidad del *suffragio censitario*, que distingue entre los votantes, dando más valor o más “votos” a unas personas, en razón del sexo, o de su condición social o religiosa etc.

### III. LO QUE NO DICE Y LO QUE DICE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Teniendo en cuenta los principios que orientan la correcta interpretación de las normas constitucionales a que nos hemos referido antes, es ahora oportuno dar una mirada a lo que dicen y lo que no dicen las normas de la Constitución de 1999 sobre la Asamblea Nacional Constituyente. Esto así, para desmontar algunos mitos –que son, hay que decirlo, fruto de la mala comprensión de la Constitución o de una lectura maliciosamente torcida– que ponen en peligro la integridad del sistema constitucional y democrático, no sólo el expresado en el texto de 1999, sino el sistema constitucional venezolano tal y como, con sus iniciales pausas, ha sido desde 1811.

Así las cosas, comencemos por revisar lo que no dice la Constitución sobre la Asamblea Nacional Constituyente, apartando así lo más descabellado del mito, para luego revisar lo que escuetamente dice la Constitución, todo ello leído conforme a los principios a que antes nos hemos referido, y que son el prisma con el que debe ser vista la Constitución.

#### 1. *Lo que no dice la Constitución sobre la Asamblea Nacional Constituyente*

##### A. *La Asamblea Nacional Constituyente no es “el Pueblo”*

Por más que se lea el preámbulo o la Constitución no se encuentra previsión alguna que identifique al Pueblo con la Asamblea Constituyente. Y eso es así por razones obvias. Constitucionalmente no existe una definición de “Pueblo”, sin embargo, el constitucionalismo entiende por tal al conjunto de los habitantes de un país determinado, el componente humano del Estado. Es crucial, en esta noción, la idea de que se trata del grupo humano que conforma al Estado, y de cara a ello, se involucra en esto la idea de derechos políticos. En efecto, es pueblo el grupo humano titular de los derechos políticos derivados de la condición de ciudadanos. La Constitución venezolana intenta hacer una diferencia entre “nacionalidad” y “ciudadanía” (artículo 39), pero más que una “distinción” parece tratarse de una diferencia entre “titularidad” y “ejercicio” de los derechos políticos. “El Pueblo” es una noción jurídico política que se aproxima a la noción sociológica de Nación, pero no se identifica con ella.

Ahora bien, el asunto es que conforme al artículo 5, “el Pueblo”, como componente humano del Estado integrado por los nacionales venezolanos titulares de derechos políticos, es el único titular de la soberanía, pues en él “reside intransferiblemente”, y la ejerce directamente o indirectamente a través de representantes elegidos mediante sufragio, en los supuestos y formas que determina la Constitución y la Ley (aun cuando parece innecesario, hay que recordar que si la Constitución establece algo, merced de la Supremacía Constitucional, la ley como fuente subordinada a aquella no puede pretender modificarla, y así, si la Constitución establece que una materia hace parte de los supuestos de ejercicio directo de la soberanía por su titular, la ley no puede pretender cambiar esa forma de participación por un mecanismo de representación).

**La Constitución no dice que la Asamblea Constituyente es “el Pueblo”, no hay allí una relación de identidad, la Asamblea constituyente no es más que un órgano elegido por el Pueblo, y por lo tanto se trata de un “representante” un “delegado” delegado, del Pueblo, que deberá ejercer las funciones para las que el soberano le convoca y elige.**

B. *La Asamblea Nacional Constituyente no es “titular de la soberanía”*

**La Asamblea Nacional Constituyente tampoco es un órgano “soberano”, ni titular de la soberanía, porque ella no es el Pueblo, y porque el Pueblo, único titular de la soberanía –el Pueblo– no puede transferirla a órgano alguno, solo puede ejercerla.** De nuevo, el artículo 5 afirma que “*la soberanía reside intransferiblemente en el Pueblo*”, e intransferible significa, conforme al diccionario de la Real Academia Española: “No transferible”.

C. *La Asamblea Nacional Constituyente no es “depositario del Poder Constituyente” ni “Poder Constituyente”*

El artículo 347 de la Constitución, coherente con lo que señala el artículo 6 al referirse a la Soberanía, señala textualmente que “el Pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario” y que en ejercicio de ese poder “puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente”.

La norma, ni el artículo 347 ni el 348 ni norma alguna de la Constitución vigente, o alguna otra de los textos que en Venezuela hemos tenido, permite entender que la Asamblea Nacional Constituyente, una vez convocada, se apodera de la Soberanía o que se transforma –ella– en el titular del Poder Constituyente.

