

El declive de la Teoría del Poder Constituyente Originario

Tulio Alberto Álvarez

Universidad Católica Andrés Bello

Universidad Central de Venezuela

Universidad Monteavila

tulioalvarez17@gmail.com

Resumen

El presente trabajo versa sobre el artículo del profesor Eduardo Piacenza en el cual presenta un análisis de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia que abrió el camino en 1999 a la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela. Se destaca el rol del filósofo ante las situaciones críticas que se generan en la sociedad y se señalan elementos que demuestran el declive de la Teoría del Poder Constituyente Originario, avalada en la mencionada Sentencia.

Palabras clave: Constitución, fuerza constituyente inicial, interpretación, supremacía constitucional.

The decline of the Constituent Original Power Theory

Abstract

The present work is about the article of Professor Eduardo Piacenza in which he presents an analysis of the Judgment of the Supreme Court of Justice that led in 1999 the summons of a National Constituent Assembly in Venezuela. The role of the philosopher in society's critical situations is outlined and elements showing the decline of Constituent Original Power Theory supported in the mentioned Judgment are pointed out.

Key words: Constitution, initial constituent force, interpretation, constitutional supremacy.

Consideraciones preliminares

Me parece ineludible comenzar estas líneas con unas breves palabras dedicadas al profesor. “De manera espontánea, y en el curso de las actividades más variadas, producimos y evaluamos argumentos.”¹

1. A manera de introducción

Las reflexiones contenidas en el presente trabajo están inspiradas en el análisis del artículo del profesor Eduardo Piacenza “*Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n° 17 del 19/1/99 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica*”, referido a una decisión judicial de la mayor relevancia ya que, como advirtió Piacenza, “*le dio luz verde al proceso de reforma de la Constitución de 1961 por medios no previstos en ella*”.²

La elección del mismo para honrar la memoria de tan buen amigo obedece a dos circunstancias especiales: En primer lugar, el debate sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente aun está inacabado y se siguen presentando interesantes opiniones que avalan o atacan la forma en que se realizó la convocatoria; el otro aspecto está relacionado con la revisión de la noción del poder constituyente, un concepto básico en el constitucionalismo, signado muchas veces por la manipulación y la desfiguración que deriva de recursos falaces. Ambos aspectos elevan el tema al mayor nivel argumentativo y es precisamente un filósofo, no un constitucionalista o un experto en la ciencia política; repito, ha sido un filósofo, quien ha dado la clave para definir el criterio de validación del resultado final de la confrontación.

Académicamente, el artículo *in comento* captura el aspecto medular del debate y abre el camino a una definición que tiene un especial sentido de concordia; si tomamos en consideración el hecho de que

1 En: “Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n° 17 del 19/1/99 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica” (<http://www.eduardopiacenza.com/ep/ensayos/poder.pdf>), p. 1-2.

2 El trabajo en referencia fue presentado en el *Seminario Crisis y acción política* que fuera organizado por el Instituto de Filosofía del Derecho “Dr. José M. Delgado Ocando” de la Universidad del Zulia, con la colaboración del Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (U. de Carabobo), del Centro de Investigaciones Postdoctorales (UCV), de la Maestría en Filosofía (UCAB), de la Dirección de Postgrado (UCAB) y del Rectorado de la Universidad Rafael Urdaneta, en Maracaibo, los días 28 y 29 de octubre de 1999. Disponible en la web en: <http://www.eduardopiacenza.com/ep/ensayos/poder.pdf>.

el mismo proceso se puede repetir y, con él, la reedición de errores y conflictos. De manera que mi querido Eduardo se levanta nuevamente para contribuir a un debate haciendo valer el criterio que defendió al escribir otro célebre trabajo “La responsabilidad del filósofo en tiempos de crisis: Reflexiones sobre una carcajada”:

Según esta manera de entenderla, la filosofía se nutre fundamentalmente de tres fuentes. La primera es la experiencia histórica de las discusiones de los grandes problemas que han preocupado a los hombres y las reflexiones recogidas sobre los medios usados al discutir esos asuntos. Esto es lo que corresponde, muy en grueso, a la historia del pensamiento. Esta historia importa, por una parte, porque amplía nuestro horizonte de cuestiones disputadas, y por otra, porque recoge observaciones, análisis y elaboraciones teóricas sobre el modo de discutir esos problemas y sobre los conceptos que pueden usarse al plantearlos. La segunda fuente son las disciplinas que actualmente pueden aportar instrumentos para el estudio de las discusiones o alguno de sus aspectos, como la lógica matemática, por ejemplo, algunos desarrollos de la filosofía del lenguaje o ciertas ramas de la lingüística. Y la tercera fuente está representada por todo el saber y el actuar humano contemporáneo en la medida en que es materia de discusión.

