



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE
VENEZUELA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL

**LÍMITES AL PODER EN LA INICIATIVA A LA ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE**

Trabajo Especial de Grado presentado para optar al Título de
Especialista en Derecho Procesal Constitucional

Autor: Díaz Sánchez, Oreana Gabriela
C.I. V. 18.114.357
Tutor: Pérez Salazar, Gonzalo

Caracas-Santiago
febrero de 2022



Señores

Comité Académico de la Coordinación de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal Constitucional
Presente. -

Por la presente hago constar que he leído y avalado el Trabajo de Grado, presentado por la ciudadana, **DÍAZ SÁNCHEZ, OREANA GABRIELA**, titular de identidad N° V-18.114.357, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal Constitucional, cuyo título es: Límites al poder en la iniciativa a la Asamblea Nacional Constituyente; asimismo, que he guiado al aspirante durante las fases del desarrollo del Trabajo Especial de Grado, el cual es requisito indispensable para optar al título de Especialista en Derecho Procesal Constitucional.

Prof. Gonzalo Pérez S.
C.I. 6.749.604

GONZALO PÉREZ SALAZAR

En, Caracas, a los 25 días del mes de febrero del año 2022.

“Cuando se está a la fuerza desterrado puede sentirse como nunca la llama viva del patriotismo. Mas el que voluntariamente se exilia por exceso de amor, es porque ha convertido en ilusión intangible la idea del país lejano: porque le adora, no como es, sino como quisiera que fuese. En sus críticas se destila y ennoblece, todavía más, su ideal; y sobre su afán de volverlo a ver se alza el santo miedo de que la realidad lo defraude. La nostalgia no impuesta, sino querida, es la forma más pura del patriotismo”.

Gregorio Marañón

“Luis Vives (Un español fuera de España)”,

Madrid, Espasa-Calpe, 1942.

DEDICATORIA

*A mis padres Gabriel Díaz y Alicia Sánchez,
Por hacer posible mis sueños y apoyar infinitamente el crecimiento de mi carrera.*

OGDS

AGRADECIMIENTOS

Para cualquier Abogado es una decisión sumamente difícil abandonar su profesión y emigrar. Esta decisión la tomé en el año 2018 en pleno curso de la Especialización de Derecho Procesal Constitucional, convirtiéndome en uno de los millones de venezolanos exiliados de la patria como consecuencia de la dictadura de Nicolás Maduro.

Para el año 2021, la Pandemia COVID-19 permitió el cambio de la dinámica de estudios, y es aquí, donde el profesor Gonzalo Pérez demostró su significativa labor como Coordinador de la especialización y su gran sentido humano, siendo afortunada con la oportunidad de terminar mi carga académica en modalidad online.

Mis agradecimientos con el profesor Gonzalo Pérez, quién, también, me acompaña en este trabajo como tutor, y al resto del cuerpo docente de los que tuve el honor de ser su alumna, representado en los profesores Jorge Kiriakidis, Roberto Hung, María Elena Toro, Raúl Arrieta[†], Luis Melo, María Auxiliadora Gutiérrez, Cecilia Sosa, Armando Blanco, Richard Rodríguez y Alejandro González, por su noble labor de enseñar el derecho constitucional en tiempos de dictadura y a la profesora Beatriz Martínez por su importante aliento para lograr la presentación de esta tesis desde el extranjero.

OGDS

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

LÍMITES AL PODER EN LA INICIATIVA A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Autor: Díaz Sánchez, Oreana Gabriela

