

## Comentarios Monográficos

### EL PODER CONSTITUYENTE

#### Comentarios al Proyecto de Reforma Constitucional

Tulio Alberto Alvarez  
*Profesor de Derecho Constitucional,  
UCAB-UCV.*

“En la actividad política, los hombres navegan en un mar sin fondo y sin fronteras; no encuentran un puerto dónde refugiarse ni un sitio dónde andar; no zarpan de punto alguno, ni tienen un puerto determinado de arribo”.

OAKESHOTT

“Es la política una actividad tan compleja, contiene dentro de sí tantas operaciones parciales, todas necesarias, que es muy difícil definirla sin dejarse fuera algún ingrediente importante. Verdad es que por la misma razón la política no existe casi nunca”.

ORTEGA y GASSET

El solo hecho que en nuestro país esté planteada la elección de una Asamblea Constituyente refleja la crisis estructural que estamos viviendo. Cuando se habla de Asamblea Constituyente, figura no consagrada en nuestro sistema constitucional, se pretende acudir a la máxima instancia, no tanto por los defectos o lagunas de la Constitución actualmente vigente, sino porque el sistema mismo está en peligro y no existe otra fórmula que refleje el ánimo de cambio y rectificación. Ahora bien, la idea de convocar al Poder Constituyente implica un rompimiento de la normalidad constitucional, y puede tener serios obstáculos derivados, fundamentalmente, de la actitud que asuman las fuerzas políticas que intervengan en el proceso. De esta forma, aparece como una necesidad la redefinición de los conceptos, haciendo un esfuerzo por determinar la verdadera entidad de las modificaciones que se pretenden realizar. En las causas que motivaron, en un primer momento, la creación de textos fundamentales y en la evolución histórica de las instituciones políticas quizás podemos encontrar la clave del proceso venezolano.

#### I. CONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCION

A. Carlos Fayt<sup>1</sup>, ha definido el constitucionalismo como “el proceso de institucionalización del poder mediante una constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario. Por su parte, José Korseniak<sup>2</sup>, señala que “es un fenómeno histórico-jurídico, por el cual los Estados, instrumentan en un estatuto escrito su organización política, así como los derechos de los individuos que los componen”. De ambas definiciones se desprenden dos elementos fundamentales

1. FAYT, Carlos. *Derecho Político*, tomo II, Buenos Aires, 1988, página 362.

2. KORSENIK, José. *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, página 15.

en la teoría del Poder Constituyente: a) El Constitucionalismo no se agota con la creación de una Constitución en forma originaria. Todo proceso implica un elemento dinámico con un transfondo de cambio; y b) La organización consagrada en la Constitución y la enumeración de los derechos fundamentales que se realiza, responden a la necesidad de racionalizar el ejercicio del poder. Precisamente, la clave para entender el proceso está en descifrar las causas de dicho "fenómeno histórico-jurídico".

Se ubica en el siglo XVIII el momento en que surge y se generaliza la práctica de la mayoría de los Estados de dictarse "Códigos Políticos" o "Cartas Constitucionales". No obstante, hay numerosos antecedentes de "normas constitucionales" que pueden encontrarse en Grecia, Roma, España e Inglaterra. Hay antecedentes coincidentes con el proceso de unificación nacional que completaría la monarquía en la época del Renacimiento, relacionados con la idea de la existencia de ciertas "leyes fundamentales" que se distinguen de las demás leyes por ser fundamento de la ordenación total del Estado. Pero se señala el siglo XVIII como inicio del constitucionalismo por los presupuestos que se producen en ese siglo: a) El auge de la escuela iusnaturalista y el criterio de que los individuos tienen una serie de derechos inalienables, inherentes a su personalidad, anteriores a la existencia del Estado; b) La vigencia de la doctrina del pacto social. El Estado era producto del acuerdo de voluntades de los hombres para vivir en sociedad, y como contrato, debían establecerse las bases del mismo por escrito; y c) Los cambios en la organización tradicional del Estado en virtud de la Revolución Francesa y el proceso de independencia en América.

La doctrina de las leyes fundamentales fue desarrollada por el iusnaturalismo racionalista como expresión del pacto social que da origen al Estado. Carl Schmitt<sup>3</sup> realiza un esfuerzo por definir la "Ley Fundamental" cuando discrimina los siguientes significados: "1. En un sentido general, no preciso, se llaman «leyes fundamentales» todas las leyes o disposiciones que parecen de singular importancia política a las personas o grupos políticamente influyentes en un momento dado. (...*Omissis*...). 2. Ley fundamental: es una norma absolutamente inviolable, que no puede ser, ni reformada, ni quebrantada. (...*Omissis*...). 3. Ley fundamental: es toda norma relativamente invulnerable, que sólo puede ser reformada o quebrantada bajo supuestos dificultados. 4. Ley fundamental: es el último principio unitario de la unidad política y de ordenación de conjunto. Aquí se expresa el concepto absoluto de Constitución. 5. Ley fundamental: es cualquier principio particular de la organización estatal (derechos fundamentales, división de poderes; principio monárquico, el llamado principio representativo, etc.). 6. Ley fundamental: es la norma última para un sistema de imputaciones normativas. Aquí se destaca el carácter normativo, y en la ley fundamental se acentúa ante todo el elemento «ley». 7. Ley fundamental: es toda regulación orgánica de competencia y procedimiento para las actividades estatales políticamente más importantes; y también, en una federación, la delimitación de los derechos de ésta respecto de los de los Estados miembros. 8. Ley fundamental: es toda limitación normada de las facultades o actividades estatales. 9. Ley fundamental: es Constitución en sentido positivo, de donde la llamada ley fundamental no tiene por contenido esencial una normación legal, sino la decisión política". El autor destaca cómo las distintas significaciones se emplean conjuntamente en forma superficial y confusa. Por su parte, Huber distingue entre leyes fundamentales tácitas, las que se relacionan con la existencia del Estado, y leyes fundamentales expresas, las que confieren derechos y delimitan la esfera de actividad del poder estatal.

Uno de los antecedentes más significativos del constitucionalismo moderno lo encontramos en el "Agreement of the people", propulsado por Cromwell, que con-

3. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, reimpresión, página 47.

tenía la distinción entre los derechos del Parlamento y los del pueblo. En el año 1653 fue promulgado el "Instrument of Government" que, según algunos autores, fue el prototipo de la Constitución de los Estados Unidos. Mientras que en Francia se aprueba el 26 de agosto de 1789 la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, las colonias inglesas de América del Norte muestran todo un proceso de fórmulas constitucionales parciales que culmina con la aprobación de la primera Constitución, aporte fundamental al constitucionalismo clásico, que formalmente conoce la humanidad. En el proceso, ciertos actos de formación y adhesión de las congregaciones puritanas denominados Covenant tienen gran importancia. Eran el fundamento del poder que los ministros del culto adquirirían sobre los fieles, pasando del campo religioso al campo político, sirviendo de base a las constituciones que las colonias se dieron. De este modo, la idea de la existencia de una ley o derecho fundamental de organización, basado en el acuerdo de todo el pueblo, para garantizar la libertad humana mediante limitaciones al poder, adquiere forma a lo largo de este período. Tal hecho se expresa en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que establecía: "Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes carece de Constitución".

Posteriormente, las Constituciones dictadas hasta la Primera Guerra Mundial tienen como denominador común la consagración y el afianzamiento de la democracia liberal individualista o "Democracia Clásica" que coincide con el concepto de Georges Burdeau de "Democracia Gobernada". No existía una maduración suficiente de los derechos del hombre en el plano social que permitiera despegar del ámbito de los derechos individuales inmediatos y proyectarse a una defensa integral de la comunidad.

En 1917 se produce la revolución bolchevique que genera el constitucionalismo marxista cuya primera expresión fue la Constitución aprobada el 10 de julio de 1918 contentiva de la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de enero del mismo año, rompiéndose así el esquema liberal que, hasta el momento, había ordenado la evolución constitucional. El constitucionalismo de post-guerra consagra los "Derechos Económicos y Sociales" basado en el principio de que el Estado no debe limitarse a sus tradicionales cometidos sino que debe actuar positivamente para que sus habitantes gocen de un mínimo de bienestar económico y social. La Democracia Clásica, liberal e individualista, da paso a la Democracia Social, concepto en cierta medida coincidente con la Democracia Gobernante a que alude Burdeau, y que encuentra su primera y más exacta expresión con las Constituciones de Querétaro de 1917 y del Weimar de 1920.