A partir de este marco puede apreciarse entonces, sin muchas dificultades, en qué dirección buscar una respuesta para el problema de las relaciones entre el trabajo filosófico y los demás quehaceres humanos. En la medida en que los hombres discutan, sus asuntos no-filosóficos serán de innegable interés para los filósofos; y en la medida en que éstos logren inventar medios para iluminar las discusiones, sus trabajos despertarán también el interés de los demás hombres.

No sé si será o no responsabilidad del filósofo en tiempos de crisis hacer este tipo de cosas –no tengo cómo saberlo–; pero creo que vale la pena que algunos intentemos hacerlas.³

Piacenza explicaba que la carcajada a la que aludía el subtítulo de su trabajo había sido una “*resonante carcajada, una carcajada atronadora*” con la que Javier Sasso, había recibido el anuncio de que el tema principal de aquel congreso sería, justamente, la responsabilidad del filósofo en tiempos de crisis. A la luz del resultado final del análisis realizado, puedo indicar que el aporte contenido en su artículo refleja el cumplimiento de tal responsabilidad y ha hecho trasladar tan estridente reacción a la circunstancia de que los

³ Texto leído originalmente en la Sesión Inaugural del IV Congreso Nacional de Filosofía, Mérida, Venezuela, 1994. Disponible en la web en: <http://www.eduardopiacenza.com/ep/ensayos/responsabilidad.pdf>.

encopetados abogados no hayan podido develar el lado oculto de un debate que ha sido colocado en su justo lugar por ese “Padre de los buenos argumentos”.

2. La supremacía constitucional. El principio axiológico en juego

Si buscamos cuál es el principio axiológico de la doctrina constitucional, inmediatamente surgirá el criterio de supremacía como base del orden jurídico. El artículo 7 de la Constitución venezolana, producto de la Asamblea Constituyente de 1999, trae una de sus versiones: “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”.⁴ Este axioma es tan relevante que el Congreso Constituyente consideró que no era necesario incorporarlo expresamente en el Texto Fundamental de 1961, más depurado y adecuado desde el punto de vista técnico y estilístico si lo comparamos con el actualmente vigente. Y no se asuma que la anterior afirmación ensaya una *contradictio in terminis*, ya que, como diría Benedetti, la oscuridad resplandeciente de la misma se encuentra en la historia del derecho constitucional. Me explico.

En la primera Constitución formal que conoce la humanidad, la de Estados Unidos de 1787, la Segunda Sección de su artículo VI refleja la superioridad del texto fundamental pero también el de la ley:

*Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlas, a pesar de cualquier cosa en contrario, que se prevea en la Constitución o las leyes de cualquier estado.*⁵

4 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la Enmienda N° 1 aprobada mediante Referendo Constitucional de fecha 15 de febrero de 2009, anunciada en Gaceta Oficial N° 39.124 del 19 de febrero de 2009 y publicada en la Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario de esa misma fecha; y que originariamente había sido publicada en la Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999 con una posterior publicación por supuestos errores de edición.

5 “This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding.” [Tomado de C. Peter Magrath, Elmer E. Cornwell & Jay S. Goodman: *The American Democracy*, Macmillan, 1969, p. 694.]

Sin embargo, esta norma fue la base de una sentencia de la Suprema Corte con ponencia de Marshall, caso *Marbury vs. Madison* (1803), en la que se sentó el precedente definitivo y casi universal del control de constitucionalidad de los actos estatales y, en especial, de la ley viciada por inconstitucionalidad. Fue así que en el constitucionalismo norteamericano se admite un sistema de resguardo constitucional con base a la supremacía del texto constitucional pero fundamentalmente bajo argumentos signados por una depurada lógica:

Es demasiado claro para que se pueda discutir que o la Constitución está por encima de cualquier norma legislativa que no está de acuerdo con ella o el legislativo puede modificar la Constitución por una ley ordinaria. Entre esas dos alternativas no hay término medio. O la Constitución es una norma superior y suprema y no puede ser alterada por los medios ordinarios, o está al mismo nivel que las disposiciones legislativas ordinarias y, como ellas, puede ser alterada cuando al legislativo le plazca alterarla (...) Si una ley aprobada por el legislativo, contraria a la Constitución, es nula, ¿podrá, no obstante su invalidez, obligar a los tribunales, forzándolos a ponerla en práctica?... La obligación y el deber del departamento judicial, es sin ningún género de dudas, declarar el derecho... Así, pues, si una ley está en pugna con la Constitución, si tanto esa ley como la Constitución son aplicables a un caso particular, de tal modo que la Corte deba decidir el caso con arreglo a la ley, apartándose de la Constitución, o con arreglo a la Constitución, apartándose de la ley, la Corte debe determinar cuál de estas dos normas contradictorias en conflicto es aplicable al caso. Esto es de la propia esencia del deber de los jueces.⁶