La Asamblea Nacional Constituyente es simplemente un órgano convocado por el Pueblo titular intransferible de la soberanía y depositario del poder constituyente, para ejercer una función determinada, ni más ni menos, y esa función es “transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una Constitución”.

D. *La Asamblea Nacional Constituyente no es un órgano excluido del ordenamiento jurídico o de la Supremacía Constitucional*

Ciertamente el artículo 347 de la Constitución, luego de aclarar que la Asamblea Nacional Constituyente NO ES el poder constituyente, le asigna, como les asigna a todos los órganos que la Constitución regula, unas funciones, que justifican su existencia y limitan el alcance de su acción. Lo hace porque es ese el modo en cómo opera el principio de la legalidad al que antes nos hemos referido. En efecto, la norma a la que nos referimos señala, ya se dijo antes, que la Asamblea Nacional Constituyente es convocada por el único poder constituyente, el Pueblo, para llevar adelante una transformación del Estado y su ordenamiento mediante la modificación de la Constitución.

Luego, la Constitución también señala que las funciones de la Asamblea Nacional Constituyente no podrán ser “impedidas” por los poderes constituidos o permanentes (artículo 349<sup>52</sup>). Pero la norma no dice, y no se puede entender de ninguna norma de la Constitución, que la Asamblea Nacional Constituyente es una suerte de poder inmune al ordenamiento jurídico y refractario de la Supremacía Constitucional.

Lo contrario es lo cierto.

Efectivamente, tanto la legalidad como la Supremacía Constitucional alcanzan, en el Estado de derecho (y Venezuela es, por lo menos a nivel de normas constitucionales, un Estado

<sup>52</sup> “Artículo 349.- El Presidente o Presidenta de la República no podrá objetar la nueva Constitución. Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente. Una vez promulgada la nueva Constitución, ésta se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente”.

de Derecho según el artículo 2<sup>53</sup>) a todo y a todos<sup>54</sup>, incluso al titular de la soberanía. Y si eso es así, si el derecho y la Constitución alcanzan a los dueños de la soberanía, ¿es acaso posible pensar que un órgano, que en el mejor de los casos sería tan solo un delegatario o un representante del titular de la soberanía, escape del radio de acción del ordenamiento? La respuesta es obvia –pero hay que decirla para no dejar lugar a equívocos por imposibles que ellos parezcan– no.

E. *La Asamblea Nacional Constituyente no es un poder suplantador de los poderes constituidos*

En norma alguna de la Constitución se instaura a la Asamblea Nacional Constituyente como un *super poder* capaz de asumir y concentrar las funciones inherentes y constitucionalmente asignadas a los demás poderes, los poderes constituidos y permanentes del Estado (que al igual que la Asamblea Nacional han sido elegidos por los titulares de la soberanía).

Tal aserto es, en sí mismo, un desafío al constitucionalismo todo entero, y a los postulados que dieron origen al Estado de Derecho.

Por el contrario, y merced no solo de los antes mencionados principios (legalidad y supremacía de la Constitución) sino además del principio de separación de poderes, de lo que se trata es que la Asamblea Nacional Constituyente debe poder ejercer sus funciones, las de preparar un proyecto de modificación de la Constitución y ninguna otra, sin que los restantes órganos del poder pretendan inmiscuirse en sus funciones, pero esta es una regla que marcha en dos direcciones, lo mismo se aplica a la Asamblea Nacional Constituyente, ella no está facultada por norma alguna para suplantar a los restantes poderes en el ejercicio de las funciones que les son propias, ni está autorizada para concentrar todos los poderes, como si se tratara de un monarca absoluto.

Tal proceder constituiría no sólo una infracción a los principios constitucionales de legalidad, supremacía de la Constitución y separación de poderes, constituiría una usurpación de funciones que determina la nulidad de lo actuado, conforme a lo prescrito por el artículo 138<sup>55</sup>.

F. *La Asamblea Nacional Constituyente no “dicta” una nueva Constitución*

La Constitución no le encarga, ni expresa ni implícitamente en norma alguna, la tarea de dictar la Constitución a la Asamblea Nacional Constituyente.

Dictar una Constitución –una que se haga por vez primera en una situación originaria, o una que suplante a una anterior– es función exclusiva del poder constituyente y el único titular de ese poder es el mismo titular de la soberanía, el Pueblo.

El Pueblo tiene un órgano, pues es incensado pensar en que treinta millones de venezolanos se van a reunir a redactar una Constitución, que se hace cargo de *redactar* el proyecto.

<sup>53</sup> “Artículo 2.- *Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.*” (Énfasis añadido).