Todo este proceso, que coincide con la lucha constante por unos derechos inalienables anteriores a la existencia de los propios textos que los consagran, adquiere connotaciones distintas en los actuales momentos en que el signo del tiempo es la proyección del hombre hacia un nivel superior de convivencia política: "un movimiento de progresiva descentralización y *desestatización* de la vida social, tendente al advenimiento de un cierto nuevo régimen personalista y luralista"<sup>4</sup>.

B. Fayt<sup>5</sup>, realiza un esfuerzo descriptivo del contenido de la Constitución al indicar que la Constitución es la "ley primera, fundamental y suprema de la organización política. Se nos presenta como resultado y ordenamiento de los factores reales de poder, conjugando tres elementos esenciales: los derechos individuales y sociales y sus defensas directas e indirectas; un gobierno y su organización; y los fines y los medios del gobierno instituido". Si partimos de un concepto elemental de Cons-

4. MARITAIN, Jacques. El Hombre y el Estado, Madrid, 1983, página 36.

5. FAYT, Carlos, *Cit.*, página 22.

titución, como formación u organización del Estado, podemos llegar a la conclusión de que todo Estado tiene Constitución, pues sería la forma elemental de ser el Estado mismo; sin embargo, la Constitución no se agota en la mera organización. En tal sentido, una parte importante de su contenido está referida a los derechos y garantías ciudadanos y a los mecanismos de resguardo y protección de estos derechos.

La noción meramente organizativa del concepto Constitución produce una idea parcial del concepto, por cuanto lo desvincula de la realidad social y del conjunto de valores que la envuelven. Hauriou<sup>6</sup>, insiste en este punto al expresar "se dice, a veces, que el establecimiento de una Constitución expresa un deseo de organización racional del Estado. En cierta medida, esto es cierto, porque es indudable que la preocupación de racionalizar el Gobierno y el Estado se encuentra presente en el espíritu de muchos constituyentes. Pero, por sí solo, el deseo de una buena organización no da un pleno sentido a aquello que hay de nuevo en la puesta en marcha de un proceso constituyente, sobre todo si nos trasladamos con el pensamiento al fin del siglo XVIII, momento en que los Estados Unidos de América del Norte y luego la Francia revolucionaria, seguidos de un cierto número de países, se proveyeron de una Constitución escrita. Cuando la «operación constituyente» adquiere su sentido pleno y todo su alcance, se presenta, en efecto, como una renovación de la fundación del Estado, efectuada esta vez con la participación activa y consciente de la Nación". Concluye diferenciando la Constitución política de la social en base a que la primera "regula la organización y funcionamiento de los Poderes públicos, y la Constitución social, que establece o recuerda las bases de la vida en común (individualismo o colectivismo, por ejemplo), al tiempo que precisa la naturaleza de las relaciones entre los ciudadanos"<sup>7</sup>. De esta forma, nos encontramos con la interpretación coincidente con las ideas de Jean-Jacques Rousseau y los hombres de la Revolución Francesa para quienes el proceso de elaboración constitucional era una renovación del Contrato Social primitivo.

Tradicionalmente, la diversidad de los conceptos de Constitución ha obligado a agrupar las distintas perspectivas en tres grupos:

- a) Valorativos: que resulta de aplicar criterios que atienden a la existencia de ciertas bases ideológicas o políticas en las Cartas Fundamentales. Sólo existe Constitución en los Estados que respetan y consagran determinados valores políticos, ideológicos o institucionales;
- b) Sociológicos o Realistas: se concibe la Constitución como conjunto de normas, no como estatuto jurídico, sino como manera real de estar combinados los distintos factores que componen el Estado; y
- c) Jurídicos: La Constitución es concebida como conjunto de normas o estatuto con diversas características de fondo y contenido.

Dentro de los criterios jurídicos para definir la Constitución suelen diferenciarse el sentido formal del material. El primero, está referido al proceso de elaboración de las normas constitucionales y al órgano del cual emanan. El segundo, está referido al contenido de la Constitución que comprende dos grandes temas: c.1. La parte orgánica conformada por las normas relacionadas con la organización del gobierno, sus poderes y órganos, y la distribución de sus respectivas competencias, y c.2. La parte dogmática compuesta fundamentalmente por la declaración de derechos y garantías y la proclamación de los principios filosófico-políticos que básicamente informan a la Constitución. En los Estados sin Constitución escrita el sentido material

6. HAURIU, Maurice. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1971, página 308.

es útil por la imposibilidad de un concepto formal, ya que toda norma jurídica que tenga "contenido constitucional" debe considerarse integrando la Constitución en sentido material.

Karl Loewestein<sup>8</sup>, quien ha elaborado una interesante interpretación de la Constitución como instrumento que crea instituciones que limitan y controlan el poder político, desarrolla el contenido material del concepto señalando como elementos mínimos irreducibles:

"1. La diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos estatales o detentadores del poder para evitar la concentración del poder en las manos de un único y autocrático detentador del poder. 2. Un mecanismo planeado que establezca la cooperación de los diversos detentadores del poder. Los dispositivos y las instituciones en forma de frenos y contrapesos —los checks and balances, familiares a la teoría constitucional americana y francesa—, significan simultáneamente una distribución y, por tanto, una limitación del ejercicio del poder político. 3. Un mecanismo, planeado igualmente con anterioridad, para evitar los bloqueos respectivos entre los diferentes detentadores del poder (...*Omissis*...). 4. Un método también establecido de antemano, para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas —el método racional de la reforma constitucional— para evitar el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución. 5. Finalmente, la ley fundamental debería tener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual —los derechos individuales y libertades fundamentales—, y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder".

Definido así el contenido de la Constitución, debemos concluir que el equilibrio entre las diversas instituciones políticas no debe ser afectado, ni eliminado arbitrariamente, por modificaciones innecesarias. La mutación constitucional está relacionada directamente con el carácter fundamental de sus normas y con la categoría superior en relación al ordenamiento jurídico global del cual funge como base. Cualquier reforma que se plantee, partiendo del hecho de que no se trata de sociedades primitivas, debe responder a procedimiento preestablecido y no ser producto de hechos de fuerza o imposiciones ilegítimas.

## II. EL PODER CONSTITUYENTE

A. El Poder Constituyente ha sido definido como "la facultad inherente a toda comunidad soberana a darse su ordenamiento jurídicopolítico fundamental originario por medio de una Constitución, y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario"<sup>9</sup>. Surge de esta forma la convicción de que el Poder Constituyente se materializa y actúa, además del momento en que se dicta la primera Constitución, en cada ocasión en que se modifica, independientemente de la magnitud del cambio, el texto constitucional.

El Poder Constituyente tiene una entidad jurídica especial por el fin que persigue la actividad que ejerce. En efecto, al dictarse la primera Constitución se está creando el ordenamiento jurídico total del Estado, perfilándose como origen de los demás poderes. Sin embargo, un sector de la doctrina ha tratado de restarle valor a la actuación del Poder Constituyente cuando actúa modificando una Constitución

8. LOEWESTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, 1979, página 153.

9. LINARES QUINTANA, Segundo. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, tomo 2, Buenos Aires, 1976, página 405.

preexistente, creándose la distinción entre Poder Constituyente "originario" y el "instituido", "constituido" o "derivado". En realidad, cuando se crea o modifica la Constitución se produce una situación extraordinaria en que existe y actúa un poder supremo y superior a cualquier otra autoridad. El hecho de que, cuando se modifica una Constitución, ya existan poderes constituidos no es suficiente argumento para afirmar que no opera el Poder Constituyente. La Constitución, como resultado del Poder Constituyente Originario, sólo puede ser modificada con el ejercicio del mismo Poder Constituyente. Así tenemos que "esta reforma puede ser más o menos extensa; puede tener por objeto, bien revisar la Constitución en algunos puntos limitados, bien derogarla y reemplazarla totalmente. Pero cualquiera que sea la importancia de este cambio constitucional, sea total o parcial, habrá de operarse según las reglas fijadas por la misma Constitución que se trata de modificar. Y en efecto, desde el momento en que se hace abstracción de la revolución y de los golpes de Estado, que son procedimientos constituyentes de orden extrajurídico, hay que reconocer que el principio de derecho que se impone en una nación organizada es que la creación de la nueva Constitución sólo puede ser regida por la Constitución antigua, la cual, en espera de su derogación, permanece aún vigente; de tal modo que la Constitución nueva nace en cierto modo de la antigua y la sucede, encadenándose con ella sin solución de continuidad"<sup>10</sup>.