Fijémonos en el hecho de que la Constitución de 1811, en su artículo 227, contiene una norma similar a la que he citado con respecto a la Constitución de los Estados Unidos, tal como se puede verificar con una simple lectura:

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 la ley suprema del Estado en

⁶ *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137, 1803). "It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives, there is not middle ground. The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it (...) If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? (...) It is, emphatically, the province and duty of the judicial department, to say what the law is (...) So, if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case, conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case: this is of the very essence of judicial duty." [El texto en inglés fue tomado de Alpheus Thomas Mason & Donald Grier Stephenson: *American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases*, Alpheus Thomas Mason and Donald Grier Stephenson Jr., Pearson/Prentice Hall, 2005, p.57.]

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.

Pero la diferencia está en un agregado del cual se infiere el control de constitucionalidad en la medida de la existencia de un órgano constitucional, aquí me refiero a la Suprema Corte de Justicia, encargado de la declaratoria de invalidez allí reseñada.

De manera que si adicionalmente tomamos en consideración el artículo 115 de la Constitución de 1811, en el cual se define la competencia del Poder Judicial de la Confederación a los casos que “se deriven del contenido de esta Constitución” y “los tratados o negociaciones hechos bajo su autoridad”, perfectamente podríamos concluir que ese Texto Fundamental, además de consagrar la misma norma americana que fijó el concepto de supremacía, introdujo el mecanismo judicial de resguardo. Pero el texto *in comento* fue de efímera vigencia; razón por la que no se produjo la efectividad normativa que era de esperarse.

Pero volviendo al desarrollo del concepto de supremacía, la realidad es que la Constitución de 1961, aunque no la consagraba expresamente, no dejaba resquicios de flexibilidad, ya que la norma contenida en su artículo 250 preceptuaba:

Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Será juzgado según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y asimismo los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se hayan causado.

En lo que se refiere al método de revisión, la Constitución de 1961 consagraba dos mecanismos: La enmienda,⁷ concebida para ejecutar “cambios incidentales” del Texto Fundamental; y la reforma,⁸ un proceso más acabado que implicaba una modificación de fondo y, en consecuencia, la vigencia de una nueva Constitución. Y las pistas para una diferenciación sustancial solo se encuentran en la Exposición de Motivos de la referida Constitución. Entonces se presenta como una premisa indiscutible el punto de que la Asamblea Nacional Constituyente, como mecanismo de modificación de la Constitución, no fue prevista por el Congreso que se materializó como “Constituyente derivado”, en 1961.

7 El artículo 245 establecía: “Las enmiendas a esta Constitución se tramitarán en la forma siguientes: **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 para su ratificación o rechazo en sesiones ordinarias, mediante acuerdos considerados en no menos de dos discusiones y aprobados por la mayoría absoluta de sus miembros; **5°** Las Cámaras reunidas en sesión conjunta escrutarán en sus sesiones ordinarias del año siguiente los votos de las Asambleas Legislativas, y declararán sancionada la enmienda en los puntos que hayan sido ratificados por las dos terceras partes de las Asambleas; **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”. Como se puede observar no existía referencia alguna al contenido de la modificación por lo que se puede deducir que no se produjo una conceptualización jurídica del mecanismo y la elección del mismo obedecía a criterios meramente políticos. Así se produjo en las dos oportunidades en que se modificó la Constitución por esta vía el 9 de mayo de 1973 y el 16 de marzo de 1983.

8 El artículo 246 regulaba el mecanismo de la forma siguiente: “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 declarará, sancionada la nueva Constitución si fuere aprobada por la mayoría de los sufragantes de toda la República”. Este procedimiento nunca se aplicó y el único precedente fue el conocido proyecto impulsado por Rafael Caldera que fuera objeto de admisión pero que, por más absurdo que parezca, fue definitivamente archivado al ganar este la presidencia de la República en 1993; conducta diametralmente contraria al impulso que le dio Hugo Chávez a su proyecto de convocatoria de Asamblea Nacional Constituyente con la designación de la Comisión Constituyente inmediatamente que obtuvo la victoria en las elecciones de 1998.

