

## SÉPTIMA PARTE

### LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN

El artículo 7 de la Constitución de 1999 reafirma que la Constitución es la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, de manera que todas las personas y los órganos que ejercen el poder público están sujetos a la misma; además, constituyen uno de los deberes constitucionales “cumplir y acatar” la Constitución (artículo 131). Ello conduce a la previsión, en el propio texto constitucional, de un conjunto de sistemas para la protección y garantía de esa supremacía constitucional, que sin duda constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo contemporáneo y del Estado de derecho.<sup>493</sup>

Entre estas garantías están el sistema de justicia constitucional, la regulación de los estados de excepción, y el desarrollo del principio de la rigidez constitucional.

#### I. LA GARANTÍA JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN: EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La consolidación en Venezuela del Estado de derecho, como ha ocurrido en todo el constitucionalismo moderno, está en el establecimiento de un completo sistema de control de la constitucionalidad de los actos estatales; es decir, de justicia constitucional,<sup>493</sup> mediante la asignación a todos los jueces de la República, en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y en la ley, de la obligación “de asegurar

<sup>493</sup> Véase nuestra propuesta en relación con este artículo en Brewer-Carías, Allan R., *Debate constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, II, 9 septiembre-17 octubre 1999, Caracas, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, 1999, pp. 24 y 34; Brewer-Carías, Allan R., *La justicia constitucional*, t. VI, Instituciones políticas y constitucionales, Caracas, Universidad Católica del Táchira-Editorial Jurídica Venezolana, 1996; Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989.

la integridad de la Constitución” (artículo 334);<sup>494</sup> y además, al Tribunal Supremo de Justicia de ejercer la jurisdicción constitucional.

De lo anterior resulta, en consecuencia, que conforme a la Constitución de 1999, la expresión “justicia constitucional” es un concepto material, que equivale a *control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales*, el cual siempre se ha ejercido en el país, por todos los tribunales pertenecientes a todas las jurisdicciones; es decir, por todos los órganos que ejercen el poder judicial.

En cambio, la expresión “jurisdicción constitucional” es una noción orgánica, que tiende a identificar a un órgano específico del Poder Judicial, que tiene, en forma exclusiva, la potestad de anular ciertos actos estatales por razones de inconstitucionalidad, en particular las leyes y demás actos con rango de ley o de ejecución directa e inmediata de la Constitución. En los países europeos, jurisdicción constitucional corresponde a los tribunales o cortes constitucionales (muchas, incluso, ubicadas fuera del Poder Judicial), al igual que en algunos países latinoamericanos. En cambio, en Venezuela siempre ha correspondido al Supremo Tribunal de Justicia, ahora a través de su Sala Constitucional. La noción de justicia constitucional, por tanto, es distinta a la de jurisdicción constitucional,<sup>495</sup> por lo que no es posible ni correcto identificar la jurisdicción constitucional con “la potestad de juzgar en materia constitucional”,<sup>496</sup> que equivaldría a justicia constitucional.

## 1. Aspectos de la justicia constitucional

### A. La competencia judicial

En efecto, siendo la Constitución norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico (artículo 7), dicha supremacía no tendría efectividad

<sup>494</sup> Véase nuestra propuesta en relación con este artículo en Brewer-Carías, Allan R., *Debate Constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II (9 septiembre-17 octubre 1999), Caracas, Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, 1999, pp. 24 y 34.

<sup>495</sup> Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo en sentencia número 1213, del 30 de mayo de 2000 (caso Carlos P. García P. vs. Ministerio de Justicia. Cuerpo Técnico de Policía Judicial), *Revista de Derecho Público*, núm. 82, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, abril-junio de 2000, p. 446; y la sentencia de la Sala Constitucional núm. 833, del 15 de mayo de 2001 (caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao vs. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), *Revista de Derecho Público*, núm. 85-88, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, p. 370.

<sup>496</sup> Sentencia de Sala Constitucional número 129, del 17-03-2000 (expediente 00-0005, caso Vicente Bautista García Fermín), *Revista de Derecho Público*, núm. 81, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, pp. 232 y ss.

si no fuera por la existencia de un sistema de justicia constitucional para garantizarla. De allí que el artículo 334 de la Constitución atribuya a todos los jueces, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y la ley, la obligación “de asegurar la integridad de la Constitución”.<sup>497</sup>

En consecuencia, la justicia constitucional, como competencia judicial para velar por la integridad y supremacía de la Constitución, corresponde a todos los jueces en cualquier causa o proceso que conozcan y, además, en particular, cuando conozcan de acciones de amparo o de las acciones contencioso-administrativa, al tener la potestad para anular actos administrativos por contrariedad a la Constitución (como forma de contrariedad al derecho) (artículo 259),<sup>498</sup> y no solo al Tribunal Supremo de Justicia. Este, sin embargo, en forma particular, tiene expresamente como competencia garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales”, correspondiéndole ser “el máximo y último intérprete de la Constitución” y velar “por su uniforme interpretación y aplicación” (artículo 335), y, en particular, ejercer la jurisdicción constitucional (artículos 266.1 y 336).

Por tanto, el sistema venezolano de control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos estatales, de carácter mixto o integral,<sup>499</sup> puede decirse que es uno de los más amplios conocidos en el mundo actual si se lo compara con los que muestra el derecho comparado, pues mezcla el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes con el control concentrado de la constitucionalidad de las mismas.<sup>500</sup>

<sup>497</sup> Véase nuestra propuesta en relación con este artículo en Brewer-Carías, Allan R., *Debate constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t. II (9 septiembre-17 octubre 1999), Caracas, 1999, pp. 24 y 34.

<sup>498</sup> Brewer-Carías, Allan R., *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, La justicia contencioso-administrativa, Caracas, 1997, pp. 26 y ss.

<sup>499</sup> Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, 1989. Véase además, Brewer-Carías, Allan R., *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, 1995; Gaona Cruz, Manuel, “El control judicial ante el derecho comparado”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración* (El derecho público en Colombia y Venezuela), vol. VII, Caracas, 1986.

<sup>500</sup> Brewer-Carías, Allan R., *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999. Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación a veces errada, en la Exposición de Motivos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000; “La justicia constitucional en la nueva Constitución”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1, Caracas, Editorial Sherwood, septiembre-diciembre de 1999, pp. 35-44; y “La justicia constitucional en la Constitución de 1999”, *Derecho procesal constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C.-Porrúa, 2001, pp. 931-961; publicado también en *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, pp. 255-285; Casal H.

### B. *El control difuso de la constitucionalidad de las leyes*

Una de las formas específicas para el ejercicio de la justicia constitucional es la posibilidad que tiene todo juez de la República de ser juez de la constitucionalidad de las leyes. Se trata del método denominado de control difuso de control de la constitucionalidad de leyes, que existe en nuestro país desde el siglo XIX,<sup>501</sup> y que estuvo incluso regulado expresamente en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que establece que “Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia”.

Igualmente, también estaba en el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, con este texto:

Control de la Constitucionalidad. Corresponde a los jueces velar por la incoherencia de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional.

Ahora bien, los efectos de consolidar constitucionalmente el método de control difuso de la constitucionalidad de las leyes,<sup>502</sup> como ha ocurrido

Jesús M., *Constitución y justicia constitucional: los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva carta magna*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000; y “Hacia el fortalecimiento y racionalización de la justicia constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 2, enero-junio, Caracas, Editorial Sherwood, 2000, pp. 215-242; Haro G. José Vicente; “La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, Caracas, Editorial Sherwood, núm. 1, septiembre-diciembre de 1999, pp. 137-146; Canova González, Antonio, “La futura justicia constitucional en Venezuela”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 2, Caracas, Editorial Sherwood, enero-junio de 2000, pp. 93-181; Bonnemaïson, María A., “El control constitucional de los poderes públicos”, *Bases y principios del sistema constitucional venezolano* (ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de noviembre de 2001), vol. II, pp. 233-260; Escudero León, Margarita, *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del poder público*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005.

<sup>501</sup> Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989, pp. 127 y ss.; Brewer-Carías, Allan R., *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VI: La justicia constitucional, *cit.*, pp. 86 y ss.

<sup>502</sup> Brewer-Carías, Allan R., “El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano”, en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2 vols., 2010, t. I, pp. 671-690; Haro García, José Vicente, “El control difuso de la constitucionalidad en Venezuela. El estado actual de la cuestión”, en Casal, Jesús María (coord.), *Tendencias actuales del derecho constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, t. II, Caracas, Universidad Central de Venezuela-Universidad Católica Andrés Bello, 2008, pp. 129-156; Casal H. Jesús María, “El control difuso de la constitucionalidad y sus perspectivas en el derecho venezolano”, en Duque Corredor, Ro-

en otros países, como Colombia, por ejemplo, desde 1910 (artículo 4), y en Guatemala, 1965 (artículo 204), Bolivia, 1994 (artículo 228), Honduras, 1982 (artículo 315) y Perú, 1993 (artículo 138); en la Constitución de 1999 se incorporó una disposición similar,<sup>503</sup> que terminó siendo ubicada en el artículo 334,<sup>504</sup> con el siguiente texto: “En caso de incompatibilidad entre esa Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”.