Tutor: Pérez Salazar, Gonzalo

Fecha: 08 de febrero 2022

RESUMEN

Se realizó la presente investigación con la finalidad de determinar la existencia de límites al poder en la iniciativa de la Asamblea Nacional Constituyente como sistema de reforma constitucional. Para lograrlo se realizó un análisis de la idea de la Constitución y el funcionamiento del poder bajo las reglas de la democracia constitucional en un Estado de Derecho, y posteriormente, se analizó el poder constituyente y su relación con el proceso constituyente con el fin de aproximar a las nociones que fundamentan a la reforma constitucional, finalmente, se realiza un análisis de las distintas nociones que establecen límites a la reforma constitucional. El planteamiento surgió tras observarse en el año 2017 que Nicolás Maduro usurpó la soberanía popular convocando a una Asamblea Nacional Constituyente, plenipotenciaria y con suprapoder. Dicho fenómeno llevó a la instauración autoritaria de un proceso constituyente, y desde allí, a la implementación de una espuria Asamblea Nacional Constituyente figurando como una especie de “sistema parlamentario constitucional” que actuó al paralelo del sistema legislativo, usurpando el poder legislativo, pero también, que se adjudicó el poder soberano actuando por encima del pueblo, lo que llevó a cuestionar si ¿existen límites en la facultad de iniciativa a una Asamblea Nacional Constituyente? cuando la misma se ejecuta por orden de una dictadura para la afectación del propio soberano. En ese sentido, esta investigación permitió identificar la idea de existencia de límites fundamentales al poder en los propios orígenes históricos de la Constitución y de la soberanía, pero, también, distintos planteamientos dentro de la doctrina moderna por los que se identifican límites generales a la reforma constitucional y límites específicos, como en el caso de la iniciativa a la Asamblea Nacional Constituyente.

Palabras clave: Límites al poder, Reforma Constitucional, Asamblea Nacional Constituyente, Procesos Constituyentes, Poder Constituyente.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
RESUMEN	iv
INTRODUCCIÓN	1
JUSTIFICACIÓN	6
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	9
I. Objetivo general:	10
II. Objetivos específicos:	11
MARCO TEÓRICO	12
Capítulo I.....	12
Constitución y Estado de Derecho	12
1. La idea de Constitución:.....	12
2. Aproximaciones a la noción de Estado de Derecho.....	15
3. Contenido esencial del Estado de Derecho.....	20
4. La Constitución como garantía del Estado de Derecho	25
5. Democracia y Estado de Derecho.....	26
Capítulo II.....	29
El Poder Constituyente y la Reforma Constitucional	29
1. La soberanía y su relación con el Poder Constituyente.....	29
1.1. La soberanía como poder supremo, inalienable e indivisible.....	30
1.2. Distinción entre la soberanía popular y la soberanía del Estado.....	32
1.3. El Poder Constituyente	34
1.3.1. Características del Poder Constituyente.....	38
1.4. El Poder Constituyente Instituido o Derivado	40
2. El Proceso de Reforma Constitucional	46
2.1. La técnica del proceso de reforma constitucional	47
2.1.1. El momento constitucional para la iniciativa del proceso de reforma constitucional	52
2.1.2. La potestad de iniciativa y el procedimiento para la convocatoria de la reforma constitucional	58
2.1.3. La función del constituyente	60

2.2. Límites generales al proceso de reforma constitucional	62
2.2.1. Clasificación de los límites a la potestad de reforma constitucional	63
2.2.2. Tipologías de límites al proceso de reforma constitucional	64
3. Límites al poder en la iniciativa a la Asamblea Nacional Constituyente ..	66
CONCLUSIONES	74
REFERENCIAS	78

INTRODUCCIÓN

Una Constitución es el eslabón clave y más importante para una comunidad política. De la Constitución derivan las leyes, se distribuye el poder político, se reconoce derechos y se generan garantías, se establece los límites del poder, se establece la legitimidad de la forma de gobierno y de aquellos quienes detenten el poder. La Constitución es un cuerpo normativo que adopta los acuerdos de la comunidad política, establece los principios y valores que fundamentan la República, por lo que, la Constitución también refleja la identidad de la sociedad que hace vida dentro del Estado.

La construcción de una República se logra en la medida que su Constitución reconoce derechos y otorga protección a las personas, y que la ley desarrolla el contenido de los derechos, deberes y garantías constitucionales. La ley avanza en la medida que la sociedad realiza exigencias de creación de leyes que converjan con la Constitución, por lo que, la participación ciudadana es fundamental para el avance de la ley y la preeminencia del Estado de Derecho.

No obstante, en algún momento de la evolución política, surgen situaciones que por la propia naturaleza evolutiva de la sociedad y el Estado quiebran el *statu quo* que garantiza la Constitución, surgiendo un paradigma constitucional, una crisis que pondrá a la palestra la necesidad de realizar modificaciones constitucionales para lograr la reinstauración del orden. Lo que normalmente debería ocurrir cuando la demanda política no logre satisfacerse mediante la producción de leyes, ya sea, que el Poder Legislativo encuentre límites en la producción normativa a consecuencia de la Constitución, o que el Poder Judicial encuentre inconstitucional la producción de determinadas leyes que intenten satisfacer dichas exigencias, surgiendo un choque entre la necesidad normativa y la propia norma constitucional vigente, finalmente, porque el poder constituyente ha visto necesaria la convocatoria a un proceso constituyente.