1. Sustancia argumentativa de la Sentencia N° 17 del 19 de enero de 1999

Fue la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el órgano que activó el proceso constituyente al declarar en la sentencia in comento, con ponencia de Humberto J. La Roche, que *“la interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referéndum consultivo que consagra, en cuanto se refiere al caso concreto objeto del recurso que encabeza las presentes actuaciones, es que: a través del mismo puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional distinto a los expresamente excluidos por la propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente”*; al tiempo que, en otra sentencia del mismo día identificada con el N° 18 pero con ponencia de Héctor Paradisi León, se materializaba el efecto de tal interpretación al establecer que *“sí es procedente convocar a un referendo, en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente”*. Y los argumentos utilizados se pueden resumir en dos premisas:

A) EL SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 4 DE LA CONSTITUCIÓN HABILITA EL PROCESO.⁹

Concreta la Sala: *“El asunto planteado es el dilema de si a la propia Constitución, le es dado regular sus propios procesos de modificación y de reforma o si se considera que la soberanía corresponde directamente al pueblo, como titular del Poder Constituyente, reordenando al Estado. En el primer caso estaríamos en presencia del poder constituido. En el segundo, el Poder Constituyente tendría un carácter absoluto e ilimitado. Pareciera ocioso indicar que la idea de supremacía deja de tener sentido cuando se considera que Poder Constituyente y Poder Constituido se identifican y que*

⁹ El referido artículo 4 de la Constitución de 1961 expresamente acogía un principio medular del constitucionalismo: *“La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público”*.

el poder Constituyente es creado por la Constitución, en lugar de considerarse a la Constitución como obra del Poder Constituyente”.

La respuesta: “Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de funciones del Estado, específicamente consagrados en el texto fundamental (funciones públicas), se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares, no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en tomo a materias objeto de un referendo”.

B) EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN NO CONTEMPLADO EXPRESAMENTE PERO IMPLÍCITO EN EL ARTÍCULO 50 DE LA CONSTITUCIÓN TIENE TAL ALCANCE QUE JUSTIFICA LA CONVOCATORIA DEL PROCESO.¹⁰

Concreta la Sala: “Es importante destacar que el artículo 50 consagra expresamente la posibilidad de la laguna constitucional, en el sentido de que una exigencia al derecho, fundamentado objetivamente por las circunstancias sociales, políticas y económicas dados, no encuentre satisfacción en la Constitución misma. Pero cuando el artículo 50 habla de derechos no enumerados o implícitos es la propia Constitución la que consagra la posibilidad de la laguna, no siendo ésta el resultado de una decisión del intérprete (...) Por consiguiente, en el caso del artículo 50, la laguna posible es prevista por la Constitución, aunque su constatación sea obra de la exégesis que no encuentra regulación para el derecho a la consulta en la enumeración enunciativa de los derechos ciudadanos. Es claro, pues, que la laguna de la Constitución es reconocida por ella misma y resulta superflua por eso

¹⁰ El artículo 50 de la Constitución de 1961 contemplaba un principio básico de la dogmática constitucional: “La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

toda discusión respecto a si la ley fundamental es plena o no. Pero, además, constatado la laguna, la integración puede realizarse conforme al Título VI, artículo 181 y ss. de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, dado que los referendos se relacionan con la consulta a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional”.

La respuesta: “El referéndum previsto en la ley Orgánica del Sufragio y Participación Política es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución. Ello es aplicable, no sólo desde el punto de vista metodológico sino también ontológicamente, ya que si se considerara que el derecho al referendo constitucional depende de la reforma de la Constitución vigente, el mismo estaría supeditado a la voluntad del poder constituido, lo que pondría a éste por encima del poder soberano. La falta de tal derecho en la Carta Fundamental tiene que interpretarse como laguna de la Constitución, pues no podría admitirse que el poder soberano haya renunciado ab initio al ejercicio de un poder que es obra de su propia decisión política. Por lo demás, nada de lo dicho afecta al postulado de la plenitud hermética del orden jurídico. Técnicamente, el derecho es un todo pleno, y esto es así, porque el derecho no está integrado sólo por normas generales, sino también por normas individualizadas, aparte de tratarse de todo un proceso, no de un orden estático de preceptos, de modo que su contextura es una realidad tensa y dialéctica, en permanente creación y aplicación. Además, como los criterios de valoración jurídica no se agotan en el derecho legislado (ya que éste es sólo una parte, del derecho existente), hablar de lagunas es aludir al carácter parcial e incompleto de las fuentes objetivadas”.

Quiero colocar una nota complementaria. La línea argumentativa de la Sala Político Administrativa coincide con el pronunciamiento de fecha 10 de enero de 1999 realizado por la Comisión Presidencial Constituyente, órgano designado por el recién electo Hugo Chávez Frías, pocos días antes de la decisión N° 17 y cuyo contenido fue el siguiente:

1° El pueblo es el titular de la soberanía, que ejerce libremente cuando así lo desee y, por ende, en su condición de poder

constituyente originario tiene el derecho de decidir la configuración constitucional de la República, conforme lo establece la doctrina constitucional, la opinión de los más respetables constitucionalistas del mundo y el derecho comparado. Ello implica el derecho a la autodeterminación de su propio destino como Nación.