En esta forma, el método de control difuso de la constitucionalidad adquirió en nuestro país rango constitucional, el cual, incluso, puede ser ejercido de oficio por todos los tribunales,<sup>505</sup> teniendo la decisión del juez al declarar inaplicable una ley al caso concreto, siempre, de carácter incidental y efectos *inter partes*, y en principio, *ex tunc, pro pretaerito*, considerándose para la decisión del caso como si la ley nunca hubiera existido o producido efectos respecto del mismo.

### C. *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes: la jurisdicción constitucional*

Pero además de constitucionalizarse el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en la Constitución de 1999 se precisó el régimen del control concentrado de la constitucionalidad<sup>506</sup> de las leyes y demás actos estatales de ejecución directa e inmediata de la Constitución,<sup>507</sup> configurándose claramente al Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, a los efectos de la anulación de las mismas, y no solo de desaplicarlas en un proceso concreto; es decir, declarar su nulidad por inconstitucionalidad

mán y Casal, Jesús María (coords.), *Estudios de derecho público*, t. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 303-336.

<sup>503</sup> Véase nuestras propuestas respecto del artículo 7 en Brewer-Carías, Allan R., *Debates constituyentes*, t. II, *cit.*, pp. 24 y 34.

<sup>504</sup> Brewer-Carías, Allan R., *Debate constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente*, t. III (18 octubre-30 noviembre 1999), Caracas, 1999, pp. 94-105.

<sup>505</sup> Esta ha sido una de las características del sistema venezolano. Véase Brewer-Carías, Allan R., *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VI: La justicia constitucional, *cit.*, p. 101.

<sup>506</sup> Brewer-Carías, Allan R., “Principios del método concentrado de justicia constitucional”, en Navaja Macías, José de Jesús y Bazán, Víctor (coords.), *Derecho procesal constitucional*, t. I, Irapuato, Gto., México, Orlando Cárdenas Editor, 2007, pp. 251-272; *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (estudio de derecho comparado)*, Caracas, 1994.

<sup>507</sup> Sobre este concepto de actos de ejecución directa de la Constitución véase sentencia de la Sala Constitucional 2748, del 20 de diciembre de 2001 (caso Fiscal General de la República vs. Consejo Nacional Electoral), *Revista de Derecho Público*, núm. 85-88, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, pp. 389 y 390.

dad con efectos *erga omnes*, y como principio, *ex nunc, pro futuro*,<sup>508</sup> pudiendo ello solicitarse por vía de acción popular; es decir, una acción en la cual “cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante”.<sup>509</sup>

Por ello, el mismo artículo 334 de la Constitución dispone:

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley.

En esta forma quedó definitivamente establecida la diferencia entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción constitucional, por el objeto del control y no por los motivos de control,<sup>510</sup> por lo que solo compete a la jurisdicción constitucional conocer de la anulación, por inconstitucionalidad, por supuesto, de las leyes y demás actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (como los actos de gobierno, o los *interna corporis* de la Asamblea) o que tengan rango de ley (decretos-leyes); correspondiendo, en cambio, a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de la nulidad de los actos administrativos, incluidos los reglamentos, por motivos de inconstitucionalidad y de ilegalidad (contrariedad del derecho).

## 2. *Las competencias del Tribunal Supremo de Justicia en materia de justicia constitucional: la jurisdicción constitucional*

Una de las novedades de la Constitución de 1999 ha sido la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 262),<sup>511</sup>

<sup>508</sup> Véase sentencia de la Sala Constitucional número 2588, del 11 de diciembre de 2001 (caso Interpretación de artículos del Código Orgánico Procesal Penal), *Revista de Derecho Público*, núm. 85-88, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, pp. 420 y ss.

<sup>509</sup> Véase sentencia de la Sala Constitucional número 1077 del 22 de agosto de 2001 (caso Servio Tulio León Briceño), *Revista de Derecho Público*, núm. 83, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, julio-septiembre de 2000, pp. 247 y ss.

<sup>510</sup> Brewer-Carías, Allan R., *La justicia contencioso-administrativa, instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, *cit.*, pp. 26-33.

<sup>511</sup> Duque Corredor, Román J., “La Sala Constitucional contemplada en la Constitución de 1999”, *Estudios de derecho público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 289-301; Badell Madrid, Rafael, “Competencias de la Sala Constitucional”, *Nuevos estudios de derecho procesal. Libro homenaje a José Andrés Fuenmayor*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 61-119; Badell Madrid, Rafael, “Las competencias de la Sala Constitucional”, *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de*

a la cual se le ha atribuido la jurisdicción constitucional (artículo 266, ord. lo.) consistente en la potestad anulatoria de las leyes y demás actos de igual rango y jerarquía, y el ejercicio de otras competencias en materia de justicia constitucional;<sup>512</sup> competencias que antes desde el siglo XIX ejercía el Tribunal Supremo o Corte Suprema en pleno.

#### A. *La potestad anulatoria por inconstitucionalidad*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como jurisdicción constitucional, tiene las siguientes atribuciones de control concentrado de la constitucionalidad de determinados actos estatales, con poderes anulatorios, y u efectos *erga omnes*, previstas en el artículo 336:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las *leyes nacionales* y demás actos con *rango de ley* de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las *Constituciones y leyes estatales*, de las *ordenanzas municipales* y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios dictados en *ejecución directa e inmediata* de la Constitución y que colidan con esta.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos con rango de ley* dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los *actos en ejecución directa e inmediata* de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del poder público.

Conforme a estas normas, y como lo ha resumido la Sala Constitucional, a los efectos de su competencia, se consideran “leyes”.<sup>513</sup>

La acción para la solicitud de declaratoria de nulidad de las leyes y demás actos estatales de ejecución directa de la Constitución es una acción popular, que puede intentarse por cualquier ciudadano conforme a una tradición que se remonta a 1858.<sup>514</sup>

*la Universidad Monteávila*, Caracas, Universidad Monteávila, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, núm. 3, 2002, pp. 13-48.

<sup>512</sup> Hassemer, Winfried *et al.*, *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de derecho*, Caracas, UCAB, 2009.

<sup>513</sup> Sentencia 833, del 25 de mayo de 2001 (caso Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao *vs.* Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), *Revista de Derecho Público*, núm. 85-88, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, p. 370.

<sup>514</sup> Brewer-Carías, Allan R., *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, 1995, pp. 10 y ss.

### B. *El control previo de la constitucionalidad de actos estatales*

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, además, tiene las siguientes competencias para controlar la constitucionalidad de actos estatales antes de su entrada en vigencia:

En *primer lugar*, la prevista en el artículo 336, ordinal 5o. en relación con los *tratados internacionales*, de

5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.

En *segundo lugar*, la prevista en el artículo 203 de la Constitución, conforme al cual la Sala Constitucional debe pronunciarse sobre la constitucionalidad del carácter orgánico, antes de su promulgación, de las *leyes orgánicas* que así hayan sido calificadas por la Asamblea Nacional.

En *tercer lugar*, la prevista en el artículo 204 de la Constitución, en los casos del veto presidencial a las leyes, conforme al cual la Sala Constitucional debe pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley o de algunos de sus artículos, a solicitud del presidente de la República, antes de la promulgación de la ley. Se reguló, así, un control de constitucionalidad de leyes sancionadas y no promulgadas, que se desvinculó del llamado “veto presidencial” a las leyes, que siempre implica su devolución a la Asamblea Nacional (artículo 214). En el caso regulado en el artículo 204, en cambio, la posibilidad de que el presidente de la República someta al pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia la inconstitucionalidad de una ley sancionada que se le haya enviado para su promulgación no está ligada al veto presidencial ante la Asamblea, sino que en el lapso de diez días que tiene para su promulgación puede dirigirse directamente al Tribunal Supremo, sin devolverla a la Asamblea Nacional.

### C. *La revisión obligatoria de la constitucionalidad de los decretos de Estado de emergencia*

De acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, el decreto que declare el Estado de excepción debe ser presentado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, para que se pronuncie sobre su inconstitucionalidad. Por ello, el artículo 336 le atribuye a la Sala, competencia expresa para dicha revisión, que puede ejercer aun de oficio.