<sup>54</sup> De nuevo, hay que recordar que el artículo 7 señala que “Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.”

<sup>55</sup> “Artículo 138.- *Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.*”

A ese órgano, de cara al principio de participación que inspira a nuestro sistema democrático constitucionalmente definido, o si se prefiere de cara a la DEMOCRACIA PARTICIPATIVA que establece la Constitución, lo ha decidido convocar el Pueblo, lo ha elegido luego el Pueblo, y el resultado de su trabajo, el proyecto de Constitución, lo aprueba el Pueblo. Pues el Pueblo es el único poder constituyente, y dado que el propio artículo 70 de la Constitución señala que la iniciativa constituyente y la iniciativa constitucional son materia de participación directa del Pueblo.

Pero es el Pueblo el que se da a sí mismo una Constitución y es el Pueblo el que la modifica, pues él es el poder constituyente.

## 2. *Lo que dice la Constitución sobre la Asamblea Nacional Constituyente*

Tres normas establecen la regulación constitucional expresa atinente a la Asamblea Nacional Constituyente, las tres se encuentran en el Título IX “De la Reforma Constitucional”, se trata de los artículos 347, 348 y 349 que expresamente disponen:

*“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 Constitución.”*

*“Artículo 348.- La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrá tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.”*

*“Artículo 349.- El Presidente o Presidenta de la República no podrá objetar la nueva Constitución.”*

*Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente.*

*Una vez promulgada la nueva Constitución, ésta se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente.”*

El primero de los artículos transcritos, el 347, establece el principio según el cual es el Pueblo el depositario del Poder Constituyente y en ejercicio de ese poder puede convocar un órgano extraordinario –pero constitucional y sometido a la Constitución, como antes se ha dicho– para encargarle la elaboración de un proyecto de texto constitucional.

Ese órgano, la Asamblea Nacional Constituyente, es un órgano constitucionalmente previsto aun cuando de carácter extraordinario o no permanente, convocado por mandato del Pueblo e integrado igualmente por medio de un proceso de elección.

Se trata de un órgano con una misión, refundar el ordenamiento jurídico y las instituciones del Estado y una función –para cumplir con esa misión– la de **redactar** una Constitución.

Y he aquí una diferencia funcional entre el Pueblo como poder constituyente y la Asamblea Nacional Constituyente como órgano que participa en un proceso especial de modificación de la Constitución, y es justamente que mientras el poder constituyente tiene el poder de darse o dictar una Constitución (que surtirá todos los efectos de un texto constitucional), la Asamblea Nacional Constituyente es simplemente un órgano extraordinario elegido por el Pueblo para **redactar** –no aprobar o darle vigor– un texto constitucional.

Así, ese proceso –el de modificación de la Constitución– supone la convocatoria a un órgano extraordinario, la Asamblea Nacional Constituyente, que interviene en él, luego de convocada y elegida, para redactar un texto constitucional que, en definitiva, será aprobado –o no– por el único titular de la soberanía y el poder constituyente, el Pueblo.

El segundo de los artículos, el 348, regula la iniciativa como facultad de que pone en marcha o desencadena la convocatoria. Es un antecedente lógico y procesal necesario. Es además una facultad para cuyo ejercicio están facultados determinados órganos (el Presidente de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos) o un grupo de electores determinado (quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral).

La iniciativa no es la convocatoria. La convocatoria es una facultad exclusiva del Pueblo como poder constituyente, es un mecanismo de participación directa, en cambio la iniciativa es una competencia de unos órganos del Poder Público o de un número determinado de electores. Se trata además de poderes o competencias diferentes, mientras que la iniciativa es el poder de comenzar con el proceso de Reforma por Asamblea Nacional Constituyente, la iniciativa es el poder de incitar al poder constituyente para que decida si emprende o no dicho proceso, si lo pone o no en marcha. Confundir la iniciativa con la convocatoria no sólo sería un error de “procedimiento” supondría además una usurpación del poder constituyente, con las consecuencias que eso acarrea.

Por último, el artículo 349 es un texto desordenado que debe comenzar a ser leído desde su segundo párrafo, que señala –como es razonable y trayendo a colación la separación de poderes y la sanción a la usurpación– que los poderes constituidos, los poderes ordinarios o permanentes, no pueden entorpecer el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente. Pero hay que observar, la norma no dice que la Asamblea Nacional Constituyente no puede ser controlada en su conformidad a derecho, como lo pueden ser todos los órganos del Estado, lo que no puede ocurrir es que sus funciones se vean “impedidas”.