2° La Constitución vigente reconoce en su artículo 50 la existencia de derechos y garantías que, si bien no están enunciados explícitamente en la Carta Magna, son inherentes a la persona humana y, en consecuencia, la falta de ley reglamentaria no menoscaba su ejercicio. Dentro de tales derechos y garantías ocupa lugar preponderante el derecho de toda persona a participar directamente, o por intermedio de representantes elegidos, en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales. Así lo recogen las declaraciones y pactos internacionales vigentes en Venezuela en materia de derechos humanos, los cuales son leyes de la República. En este sentido la doctrina de la Comisión Iberoamericana de Derechos Humanos ha reconocido el Derecho de participar en procesos de transformación social en los siguientes términos:

“El Derecho de participación se aplica no sólo durante elecciones periódicas, y de manera permanente a través del funcionamiento de las instituciones representativas, sino también en momentos de transformación institucional que marcan la vida de la Nación y la historia de la sociedad”.

3° Es una realidad indiscutible que la sociedad venezolana vive un proceso profundo de cambios que requieren ser encauzados a través de una Asamblea Nacional Constituyente, que apruebe, previa una amplia consulta genuinamente democrática, una nueva Constitución.

4° La Constitución vigente, de acuerdo a lo establecido en sus artículos 4° y 50, así como la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en el artículo 181, autorizan al Presidente de la República en Consejo de Ministros, para llamar al pueblo en su condición de único titular de la soberanía a fin de convocar la Asamblea Nacional Constituyente.

5° Como consecuencia de lo anteriormente expuesto esta Comisión, como primera tarea, se abocará de inmediato, oída la opinión de los sectores integrantes de la sociedad civil venezolana, a elaborar las bases de un proyecto de referéndum popular para la consideración definitiva del Presidente de la República.¹¹

De manera que, tal como se evidencia de la misma Sentencia, existe coincidencia entre la posición del máximo Tribunal de Justicia y la Comisión Presidencial Constituyente; además, los criterios están limitados al ámbito interpretativo de dos normas expresamente consagradas en la Constitución de 1961. Sin embargo, el pronunciamiento de la Comisión no requería, menos aun permitía, mayor desarrollo argumentativo dada su naturaleza comunicacional.

3. La contradicción insinuada por el padre de los buenos argumentos en la construcción jurisprudencial

En su escrutadora actividad de valoración argumentativa, Eduardo Piacenza toca la medula del problema. Aquí me refiero a la necesidad de abandonar cualquier premisa que parta de la autosuficiencia del Derecho Constitucional ya que este, especialmente en el momento de favorecer la interpretación de la Constitución, no se basta a sí mismo. Esta es la diferencia sustantiva entre interpretar el Texto Fundamental o interpretar la ley como conjunto normativo integrante del sistema jurídico. En este último supuesto, la interpretación y aplicación de la ley se adecúa hermenéuticamente al ámbito conceptual propio de lo jurídico en el que se establecen los límites de esa actividad; en cambio, he insistido en este punto cada vez que abro un curso de Derecho Constitucional, nosotros trabajamos el área de lo jurídico más impactada, hasta el punto de la afectación determinista, por lo social, económico, político y cultural en el contexto de los procesos históricos.

¹¹ La Comisión Presidencial Constituyente estaba conformada por Hugo Chávez Frías, Presidente Electo de la República, Jorge Olavarría, Ernesto Mayz Vallenilla, Oswaldo Alvarez Paz, Tulio Alvarez, Javier Elechiguerra, Tarek William Saab, Angela Zago, Manuel Quijada y Ricardo Combellas. El texto del pronunciamiento fue tomado de mi libro *Reforma, Constituyente y Autoritarismo del Siglo XXI*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p. 277 y ss.

Pero la Sentencia se limita a lo jurídico prescindiendo de otros elementos. Sobre la base de la conceptualización categórica incita en el texto jurisprudencial, Eduardo produce el primer zarpazo:

(...) al hablar de un poder constituyente originario, es decir, de una competencia para establecer normas originarias, no derivada de norma jurídica alguna, e ilimitada, se pretende aplicar el concepto de competencia fuera o más allá de los límites en que es posible manejarlo con sentido. Pues no tiene sentido hablar de competencia sin presuponer un orden normativo que la defina y reconozca; ni tiene sentido tampoco hablar de una competencia que no sea parcial, en tanto toda competencia presupone un fondo de incompetencias sobre las que se perfila (...) para que pueda reconocerse en alguna situación una competencia constituyente originaria es preciso que no se tenga por válido ningún orden jurídico; pero, sin orden jurídico válido, no hay ni órganos jurisdiccionales ni derecho positivo.