Los procedimientos constituyentes de orden extrajurídico se derivan de mecanismos violentos que pueden ser la revolución y el golpe de Estado, distinguiéndose ambos casos si la iniciativa proviene del pueblo o de uno de los poderes constituidos. En Venezuela, la mayoría de las Constituciones que se han sucedido de 1811 a 1961 han tenido ese origen violento o de ruptura del hilo constitucional. Destacan las Constituciones sancionadas por el Congreso Constituyente, en Valencia, el 22 de septiembre de 1830; la Asamblea Constituyente, en Caracas, el 28 de marzo de 1864; y por la Asamblea Nacional Constituyente, en Caracas, el 5 de julio de 1947, que son producto de cambios fundamentales del orden político y se derivan, precisamente, de procesos signados por la ruptura del hilo constitucional apareciendo, la última reforma, como inmediata y perfecta manifestación de un golpe de Estado. Planteada la modificación en virtud de hechos de violencia y eliminada la vigencia de la Constitución estamos en presencia de imposiciones de hecho sin ninguna legalidad, por estar fuera de las reglas de derecho previstas por el texto fundamental. El poder constituyente se presenta con la misma entidad que en el momento de la primera Constitución o la formación originaria del Estado: no se deriva de precedente jurídico alguno.

B. En base a los procedimientos de modificación de la Constitución se ha creado la calificación de flexible o rígida, dependiendo de que sea el mismo o distinto al procedimiento de formación de las leyes ordinarias. En el primer caso, no puede haber contradicción entre la ley y Constitución, pues una ley que contradiga la Constitución, en la práctica, la está modificando. Un caso de interés, en tal sentido, es el de la Constitución de la República Popular China, adoptada el 17 de enero de 1975 en la I Sesión de la IV Asamblea Popular Nacional, que estableció en su artículo 17:

"Son atribuciones de la Asamblea Popular Nacional: reformar la Constitución, legislar, nombrar y remover al Primer Ministro del Consejo de Estado y a los integrantes del Consejo de Estado a propuesta del Comité Central del Partido Comunista de China, aprobar el plan de economía nacional, el presupuesto de la nación y su balance, y ejercer otras atribuciones que la Asamblea Popular Nacional considere necesario asumir".

10. CARRE DE MALBERG, Raymond. *Teoría General del Estado*, México, 1948, página 1.173.

En el texto constitucional no se encuentran procedimientos distintos para reformar o legislar siendo, en consecuencia, una Constitución formalmente flexible. La Constitución no tiene así ninguna prevalencia sobre la ley ordinaria y los controles de constitucionalidad son de distinta entidad al ser eliminado uno de los actos estatales más importantes de sus efectos. El procedimiento “distinto” para modificar la Constitución rígida le da una categoría especial y puede derivar de la necesidad de elegir una Asamblea Constituyente, convocar un referéndum, mayorías especiales o calificadas para votar la iniciativa, admisión o aprobación de la modificación, y, en general, cualquier modalidad particular de redacción o discusión; inclusive, la intervención de otros órganos del Estado. La rigidez de una Constitución puede ser, en consecuencia, mayor o menor, dependiendo de las dificultades o requisitos que se creen en relación al procedimiento de modificación de las leyes ordinarias. En definitiva, de esta distinción depende el lugar de la Constitución dentro del orden jurídico.

Es importante destacar que la rigidez no implica inmutabilidad de las normas ya que la Constitución debe adecuarse a las nuevas realidades sociales. Este es, precisamente, el primer problema que se ha planteado con relación a la revisión constitucional: La posibilidad misma de realizar modificaciones al texto fundamental. Las razones de admitir tal posibilidad se pueden encontrar: a) En que una generación no puede pretender someter a sus reglas y visión del mundo a las generaciones futuras; y b) Instituir la inmutabilidad constitucional puede provocar los mecanismos extraconstitucionales. En el supuesto de que no haya prohibición expresa, sino simplemente silencio en las disposiciones sobre la posibilidad de modificación, se pueden producir dos posibilidades: a) Que el silencio implique la imposibilidad de modificación; o b) Que el procedimiento de modificación sea el mismo de las leyes ordinarias. Ambas posibilidades implican inconvenientes, ya sean los referidos a la inmutabilidad ya comentada o que contraríen, en el último supuesto, el principio de la supremacía constitucional.

En todo caso, aceptando la posibilidad de modificación de la Constitución, encontramos multiplicidad de regímenes de revisión de las constituciones rígidas que, en nuestra opinión, pueden ser agrupados en varios grupos:

a) Delegación plena a un órgano de los poderes públicos constituidos de las facultades de modificación, con intervención o no del pueblo mediante referéndum. Así tenemos que la Constitución Política del Ecuador y la Constitución de Italia establecen en sus artículos 143 y 138, respectivamente, el procedimiento de revisión constitucional en los siguientes términos:

Artículo 143: “Pueden proponerse reformas a la Constitución por los legisladores, por el Presidente de la República, por la Corte Suprema de Justicia y por iniciativa popular.

El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de reformas constitucionales y su aprobación requiere del voto de, por lo menos, las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso. Aprobado el proyecto de reforma en dos debates, el Congreso lo remitirá al Presidente de la República para su dictamen. De ser éste favorable, la reforma se promulga de acuerdo con la ley.

El Presidente de la República, dentro del plazo de 90 días podrá someter a consulta popular los proyectos de reforma constitucional en los siguientes casos: a) Cuando el proyecto de reforma propuesto por la iniciativa del Presidente de la República hubiere sido rechazado total o parcialmente por el Congreso Nacional; y b) Cuando el proyecto de reforma aprobado por el Congreso Nacional, hubiere obtenido dictamen total o parcialmente desfavorable del Presidente de la República.

La consulta popular convocada por el Presidente de la República se circunscribirá exclusivamente a la parte o partes del proyecto de reformas que hayan sido objeto de discrepancia”.

Artículo 138: “Las leyes de revisión de la Constitución y las demás leyes constitucionales son adoptadas por cada una de las Cámaras, después de dos deliberaciones sucesivas, con un intervalo no menor de tres meses, y son aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras en la segunda votación.

Dichas leyes son sometidas a referéndum popular cuando, dentro de los tres meses de su publicación, lo pida un quinto de los miembros de una Cámara, o quinientos mil electores, o cinco Consejos Regionales. La ley sometida a referéndum no es promulgada si no es aprobada por la mayoría de los votos válidos.

No habrá lugar a referéndum si la ley ha sido aprobada en segunda votación de cada una de las Cámaras por la mayoría de los dos tercios de sus miembros”.

b) Convocatoria a una Asamblea Constituyente como único procedimiento de revisión. En esta categoría es imprescindible la intervención especial del pueblo, ya sea para elegir a los miembros de la Asamblea o para ratificar las modificaciones planteadas. Encontramos así, el artículo 30 de la Constitución de la Nación Argentina que reza textualmente:

“La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de las dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

c) Los regímenes especiales de los Estados con forma federal que deben garantizar la participación de los estados, provincias o unidades que componen la federación. De esta forma, encontramos el artículo 60 de la Constitución de Brasil y el 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que disponen:

Artículo 60: “La Constitución podrá ser enmendada mediante proposición: I. de un tercio, como mínimo, de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado Federal; II. del Presidente de la República; III. de más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, aprobadas, en cada una de ellas, por la mayoría relativa de sus miembros”.