Una vez existente la crisis, la modificación de la Constitución se vuelve una necesidad política, y la demanda de la iniciativa al proceso constituyente una realidad. En ese sentido, dependiendo de lo establecido en la Constitución, la potestad de iniciativa al proceso constituyente puede encontrarse en los poderes instituidos estableciéndose ciertos sistemas o mecanismos para la modificación parcial o general de la Constitución, pero, también, puede estar reservada exclusivamente al soberano o necesitar de su participación a través de mecanismos de democracia directa como el plebiscito y el referéndum.

En el caso de estudio, la Constitución de República Bolivariana de Venezuela prevé tres mecanismos para la modificación de la Constitución: *i)* La Enmienda establecida en los artículos 340 y 341, la cual tiene por objeto la modificación de uno o varios artículos de la Constitución, sin alterar su estructura fundamental; *ii)* La Reforma Constitucional establecida en los artículos 342 y siguientes, la cual tiene por objeto la revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional; *iii)* La Asamblea Nacional Constituyente establecida en los artículos 347 y siguientes, la cual tiene por objeto transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

Ahora bien, algunos juristas señalan que la crisis en Venezuela tuvo inicio en el propio proceso constituyente del año 1999 con la Asamblea Nacional Constituyente de la que derivó la Constitución política vigente, otros, que la crisis tuvo inicio en el año 2002 con la convocatoria del paro cívico nacional y el denominado “Golpe de Estado” del 11 de abril de 2002, aunque otros, catalogan a este fenómeno como un proceso de transición democrática. Finalmente, otros autores identifican la crisis en las protestas masivas que tuvieron lugar durante los años 2016-2017 en rechazo de las violaciones sistemáticas de derechos humanos y el dictamen de las sentencias No. 155 del 27 de marzo de 2017 y No. 156 de 28 de marzo de 2017, ambas de la Sala Constitucional, que produjeron la ingobernabilidad política, para este momento histórico se catalogó de dictadura al gobierno de Nicolás Maduro.

El hecho es que, desde la propia entrada en vigor de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, han existido momentos políticos e históricos dónde la crisis en Venezuela se ha profundizado generándose el quebrantamiento del *status quo*, ya sea porque se ha visto comprometida la legitimidad de la Constitución por las fallas que tuvo la iniciativa a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, o porque reconociendo su legitimidad, se ha desconocido en distintas oportunidades la legitimidad de las autoridades gobernantes, o se han generado protestas masivas en rechazo a los actos de gobierno, exigiendo, inclusive, la revocación del mandato del ejecutivo.

Así, la crisis política latente desde el año 2002 progresivamente se ha ido agravando hasta quedar en evidencia el total quebrantamiento del Estado de Derecho el 31 de marzo de 2017 cuando la Fiscal General de la República Luisa Ortega declaró la ruptura del orden constitucional. Sumándose a las constantes denuncias que venía desarrollando la Asamblea Nacional de comisión de fraudes constitucionales y electorales por parte de los otros poderes del Estado, la violación a la separación de poderes, la usurpación al poder, la disminución de la democracia, la disminución de las libertades, la violación a la propiedad privada, la persecución política y la violación sistemática de derechos humanos. Lo anterior, por lógica, llevaría a deducir que en Venezuela era perfectamente válida la idea de la iniciativa a un mecanismo de modificación de la constitución que permitiese el restablecimiento del *statu quo* perdido.

En efecto, la salida a la discusión bajo el contexto histórico de crisis constitucional, política, económica y social, en especial, por los conflictos fundamentales respecto a la ilegitimidad de poder de los gobernantes, el desconocimiento parcial de la Constitución de 1999, la ruptura del orden constitucional por la violación a la separación de poderes, la usurpación a la soberanía y el quebrantamiento del Estado de Derecho, ciertamente, el gobierno de Nicolás Maduro, los partidos políticos y el pueblo en general se encontraban obligados a establecer un pacto político para iniciar la convocatoria a una Asamblea

Nacional Constituyente con el fin de reestablecer el orden en la República y reinstaurar la paz en la sociedad.