Esta también es una novedad introducida por la Constitución de 1999, lo que además conlleva al único supuesto constitucional en el cual la Sala puede actuar de oficio. En ejercicio de este control, la Sala Constitucional puede pronunciarse no solo sobre la constitucionalidad de los decretos que declaren el estado de excepción, sino sobre la constitucionalidad del contenido del decreto conforme a lo dispuesto en los artículos 337 y siguientes de la Constitución. En particular, la Sala debe verificar, al decretarse el estado de excepción y restringirse alguna garantía constitucional, si el decreto contiene, por ejemplo, efectivamente, la necesaria regulación “del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (artículo 339).

#### *D. El control de constitucionalidad de las leyes por omisión*

Otra institución novedosa en materia de justicia constitucional que establece la Constitución de 1999 es el denominado control de la constitucionalidad de las leyes por omisión al atribuirle, el artículo 336, a la Sala Constitucional, competencia para

7. Declarar la inconstitucionalidad de la omisión del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

Esta disposición prevé una amplísima potestad de la Sala Constitucional, que supera el inicial antecedente portugués, donde la legitimación para requerir del Tribunal Constitucional el ejercicio de esta competencia la tenían el presidente de la República, el *Ombudsman* o los presidentes de las regiones autónomas,<sup>515</sup> en cambio, en el texto de la Constitución de 1999 no se establece condicionamiento alguno a la legitimación, por lo que tratándose de omisiones normativas, el mecanismo para impulsar su control podría recibir el mismo tratamiento de una acción popular.

Conforme a la norma, por ejemplo, la Sala Constitucional ejerció el control de constitucionalidad por omisión por parte de la Asamblea Nacional en dictar la Ley Orgánica de Régimen Municipal, conforme lo ordenaba la Constitución, pero con la peculiaridad de que ejerció control del oficio, con motivo de decidir un recurso de interpretación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal preconstitucional.<sup>516</sup>

<sup>515</sup> Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, cit., p. 269.

<sup>516</sup> Sentencia 3118, del 6 de octubre de 2003, *Revista de Derecho Público*, núm. 93-96, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2003, pp. 528 y 529.

En estos casos, evidentemente, la Sala Constitucional no puede sustituirse en el legislador y dictar la ley respectiva, obviando la función de la representación popular y el procedimiento constitucional de formación de las leyes. Sin embargo, la Sala Constitucional ha forzado su rol en la materia, y si bien ha reconocido que por la complejidad de la materia la jurisdicción constitucional difícilmente podría suplir la omisión del legislador en su totalidad, señalando que “es constitucionalmente imposible incluso para esta Sala, pese a su amplia competencia constitucional, transformarse en legislador y proporcionar a la colectividad las normas que exige”; sin embargo, ha considerado que sí está facultada para proporcionar soluciones a aspectos concretos, incluso por medio de la adopción de reglas generales que ocupen temporalmente el lugar de las normas ausentes, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador y dictar las normas que se requieran.<sup>517</sup>

En estos casos la Sala Constitucional ha conocido del recurso por omisión de sus funciones por parte de la Asamblea Nacional, por ejemplo, en efectuar los nombramientos de altos funcionarios públicos no electos popularmente, que debe hacer conforme a la Constitución. Así ocurrió respecto del nombramiento de los miembros (rectores) del Consejo Nacional Electoral ante la omisión de la Asamblea, pero con la peculiaridad de que la Sala Constitucional no solo declaró como inconstitucional la omisión legislativa, sino que se sustituyó en el ejercicio de tal atribución. En efecto, mediante sentencia número 2073 del 4 de agosto de 2003 (caso *Hermán E. Escarrá Malavé*; acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional), la Sala le fijó un lapso a la Asamblea Nacional para hacer los nombramientos,<sup>518</sup> y luego de que la designación de los titulares del Consejo Nacional Electoral no se pudo realizar por la Asamblea Nacional, por no haber podido lograr los acuerdos políticos necesarios que aseguraran la mayoría calificada que exige la Constitución para hacer tales nombramientos, la Sala Constitucional, mediante sentencia número 2341, del 25 de agosto de 2003 (caso *Hermán E. Escarrá Malavé*; acción de inconstitucionalidad por omisión contra la Asamblea Nacional), una vez verificado que hasta esa fecha la Asamblea Nacional no había designado a los rectores del Poder Electoral, y estando dentro del lapso que la Sala misma se fijó para hacer la designación, extralimitándose en sus funciones y limitando injustifica-

<sup>517</sup> Sentencia 1043, del 31-5-2004 (caso Consejo Legislativo del Estado Zulia), *Revista de Derecho Público*, núm. 97-98, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2004, p. 408.

<sup>518</sup> *Revista de Derecho Público*, núm. 93-96, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2003, pp. 520 y ss.

da e ilegítimamente la propia autonomía del Consejo Nacional Electoral como órgano rector de dicho poder público, procedió a efectuar los nombramientos, sustituyéndose ilegítimamente en el ejercicio de tal atribución legislativa, y sin cumplir con las previsiones y exigencias constitucionales para hacer tales nombramientos.<sup>519</sup> Además, la Sala procedió a nombrar directamente a todos los funcionarios directivos del organismo, competencia que no correspondía ni siquiera a la Asamblea Nacional (sino al propio Consejo Nacional Electoral que estaba nombrando), y respecto de cuyo ejercicio no se había producido omisión alguna que pudiera justificar tales nombramientos.<sup>520</sup>

Con esta decisión, sin duda, la Sala se sustituyó en el ejercicio de la competencia del órgano Legislativo omiso, y asumió y ejerció su competencia; es decir, la Sala usurpó las funciones del órgano Legislativo, ejerciéndolas al margen de la Constitución, pues constitucionalmente era imposible que lo sustituyera, ya que conforme a la Constitución, solo la Asamblea Nacional, y mediante una votación de mayoría calificada de los 2/3 de los diputados (artículo 296), con la participación de la sociedad civil (Comité de Postulaciones Electorales), puede designar dichos funcionarios. Por ello, la omisión de la Asamblea no podría ser “suplida” por ningún otro órgano del Estado, y menos por la Sala Constitucional, pues esta ni es un órgano de representación popular ni hay forma ni manera alguna como pueda reflejar la mayoría calificada requerida, de la representación popular.<sup>521</sup> En ese caso, sin duda, a través de una inconstitucional mutación de la Constitución, produciéndose una usurpación de funciones del órgano Legislativo por la Sala Constitucional, en sentido similar si a la Sala Constitucional, por ejemplo, se le ocurriera actuar como cuerpo legislador y sancionar una ley ante la omisión de la Asamblea Nacional en hacerlo.

<sup>519</sup> Sentencia del 25 de agosto de 2003 (caso Hermán Escarrá y otros), *Revista de Derecho Público*, núm. 93-96, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2003, pp. 525 y ss.

<sup>520</sup> *Idem*. Véase Brewer-Carías, Allan R., *La Sala Constitucional versus el Estado democrático de derecho. El secuestro del poder electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Caracas, Los Libros de El Nacional, 2004; “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000–2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 11-73.

<sup>521</sup> Sentencia 2341, del 25-08-2003 (caso Hermann Escarrá y otros), *Revista de Derecho Público*, núm. 93-96, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2003, pp. 525 y ss.; y los comentarios en Brewer-Carías, Allan R., *La Sala Constitucional vs. el Estado democrático de derecho, El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política*, Caracas, Ediciones Libros El Nacional, 2004, pp. 43 y ss.

E. *El control de la constitucionalidad de las leyes mediante la declaración de colisión*

Conforme a una tradicional competencia de la Corte Suprema de Justicia (artículo 215.5 de la Constitución de 1961), el artículo 336 de la Constitución de 1999 le atribuye al Tribunal Supremo, competencia para “resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál de éstas debe prevalecer” (ord. 8).

Este mecanismo de control, antes que un control de constitucionalidad, es un control respecto de la vigencia de la ley en casos de derogación tácita. Por ello, como lo ha puntualizado la Sala Constitucional, “no se puede pretender que a través de este mecanismo se resuelvan cuestiones de inconstitucionalidad”.<sup>522</sup>

En efecto, en los casos en los cuales se dicte una ley que contraríe las disposiciones de otra ley, sin que contenga una derogación expresa, si la derogación tácita no es evidente pueden plantearse situaciones en las cuales las dos leyes pueden considerarse aplicables. En estos supuestos, el Tribunal Supremo debe resolver la colisión que pueda existir entre dos disposiciones legales que intentan regular el mismo supuesto en forma diferente, por lo que las mismas se encontrarían en conflicto,<sup>523</sup> y declarar cuál de ellas debe prevalecer, lo que implica considerar como derogada la que no prevalece.

F. *La resolución de controversias constitucionales entre los órganos del poder público*

El Tribunal Supremo, en Sala Constitucional, también tiene competencia, conforme al artículo 336, para “dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público” (ord. 9).