Los otros dos párrafos de esta norma, el primero y el tercero, se refieren a la parte final del proceso de reforma, señalando que el presidente no puede objetarla y que una vez promulgada debe ser publicada, como todas las normas escritas.

A la disposición, sin embargo, le falta una parte crucial del proceso, la aprobación o no del texto por el Pueblo, etapa que aun cuando no está descrita en esa norma, es necesaria, y lo es, pues (i) la Asamblea Nacional Constituyente, no es el Pueblo, y no es el poder constituyente, (ii) la Asamblea Nacional Constituyente tiene como única función “redactar” el texto constitucional (pero el poder de aprobar la Constitución es del poder constituyente, y ella no es el poder constituyente), (iii) todas las formas de modificación constitucional a las que se refiere este Título IX “De la Reforma Constitucional”, requieren que el texto sea finalmente aprobado por el Pueblo mediante consulta.

En razón de ello, el vacío debe ser llenado por tres vías.

2.1. La analogía, que supone la aplicación de los principios que se aplican para los otros métodos de modificación constitucional (lo que conduce a consultar al pueblo tanto para convocar como para aprobar el texto);

2.2. Los principios constitucionales aplicables, que establecen que la soberanía le pertenece al pueblo y a ningún órgano (artículo 5 de la Constitución), que el poder constituyente es igualmente patrimonio exclusivo del Pueblo (artículo 347 de la Constitución), que ese poder se expresa por los medios de participación directa, que justamente la iniciativa consti-

tuyente y la constitucional son materias de participación directa (artículos 70 y 71 de la Constitución) lo que conduce a consultar al pueblo tanto para convocar a la Asamblea Nacional Constituyente como a consultarle para aprobar el texto resultante de los trabajos de la Asamblea, y;

2.3. Lo que podríamos denominar *la costumbre constitucional* y el principio del paralelismo de las formas<sup>56</sup>, pues hay que recordar que el texto constitucional vigente, la Constitución de 1999, es el resultado de un proceso en el que primero se consultó al pueblo –mediante referendo– si deseaba modificar la Constitución, y luego, se le consultó sobre la aprobación del texto resultante. Así, no solo la experiencia constitucional que llevó a la redacción de las normas que ahora forman la Constitución de 1999, sino además la exigencia del principio de paralelismo de las formas, determinan la necesidad de consultar al pueblo –depositario del poder constituyente– para que sea éste el que “convoque” la Constituyente, elija a los miembros del órgano denominado Asamblea Nacional Constituyente y finalmente decida si aprueba o no el proyecto presentado por el órgano al que encomendó la redacción.

#### IV. CONCLUSIÓN

La Asamblea Nacional Constituyente no es el Pueblo, y en razón de ello no es titular de la soberanía, es tan solo un órgano no permanente, “convocado” para participar del proceso de reforma del ordenamiento jurídico desde su cúspide, modificando la Constitución.

La Asamblea Nacional Constituyente no es uno de los órganos permanentes de los poderes públicos, todos ellos emanados de la soberanía que ejerce el Pueblo mediante el sufragio, pero es, indudablemente, un órgano –pues no es el Pueblo– constitucionalmente previsto, y por ello constituido, de carácter ocasional o extraordinario.

La Asamblea no es más que un órgano, y al igual que todos los órganos constituidos, se encuentra sometida a la soberanía del Pueblo y a la Supremacía Constitucional. Es importante recalcar esto último, la Constitución es la cúspide del ordenamiento jurídico y a ella se somete todo y todos, mientras ella se encuentre vigente, y la Asamblea Nacional Constituyente no es más que un órgano constituido de carácter no permanente que no es ni se identifica con el Pueblo.

La Asamblea Nacional Constituyente está sometida al ordenamiento jurídico y a la Supremacía Constitucional. Ello así, porque Venezuela es un Estado de Derecho y de Justicia y porque la Constitución es norma jurídica suprema que vincula tanto a los ciudadanos (y en definitiva al pueblo, que es, el soberano y el titular del poder constituyente) como a los órganos del poder (y la asamblea no es más que un órgano del poder). Así, en tanto que órgano, y al igual que el Pueblo o los demás órganos del Estado, en un Estado de Derecho, está sometida al ordenamiento jurídico, y muy especialmente a los parámetros que establece la norma jurídica suprema del ordenamiento, la Constitución.

La Asamblea Nacional Constituyente no está llamada a ejercer función otra que no sea preparar un “proyecto” de Constitución (la Constitución le asigna la función de “redactar” un texto constitucional). Ella no aprueba la Constitución, pues ese es un poder que pertenece al único poder soberano y constituyente originario, el Pueblo.