Artículo 135: “La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”.

d) Los sistemas mixtos basados en una diferenciación entre modificaciones parciales o totales, o que añaden la intervención de otro de los poderes públicos. Este tipo de Constituciones reconocen, implícitamente, la desigualdad de las normas contenidas en la propia Constitución, creando así normas de categoría superior dentro del mismo texto constitucional. Tal dualidad se presenta en la Constitución Española, en los artículos 167 y 168, donde se establece:

Artículo 167: “1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hu-

biera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras". Artículo 168: "1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación".

La nueva Constitución de Colombia permite la reforma por vía de la Asamblea Constituyente o por el tradicional mecanismo del Congreso mediante el referéndum. En el primer caso, se activa el mecanismo en virtud de una ley aprobada por la mayoría de los miembros de las dos Cámaras donde se disponga la consulta popular sobre la conveniencia de convocar la Asamblea Constituyente. En virtud de los altos niveles de abstención, se establece la convocatoria cuando la tercera parte de los integrantes del censo electoral así lo aprueba. En el caso colombiano la diferencia no es de fondo sino de procedimiento, a diferencia de la Constitución Política de la República de Costa Rica, que establece una revisión con la participación de la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo, cuando es parcial, y un mecanismo distinto en su artículo 196 que reza textualmente:

"La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria deberá ser aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo".

Una modalidad interesante es la revisión mediante leyes constitucionales, tal como lo establece el artículo 331 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay que establece en su literal "D":

"La Constitución podrá ser reformada, también, por leyes constitucionales que requerirán para su sanción, los dos tercios del total de componentes de cada una de las Cámaras dentro de una misma legislatura. Las leyes constitucionales no podrán ser vetadas por el Poder Ejecutivo y entrarán en vigencia luego que el electorado convocado especialmente en la fecha que la misma ley determine, exprese su conformidad por mayoría absoluta de los votos emitidos y serán promulgadas por el Presidente de la Asamblea General".

En definitiva, por la vía formal, puede establecer cada Constitución el mecanismo que mejor convenga a cada Estado en un momento determinado. Distinto es el caso de la revisión de las Constituciones escritas por vía de la costumbre. En

nuestra opinión, la costumbre tiene cabida dentro de un sistema de derecho escrito, en el cual se pueden dar tres supuestos: a) La prohibición expresa de que se formen reglas constitucionales que se deriven de costumbres; b) Que se autorice, como fuente complementaria, la formación de reglas constitucionales que se deriven de la costumbre; y c) El silencio del texto constitucional. Ante esta última situación, debemos afirmar que no concebimos, en la teoría de la Constitución, un uso o costumbre que pueda abrogar normas con rango constitucional; en todo caso, podría suplir las lagunas del derecho escrito.

### III. EL PROCEDIMIENTO EN VENEZUELA

En Venezuela, la Constitución es rígida y se establecen dos procedimientos distintos: el de enmienda y el de reforma, que se diferencian de acuerdo al contenido de la modificación y el procedimiento a seguir. En el caso de las enmiendas, se trata de modificaciones incidentales del texto constitucional, a diferencia de la reforma, que implica una modificación sustancial. Ahora bien, no se define en la Constitución qué debe entenderse por modificación sustancial o incidental, lo que implica que la interpretación de la modalidad y procedimiento a seguir es una decisión política del Poder Constituyente.

En efecto, en el artículo 245 de la Constitución se establece el procedimiento de enmienda cuando se dispone:

“Las enmiendas a esta Constitución se tramitarán de la forma siguiente:

1. La iniciativa podrá partir de una cuarta parte de los miembros de una de las Cámaras, o bien de una cuarta parte de las Asambleas Legislativas de los Estados, mediante acuerdos tomados en no menos de dos discusiones por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea;
2. La enmienda se iniciará en sesiones ordinarias pero su tramitación podrá continuar en las sesiones extraordinarias siguientes;
3. El proyecto que contenga la enmienda se iniciará en la Cámara donde se haya propuesto, o en el Senado cuando haya sido propuesto por las Asambleas Legislativas, y se discutirá según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de las leyes;
4. Aprobada la enmienda por el Congreso, la Presidencia la remitirá a todas las Asambleas Legislativas par su ratificación o rechazo en sesiones ordinarias, mediante acuerdos considerados en no menos de dos discusiones y aprobados por la mayoría absoluta de sus miembros;
5. Las Cámaras reunidas en sesión conjunta escutarán en sus sesiones ordinarias del año siguiente los votos de las Asambleas Legislativas, y declararán la enmienda en lo puntos que hayan sido ratificados por las dos terceras partes de las Asambleas;
6. Las enmiendas serán numeradas consecutivamente, y se publicarán de seguida de la Constitución, sin alterar el texto de ésta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia al número y fecha de la enmienda que lo modifique”.

La Reforma Constitucional implica una modificación de fondo y, en forma implícita, establecer diferencias entre modificación incidental o sustancial nos lleva a concluir que las normas contenidas en la Constitución no son de la misma entidad jurídica. De esta manera, a título ilustrativo, podríamos afirmar que las normas referentes a los principios fundamentales de organización política sólo pueden modificarse

por el procedimiento de reforma. Dichos principios serían principalmente: a) El referente a la forma de Estado Federal; b) La forma de gobierno democrático, representativa, responsable y alternativa; c) El resguardo de la integridad del territorio derivado del principio de Estado soberano; d) El sistema de distribución de competencias de los poderes públicos en los distintos niveles; y e) El procedimiento mismo de modificación de la Constitución. Sin embargo, tal enumeración debe partir del hecho de que la calificación de enmienda o reforma la realiza el mismo Poder Constituyente siendo el único competente en esta materia. La excepción sería cuando la modificación de la Constitución es realizada contraviniendo el procedimiento establecido en la propia Constitución lo que podría implicar una declaratoria, en tal sentido, de la Corte Suprema de Justicia.

En relación al procedimiento de Reforma Constitucional el artículo 246 reza textualmente:

“Esta Constitución también podrá ser objeto de reforma general, en conformidad con el siguiente procedimiento:

1. La iniciativa deberá partir de una tercera parte de los miembros del Congreso, o de la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas en acuerdos tomados en no menos de dos discusiones por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea;
2. La iniciativa se dirigirá a la Presidencia del Congreso, la cual convocará a las Cámaras a una sesión conjunta con tres días de anticipación por lo menos, para que se pronuncie sobre la procedencia de aquélla. La iniciativa será admitida por el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes;
3. Admitida la iniciativa, el proyecto respectivo se comenzará a discutir en la Cámara señalada por el Congreso, y se tramitará según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de las leyes;
4. El proyecto aprobado se someterá a referéndum en la oportunidad que fijen las Cámaras en sesión conjunta, para que el pueblo se pronuncie en favor o en contra de la reforma. El escrutinio se llevará a conocimiento de las Cámaras en sesión conjunta, las cuales declararán sancionada la nueva Constitución si fuere aprobada por la mayoría de los sufragantes de toda la República”.

Fuera de los procedimientos pautados para su modificación, la Constitución no pierde vigencia, ni por acto de fuerza ni otro procedimiento distinto. Inclusive, no existen controles especiales por parte del Poder Ejecutivo ni el Poder Judicial; ya que el Presidente de la República no puede objetar las enmiendas o reformas y está obligado a promulgarlas dentro de los diez días siguientes a su sanción y la Corte Suprema de Justicia no puede controlar la Constitucionalidad de la enmienda o reforma tramitadas de acuerdo al procedimiento preestablecido.