Esta competencia de orden constitucional tiene por objeto resolver los conflictos entre los órganos del poder público, tanto en su distribución vertical (República, estados y municipios) como en su división horizontal a nivel nacional (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Ciudadano, Poder Electoral) y a nivel estatal y municipal (Poder Legislativo y Po-

<sup>522</sup> Sentencia 265 del 25-04-2000, *Revista de Derecho Público*, núm. 82, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 146. Véase en general, Casal H., Jesús M., “Las colisiones constitucionales y su resolución”, *Revista de Derecho*, núm. 27, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 19-46.

<sup>523</sup> Sentencia 356, del 11-05-2000, *Revista de Derecho Público*, núm. 82, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, abril-junio de 2000, p. 147.

der Ejecutivo), entendiéndose por controversia “aquella situación en la cual dos o más personas, discuten larga y reiteradamente, conteniendo y alegando razones contra el parecer de otro sobre intereses contrapuestos”.<sup>524</sup>

El objetivo de esta competencia de la Sala Constitucional, en definitiva, es “la protección de la estructura institucional del Estado y su régimen competencial, con el propósito de corregir las eventuales invasiones por parte de algún órgano del Poder Público en la esfera de competencias de otro”.<sup>525</sup>

Es decir, se trata de resolución de controversias sobre atribuciones *constitucionales* entre los órganos del poder público, que son distintas a las controversias administrativas que se suscitan entre la República, los estados, municipios u otro ente público, las que compete ser resueltas por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo (artículo 266.4), como jurisdicción contencioso-administrativa.<sup>526</sup>

#### *G. La revisión de las sentencias dictadas por los tribunales de instancia en cuestiones de constitucionalidad*

Por último, el artículo 336 de la Constitución atribuye a la Sala Constitucional, competencia para

Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

Por supuesto, esta competencia no se configura como la de una apelación ni como la de una segunda instancia general en la materia. Se trata de una competencia excepcional para que la Sala Constitucional pueda revi-

<sup>524</sup> Sentencia de la Sala Político-Administrativa, número 1819, del 08-08-2000 (caso René Molina vs. Luis Miquilena), *Revista de Derecho Público*, núm. 83, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, julio-septiembre de 2000, p. 267. Véase en general, Guerrero-Rocca, Gilberto Alejandro, “Controversias constitucionales y conflictos de autoridad: una necesaria distinción”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 7, Caracas, Editorial Sherwood, enero-junio de 2003, pp. 137-159.

<sup>525</sup> Sentencia 1937, del 2003, de la Sala Constitucional (caso Controversia constitucional entre el Alcalde del Municipio Píritu del Estado Falcón y el Concejo Municipal de dicha entidad político territorial), *Revista de Derecho Público*, núm. 93-96, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2003, p. 529.

<sup>526</sup> Sobre la distinción entre controversias constitucionales y administrativas, véase sentencia de la Sala Constitucional número 1819, del 08-08-2000 (caso René Molina vs. Luis Miquilena), *Revista de Derecho Público*, núm. 83, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 267.

sar, a su juicio y discreción, mediante un recurso extraordinario,<sup>527</sup> que se puede ejercer contra sentencias de última instancia dictadas por los tribunales de la República (excluido, por supuesto, el Tribunal Supremo y sus Salas) en materia de amparo constitucional o en ejercicio de control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Esta potestad de revisión no es obligatoria, sino que se ejerce a juicio de la Sala, en forma discrecional. De lo que se trata fue de evitar que se pudiera abrir un recurso extraordinario, de obligatoria decisión por la Sala, contra todas las sentencias referidas, lo cual sería imposible de manejar, por la magnitud de casos.

En esta materia, en todo caso, en los últimos años se ha producido una ilegítima mutación de la Constitución efectuada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo sobre sus propias competencias, al haber ampliado el objeto de este recurso de revisión más allá de las sentencias definitivamente firmes dictadas en juicios de amparo o dictadas por los jueces en ejercicio del poder de control difuso de la constitucionalidad de las leyes y normas. Así, mediante sentencia número 93, del 6 de febrero de 2001 (caso *Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela*), la Sala Constitucional agregó como objeto de revisión *otras sentencias dictadas por las Salas del Tribunal Supremo u otros tribunales*, distintas a las dictadas en materia de amparo o de control difuso de constitucionalidad, afirmando su potestad para revisar, además de estas, respecto de las siguientes:

3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.
4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un

<sup>527</sup> Véase, en general, Haro G., José V., “El mecanismo extraordinario de revisión de sentencias definitivamente firmes de amparo y control difuso de la constitucionalidad previsto en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 3, Caracas, Editorial Sherwood, julio-diciembre de 2000, pp. 231-266; Febres Cordero, Adán, “La revisión constitucional”, *Nuevos estudios de derecho procesal. Libro homenaje a José Andrés Fuenmayor*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 489-508; Escarrá Malave, Carlos, “¿Existe en Venezuela un recurso de certiorari?”, en Duque Corredor, Román y Casal, Jesús María (coords.), *Estudios de derecho público*, t. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 337-372.

error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional.<sup>528</sup>

La Sala Constitucional, por otra parte, en sentencia número 727, del 8 de abril de 2003, continuó ampliando el universo de sentencias que podían ser objeto del recurso extraordinario de revisión, indicando que además de las sentencias de amparo constitucional y las sentencias de control difuso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas fundamentadas en un errado control de constitucionalidad, también pueden ser objeto del recurso de revisión

(iii) Las sentencias que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional y (iv) Las sentencias que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás juzgados del país apartándose u obviando, expresa o tácitamente, alguna interpretación de la Constitución que contenga alguna sentencia de esta Sala con anterioridad al fallo que sea impugnado.<sup>529</sup>

En esta forma, la Sala Constitucional, violando la Constitución, amplió el ámbito de su potestad constitucional revisora referida solo a las sentencias dictadas en juicios de amparo o con motivo de control difuso de la constitucionalidad, abarcando otras sentencias, incluso las dictadas por las otras Salas del Tribunal Supremo, lo que constituye una limitación no autorizada en la Constitución al debido proceso y al derecho a la cosa juzgada, con importantes repercusiones en el ámbito de la seguridad jurídica y del Estado de derecho.

Posteriormente, estos excesos de la Sala Constitucional fueron recogidos en la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

#### H. *El recurso autónomo para la interpretación abstracta de la Constitución*

Una de las mutaciones ilegítimas de la Constitución de mayor trascendencia efectuada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo respecto

<sup>528</sup> *Revista de Derecho Público*, núm. 85-88, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, pp. 414 y 415.

<sup>529</sup> Caso Revisión de la sentencia dictada por la Sala Electoral en fecha 21 de noviembre de 2002, *Revista de Derecho Público*, núm. 93-96, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2003, p. 500.

de sus propias competencias<sup>530</sup> ha sido la creación de un recurso autónomo de interpretación de la Constitución que no estaba ni está establecido en la Constitución ni estaba previsto en ley alguna, que a la vez ha servido de vehículo para las otras mutaciones ilegítimas de la Constitución efectuadas por la misma Sala Constitucional.

Es decir, muchas de las mutaciones constitucionales ilegítimamente efectuadas, y a las cuales se ha hecho referencia,<sup>531</sup> tienen su origen en interpretaciones inconstitucionales que ha hecho el juez constitucional, no al interpretar la Constitución con motivo de resolver una acción de inconstitucionalidad u otro medio de control de la constitucionalidad de los actos estatales, sino al decidir “acciones o recursos autónomos de interpretación abstracta de la Constitución”, muchos de ellos interpuestos por el propio Estado (procurador general de la República), que la propia Sala Constitucional creó, a la vez, mutando ilegítimamente la Constitución.

En efecto, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el artículo 42.24 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia había atribuido competencia a la Sala Político-Administrativa de la antigua Corte Suprema para interpretar los “textos legales, en los casos previstos en la Ley”. En esa misma tradición, la Constitución de 1999 estableció en forma expresa la competencia del Tribunal Supremo de Justicia, para “conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales”, pero “en los términos contemplados en la ley” (artículo 266,6), atribución que debe ser ejercida “por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley” (único aparte, ar-

<sup>530</sup> Brewer-Carías, Allan R., “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad”, *Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), 2009, pp. 319-362.

<sup>531</sup> Brewer-Carías, Allan R., “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, *IUSTEL, Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, Madrid, junio de 2009; “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela”, *Revista de Derecho Político*, núm. 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009, pp. 289-325; “La fraudulenta mutación de la Constitución en Venezuela, o de cómo el juez constitucional usurpa el poder constituyente originario”, *Anuario de Derecho Público*, Caracas, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, año 2, 2009, pp. 23-65, y “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, Madrid, 2009, pp. 383-418.

título 266). Por ello, el artículo 5, párrafo 1o., de la Ley Orgánica de 2004, atribuye a todas las Salas del Tribunal Supremo, competencia para

52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.