En ese sentido, podría considerarse que Nicolás Maduro dictaminó los decretos N° 2.830 y N° 2.831 el 1° de mayo de 2017, justamente buscando lograr los anteriores objetivos; sin embargo, se demuestra lo contrario, no sólo por el hecho que la Asamblea Nacional Constituyente fue convocada unilateralmente, sin la participación de los partidos políticos y la ciudadanía en general, sino, porque el contenido de los decretos evidencia un fraude a la norma constitucional justificado en la facultad que tiene el Presidente de la República para la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente que se encuentra establecida en el artículo 348 de la Constitución política, pero, que ordena la convocatoria potestad perteneciente al poder soberano según lo establecido en el artículo 347 *ejusdem*.

Los fenómenos antijurídicos que acompañan a la supuesta “convocatoria” dictaminada por Nicolás Maduro y su aparente “legalidad” al ser fundamentada en la facultad presidencial autorizada por el constituyente en el artículo 348 de la Constitución y la usurpación ocurrida a la soberanía al violarse con la “convocatoria” lo dispuesto en el artículo 347 *ejusdem*, llevan a cuestionar si ¿existen límites al poder de iniciativa de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela?.

De allí, que el objetivo de la presente investigación se encuentre dirigido a examinar en la doctrina los distintos aspectos por el cual puede definirse la existencia de límites al poder de reforma constitucional, de tal manera, que se pueda identificar respecto a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela si existen límites a la iniciativa de convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente establecida en el artículo 348 de la Constitución, con el fin de comprender si hubo violación a los límites constitucionales en el acto de poder de Nicolás Maduro ordenado el 1° de mayo de 2017 a través de los decretos N° 2.830 y N° 2.831.

Para lograrlo, se definió el estudio de la investigación en dos capítulos:

El *Capítulo I* denominado “*Constitución y Estado de Derecho*” cuyo análisis permitirá la comprensión de la noción de lo que es una Constitución, su relación con el Estado de Derecho y la democracia, de este modo, también poder identificar algunos fenómenos por el cual los gobernantes “amparados” en la norma actúan fuera del margen de las normas y garantías de la Constitución y de los principios de la democracia, permitiendo realizar un contraste de ciertas características que tiene el Estado de Derecho constitucional y democrático frente a un régimen autocrático.

El *Capítulo II* denominado “*El Poder Constituyente y la Reforma Constitucional*” cuyo análisis permitirá la comprensión de lo que es el Poder Constituyente y su diferenciación del Poder Instituido y el Poder Constituido, para así, adentrar en los distintos conceptos relacionados a la Reforma Constitucional, distinguiendo los sistemas por los que actúa el poder constituyente de reforma constitucional, los alcances de su actuación y sus límites, lo que finalmente permitirá comprender, respecto a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela si existen límites al poder en la de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

JUSTIFICACIÓN

En las últimas décadas se ha presenciado en Latinoamérica una serie de movimientos reformadores que han promovido la transformación de las instituciones clásicas de una República y la promoción de formas de gobiernos que no cumplen con los estándares de la democracia, para instaurar sistemas cuyo modelo se acerca más a los totalitarismos de la Europa del siglo XX y las confrontaciones ideológicas que tuvieron lugar durante la Segunda Guerra Mundial.

Estos movimientos se caracterizan por la promoción de la ruptura del *statu quo* del Estado para generar la crisis que se necesita para la iniciativa de un proceso de Reforma Constitucional. Usualmente se valen del discurso de la revolución, de las desigualdades sociales, de las guerras de clases, para generar el descontento social y se inicie una serie de manifestaciones e iniciativas, muchas veces cargados de violencia, para exigir cambios estructurales del Estado a través de una reforma constitucional, que, a largo plazo, como se observó tras los procesos constituyentes de Cuba en 1976, de Venezuela en 1999 y de Ecuador en 2007, sólo se logró empeorar la crisis.

Lo que llama la atención de estos procesos de reforma constitucional, es que se llevaron a cabo siguiendo la ideología del *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, buscando producir la modificación total de la Constitución a través de una Asamblea Nacional Constituyente, otorgándole un carácter plenipotenciario y de suprapoder, justificando una supuesta delegación del poder constituyente originario a la Asamblea Nacional lo que ha generado la idea que el constituyente tenga la potestad de redactar una nueva Constitución sin observancia de límites, si quiera los relacionados a las cláusulas pétreas de la norma constitucional que le instituye, pues, en dicha doctrina se considera que una vez constituida la Asamblea Nacional Constituyente no existen cláusulas limitantes del poder por tratarse de la “voluntad del poder constituyente originario”.