En Venezuela, no se establece la prohibición de modificación en ciertas materias. Tampoco es aplicable la diferenciación que señala José Alfonso Da Silva <sup>11</sup>, quien clasifica las limitaciones del poder de reforma en tres grupos: a) Temporales: cuando se establece un límite de tiempo en el cual no se puede realizar la modificación; b) Circunstanciales: señala el caso de la imposibilidad de proceder a modificar la Constitución estando en vigencia el estado de sitio o en los casos de intervención federal en el caso específico de la Constitución Brasileña, y c) Materiales: señala la aguda controversia que plantea la pregunta: ¿El poder de reforma puede alterar cualquier dispositivo constitucional o hay ciertos dispositivos que no pueden ser objeto de enmienda o revisión? Indica que para solucionar esta pregunta la doctrina crea la diferenciación entre limitaciones materiales explícitas y limitaciones materiales implí-

11. DA SILVA, José Alfonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Sao Paulo, 1990, páginas 58 a 61.

citas. Las primeras implican que el Constituyente originario excluye en forma expresa determinadas materias del poder de reforma y señala como ejemplo el contenido del artículo 60, inciso 4, de la Constitución Brasileña que establece:

“No será objeto de deliberación una proposición de enmienda tendiente a abolir: la forma federal de Estado; el voto directo, secreto, universal y periódico; la separación de los poderes; los derechos y garantías individuales”.

En cuanto a las limitaciones materiales implícitas o inherentes cita a Nelson de Sousa Sampaio<sup>12</sup> al indicar que la doctrina brasileña ha venido admitiendo la tendencia a ampliar las hipótesis de limitaciones materiales expresas estableciendo categorías de normas constitucionales que están fuera del alcance del poder de reforma; serían ellas las concernientes a la titularidad del poder constituyente, las referentes a la titularidad del poder reformador y las referentes al procedimiento de la propia enmienda. Interesantes ejemplos de tal situación lo encontramos en la Constitución de los Estados Unidos de América, típico ejemplo de Constitución rígida, y la Constitución de Francia, que regulan en sus artículos 5 y 89, respectivamente, su modificación en los siguientes términos:

Artículo 5: “Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado”.

Artículo 89: “La iniciativa de la revisión de la Constitución pertenece concurrentemente al Presidente de la República a propuesta del Primer Ministro y a los miembros del Parlamento.

El proyecto o la proposición de revisión debe ser votado por las dos Asambleas en términos idénticos. La revisión es definitiva después de haber sido aprobada por referéndum.

No obstante, el proyecto de revisión no es sometido a referéndum cuando el Presidente de la República decide someterlo al Parlamento convocado en Congreso; en este caso, el proyecto de revisión no es aprobado más que si reúne la mayoría de las tres quintas partes de los sufragios emitidos. La Mesa del Congreso es la de la Asamblea Nacional.

No puede iniciarse o proseguirse ningún procedimiento de revisión si atenta a la integridad del territorio.

La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de revisión”.

12. DE SOUSA SAMPAIO, Nelson. *O Poder de Reforma Constitucional*, Livraria Progresso, 1954, páginas 93 y siguientes.

#### IV. EL PROYECTO DE REFORMA GENERAL 1992

El Proyecto de Reforma General de la Constitución presentado por el Dr. Rafael Caldera, en fecha 20 de marzo de 1992, en su carácter de Presidente de la Comisión Bicameral designada para la Revisión de la Constitución, trata de resolver, en forma inmediata, los problemas que han surgido de las nuevas realidades no previstas por el Constituyente de 1961. Las soluciones propuestas se pueden agrupar en cinco grandes categorías:

a. La materialización de mecanismos efectivos de participación. En este orden de ideas surge la figura del referéndum con distintas modalidades agrupadas en el nuevo Capítulo II, del Título IV, del "Poder Público" con el articulado siguiente:

Artículo . Las decisiones de especial trascendencia del Ejecutivo Nacional podrán ser sometidas a referéndum por iniciativa del Presidente de la República, en Consejo de Ministros, por acuerdo del Congreso, por el voto de la mayoría de los miembros de cada una de las Cámaras, o a solicitud de un número no menor del cinco por ciento (5%) de los electores inscritos en el registro electoral nacional.

También podrán someterse a referéndum las decisiones de especial trascendencia de las autoridades estatales y municipales. La iniciativa para estos referendos será regulada en las Constituciones estatales y en las leyes orgánicas nacionales a que se refiere el artículo 26 de esta Constitución.

Artículo . Transcurrida más de la tercera parte del período del Presidente de la República, de los senadores y diputados al Congreso, de los gobernadores de estados, de los diputados a las Asambleas Legislativas, de los alcaldes y de los concejales podrá solicitarse la convocatoria de un referéndum para evaluar la gestión de estos funcionarios cuando un número no menor del quince por ciento (15%) de los electores inscritos en el registro electoral nacional, o en el correspondiente al estado o municipio respectivo, así lo pidiere. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) de los inscritos hubieren votado negativamente, se considerará revocado el mandato y se procederá de inmediato a cubrir las faltas absolutas conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en las leyes.

En los casos de los senadores y diputados al Congreso, de diputados a las Asambleas Legislativas y de los concejales, el número de electores será el del registro electoral de la circunscripción o circuito electoral respectivo.

Durante cada período no podrá hacerse más de una solicitud de revocación del mandato.

Artículo . Serán sometidos a referéndum aquellos proyectos de ley aprobados por el Congreso cuando así lo decida la mayoría de los miembros de una de las Cámaras. Si el referéndum concluye en un sí aprobatorio, las Cámaras declararán sancionada la ley.

Artículo . Serán sometidas a referéndum para ser abrogadas, total o parcialmente, las leyes cuya derogación fuese solicitada por un cinco por ciento (5%) de los electores inscritos en el registro electoral o por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros.

También podrán ser sometidos a referéndum abrogatorio los Decretos que dicte el Presidente de la República en uso de la atribución a que se refiere el ordinal 8º del artículo 190 de esta Constitución.

No podrán ser sometidas a referéndum abrogatorio las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público, las que aprueben tratados y las de amnistía.

Artículo . Podrán someterse a referéndum los tratados, convenios o acuerdos internacionales antes de su ratificación, por decisión del Presidente de la República en Consejo de Ministros, por acuerdo del Congreso por el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara o por iniciativa del cinco por ciento (5%) de los electores inscritos.

Artículo . La votación consistirá en sí o no. El referéndum se decidirá por la mayoría absoluta de los electores inscritos.

Artículo . El referéndum tendrá valor decisorio.

Artículo . Los electores inscritos en el registro electoral nacional que soliciten la convocatoria de alguno de los referendos previstos en esta Constitución, serán debidamente identificados ante los organismos electorales.

Artículo . La materia objeto de un referéndum que fuere rechazada por el pueblo no podrá presentarse de nuevo durante los dos años siguientes.

Artículo . El procedimiento del referéndum será regulado por una ley orgánica.

Se unifica de esta forma la figura del referéndum en un mismo Capítulo, tal como lo propusimos a la Comisión Bicameral, pudiéndose diferenciar: a) Los Consultivos: en materias de especial trascendencia nacional, estatal o municipal, previéndose, en los dos últimos casos, la regulación en las Constituciones Estadales o leyes orgánicas respectivas. Adicionalmente, podrán someterse a referéndum los proyectos de ley aprobados por el Congreso y los tratados, convenios o acuerdos internacionales antes de su ratificación; b) Revocatorios: para evaluar la gestión del Presidente de la República, senadores y diputados al Congreso, gobernadores de estados, diputados a las Asambleas Legislativas, de los alcaldes y de los concejales. Tal iniciativa puede implicar la revocatoria del mandato cuando más del cincuenta por ciento de los inscritos en el registro electoral correspondiente hubiere votado negativamente; y c) Abrogatorios: La derogación total o parcial de leyes vigentes y decretos que dicte el Presidente de la República en uso de la atribución prevista en el ordinal 8º del artículo 190 de la Constitución de 1961. Se exceptúan las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público, las que aprueben tratados y las de amnistía.

Nuestra proposición originaria suponía un nuevo Título, relativo a "Los Mecanismos de Democracia Directa", donde se reunirían las normas, dispersas en el proyecto, que establecen el referéndum y los otros mecanismos de participación encabezado con una norma del tenor siguiente:

Artículo . Los mecanismos de democracia directa son: el sufragio, la iniciativa popular, la revocatoria del mandato, el referéndum y los demás que establezca la ley en ejecución de los principios contenidos en esta Constitución.