Ahora bien, a pesar de que el ordenamiento constitucional y legal venezolano solo regulaba y regula el recurso de interpretación respecto de textos legales, la Sala Constitucional creó jurisprudencialmente su propia competencia para conocer de recursos autónomos de interpretación abstracta de la Constitución, mediante una inconstitucional interpretación que le dio el artículo 335 de la Constitución, que atribuye a todas las salas del Tribunal Supremo y no solo a la Sala Constitucional, el carácter de “máximo y último intérprete de la Constitución”.

En efecto, la Sala Constitucional, en sentencia número 1077, del 22 de septiembre de 2000, consideró que los ciudadanos no requieren “de leyes que contemplen, en particular, el recurso de interpretación constitucional, para interponerlo”,<sup>532</sup> procediendo a “crear” un recurso autónomo de interpretación abstracta de las normas constitucionales no previsto constitucional ni legalmente, basándose para ello en el artículo 26 de la Constitución, que consagra el derecho de acceso a la justicia, del cual dedujo que si bien dicha acción no estaba prevista en el ordenamiento jurídico, tampoco estaba prohibida, agregando que, por lo tanto:

No es necesario que existan normas que contemplen expresamente la posibilidad de incoar una acción con la pretensión que por medio de ella se ven-

<sup>532</sup> Sentencia 1077 de la Sala Constitucional del 22-09-00, caso Servio Tulio León Bricceño, *Revista de Derecho Público*, núm. 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Este criterio fue luego ratificado en sentencias del 09-11-00 (1347), del 21-11-00 (1387), y del 05-04-01 (457), entre otras. Véase en general, Rodríguez Laverde, Ninoska, “La interpretación de la Constitución: fundamentos y límites al recurso de interpretación de la Constitución o acción extraordinaria de inconstitucionalidad”, en Casal, Jesús María *et al.* (coords.), *Tendencias actuales del derecho constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, t. II, Caracas, Universidad Central de Venezuela-Universidad Católica Andrés Bello, 2008, pp. 285-320; Ríos, Desirée, “La acción de interpretación constitucional: referencia a la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, *Revista de Derecho*, núm. 13, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 83-180; Herrera Orellana, Luis A., “El recurso de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso”, *Revista de Derecho Público*, núm. 113, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2008, pp. 7-29.

tila, bastando para ello que exista una situación semejante a las prevenidas en la ley, para la obtención de sentencias declarativas de mera certeza, de condena, o constitutivas. Este es el resultado de la expansión natural de la juridicidad.<sup>533</sup>

En esta forma, la acción de interpretación de la Constitución, en criterio de la Sala Constitucional, es una acción de igual naturaleza que la de interpretación de la ley;<sup>534</sup> es decir, tiene por objeto obtener una sentencia declarativa de mera certeza sobre el alcance y contenido de las normas constitucionales, que no anula el acto en cuestión, pero que busca un efecto semejante, ya que en estos casos coincide el interés particular con el interés constitucional, agregando que

La finalidad de tal acción de interpretación constitucional sería una declaración de certeza sobre los alcances y el contenido de una norma constitucional, y formaría un sector de la participación ciudadana, que podría hacerse incluso como paso previo a la acción de inconstitucionalidad, ya que la interpretación constitucional podría despejar dudas y ambigüedades sobre la supuesta colisión. Se trata de una tutela preventiva.<sup>535</sup>

En cuanto a la legitimidad necesaria para interponer la demanda, la Sala Constitucional ha señalado que el recurrente debe tener un interés particular en el sentido de que

Como persona pública o privada debe invocar un interés jurídico actual, legítimo, fundado en una situación jurídica concreta y específica en que se encuentra, y que requiere necesariamente de la interpretación de normas constitucionales aplicables a la situación, a fin de que cese la incertidumbre que impide el desarrollo y efectos de dicha situación jurídica.<sup>536</sup>

La Sala precisó además que se “está ante una acción con legitimación restringida, aunque los efectos del fallo sean generales”, por lo que señaló que “puede declarar inadmisibles un recurso de interpretación que no persiga los fines antes mencionados, o que se refiere al supuesto de colisión de leyes con la Constitución, ya que ello origina otra clase de recurso”.<sup>537</sup>

<sup>533</sup> Sentencia 1077 de la Sala Constitucional, del 22-09-00, caso Servio Tulio León Briceño, *Revista de Derecho Público*, núm. 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

<sup>534</sup> *Idem.*

<sup>535</sup> *Idem.*

<sup>536</sup> *Idem.*

<sup>537</sup> *Idem.*

En la antes mencionada sentencia número 1077, del 22-09-01, la Sala Constitucional reiteró su criterio sobre la legitimación activa para intentar el recurso de interpretación, señalando que el recurrente debe tener un “interés jurídico personal y directo”, de manera que en la demanda se exprese con precisión, como condición de admisibilidad, “en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del texto constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente”.<sup>538</sup>

En este caso de esta acción de interpretación constitucional puede decirse que se está en presencia de un proceso constitucional, que requeriría de un accionante, como consecuencia de lo debería abrirse el proceso a un contradictorio, pues así como puede haber personas con interés jurídico en determinada interpretación de la Constitución, igualmente puede haber otras personas con interés jurídico en otra interpretación. En tal sentido, la Sala debería emplazar y citar a los interesados para garantizarles el que puedan hacerse parte en el proceso, y alegar a favor de una u otra interpretación del texto constitucional. Sin embargo, sobre esto, después de haber creado el recurso, la Sala Constitucional, en sentencia 2651, del 2 de octubre de 2003 (caso *Ricardo Delgado; Interpretación artículo 174 de la Constitución*), le negó el carácter de proceso constitucional, señalando que en virtud de que “el recurso de interpretación debe tener como pretensión la exclusiva determinación del alcance de normas en este caso constitucionales”, entonces “no hay *litis*, enfrentamiento entre unas partes, respecto de las cuales haya que procurar su defensa”.<sup>539</sup>

Por último, debe indicarse que en sentencia número 1347, del 9 de noviembre de 2000, la Sala Constitucional delimitó el carácter vinculante de las interpretaciones establecidas con motivo de decidir los recursos de interpretación, señalando que

Las interpretaciones de esta Sala Constitucional, en general, o las dictadas en vía de recurso interpretativo, se entenderán vinculantes respecto al núcleo del caso estudiado, todo ello en un sentido de límite mínimo, y no de frontera intraspasable por una jurisprudencia de valores oriunda de la propia Sala, de las demás Salas o del universo de los tribunales de instancia.<sup>540</sup>

<sup>538</sup> Caso Servicio Tulio León Briceño, *Revista de Derecho Público*, núm. 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

<sup>539</sup> *Revista de Derecho Público*, núm. 93-96, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2003, pp. 533-535.

<sup>540</sup> *Revista de Derecho Público*, núm. 84, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, p. 270.

Como puede observarse de lo anterior, estamos en presencia de una mutación constitucional mediante la ampliación de competencias constitucionales propias que se ha arrogado la Sala Constitucional, a través de una inconstitucional interpretación de la Constitución, que no establece la posibilidad de este recurso autónomo y abstracto de interpretación de las normas constitucionales,<sup>541</sup> el cual, por lo demás, no encuentra ningún antecedente en el derecho comparado sobre los sistemas de justicia constitucional.

### 3. *El Tribunal Supremo como supremo intérprete de la Constitución*

De acuerdo con el artículo 335 de la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia debe garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, y es el máximo y último intérprete de la Constitución, por lo que debe velar por su uniforme interpretación y aplicación.

En todo caso, el valor de las interpretaciones constitucionales que, en particular, establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales “son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.<sup>542</sup>

Se le da, así, a las interpretaciones constitucionales de la Sala, valor de precedente, de obligatoria aplicación por los demás tribunales y, además, por las otras Salas del Tribunal Supremo.

Ello no excluye, sin embargo, la competencia de las otras Salas para tomar decisiones en materia constitucional e interpretar la Constitución, al aplicarla en los casos concretos que conozcan. Todas las Salas deben considerarse que son en sí mismas el Tribunal Supremo.

## II. EL RÉGIMEN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

El capítulo II del título relativo a la “Protección de la Constitución”, está destinado a regular las circunstancias excepcionales que pueden originar situaciones de excepción que afecten gravemente la seguridad de la nación, de las instituciones y de las personas, y que ameritan la adopción de medidas político-constitucionales para afrontarlas. Conforme al artículo

<sup>541</sup> Brewer-Carías, Allan R., “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla”, *Le renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 61-70.

<sup>542</sup> Laguna Navas, Rubén J., *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: su rol como máxima y última intérprete de la Constitución*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005; Granadillo Colmenares, Nancy Carolina, *Sentencias vinculantes de la sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia 2000-2007*, Caracas, Paredes Libros, 2008.