Touché. Al partir de una categoría jurídica sin definición universal preestablecida, aquí me refiero al concepto *poder constituyente originario*, la Sala se expone a una óptica externa que no ha terminado de aceptar. Me explico. Pretendiendo limitarse a lo jurídico, abre la puerta a lo político coyuntural; lo que se traduce en el alegato de que una convocatoria de Asamblea Nacional Constituyente equivale a la activación de un *poder constituyente originario* calificado por ser incontrolado, porque así lo interpretaba la élite detentadora del poder en el momento en que se formuló la iniciativa. Además, lo advierte el filósofo, tiene que afrontar el hecho de que la ruptura con el orden jurídico precedente signa a ese tipo de poder constituyente.

Pero aun peor, la Sala pretende dar una solución jurídica basada en un silogismo categórico que subsume el hecho de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, como premisa menor, a la propia Constitución de 1961 en sus artículos 4 y 50, como premisa mayor, extrayendo del resultado de esa operación la solución para el problema. Pero en la operación misma aparece la contradicción según lo advierte Eduardo:

El punto de partida es el reconocimiento de que una condición necesaria para la aplicación del concepto de poder constituyente originario es la inexistencia de un orden jurídico considerado como válido. Quien piense que en un cierto momento hay un orden jurídico válido no podrá reconocer al mismo tiempo que ningún hombre o grupo de hombres está dotado de un poder constituyente de carácter verdaderamente originario. Y si los autores que se han ocupado de este concepto tienen siempre a la vista situaciones de ruptura revolucionaria,

no es por una limitación de su experiencia histórica o por falta de imaginación, sino por una necesidad conceptual. Mientras subsista un orden jurídico, el poder constituyente originario no puede actualizarse; o, dicho en términos metalingüísticos, quizá menos traicioneros por no ser tan ingenuamente entificantes: aceptar como verdadero el enunciado “hay un orden jurídico” impide que el predicado “está dotado de un poder constituyente originario” tenga en la misma situación referencia alguna”.

Toucher, le deuxième. El anterior razonamiento nos lleva a la pregunta obligatoria: ¿Dónde se escondió el pensamiento práctico de la Sala? Porque si el afán contenido en la Sentencia estaba dirigido a la convocatoria como resultado final, necesariamente requería un esfuerzo crítico-reflexivo que ordenara ese esfuerzo intelectual en un plano racional. De manera que la justificación debía asumir la realización del proceso de acuerdo a precedentes¹² y entender que estaban construyendo el derecho como acto de creación normativa que se da en cada caso concreto.¹³ Pero no lo hicieron así. Se limitó la

12 En Colombia no estaba prevista la convocatoria de Una Asamblea Constituyente. Esto no impidió la convocatoria de la Asamblea Constituyente que sancionó la Constitución de 1991. El artículo 218 de la centenaria Constitución de 1.886, con seis grandes modificaciones en 1.910, 1.936, 1.945, 1.957, 1.968 y 1.986, y una serie de modificaciones menores, establecía textualmente: “La constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, solo podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por esta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso”. Fueron las graves circunstancias políticas y sociales que vivía Colombia las que ocasionaron la consulta plebiscitaria, a través de lo que se denominó la Séptima Papeleta, en las elecciones generales del 11 de marzo de 1.990; y la expedición del Decreto 927, de 3 de mayo de 1.990, mediante el cual el Presidente Virgilio Barco, en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 121 de la Constitución y en desarrollo del Decreto 1.038 de 1.984 que declaraba turbado el orden público y en Estado de Sitio todo el territorio colombiano, autorizaba a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que escrutara los votos por el sí o no a la pregunta: “Para fortalecer la democracia participativa, ¿Vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia?”. La Corte Suprema de Justicia Colombiana, mediante sentencia del 24 de mayo de 1.990, consideró que existía conexidad entre el Decreto 927 y los motivos que habían determinado la declaratoria de Estado de Sitio, determinando la constitucionalidad del referido instrumento y resaltando “la violencia proveniente de grupos armados que atentan contra el régimen constitucional y al narcotráfico”, como causa justificante de tan extraordinarias medidas. Cfr. Tulio Álvarez, *Ibidem*, pp. 48 y ss.