Igualmente, debemos insistir sobre la relación entre esta materia y el concepto de despersonalización de la soberanía contenido en el artículo 4 de la Constitución de 1961 objetando, en consecuencia, la nueva redacción que se pretende dar al artículo que fue presentado:

"La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en las leyes, e indirectamente, mediante el sufragio por los órganos del Poder Público".

El sufragio es un mecanismo de ejercicio directo de la soberanía, consagrado en la Constitución y las leyes, y que el ejercicio indirecto, se realiza mediante sus legítimos representantes, detentadores del poder. De tal forma, propongo esta redacción:

“La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en las leyes, e indirectamente, por los órganos del Poder Público”.

b. En cuanto al procedimiento de revisión constitucional la Comisión propuso modificaciones de fondo con las siguientes características:

- 1) Se elimina el procedimiento de enmienda y, en consecuencia, la diferenciación entre modificaciones de normas incidentales y normas fundamentales;
- 2) La iniciativa de la reforma podrá partir de un número de ciudadanos no menor del dos y medio por ciento de los inscritos en el registro electoral, manteniéndose la posibilidad de iniciativa de las Asambleas Legislativas de los Estados como consecuencia de la forma federal de Estado;
- 3) La admisión del proyecto es por mayoría calificada de dos tercios de los presentes en la sesión conjunta convocada por el Presidente del Congreso a tales efectos;
- 4) Se mantiene la participación popular por vía de la aprobación del proyecto mediante referéndum;
- 5) Se establece otro procedimiento, el cual no tiene ninguna diferencia de fondo con la reforma, que implica la convocatoria de una Asamblea Constituyente. En nuestra opinión, es innecesaria la creación de un título distinto del de las reformas para regular la figura de la Asamblea Constituyente, tal como se establece en el proyecto en los siguientes términos:

Artículo 68. Se agrega después del Título X un nuevo Título que será el XI, intitulado “De la Asamblea Constituyente”, con el articulado siguiente:

Artículo . Un número no menor del cinco por ciento (5%) de los electores inscritos en el registro electoral nacional podrá solicitar la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

Artículo . El organismo electoral nacional, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos anteriores, procederá a fijar, dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud de convocatoria, el día en que se realizará la consulta al pueblo. Esta consulta será válida cuando concurra por lo menos la mitad más uno de los electores inscritos.

Artículo . Si el pueblo aprobare hacer la convocatoria por la mayoría absoluta de los votantes, el organismo electoral nacional procederá dentro de los cienos veinte (120) días siguientes a convocar las elecciones para elegir a los representantes a la Asamblea Constituyente y a fijar la fecha de su realización.

Artículo . La Asamblea Constituyente será únicamente y estará formada por el número de representantes que resulte de dividir los habitantes que tenga cada entidad federal por la base población. Si hecha esta división resulta un residuo superior a la mitad de la base de población se elegirá un miembro más.

Aquellos estados que no tengan un número de habitantes suficiente para elegir dos miembros a la Asamblea elegirán, en todo caso, este número. Cada Territorio Federal elegirá un representante.

La base de población para elegir un representante a la Asamblea será igual al uno por ciento (1%) de la población total del país.

Artículo . El sistema electoral para elegir a los representantes a la Asamblea Constituyente será el vigente para elegir a los diputados al Congreso de la República.

A la Asamblea sólo se elegirán representantes principales.

Artículo . Para ser representante a la Asamblea Constituyente se requerirán las mismas condiciones que la Constitución exige para ser diputado al Congreso de la República.

Los representantes a la Asamblea gozarán de las mismas inmunidades y prerrogativas que la Constitución concede a los senadores y diputados. La inmunidad comenzará a partir del momento en que sean proclamados.

Los representantes a la Asamblea lo serán del pueblo en su conjunto. No estarán ligados a mandatos ni a instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia.

Artículo . No podrán ser elegidos representantes a la Asamblea Constituyente los senadores y diputados al Congreso de la República ni los funcionarios públicos a los que se refiere el artículo 140 de la Constitución, a menos que renuncien dentro de los quince (15) días siguientes de la convocatoria a elección de la Asamblea.

El cargo de miembro de la Asamblea es incompatible con el ejercicio de cualquier otro destino público o privado.

Artículo . La Asamblea Constituyente se instalará, sin necesidad de previa convocatoria, a las diez de la mañana del décimo día siguiente a la fecha de la proclamación o en el día y hora más inmediato posible y sesionará por un período que no podrá exceder los doce (12) meses contados a partir de la fecha de su instalación.

Artículo . La Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente será sometida a referéndum en la oportunidad que ella fije dentro de los ciento veinte (120) días siguientes a su aprobación. El referéndum será válido si concurre por lo menos la mitad más uno de los electores inscritos en el registro electoral nacional. La Constitución quedará sancionada cuando resulte aprobada por la mayoría absoluta de los votantes.

En la propuesta de la Comisión Bicameral la diferencia entre uno u otro procedimiento es en base a elementos formales y, en definitiva, la elección depende de una decisión política del Congreso, en el momento de la admisión de la reforma, o del Cuerpo Electoral, si aprueba en referéndum la convocatoria de la Asamblea Constituyente. En el anteproyecto que sirvió de base de las conclusiones presentadas por la Comisión Bicameral al Congreso se establecía una interesante diferencia de fondo, que podría ser útil en situaciones futuras, al encabezar el Título de la Asamblea Constituyente con el siguiente artículo:

“Cuando exista una situación excepcionalmente grave que reclame la elaboración de una nueva Constitución y la adopción de medidas extraordinarias que no puedan ser tomadas dentro de los mecanismos constitucionales vigentes, podrá convocarse a una Asamblea Constituyente para que ejerza la plenitud del Poder Constituyente originario”.

El defecto que notamos en la redacción es la referencia al Poder Constituyente Originario, la cual es improcedente en virtud de que la legitimidad de la Asamblea Constituyente convocada, si es aprobada la reforma en los términos planteados, deriva de la propia Constitución y, en consecuencia, estaríamos en presencia del Poder Constituyente derivado.

c) Uno de los aspectos más resaltantes de la reforma es el que se refiere al Poder Judicial. En el seno de la Comisión Bicameral se enfrentaron dos proposiciones relacionadas con la creación de la Alta Comisión de Justicia o de un Consejo de la Magistratura. La Comisión prefirió la última de ellas lo cual originó el voto salvado del Dr. Rafael Caldera, quien había sido abanderado de un mayor control

social del Poder Judicial. Al contrastar las dos proposiciones podemos encontrar las diferencias de fondo en su integración y funciones, en la forma siguiente:

#### INTEGRACION

“Se crea una Alta Comisión de Justicia integrada por el Fiscal General de la República, quien la presidirá, y por veinticuatro (24) miembros más que deberán ser venezolanos, mayores de 30 años, de intachable conducta y de reconocida honorabilidad, escogidos con la participación de las instituciones jurídicas, docentes, profesionales y académicas, y de otros sectores de la sociedad civil, en la forma que determine la respectiva ley orgánica”.

“Se crea el Consejo de la Magistratura integrado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la presidirá, y por veinticuatro miembros más que deberán ser venezolanos, mayores de 30 años, de intachable conducta y de reconocida honorabilidad, escogidos con la participación de las instituciones jurídicas, docentes, profesionales y académicas, y de otros sectores de la sociedad civil, en la forma que determine la respectiva ley orgánica”.