Esta ideología ha inspirado muchos de los fundamentos por los que instituciones como el Tribunal Supremo de Justicia ha convalidado las violaciones

a la ley y los fraudes constitucionales cometidos por el régimen autocrático en Venezuela, construyendo un velo jurídico que ha transmitido a la ciudadanía una apariencia de “juridicidad” o “legitimidad” a las actuaciones arbitrarias. Misma doctrina, que ha sido desarrollada como discurso generador del caos en las naciones latinoamericanas, trasgrediendo la democracia y justificando la ocurrencia de muchos de los fenómenos antijurídicos ocurridos en los últimos 30 años.

De este modo, se ha observado en Latinoamérica situaciones alarmantes, como por ejemplo, el caso de Bolivia en el año 2019 tras la polémica de establecer la reelección indefinida como un derecho humano impulsada por Evo Morales que ponía en riesgo la gobernabilidad, o como ocurrió en Venezuela al ser incluida la reelección indefinida en la Constitución de 1999, o el caso de Nicaragua que tras el fraude electoral cometido por Daniel Ortega en Noviembre del 2021 se adjudicó el Poder Ejecutivo, conjuntamente, realizaba la detención de los candidatos opositores imitando el modelo de fraude electoral de Venezuela y la persecución política de Cuba. Existiendo una tendencia a la práctica del totalitarismo en Latinoamérica, colocando en riesgo la estabilidad democrática, manejando las autoridades de poder los propios mecanismos constitucionales y las instituciones del Estado para lograr su desconstitucionalización y la instauración de regímenes autocráticos.

Este fenómeno del *totalitarismo latinoamericano*, mejor conocido como *Socialismo del Siglo XXI*, ha sido promovido desde el año 1990 en el Foro de São Paulo, por lo que estas ideas reformistas que atentan contra la democracia y el sistema republicano que se encuentra en vigor en distintas Constituciones de Latinoamérica desde los tiempos de los movimientos de independencia a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. El republicanismo forma parte de la identidad de Estado y del espíritu libertario que dio origen a muchas naciones latinoamericanas en su fundación y sus principios han estado latentes siempre en la Constitución, aun, cuando éstas en muchos casos han sido reformadas.

Sin embargo, en los últimos treinta años la ideología reformista del *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* y la ideología política del *Socialismo del Siglo XXI* ha encontrado la forma de calar entre las nuevas generaciones colocando en

riesgo la democracia. No es coincidencia, que al mirar la historia de los últimos treinta años en Latinoamérica nos encontremos con estallidos sociales y llamados a la reforma total a través de la Asamblea Nacional Constituyente, y que, justamente en estos tiempos dónde ha existido una fuerte influencia de estas ideologías, disminuyera en la mayoría de los países latinoamericanos el índice del Estado de Derecho, empeorara la economía y se cometiera más violaciones a derechos humanos.

A tal punto, que actualmente se encuentran reconocidas oficialmente por la comunidad internacional tres dictaduras en Latinoamérica: Cuba, Venezuela y Nicaragua como lo indica el *Informe mundial sobre los eventos del año 2021* de la organización Human Rights Wach (HRW;2021). Naciones que supuestamente reconocen en su texto constitucional la soberanía, el Estado de Derecho, la democracia, la independencia, la separación de poderes, los derechos humanos y ofrecen “mayores” garantías de protección a la persona humana, pero, que se mantienen en la toma arbitraria del poder por la ideologización de los mecanismos constitucionales logrando la desconstitucionalización del Estado. Constituyendo un gran peligro, ya que la utilización de la Constitución para “legitimar” el *totalitarismo latinoamericano* puede servir de modelo para la instauración de otros regímenes autocráticos en Latinoamérica.

Si se observa, estas tres dictaduras tienen en común la convocatoria de mecanismos para lograr reformas constitucionales que permitan la ideologización del Estado, actuaciones arbitrarias que usurpan al soberano y la utilización fraudulenta de la Constitución para violar garantías constitucionales y los límites al poder establecidos, y lo que más abruma, es que los propios organismos encargados del control político y el control constitucional ideologizados son los que colaboran para la toma fraudulenta del poder justificando los mecanismos arbitrarios por los que se hacen de la dominación del Estado. Precisamente, lo que se intenta lograr en este trabajo es reconocer la aplicación de esta modalidad de operación en la Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente ordenada por Nicolás Maduro en los decretos N° 2.830 y N° 2.831, el 1° de mayo de 2017.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Un proceso de Reforma Constitucional ocurre en un importante momento histórico de la nación, su iniciativa debe buscar la disminución de las desigualdades ante la ley, mayor democracia y menor intervención del Estado en la vida privada de las personas, aumentar las garantías de protección de derechos humanos y el resguardo de las libertades y generar una política de Estado que permita condiciones de vida más dignas, de tal modo, que el orden jurídico establecido en la Constitución, ya sea por su modificación parcial o general permitan la equidad y el desarrollo de la nación.