13 En Francia, el procedimiento de revisión constitucional está previsto en el artículo 89 de la Constitución pero también, en virtud del recurso previsto en el artículo 11 del mismo texto, se pueden delinear dos vías efectivas de mutación: i. La forma en que la iniciativa de la revisión pertenece concurrentemente al Presidente de la República impulsado por la propuesta del Primer Ministro y los miembros del Parlamento. Lo relevante es que el proyecto o proposición debe ser votado por las dos asambleas en idénticas condiciones y que, en definitiva, debe ser sometido a referendo. Sin embargo, el proyecto no será sometido a referendo cuando el Presidente de la República decida someterlo al Parlamento convocado en Congreso y, en tal caso, quedará aprobado con las tres quintas partes de los votos emitidos; y ii. Por vía de consecuencia ya que el Presidente de la República, a propuesta del Gobierno

Sala a la idea del derecho como simple aplicación de normas; en este caso, los artículos 4 y 50 de la Constitución de 1961. Él lo advierte con cierto grado de ironía:

Ahora bien, si no hay orden jurídico, la CSJ no pasa de ser, en el mejor de los casos, un grupo de distinguidos juristas, y sus sentencias, las opiniones privadas que comparte su mayoría. De modo que, si hay poder constituyente originario, no puede haber ni Corte ni fallos; y si hay Corte y fallos, no puede haber poder constituyente originario. Ésta es la primera de las paradojas pragmáticas a las que me refería. La denominé así porque los actos ilocucionarios que la Corte pretende realizar –emitir fallos– tienen como condición la inexistencia, justamente, de aquello cuya existencia uno de esos fallos pretende reconocer.

Toucher, le troisième.

4. Propuesta personal y alternativa: “La fuerza constituyente inicial”

Falló la Sala porque no entendió que al impartir su decisión sobre la base del razonamiento formulado abría la puerta de la arbitrariedad. Pero fijémonos en las bases de convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente elaboradas por la Comisión Presidencial Constituyente, en el mes de marzo de 1999.¹⁴ En las mismas se puede constatar que existían límites precisos en su actuación:

durante los periodos de sesiones o a propuesta conjunta de las dos Asambleas publicadas en el Diario Oficial, puede someter a referendo cualquier proyecto de ley que se refiera a la organización de los poderes públicos y, de ser favorable el resultado, lo promulgará dentro del plazo de 15 días siguientes a la verificación oficial del escrutinio. La primera modificación a la Constitución de 1958 se ejecutó mediante la Ley Constitucional N° 60-525 del 4 de junio de 1960 dirigida a completar las disposiciones del Título XII de la Constitución, en el punto de la adaptación a la Comunidad contractual, utilizó el procedimiento previsto en el artículo 85 de la Constitución; tuvo una votación en la Asamblea Nacional de 280 votos contra 174 y en el Senado de 146 votos contra 128, con una votación en el Senado Comunitario de 205 votos contra 8. Mediante el mecanismo del artículo 11 de la Constitución, se promovieron varios proyectos de modificación: el primero, en 1962, fue exitoso y se relacionó con la aprobación de la Ley Constitucional N° 62-1292 del 6 de noviembre de 1962 vinculada a la convocatoria a referéndum al pueblo francés para definir la elección del Presidente de la República mediante el sufragio universal y la mayoría absoluta de los sufragios emitidos; de manera que, si ninguno de los candidatos hubiera obtenido la votación requerida, se produce una segunda vuelta entre los dos candidatos que hubieran obtenido la mayor votación. El otro intento de utilizar la misma vía de revisión a través del referéndum del artículo 11 constitucional se produjo en 1969 y tuvo consecuencias políticas nefastas para el General De Gaulle. Cfr. Tulio Álvarez, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. 5ª edición aumentada y corregida. Tomo II. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2012, pp. 105-106.

14 Publicadas en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, N° 36.658 del 10 de marzo de 1999.

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

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

Los valores del constitucionalismo presentes en las bases de convocatoria eran suficientes para cubrir cualquier exceso. Pero para cualquiera que se equivocara y entendiera que esos valores eran meras abstracciones, la sujeción a un referendo aprobatorio parecería definitiva como freno, ya que toda decisión de la Asamblea Nacional Constituyente estaba condicionada a tal evento. Pero no, faltó el Juez que hiciera cumplir el mandato popular y evitara la intervención de los poderes constituidos en pleno proceso constituyente. Sin un debate efectivo, con la ocupación de facto de los poderes públicos y bajo la fórmula de un poder todopoderoso se inhibió un proceso de cambios legítimos y se desfiguró el papel que debía jugar el cuerpo constituyente.