#### ATRIBUCIONES

“La Alta Comisión de Justicia tendrá las siguientes atribuciones:

a) Destituir a cualquier magistrado, juez o funcionario judicial cuando la mayoría absoluta de sus miembros lo considere necesario con base en las informaciones de que disponga y en su libre convicción. Todo ello, sin perjuicio de las atribuciones disciplinarias asignadas por la ley a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de la Judicatura. Para la destitución de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia se requerirá el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Alta Comisión;

b) Ordenar al Consejo de la Judicatura la reorganización total o parcial del Poder Judicial en cualquier circunscripción judicial, cuando considere que tal medida habrá de contribuir a mejorar la imagen y el funcionamiento de la administración de justicia, e indicar las medidas correctivas que considere pertinente;

c) Elaborar la lista de candidatos para la elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo y de los otros altos funcionarios del orden judicial o del Ministerio Público que determine la ley. La lista alcanzará, por lo menos el triple o el quintuplo de los funcionarios que se deben elegir según se trate de organismos colegiados o de designaciones uninominales y se formará mediante votación secreta con los candidatos que obtengan la mayoría absoluta de los votos de los miembros de la Comisión. Los candidatos deberán reunir las condiciones requeridas por esta Constitución y por la ley.

El Presidente de la República, el Consejo de la Judicatura, las Facultades de Ciencias Jurídicas de las Universidades, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, los Colegios Profesionales de Abogados y cualquier otra institución que determine la ley podrán proponer a la Alta Comisión de Justicia nombres de candidatos idóneos, pero la Comisión estará en plena libertad de acogerlos o no;

d) Revisar las actuaciones de los jurados de los concursos de oposición para la provisión y ascenso de los jueces de tribunales unipersonales o colegiados de primera instancia y superiores, cuando recurra ante ella alguno de los concurrentes, y ordenar su repetición si lo considera procedente; y

e) Las demás que le asigne la ley orgánica respectiva.

Contra las decisiones de la Alta Comisión de Justicia no se oirá ni admitirá recurso judicial alguno, ni de ninguna naturaleza”.

“El Consejo de la Magistratura tendrá las siguientes atribuciones:

a) Promover ante el Consejo de la Judicatura la reorganización total o parcial del Poder Judicial en cualquier circunscripción judicial, cuando considere que tal medida habrá de contribuir a mejorar la imagen y el funcionamiento de la administración de justicia, e indicar las medidas correctivas que considere pertinente;

b) Elaborar la lista de candidatos para elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo y de los otros altos funcionarios del orden judicial o del Ministerio Público que determine la ley. La lista alcanzará, por lo menos el triple o el quíntuplo de los funcionarios que se deben elegir según se trate de organismos colegiados o de designaciones uninominales y se formará mediante votación secreta con los candidatos que obtengan la mayoría absoluta de los votos de los miembros del Consejo. Los candidatos deberán reunir las condiciones requeridas por esta Constitución y por la ley.

El Presidente de la República, el Consejo de la Judicatura, las Facultades de Ciencias Jurídicas de las Universidades, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, los Colegios Profesionales de Abogados y cualquier otra institución que determine la ley podrán proponer al Consejo de la Magistratura, nombres de candidatos idóneos, pero el Consejo estará en plena libertad de acogerlos o no.

c) Revisar las actuaciones de los jurados de los concursos de oposición para la provisión y ascenso de los jueces de tribunales unipersonales o colegiados de primera instancia y superiores, cuando recurra ante ellos alguno de los concursantes, y ordenar su repetición si lo considera procedente.

e) Las demás que le asigne la ley orgánica respectiva.

Contra las decisiones del Consejo de la Magistratura no se oirá ni admitirá recurso judicial alguno, ni de ninguna naturaleza”.

En nuestro criterio, la base constitucional para modificar al Poder Judicial debe partir de los siguientes principios: a) Debe existir un cuerpo disciplinario que controle a los jueces que desarrollen la carrera judicial conformado por un número reducido de miembros; b) Debe garantizarse la autonomía de los jueces y establecerse la prohibición de realizar actividades políticas; c) En cuanto a la elección de los Magistrados a la Corte Suprema de Justicia, debe establecerse un sistema complejo de elección donde un órgano proponga candidatos y otro los escoja en base a la lista previamente elaborada; d) Debe consagrarse el control social del Poder Judicial creándose un cuerpo con facultades de remover a los altos funcionarios judiciales, conformado por los miembros del cuerpo disciplinario indicado en el literal a) y por personas con honorabilidad y autoridad moral que no necesariamente deben estar relacionados con la administración de justicia; y e) La Corte Suprema de Justicia debe reestructurarse de forma que exista una Sala o Cuerpo Constitucional y otros que conozcan el Recurso de Casación.

d) En la Reforma se crea la figura del Primer Ministro, en base a la modificación del articulado referido al Poder Ejecutivo, en los siguientes términos:

Artículo 46. Se sustituye el artículo 185 por el siguiente:

“No podrá ser elegido Presidente de la República quien haya ejercido la Presidencia por un período constitucional o por más de la mitad del mismo a partir

de esta Reforma. Los que hayan ejercido previamente a esta Reforma por los lapsos indicados no podrán ser nuevamente Presidente de la República, ni desempeñar dicho cargo dentro de los diez (10) años siguientes a la culminación de su mandato”.

Artículo 47. Se agrega al artículo 188, después de la palabra “suplirá”, la expresión “el Primer Ministro, o en su defecto”.

Artículo 48. Se reforma el artículo 190 lo siguiente:

1º Redactar el ordinal 2º así:

2º Nombrar y remover los Ministros, en conformidad con lo establecido en el artículo ; (Nº del artículo del Primer Ministro).

2º Se agregan dos apartes al ordinal 8º, así:

La autorización habrá de otorgarse en forma expresa, para objetos concretos y durante un plazo limitado. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado.

El Congreso podrá, en todo tiempo, modificar o derogar las medidas dictadas por el Presidente en ejercicio de esta atribución;

3º Redactar el ordinal 17 así:

17. Nombrar y remover los gobernadores del Distrito Federal y de los Territorios Federales, en conformidad con lo establecido en el artículo ; (Nº del artículo del Primer Ministro).

Artículo 49. Se sustituye el artículo 193 por el siguiente:

El Primer Ministro y los demás ministros son los órganos directos del Presidente de la República, y reunidos integran el Consejo de Ministros. El Presidente de la República presidirá las reuniones del Consejo de Ministros, pero podrá delegar esa atribución en el Primer Ministro. La ley orgánica determinará el número y organización de los ministerios, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros.

Artículo 50. Se agrega, después del artículo 193, el siguiente artículo:

“El Presidente de la República designará un Primer Ministro de su libre elección y remoción quien colaborará con él en la orientación política del gobierno y en la coordinación de la Administración Pública Nacional.

El Primer Ministro propondrá y refrendará el nombramiento y remoción de los demás ministros y de los gobernadores que designe el Presidente; podrá presidir las reuniones del Consejo de Ministros y de los gabinetes sectoriales o de áreas que señale el Presidente, con capacidad para adoptar decisiones válidas; recibir cuenta de otros ministros o de altos funcionarios, y ejercer cualquier otra atribución que por decreto le delegue el Presidente.

En caso de ausencia del Presidente del territorio de la República, el Primer Ministro ejercerá las atribuciones que le corresponden y las demás que le señale el Presidente por decreto.

Si el Primer Ministro recibiere un voto de censura del Congreso por el voto de las tres quintas partes de los presentes en sesión conjunta de las Cámaras, deberá separarse del cargo y su remoción acarreará la reorganización del Gabinete”.

Definitivamente, no estamos de acuerdo con la incorporación de esta figura en el sistema político venezolano y compartimos la opinión del profesor Carlos Ayala<sup>13</sup> quien después de realizar un exhaustivo análisis sobre el tema llega a las siguientes conclusiones:

“3. Frente a la realidad latinoamericana del ejercicio del poder presidencial en forma personal, individual y casi ilimitada, con las consecuencias negativas que ello ocasiona, es necesario llevar a cabo ciertas reformas. Sin embargo, las reformas adecuadas son aquellas que se realizan sobre las causas, y no sólo sobre los efectos deformantes del presidencialismo.

4. La figura del Primer Ministro Ejecutivo propuesta en Venezuela, puede resultar en el fortalecimiento de la tendencia personalista del Presidente de la República; y en el acentuamiento de la ineficiencia gubernamental y administrativa.

5. Los mecanismos de control extraorgánicos a la Presidencia, ejercidos por el Poder Legislativo y el Poder Judicial (así como por el Ministerio Público y la Contraloría General de la República), suelen ser más efectivos, que los mecanismos de control intraorgánicos ejercidos por el propio Poder Ejecutivo.