Una Reforma Constitucional significa mucho más que la institución del poder constituyente en un proceso que permita la redacción de uno o varios artículos de la Constitución o la generalidad de una Constitución, esta refleja el deseo del avance normativo de la carta fundamental a la identidad evolucionada de la sociedad, la historia del momento y la fijación de aquellos principios por el cual se asegura – o al menos es lo que intenta – el bienestar para las generaciones futuras.

De existir la ruptura del *statu quo* viéndose afectada la democracia y existiendo una grave crisis, por lo general, se hace necesaria la convocatoria a la Reforma General de la Constitución. Esta puede surgir por iniciativa del poder constituido por su facultad de representación o del soberano por ser detentador del poder constituyente; sin embargo, para que el poder constituyente se instituya en uno de los sistemas por los que se realiza la Reforma Constitucional, especialmente, cuando se trata de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente es menester que sea refrendada por el pueblo.

Ahora bien, el 1° de mayo de 2017 con la vigencia de una grave crisis constitucional, política, económica y social en Venezuela, el régimen autocrático decidió usurpar la soberanía popular, al ordenar Nicolás Maduro a través de los decretos N° 2.830 y N° 2.831 la “convocatoria” a la Asamblea Nacional Constituyente, justificada en la facultad establecida en el artículo 348 de la Constitución que permite al Presidente de la República la iniciativa de convocatoria

al proceso constituyente, cuando, la convocatoria *per se* a la Asamblea Nacional Constituyente es una potestad exclusiva del poder soberano según lo establecido en el artículo 347 de la Constitución.

La evidencia del exceso en las atribuciones que fueron arbitrariamente tomadas por Nicolás Maduro que conllevaron a la usurpación de la soberanía y de la voluntad popular quedaron publicadas en la Gaceta Oficial de la República del 1° de mayo de 2017, N° 6.295 Extraordinario, en un intento del régimen de otorgar legitimidad a la orden arbitraria, constituyéndose en uno de los más aberrantes fraudes constitucionales de la historia constitucional venezolana. Trayendo nuevamente la discusión entre los expertos constitucionalistas respecto a la legitimidad y validez de la Asamblea Nacional Constituyente convocada en Venezuela para el año 2017.

Atendiendo a esta perspectiva, surge el planteamiento de la presente investigación si: ¿existen límites al poder de iniciativa de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela?, en especial, cuando la Asamblea Nacional Constituyente surge por orden de un régimen autocrático.

I. Objetivo general:

Realizar un análisis de las nociones fundamentales que rigen para el poder constituyente, el proceso constituyente y los sistemas por el cual el poder constituyente actúa en un Estado de Derecho para la iniciativa a un proceso de Reforma Constitucional, con el objetivo de examinar distintos aspectos por el cual puede definirse la existencia o no de límites al poder en la Reforma Constitucional, de tal manera, que se pueda identificar respecto a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si en cuanto a la “convocatoria” a la Asamblea Nacional Constituyente ordenada por Nicolás Maduro ordenada el 1° de mayo de 2017 a través de los decretos N° 2.830 y N° 2.831 existían límites establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

II. Objetivos específicos:

1. Analizar distintos términos y nociones fundamentales relacionados al poder, la soberanía, el poder constituyente, el proceso constituyente y la Reforma Constitucional.
2. Examinar los límites al poder de Reforma Constitucional.
3. Indagar en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la existencia de límites a la convocatoria de Asamblea Nacional Constituyente.
4. Constatar si la “convocatoria” a la Asamblea Nacional Constituyente ordenada por Nicolás Maduro en los decretos N° 2.830 y N° 2.831, el 1° de mayo de 2017, excedió de los límites a las facultades del presidente para la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente establecidas en la Constitución.
5. Determinar la diferencia entre la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente y la convocatoria *per se* a la Asamblea Nacional Constituyente.