<sup>56</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha referido a este principio en decisión de 26/01/2004, Exp. 03-2109, no solo afirmando su existencia y aplicabilidad sino además aclarando su contenido del modo siguiente: “(...) la Constitución recoge parcialmente el denominado principio de ‘paralelismo de las formas’, que preconiza que los actos se deshacen en la misma forma en que se hacen, o que se modifican o revocan siguiendo el mismo procedimiento con que se constituyen (...)”.

La Asamblea Nacional Constituyente no puede gobernar, pues esa función le pertenece al Ejecutivo, no puede juzgar, pues esa función le pertenece al Poder Judicial, no puede legislar, pues esa función le pertenece al Poder Legislativo. Y si pretende hacerlo, incurre en usurpación de funciones.

Es imposible pensar que porque la función de la Asamblea Constituyente sea “modificar la Constitución” ella es inmune a esta, tal afirmación sería como afirmar que al poder legislativo no se le aplican las leyes porque el dicta las leyes. Afirmar que la Asamblea Constituyente es refractaria a la Constitución equivale a sostener que hay otro soberano –distinto al pueblo– que es aún más soberano que el Pueblo, pues a este último se le aplica la Constitución (o acaso podemos olvidar que el artículo 7 en su parte final, luego de recordar que la Constitución es norma jurídica y norma jurídica suprema, señala que “*Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*”).

#### V. BIBLIOGRAFÍA

Ayala C., Carlos. “Las Asamblea Nacional Constituyente de Maduro-2017: Fraude Constitucional y Usurpación de la Soberanía Constitución de la República”. En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos N° 119. EJV. Caracas 2017, pp. 229-256.

Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo*, Parte General. Ediciones Paredes. Caracas 2007.

Álvarez, Tulio. “El declive de la Teoría del Poder Constituyente”. *LOGOI Revista de Filosofía* N° 21. 2015, pp. 161-180.

Badell M., Rafael. “Régimen Jurídico del Proceso Constituyente en Venezuela”. En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos N° 119. EJV, Caracas 2017. pp. 137-204.

Brewer-Carías, Allan. “La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 2017 como una muestra más de desprecio a la Constitución”. En *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente*. Colección Estudios Jurídicos. N° 119. EJV. Caracas 2017, pp. 27-40.

\_\_\_\_\_. *Las Constituciones de Venezuela. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas 1997.

DENIZ, Ana P. “La participación ciudadana en la Constitución de 1999”. En *Revista de Derecho Constitucional* N° 7 enero-junio 2003. Editorial Sherwood. Caracas 2003.

Flores G, Fernando. “La participación ciudadana en la Constitución de 1999”. En *Revista de Derecho Constitucional* N° 5 julio-diciembre 2001. Editorial Sherwood. Caracas 2002, pp. 75-88.

García de Enterría, Eduardo. “La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Numero Conmemorativo 1948-2008. UNAM. México 2008, pp. 371-398.

\_\_\_\_\_. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. CIVITAS, Madrid 1985.

Haro, José V. “El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela: el estado actual de la cuestión”. En: *Revista de Derecho Constitucional*. N° 9. Caracas 2004, pp. 253-276.

Hernández, José I. “La Ilegítima y fraudulenta convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente ciudadana”. En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos N° 119. EJV. Caracas 2017, pp. 297-313

Moles Caubet, Antonio. “El principio de la Legalidad y sus implicaciones”. Incluido en la obra de recopilación de los trabajos del Profesor MOLES titulada *Estudios de Derecho Público* compilados por Antonio Acosta. UCV, Caracas 1997.

Locke, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Alianza Editorial. Consultado en línea: [http://cinehistoria.com/locke\\_segundo\\_tratado\\_sobre\\_el\\_gobierno\\_civil.pdf](http://cinehistoria.com/locke_segundo_tratado_sobre_el_gobierno_civil.pdf)

Prats, Eduardo J. “El Poder Constituyente de Sieyes a Maduro”. En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos N° 119. EJV. Caracas 2017, pp. 19-22.

Rey, Juan C. “La Constitución sirve para todo”. En la obra colectiva *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. EJV. Caracas 2017, pp. 41-72.

Roseau, Jean Jaques. *Du contrat social*. (Publicación original 1762) Edición de GF. Flamirion. Paris 1966. (Libro Segundo, Capítulo IV “De la loi”).

Sanquírigo Pittevil, Fernando. “Las facultades (i) limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo a la Constitución de la República”. En la *Obra Colectiva Estudios sobre la Asamblea Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Colección Estudios Jurídicos N° 119. EJV. Caracas 2017, pp. 365-368.