338 de la Constitución, una ley orgánica debe regular los estados de excepción y determinar las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos, por lo que la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, del 15 de agosto de 2001,<sup>543</sup> la cual no solo los regula en sus diferentes formas, sino que además regula “el ejercicio de los derechos que sean restringidos con la finalidad de restablecer la normalidad en el menor tiempo posible” (artículo 1).

### 1. *Los estados de excepción*

El artículo 337 de la Constitución califica expresamente como estados de excepción

[...] las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.

Se trata, por tanto, de circunstancias excepcionales, que sobrepasan las posibilidades de su atención mediante los mecanismos institucionales previstos para situaciones normales. El artículo 338 remite a la Ley Orgánica para regular los estados de excepción y determinar las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos, la cual, como se dijo, fue sancionada en 2001.

El artículo 338 de la Constitución, además, precisa los diversos tipos específicos de estados de excepción, en la siguiente forma:

Puede decretarse el estado de alarma cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la nación o de sus ciudadanos. El estado de excepción debe tener una duración de hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más.

El estado de emergencia económica puede decretarse cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la

<sup>543</sup> G.O. núm. 37.261, del 15-08-2001. Véase en general sobre los estados de excepción en la Constitución, Casal H., Jesús M., “Los estados de excepción en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1, Caracas, Editorial Sherwood, septiembre-diciembre de 1999, pp. 45-54; Leal W., Salvador, “Los estados de excepción en la Constitución”, *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, núm. 8, Caracas, 2003, pp. 335-359; Delfino, María de los Ángeles, “El desarrollo de los Estados de excepción en las Constituciones de América Latina”, *Constitución y constitucionalismo hoy*, Caracas, Ex Libris, 2000, pp. 507-532; Leal Wilhelm, Salvador, “Los estados de excepción en la Constitución”, *Revista de Derecho*, núm. 8, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 335-356.

vida económica de la nación. Su duración debe ser de sesenta días prorrogables por un plazo igual.

También puede decretarse el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones. En este caso la duración puede ser de hasta por noventa días, siendo prorrogable por hasta noventa días más.

## 2. *El decreto de estado de excepción*

En las circunstancias excepcionales antes mencionadas, corresponde al presidente de la República, en consejo de ministros, decretar los estados de excepción (artículo 337).

De acuerdo con el artículo 339, el decreto que declare el estado de excepción debe ser presentado dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad.

El decreto debe cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 339). Conforme al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el estado de excepción debe ser “proclamado oficialmente”. Con base en ello, solo se pueden “adoptar disposiciones” que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas (por los Estados) en virtud de este Pacto. Las medidas, además, no pueden “ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. En igual sentido se dispone en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, el Pacto exige que todo Estado “que haga uso del derecho de suspensión” debe informar inmediatamente a todos los demás Estados partes en el Pacto, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, “de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión”. Igualmente, deben comunicar la fecha “en que haya dado por terminada tal suspensión” (artículo 4,3). La Convención Americana establece una disposición similar de información a los Estados partes en la Convención, por conducto del secretario general de la Organización de Estados Americanos (artículo 27,3).

El presidente de la República puede solicitar a la Asamblea Nacional la prórroga del decreto por un plazo igual, y puede ser revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su comisión delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron. En todo caso, la aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional (artículo 338).

### 3. *La restricción de las garantías constitucionales*

En los casos en los cuales se decreten estados de excepción, el presidente de la República, en consejo de ministros, también puede restringir temporalmente las garantías consagradas en la Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles (artículo 377).

A esta lista de garantías constitucionales que no pueden restringirse en forma alguna, y que están reguladas en los artículos 43, 43, ord. 2 y 46, ord. 1, 49 y 58, se deben considerar como “los demás derechos humanos intangibles” cuyas garantías tampoco pueden restringirse, a los indicados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4), y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27), y que son: la garantía de la igualdad y no discriminación; la garantía de no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; la garantía de la irretroactividad de la ley; el derecho a la personalidad; la libertad religiosa; la garantía de no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la garantía de la integridad personal; el principio de legalidad; la protección de la familia; los derechos del niño; la garantía de la no privación arbitraria de la nacionalidad y el ejercicio de los derechos políticos al sufragio y el acceso a las funciones públicas.

En esta forma, en *primer lugar*, se eliminó de la Constitución la posibilidad de que se pudieran “suspender” las garantías constitucionales, como lo autorizaba el artículo 241, en concordancia con el artículo 190, ordinal 6, de la Constitución de 1961, y que dio origen a tantos abusos institucionales, quedando la potestad de excepción a la sola posibilidad de “restringir” (artículo 236, ord. 7) las garantías constitucionales.<sup>544</sup>

En *segundo lugar*, se exige expresamente que el decreto que declare el estado de excepción y restrinja las garantías, obligatoriamente debe “regular

<sup>544</sup> Brewer-Carías, Allan R., “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, núm. 37, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1989, pp. 5 y ss.

el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (artículo 339). Es decir, no basta “restringir” una garantía constitucional pura y simplemente, sino que es indispensable que en el mismo decreto se regule (normativamente) en concreto el ejercicio del derecho. Por ejemplo, si se restringe la libertad de tránsito, en el mismo decreto de restricción debe especificarse en qué consiste la restricción, como podría ser la prohibición de circular a determinadas horas (toque de queda), por ejemplo, o en determinados vehículos.<sup>545</sup>

#### 4. *La garantía del normal funcionamiento de los poderes públicos*

La declaratoria del estado de excepción en ningún caso interrumpe el funcionamiento de los órganos del poder público (artículo 339).

Además, la declaración de los estados de excepción no modifica el principio de la responsabilidad del presidente de la República ni la del vicepresidente ejecutivo ni la de los ministros, de conformidad con la Constitución y la ley (artículo 232).

#### 5. *El control de los decretos de estados de excepción*

De acuerdo con el artículo 339, el decreto que declare el estado de excepción debe ser presentado dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la comisión delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad (artículo 336,6).

Este doble régimen general de control parlamentario y judicial lo desarrolla la Ley Orgánica, estableciendo normas particulares en relación con el control por parte de la Asamblea Nacional, por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo y por parte de los jueces de amparo.

### III. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y EL RÉGIMEN DE LA REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución, como ley suprema, es por supuesto inmutable mediante los mecanismos ordinarios de formación de las leyes, gozando por tanto sus normas de rigidez constitucional, lo que implica que la misma solo puede ser modificada o reformada por los medios que se indican expresa-

<sup>545</sup> Véase las críticas a la suspensión no regulada de garantías constitucionales en Brewer-Carías, Allan R., “Prólogo” al libro de Zovatto G., Daniel, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Caracas, San José, pp. 24 y ss.

mente en el texto, por lo que, se insiste, esta no pierde su vigencia “si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella” (artículo 333), es decir, por los establecidos en el título IX sobre reforma constitucional (artículos 340 a 349).<sup>546</sup>

Esta rigidez de la Constitución se concretiza en la previsión de procedimientos y vías institucionales específicas para la revisión de la Constitución, la cual en ningún caso puede hacerse por la Asamblea Nacional mediante el solo procedimiento de formación de las leyes ni mediante el ejercicio de un recurso de nulidad de normas constitucionales.<sup>547</sup> En general, se exige para la revisión constitucional la participación del pueblo como poder constituyente originario.

En la Constitución de 1999 se establecieron tres mecanismos institucionales para la revisión constitucional, que se distinguen según la intensidad de las transformaciones que se proponen, y que son las enmiendas constitucionales, las reformas constitucionales y la Asamblea Nacional Constituyente.<sup>548</sup> Cada procedimiento tiene su sentido y ámbito de aplicación según la importancia de las modificaciones a la Constitución, de manera que para la aprobación de las “enmiendas” se estableció la sola participación del pueblo como poder constituyente originario manifestado mediante referendo aprobatorio; para la aprobación de la “reforma constitucional” se estableció la participación de uno de los poderes constituidos —la Asamblea Nacional— y, además, del pueblo como poder constituyente originario manifestado mediante referendo; y para la revisión constitucional mediante una “Asamblea Nacional Constituyente”, se estableció la participación del

<sup>546</sup> Brewer- Carías, Allan R., “Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela”, en Rozo Acuña, Eduardo (coord.), *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato, Atti del Convegno Internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Urbino*, 23-24 aprile 1997, a cargo del prof., Università Degli Studi di Urbino, pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza e della Facoltà di Scienze Politiche, Urbino, Italia, 1999, pp. 137-181; Brewer-Carías, Allan R., *Asamblea constituyente y ordenamiento constitucional*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, pp. 87-116.

<sup>547</sup> Sentencia 1140 de la Sala Constitucional, del 05-19-2000, *Revista de Derecho Público*, núm. 84, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, pp. 101 y 102.