Ante tales manipulaciones, he propuesto una revisión del concepto Poder Constituyente afirmando la imposibilidad de actuación de poderes incontrolados en el ámbito de un Estado Constitucional de Derecho. Tomando como modelo la configuración ejecutada por el Congreso Constituyente de Valencia de 1830 he tratado de valorar el carácter original de los procesos que inauguran el constitucionalismo y he definido ese momento como el de la *Fuerza Constituyente Inicial*; de imposible regulación previa y que está signada por una ruptura con un antiguo régimen. Se delinea esta categoría para contrastarla con los procesos posteriores de modificación de la Constitución de manera que, aunque la referencia es pasada, la vigencia

de las conclusiones se adapta plenamente a las revisiones actuales de los textos constitucionales.

De manera que utilizo al concepto de *Fuerza Constituyente Inicial* para identificar a los factores reales de poder que participan activamente en una sociedad y coyuntura determinada con una vocación conformadora de las instituciones que ensamblan la estructura de un nuevo Estado. Son los protagonistas de los procesos histórico-políticos que se instituyen en detentadores del poder y originan al Estado como organización dominante.

A tal punto llega el dominio de esos factores en la toma de decisiones fundamentales que se pueden arrojar la potestad de definir la sujeción de los sectores que conforman la sociedad mediante la aprobación de un pacto fundador que, en la práctica, produce la transferencia del poder que ellos detentan de hecho. Y aunque comparto el ideal democrático de que todo poder debe derivar del pueblo, no se puede confundir el concepto de soberanía popular o de la Nación con el del Poder Constituyente originario. La *Fuerza Constituyente Inicial* proviene de factores que se arrojan la representación popular pero que no son el Pueblo, en sí mismos.¹⁵

La originalidad de un proceso constituyente se compadece, en un primer grado, con una ruptura institucional, ideológica y afectiva, con un orden anterior; porque siempre existe un *status quo* que se quiebra. La primera vez siempre será original, máxime en el constitucionalismo; ya sea por el establecimiento de límites donde no existían, la destrucción de un régimen y su sustitución con la propuesta revolucionaria, la plenitud que sustituye un vacío normativo o la simplicidad manifiesta en un golpe de Estado; lo nuevo es original si no está regulado en su formación. Es clave entonces entender que la *Fuerza Constituyente Inicial* actúa en el momento de la 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.

¹⁵ Aquí utilizo los conceptos contenidos en mi libro *La Fuerza Constituyente Inicial*, Caracas, UCV, en 2011.

- 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 la falta de precedente regulatorio que por el hecho de una elaboración conceptual.

La Sala Político Administrativa pagó un alto precio al no ponderar que el proceso constituyente encuentra sus raíces en la historia de liberación de los pueblos. Esa voluntad reacciona, precisamente, contra todo tipo de absolutismos. En estos tiempos de internacionalización de los derechos fundamentales, mal puede concebirse como mecanismo de transformación social la convocatoria de poderes incontrolados. Además, un juicio apodíctico no puede estar sustentado en el mero poder que tendría el órgano decisor de avalar un proceso tan complejo.

Argumentativamente, mal puede calificarse un poder constituyente como originario si se encuentra una base normativa en su convocatoria y esa es, precisamente, la Constitución de 1961. Tampoco existen elementos de convicción para concluir que, por el hecho de ser calificado como originario, existe un poder incontrolado aunque este sea de naturaleza excepcional.

6. In Memoriam o a manera de conclusión

El trabajo del profesor Eduardo Piaccenza “*Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n° 17 del 19/1/99 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica*” demuestra hasta qué punto la responsabilidad del filósofo se puede manifestar en aportes sustanciales en momentos de crisis. Su obra es un conjunto singular que abre el camino a aquellos que, independientemente de su orientación académica o profesional, utilizan la teoría de la argumentación como instrumento eficaz para fundamentar con racionalidad sus decisiones.

Eduardo me indicaba que el campo ideal de la argumentación era el jurídico. Afirmaba que el jurista siempre estará signado por la necesidad de justificar sus decisiones porque la naturaleza de los conflictos que afronta deriva en la necesidad de soluciones adecuadas a las evidencias y que solo se debate ante la necesidad de una defini-

ción. Además, el razonamiento judicial tiene tal contenido dogmático que, tal como se demuestra en la Sentencia N° 17, muchas veces la solución queda velada por la excesiva conceptualización y el abuso lingüístico. De manera que la depuración del proceso intelectual es absolutamente necesaria para ofrecer mecanismos aptos en la solución de las divergencias.

El suyo fue un esfuerzo de una vida, fructífero, pleno de análisis y de la confrontación de tesis, atendiendo de antemano los puntos de vista de adversarios reales y virtuales, posicionándose en situaciones diversas, jerarquizando los conceptos y orientando la razón a la acción. Me gusta identificarlo como el **Padre de Buenos Argumentos**, queda en nosotros seguir el camino de esa vocación que se traduce en el arte de la argumentación.