III. Metodología.

La presente investigación es carácter empírico-cualitativo y sigue un método mixto, dónde la autora realiza razonamientos críticos complejos sirviéndose de la experiencia comparada y de la observación de los fenómenos de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente ocurrida en la República Bolivariana de Venezuela para el año 2017.

De la misma manera, para lograr un mejor desarrollo de la investigación, la autora se apoya del método monográfico y la recolección documental de leyes, decretos, informes, libros, información divulgada en medios de comunicación, datos aportados por páginas web oficiales de organismos gubernamentales de los Estados en análisis y Organismos No Gubernamentales de carácter nacional o internacional para permitir la comprensión de distintos conceptos doctrinarios, hechos y datos históricos relacionados a la investigación.

MARCO TEÓRICO

Capítulo I

Constitución y Estado de Derecho

Para desarrollar la importancia que tiene la Constitución en la preservación del principio de Estado de Derecho, es menester partir en este capítulo con el análisis del concepto de Constitución; en ese sentido, se pretende desarrollar una serie de nociones teóricas con el objeto de percibir la idea de Constitución en el desarrollo del Estado moderno y su relación con la democracia, ya que, como más adelante se observará, precisamente de la concreción de estos conceptos parten algunas nociones que dan fundamento al poder constituyente, la reforma constitucional y a la naturaleza de la Constitución como límite al poder.

1. La idea de Constitución:

La idea de Constitución en sus primeras manifestaciones surge, según García de Enterría (2006; *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*, p. 41) como un postulado de «autoorganización, como fuente de legitimidad del poder y del Derecho», quien siguiendo la doctrina de Rousseau reconoce la libertad de los hombres como un aspecto de su naturaleza y el establecimiento de un orden jurídico-político de la sociedad como un derecho, ideas que principiaron la Revolución Francesa y las primeras constituciones escritas del mundo, entre estas, la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 1811 que fue la primera Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la primera Constitución de Latinoamérica.

Plantea la doctrina de Rousseau (1921; *“El Contrato Social”*, pp. 35-46) que «el poder no recae en el monarca, sino en el hombre, ya que, ningún hombre tiene una autoridad natural sobre sus semejantes», afirmando que las convenciones son la base de toda autoridad legítima entre los hombres. Naciendo de este postulado la idea del contrato social como una forma de asociación que permite el

«establecimiento de un orden legítimo a través de la enajenación total del asociado y sus derechos» a cláusulas convencionales acordadas por estos mismos, que permitan defender y proteger a las personas y sus bienes contra toda fuerza ilegítima y del poder absoluto.

En la Europa del siglo XX, tras las guerras mundiales y el reconocimiento de los derechos fundamentales con la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, según García de Enterría (2006; *Ob. Cit.*, pp. 42 y ss.) se perdió el sentido originario de la Constitución, naciendo entonces dos corrientes: una que intentaba reducir la Constitución a una norma formal «dejando de ser una norma con un origen y un contenido determinado, desvalorizando las libertades formales»; y otra, que distinguía la Constitución en un sentido material de las leyes constitucionales en un sentido formal «como un condensado de las reglas superiores de la organización del que esta vendría a derivar, y que, a la vez, expresa la unidad del ordenamiento jurídico», lo que abrió un gran debate en la doctrina respecto al sentido de la Constitución y los límites del poder.

Posteriormente, Karl Schmitt en su *“Teoría de la Constitución”* (*Cit. por Cruz-Coke Osa (2009, “Instituciones Políticas y Derecho Constitucional”, p. 230) ; Cit. por García de Enterría (2006; Ob. Cit.; p. 43.)*) cambiaría estos conceptos, señalando que la Constitución «constituye en un único momento la forma y modo de la entidad política», afirmando, que la Constitución pasa a ser un concepto formal y abstracto, puesto que, «el Estado no tiene Constitución, es Constitución». Es decir, que si no existe la sustitución del gobierno de los hombres por la subordinación a las leyes, y el establecimiento de normas que establezca la legitimidad del poder, las limitaciones a los gobernantes y el efectivo control del poder, no existe Constitución y el Estado pasa a ser una entelequia.

Después de las guerras mundiales y los totalitarismos europeos, surgió un nuevo movimiento constitucional que transformó la idea de Constitución volviéndola a su concepto originario, acercando los conceptos de soberanía como el poder que tienen los pueblos de decidir y establecer por sí mismos, señalando que la

Constitución no es sólo un instrumento jurídico, también, es un instrumento político, por lo que, las constituciones deben establecer un orden político determinado en cuya estructura debe participar de manera predominante, sino, exclusiva, el propio pueblo, de modo que quienes detenten el poder sean agentes al servicio del pueblo y no los propietarios del poder, entendiéndose, que dichas funciones son limitadas, especialmente, por las libertades y los derechos fundamentales que se reservan al ejercicio privado de las personas.