6. En Venezuela, las reformas esenciales para lograr una mayor democratización y eficiencia en el ejercicio del poder presidencial, están referidas fundamentalmente a la descarga de tareas innecesarias y a la creación de la Oficina del Presidente; el fortalecimiento por igual de la figura de los ministros; y el descongestionamiento del Ejecutivo Nacional a través de la descentralización político-territorial y la privatización”.

En conclusión, la creación de la figura del Primer Ministro no está adecuada a la tradición constitucional venezolana y responde más a la corriente de cambio imperante en Venezuela que a estudios serios sobre la necesidad de nuevas instituciones.

e) En la Reforma se establece al Defensor de los Derechos Humanos en los siguientes términos:

Artículo 28. Se agrega al Título III un nuevo Capítulo, que será el VII, y se intitulará “Del Defensor de los Derechos Humanos”, con el articulado siguiente: Artículo . Las Cámaras reunidas en sesión conjunta elegirán dentro de los primeros treinta días de cada período constitucional, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros, a un funcionario denominado Defensor de los Derechos Humanos.

Artículo . Para ser Defensor de los Derechos Humanos se requiere ser venezolano, mayor de treinta años, de intachable conducta y de reconocida honorabilidad.

Artículo . En caso de falta absoluta del Defensor de los Derechos Humanos se procederá a una nueva elección por el resto del período constitucional. Las faltas temporales y accidentales del Defensor de los Derechos Humanos y la interinaria, en caso de falta absoluta mientras se provea la vacante, serán llenadas en la forma que determine la ley.

Artículo . Las Cámaras reunidas en sesión conjunta, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros, podrán remover o suspender al Defensor de los Derechos Humanos por negligencia en el desempeño del cargo, por mala conducta o por incapacidad manifiesta.

13. AYALA, Carlos. *El Régimen Presidencial en América Latina y los Planteamientos para su Reforma*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, página 121.

Artículo . El Defensor de los Derechos Humanos es competente para investigar los actos, hechos o situaciones que violen o menoscaben los derechos humanos, así como los intereses de las comunidades.

La investigación se abrirá por acuerdo de las Cámaras o de sus Comisiones, o por iniciativa del Defensor de los Derechos Humanos. También podrá abrirse a solicitud de cualquier persona.

Artículo . Los funcionarios y empleados públicos, así como los particulares, están obligados a comparecer ante el Defensor de los Derechos Humanos y a suministrarle documentos que requiera para el cumplimiento de sus funciones, en los términos establecidos por la ley.

Artículo . Corresponde al Defensor de los Derechos Humanos:

- 1) Velar por el efectivo respeto de los derechos humanos;
- 2) Velar por el normal funcionamiento de los servicios públicos destinados a satisfacer los derechos humanos;
- 3) Defender los intereses colectivos, como la protección de los derechos del consumidor y del ambiente, de conformidad con la ley;
- 4) Instar al Fiscal General de la República para que intente las acciones civiles, penales, administrativas o disciplinarias contra los funcionarios o empleados públicos responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos, y solicitar al Contralor General de la República la aplicación de las sanciones administrativas a que haya lugar;
- 5) Representar y defender ante los cuerpos deliberantes y organismos administrativos, en caso de interés nacional, estatal o municipal, los derechos humanos que resulten afectados por personas privadas, por grupos de personas o por entidades públicas;
- 6) Ordenar la suspensión de los actos de la Administración Pública Nacional en los términos establecidos por la ley;
- 7) Solicitar la suspensión de sus cargos a los funcionarios y empleados de la Administración Pública Nacional, cuando ello sea necesario para el cumplimiento de sus funciones, en los términos establecidos por la ley;
- 8) Presentar informes periódicos al Congreso, o a cualquiera de sus Cámaras, para dar cuenta de los casos de violaciones a los derechos humanos;
- 9) Fomentar el conocimiento de la Constitución, de los derechos y garantías que ella consagra y de las declaraciones, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos, así como recomendar a las autoridades educacionales los medios idóneos para su mejor divulgación; y
- 10) Lo demás que le atribuye la respectiva ley orgánica.

Artículo . El Defensor de los Derechos Humanos hará al funcionario competente las recomendaciones que estime pertinentes para que cese la violación de los derechos humanos o para que se corrija el defectuoso funcionamiento del servicio público y le fijará un plazo para que las ejecute. Vencido el plazo sin que la recomendación se haya ejecutado, el Defensor de los Derechos Humanos hará la correspondiente participación a las Cámaras Legislativas.

Artículo . Las investigaciones se harán privadamente, pero el Defensor de los Derechos Humanos podrá informar sobre el desarrollo de las mismas. Al informe y a las recomendaciones se les dará adecuada publicidad.

Mientras dure la investigación, el Defensor de los Derechos Humanos y el personal de su dependencia no podrán rendir testimonio ante ningún tribunal sobre

los asuntos que se estén investigado ni entregarán pruebas que se hubieren recabado, ni revelarán la identidad de los denunciantes ni de los testigos que hayan comparecido. El Defensor de los Derechos Humanos podrá mantener el secreto sobre la identidad de los denunciantes y de los testigos más allá de la presentación del informe, cuando las circunstancias así lo justifiquen.

Artículo . El Defensor de los Derechos Humanos estará amparado por la prerrogativa prevista en el artículo 142 de la Constitución cuando emita sus informes y recomendaciones. Así mismo, no podrá ser enjuiciado penalmente sin que previamente la Corte Suprema de Justicia declare que hay mérito para ello y las Cámaras en sesión conjunta autoricen su enjuiciamiento.

Artículo . Los Estados y los Municipios podrán crear cargos de defensores de los derechos humanos. Estos defensores podrán coordinar sus funciones con las del Defensor de los Derechos Humanos y prestarle su colaboración.

Artículo . El Defensor de los Derechos Humanos y el Fiscal General de la República colaborarán entre sí en el cumplimiento de sus funciones.

Artículo . La ley orgánica respectiva determinará todo lo pertinente al Defensor de los Derechos Humanos.

En relación a este nuevo Capítulo serían convenientes algunas modificaciones:

1) En cuanto al artículo referido a las atribuciones sería correcto establecer un ordinal genérico en los siguientes términos: "Defender los intereses colectivos que se derivan de los derechos consagrados en esta Constitución y el Derecho Internacional". El ordinal 6º puede ocasionar situaciones sumamente peligrosas, por interferir en el ámbito de competencias del contencioso-administrativo y no diferenciar entre los actos administrativos y los actos de gobierno, en forma clara. También sería importante que, en el ordinal 8º, se fijara la oportunidad en que el Defensor de los Derechos Humanos debe presentar un informe anual al Congreso;

2) En el artículo referido a las prerrogativas del Defensor del Pueblo sería importante una redacción que incluya la inmunidad, de la forma siguiente:

Artículo . El Defensor de los Derechos Humanos estará amparado por las prerrogativas previstas en los artículos 142 y 143 de la Constitución.

3) Los problemas más importantes que pueden surgir con la creación de este órgano del Estado serían los relacionados con los conflictos de competencia que pueden surgir con el Fiscal General de la República.

En virtud de las consideraciones realizadas podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. La revisión constitucional planteada actualmente en Venezuela debe realizarse mediante el mecanismo de Reforma establecido en el artículo 246 de la Constitución Nacional. De otra forma, se crearía un peligroso precedente que crearía desequilibrios futuros. La Asamblea Constituyente está prevista en el Proyecto de Reforma; sin reforma no puede haber Asamblea Constituyente;

2. Por otra parte, la Comisión Bicameral estuvo sesionando desde 1989 sobre los puntos que serían objeto de reforma por vía de la Asamblea Constituyente. Sería ilógico que se convocara una asamblea en la etapa final de la reforma; y

3. A pesar de no estar de acuerdo con algunas de las instituciones previstas en el Proyecto, creemos que la reforma es un avance en el proceso de democratización y mayor participación del pueblo en las decisiones fundamentales que lo afectan.