<sup>548</sup> Nikken, Claudia, “Breves consideraciones sobre el ejercicio del poder de revisión en Venezuela: a partir de la vigente Constitución”, *Revista de Derecho Público*, núm. 109, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, pp. 27-34; Hernández Camargo, Lolymar, “El Poder Constituyente como principio legitimador de la Constitución”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, t. I, Madrid, Instituto de Derecho Público, UCV, Civitas Ediciones, 2003, pp. 113-130; Vicente Haro, José, “Sobre los límites materiales de la enmienda y la reforma constitucional”, en Duque Corredor, Román y Casal, Jesús María (coords.), *Estudios de derecho público*, t. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 373-420.

pueblo como poder constituyente originario, de dos maneras: primero, para pronunciarse sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente (artículo 347) una vez ejercida la iniciativa conforme a la Constitución (artículo 348), y segundo para la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente.<sup>549</sup>

Sobre estos tres mecanismos para la revisión constitucional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que

Cada uno de estos mecanismos de reforma tiene sus peculiaridades, los cuales con una somera lectura del texto constitucional se puede apreciar que, por ejemplo, el procedimiento de enmienda, va a tener por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, tal como lo señala el artículo 340 de la Carta Magna. Por su parte, la reforma constitucional, se orienta hacia la revisión parcial de la Constitución, así como la sustitución de una o varias de sus normas (artículo 342). Ambos mecanismos, están limitados por la no modificación de la estructura fundamental del texto constitucional, y por un referéndum al cual debe estar sometido para su definitiva aprobación, Ahora bien, en el caso de que se quiera transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución, el texto constitucional vigente consagra la posibilidad de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente (Artículo 347 *eiusdem*). Igualmente, las iniciativas para proceder a la enmienda, reforma o convocatoria de la Asamblea Constituyente, están consagradas en el texto constitucional de manera expresa.<sup>550</sup>

De lo anterior resulta que no puede utilizarse uno de los procedimientos de revisión constitucional para fines distintos a los regulados en la propia Constitución, pues de lo contrario se incurriría en un fraude constitucional,<sup>551</sup>

<sup>549</sup> Brewer-Carías, Allan R., “La intervención del pueblo en la revisión constitucional en América Latina”, *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006, pp. 41-52.

<sup>550</sup> Sentencia 1140 de la Sala Constitucional del 05-19-2000, *Revista de Derecho Público*, núm. 84, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000, pp. 101 y 102.

<sup>551</sup> La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia número 74 del 25-01-2006, señaló que un fraude a la Constitución ocurre cuando se destruyen las teorías democráticas “mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales”, o cuando se utiliza “del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido, como ocurrió con el *uso fraudulento de los poderes* conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de *Weimar*, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado”; y que un *falseamiento de la Constitución* ocurre cuando se otorga “a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma”, concluyendo con

tal como ocurrió con la reforma constitucional sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, que fue rechazada por voto popular en el referendo del 2 de diciembre de 2007. A ello nos referimos más adelante.

### 1. *Las enmiendas constitucionales*

El procedimiento de la enmienda para la reforma constitucional tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental (artículo 340).

De acuerdo con el artículo 341, ordinal 1, la iniciativa para la enmienda puede partir del quince por ciento de los ciudadanos inscritos en el registro civil y electoral, o de un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional o del presidente de la República en consejo de ministros. Cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional, la enmienda requiere la aprobación de ésta por la mayoría de sus integrantes, y se debe discutir, según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes (artículo 341,2).

De esta norma se deduce, por tanto, que la discusión legislativa de las enmiendas solo se produce cuando la iniciativa parta de la Asamblea Nacional. Por tanto, si la enmienda parte de una iniciativa popular o del presidente de la República, no se somete a discusión ni a aprobación por la Asamblea Nacional, sino que directamente se debe someter a referendo aprobatorio (artículo 341,3 y 4), al cual deben concurrir al menos el 25% de los electores inscritos, bastando para la aprobación que haya mayoría de votos afirmativos (artículo 73).

Conforme a lo establecido en el artículo 346, el presidente de la República está obligado a promulgar las enmiendas dentro de los diez días siguientes a su aprobación.

Por último, la Constitución exige que las enmiendas sean numeradas consecutivamente. Se deben publicar a continuación de la Constitución sin alterar el texto de esta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia de número y fecha de la enmienda que lo modificó.

### 2. *Las reformas constitucionales*

En cuanto a las reformas constitucionales, conforme al artículo 342 de la Constitución, tienen por objeto una revisión parcial de la Constitución y

la afirmación de que “Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional”. Véase *Revista de Derecho Público*, núm. 105, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006, pp. 76 y ss.

la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y los principios fundamentales del texto constitucional.

De lo anterior resulta que la diferencia entre la enmienda y la reforma es muy sutil: aquella tiene por objeto “la adición o modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental”; esta tiene por objeto “la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional”. En definitiva, podría decirse que la enmienda tiene por objeto “añadir o modificar” unos artículos, y la reforma, la “sustitución” de unos artículos, pero en uno u otro caso, sin alterar o modificar la estructura fundamental de la Constitución.

Sin embargo, el procedimiento para la reforma es más complejo, pues requiere que el texto sea discutido y aprobado por la Asamblea Nacional antes de ser sometido a referendo.

En efecto, la iniciativa de la reforma de la Constitución la puede ejercer la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; el presidente de la República en consejo de ministros o a solicitud de un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral (artículo 342).

Conforme al artículo 343, la iniciativa de reforma constitucional debe ser tramitada por la Asamblea Nacional en dos discusiones (artículo 343). El proyecto de reforma constitucional aprobado por la Asamblea Nacional debe ser sometido a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción (artículo 344).

El pueblo, en el referendo, se debe pronunciar en conjunto sobre la reforma, pero puede votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprueba un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional, o si en la iniciativa de reforma así lo hubiera solicitado el presidente de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

La reforma constitucional se debe declarar aprobada si el número de votos afirmativos es superior al número de votos negativos (artículo 345).

En caso de que no sea aprobada la reforma, el artículo 345 dispone que la iniciativa de la reforma no puede presentarse de nuevo en un mismo periodo constitucional a la Asamblea Nacional.

El presidente de la República debe promulgar las reformas dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciera, se aplica lo previsto en el artículo 216 de la Constitución (artículo 346).

### 3. *La Asamblea Nacional Constituyente*

Por último, como mecanismo de revisión constitucional, la Constitución de 1999, producto de una Asamblea Nacional Constituyente que como institución para la reforma constitucional no estaba prevista ni regulada en la Constitución de 1961, prevé precisamente dicho mecanismo en los artículos 347 y siguientes.

El artículo 347 comienza precisando lo que es esencial en este proceso, y es que “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario”;<sup>552</sup> y que, en consecuencia, en ejercicio de dicho poder puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente “con el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”.

La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de 1999, por tanto, no está concebida como “poder originario” alguno, el cual, al contrario, queda reservado al pueblo, en forma intransferible. Sin embargo, contradictoriamente se especifica en el artículo 349 que los poderes constituidos no pueden en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, con lo cual la misma podría sobreponerse a los poderes constituidos.

La iniciativa para someter a la voluntad popular la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente corresponde al presidente de la República en consejo de ministros; a la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de la dos terceras partes de sus integrantes; a los concejos municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos, y al quince por ciento de los electores inscritos en el registro electoral (artículo 348).

Ahora bien, sobre esta figura de la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo para la reforma constitucional debe observarse lo siguiente:

En primer lugar, su convocatoria, si bien en el artículo 347 no está sometida a referendo consultivo previo regulado, en la propia Constitución (artículo 71), tratándose, como en efecto se trata, de una materia de especial trascendencia nacional, debió haberse previsto expresamente el referendo consultivo de acuerdo con la experiencia de 1999, conforme a la cual la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 fue el producto final del referendo consultivo del 25 de abril de 1999. Sin embargo, por la redacción del artículo 347, de que el pueblo en ejercicio del poder constituyente originario puede convocar la Asamblea, es evidente que ello solo puede ocurrir me-

<sup>552</sup> En Brewer-Carías, Allan R., *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas, 1999.

dianete referendo a iniciativa de los funcionarios y del propio pueblo conforme se regula en el artículo 348.

En segundo lugar, la aprobación de la Constitución que emane de la Asamblea Nacional Constituyente no está sometida a referendo aprobatorio, el cual, sin embargo, está ahora regulado en la Constitución (artículos 73 y 74). En contraste, también debe recordarse que la Constitución de 1999, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, fue aprobada mediante referendo del 15-12-99 para poder entrar en vigencia. Asimismo, en contraste, debe destacarse que la propia Constitución exige que en los casos de enmiendas y de reformas constitucionales, las mismas deben ser sometidas a referendos aprobatorios (artículos 341 y 344).

En tercer lugar, nada se especifica en la Constitución en cuanto al “estatuto” de la Asamblea Nacional Constituyente; es decir, sobre su integración, la forma de elección de sus miembros y la duración. La determinación de este estatuto, por tanto, quedaría en manos del ente que ejerza la iniciativa, el cual debe someterse a la consulta popular para la convocatoria.

#### *4. La utilización fraudulenta del procedimiento de reforma constitucional: el caso de la rechazada reforma constitucional de 2007*

El 2 de noviembre de 2007, la Asamblea Nacional de Venezuela, luego de haberle dado tres discusiones en algo más de un mes a un anteproyecto de reforma constitucional que le presentó el presidente de la República el 15 de agosto de 2007,<sup>553</sup> conforme a la iniciativa que le otorgaba el artículo 342 de la Constitución, sancionó formalmente un proyecto de reforma a la Constitución de 1999, a los efectos de someterlo a referendo aprobatorio, como lo exigía el artículo 344 de la misma Constitución, el cual el Consejo Nacional Electoral convocó para el 2 de diciembre de 2007. Mediante este proyecto de reforma constitucional sancionado por la Asamblea se buscaban transformar aspectos esenciales y fundamentales del Estado, siendo, sin duda, de una de las más sustanciales que se hubieran propuesto en toda la historia constitucional de Venezuela.

Con ella, en efecto, se pretendía cambiar radicalmente el modelo de Estado descentralizado, democrático, pluralista y social de derecho que se había venido construyendo y consolidando desde la Segunda Guerra Mundial, por el de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista, con

<sup>553</sup> Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez, agosto de 2007, Caracas, p. 19.

una doctrina oficial “bolivariana”, que se identificó como “el Socialismo del Siglo XXI”, y un sistema económico de capitalismo de Estado.<sup>554</sup>

Esa reforma se sancionó, como se dijo, conforme a la propuesta formulada por el presidente de la República, Hugo Chávez Frías, siguiéndose, sin embargo, el procedimiento constitucionalmente previsto para la “reforma constitucional”, que no podía utilizarse para un cambio tan fundamental. Con esa “reforma”, en definitiva, se buscaba transformar radicalmente el sistema político constitucional venezolano, estableciendo un Estado centralizado del poder popular, como Estado socialista, de economía estatal y centralizada, y como Estado militarista y policial, de ideología única oficial, lo que se apartaba radicalmente de la concepción del Estado descentralizado, civil, social, democrático y pluralista de derecho y de justicia, y de economía mixta que regula la Constitución de 1999. Con dicha reforma, de haber sido aprobada, materialmente hubiera desaparecido la democracia representativa y las autonomías político-territoriales, que se quería sustituir por un esquema estatal centralizado supuestamente montado sobre una democracia “participativa y protagónica” controlada total y centralizadamente desde arriba, por el jefe de Estado, en la cual hubiera quedado proscrita toda forma de descentralización política y autonomía territorial, y que a la vez restringía los mecanismos de participación política que están directamente regulados en la Constitución, como son los referendos y la participación de la sociedad civil en los comités de postulaciones de altos funcionarios.

Dicha “reforma constitucional” de 2007, en todo caso, fue rechazada por el voto popular en el referendo que tuvo lugar el 2 de diciembre de 2007, y en consecuencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 345 de la Constitución, al no ser aprobada en el mismo, no puede presentarse de nuevo a la Asamblea Nacional otra iniciativa de reforma constitucional en el mismo periodo constitucional.

##### *5. La utilización fraudulenta del procedimiento de enmienda constitucional: el caso de la enmienda número 1*

La Asamblea Nacional en 2008-2009 tomó la iniciativa y aprobó un proyecto de enmienda constitucional que inicialmente solo perseguía modificar el artículo 230 de la Constitución sobre reelección del presidente, y que luego se extendió a los artículos 160, 162, 174 y 192 de la Constitución

<sup>554</sup> Brewer-Carías, Allan R., *La reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, 224 pp.

sobre reelección de otros cargos electivos, en los cuales se establecían límites para la reelección, a los efectos de eliminar los límites.

La enmienda constitucional fue aprobada por referendo realizado el 15 de febrero de 2009. En esta forma quedaron enmendados los artículos 162 y 192, que establecían que los miembros de consejos legislativos de los estados y los diputados a la Asamblea Nacional solo podían reelegirse por dos periodos como máximo, y los artículos 160, 174, y 230 que establecían que los gobernadores y alcaldes, y el presidente de la República solo podían reelegirse de inmediato y por una sola vez, para un nuevo periodo. Después de la enmienda, al contrario, se permite la reelección continua e ilimitada de los funcionarios electos.

Ahora bien, como antes se mencionó, el 2 de diciembre de 2007 el pueblo había rechazado con su voto popular expresado en el referendo convocado para aprobar la reforma constitucional propuesta por el presidente de la República ante la Asamblea Nacional, la propuesta, entre otros aspectos, de establecer la posibilidad de la reelección continua del presidente de la República mediante la eliminación de la limitación constitucional a la reelección, antes indicada.<sup>555</sup>

Siendo la manifestación de la voluntad popular el rechazar la propuesta de modificación constitucional, conforme al artículo 345 de la Constitución no se podía someter de nuevo a consulta popular la misma reforma en el mismo periodo constitucional. Ello se requirió que fuera interpretado por la Sala Constitucional, la cual, sin embargo, en sentencia número 53, del 3 de febrero de 2009,<sup>556</sup> sobre el tema de si la prohibición contenida en el artículo 345 de la Constitución en el sentido de que la iniciativa de reforma constitucional que no fuera aprobada no podía presentarse de nuevo en un mismo periodo constitucional a la Asamblea Nacional, decidió que la misma no estaba destinada a regular los efectos de la manifestación de rechazo popular de la modificación propuesta, sino que estaba solo dirigida a regular a la Asamblea Nacional, en el sentido de que lo que no podría era exigírsele que debatiera una reforma constitucional una vez que ya la había debatido en el mismo periodo constitucional y había sido rechazada por el pueblo. La

<sup>555</sup> Brewer-Carías, Allan R., *La reforma constitucional de 2007 (comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

<sup>556</sup> Sentencia 53, de la Sala Constitucional, del 2 de febrero de 2009 (caso *Interpretación de los artículos 340,6 y 345 de la Constitución*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html>. Véase los comentarios en Brewer-Carías, Allan R., “El juez constitucional vs. la alternabilidad republicana (la reelección continua e indefinida”, *Revista de Derecho Público*, núm. 117, Caracas, enero-marzo de 2009, pp. 205-211.

Sala olvidó que la norma constitucional a lo que está dirigida es a regular las consultas a la voluntad popular en materia de modificación de la Constitución y sus efectos, y no los efectos de los debates en la Asamblea Nacional.

En efecto, la prohibición constitucional de volver a someter a consulta una reforma rechazada, en realidad está dirigida a regular los efectos de la voluntad popular expresada mediante referendo, en el sentido de que no se puede consultar al pueblo de nuevo la misma modificación constitucional que el pueblo ya ha rechazado en un mismo periodo constitucional.

Lo importante de la prohibición establecida en un título de la Constitución relativo a la “Reforma constitucional”, que en Venezuela solo puede realizarse con la participación del pueblo, es que la misma se refiere precisamente a los efectos de la expresión de la voluntad popular, que es manifestación del poder constituyente originario, y no a los efectos del debate que pueda haber habido en la Asamblea Nacional en la materia, que no es poder constituyente, ni siquiera derivado, ya que no puede haber modificación constitucional alguna sin aprobación popular.

La decisión de la Sala Constitucional fue una nueva burla a la Constitución al ignorar la prohibición de sucesivas consultas populares, basándose en dos artilugios que se utilizaron en este caso de la enmienda 2008-2009: primero, el utilizado por la Asamblea Nacional, en su iniciativa de enmienda, al extenderla a otros artículos constitucionales, además del 230, para tratar de diferenciar la enmienda de 2008-2009 de la rechazada reforma constitucional de 2007; y segundo, el utilizado por la Sala Constitucional, al considerar que la prohibición constitucional de consultar al pueblo sobre reformas rechazadas es solo formal respecto de las discusiones en la Asamblea Nacional, ignorando su propósito esencial de respetar la voluntad popular una vez que esta se ha expresado en forma negativa respecto de una modificación de la Constitución.

Esa voluntad había que respetarla, que es lo que perseguía la Constitución, por lo que una vez que el pueblo se había manifestado rechazando una modificación al texto constitucional no se lo podía estar convocando sucesivamente sin límites en el mismo periodo constitucional para volver a pronunciarse sobre lo mismo.