Para George Burdeau (1976, "*Droit Constitutionnel Et Institutions Politiques*", p. 18; *Cit.* por Cruz-Coke Osa (2009; *Ob. Cit.* pp. 227-228)) la Constitución es un estatuto de poder y la ley de leyes cuyo contenido normativo es supremo, de la misma «se genera todo el sistema institucional» y «toda ley se subordina a la Constitución». Reconoce que la Constitución representa un texto sistematizado de toda la actividad jurídica y política que desarrollan los órganos del Estado la cual expresa una «idea de derecho»; conteniendo una parte dogmática, dónde se instituye la aspiración o la filosofía que pretende la nación que trasciende de los gobiernos, y una parte orgánica, en dónde se instituye el sistema de Estado, la forma del poder constituido, las instituciones y la jurisdicción. Quedando institucionalizado el Poder y las limitaciones que tiene en resguardo de los principios democráticos y el imperio de la norma da origen al Estado de Derecho.

Ahora bien, la teoría de Peter Haberle (2001; "*El Estado Constitucional*", pp. 3-5) afirma que la Constitución es un «orden jurídico fundamental para el Estado y la sociedad» que incluye a la sociedad constituida, pero esto no significa como afirmaba Schmitt que sólo sea el Estado constituido, ya que para el autor «la Constitución no es sólo Constitución del Estado», y la misma posee, una validez jurídica formal de naturaleza superior.

Para Haberle la Constitución además de representar las ideas de protección de derechos fundamentales, los principios de orden jurídico general y los límites para prevenir los abusos de poder, tiene como principal tarea establecer la división de poderes como principio constituyente, las culturales por las que hará vida el Estado y el ambiente político, ya que también, la Constitución abre espacio para el

desarrollo humano, obligando al grado máximo de tolerancia en favor de la dignidad humana. Finalmente, señala el autor que la Constitución no es sólo un mecanismo normativo para el ejercicio del control político, también es una expresión del estadio del desarrollo cultural para el ciudadano, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.

Para juicio de la autora, la Constitución es un estatuto convencional que, por un lado, representa la norma jurídica superior que principia toda ley, y por el otro, fundamenta los principios y valores que dan origen y sostienen a la organización política del Estado. En ese sentido en la Constitución rige un principio de *supraconstitucionalidad interna* que se la otorgan las cláusulas pétreas, es decir, los valores internos escritos y los valores implícitos, y una *supraconstitucionalidad externa*, que se la otorga con la suscripción de los tratados y los convenios internacionales que se centren en el reconocimiento de las libertades, los derechos fundamentales y el establecimiento de garantías de protección de los seres humanos.

Para lograrlo, la constitución fija un orden a través de un sistema de gobierno que detendrá el poder constituido, la forma de distribución de este poder y los límites del ejercicio del poder. De la misma manera, la Constitución desarrolla su institucionalidad y los distintos mecanismos para lograr los fines del Estado, reflejando la identidad de la sociedad del pasado, aquella que le constituye, y la identidad de la sociedad del futuro, aquella que aspira convertirse.

2. Aproximaciones a la noción de Estado de Derecho.

El origen histórico de la expresión Estado de Derecho no es del todo claro, Peter Haberle (*Rf.* 2001, *Ob. Cit.*, p. 13) señala que la doctrina atribuye su origen al jurista Alemán Robert Von Mohl quien describió por primera vez la existencia de un modelo de Estado que opera bajo el derecho en sus obras publicadas entre 1832 y 1834. Sin embargo, esta imprecisión también se atribuye al hecho que, para la expresión Estado de Derecho existen distintas perspectivas como así las distingue Peces-Barba en su ensayo "*Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*" (1995, *Cuadernos y Debates*, N.º 54, Centro de Estudios Constitucionales, p. 95;

Cit. por Bustamante Allarcon (2018; “*El Estado de Derecho: Problemas, perspectivas, contenido y modelos*”, p. 23):

a) Un uso genérico que supone un juicio de hecho, por lo que «todo Estado, es el hecho fundante básico de un tipo de Derecho», es decir, que «todo Estado es Estado de Derecho, porque siempre se organiza y organiza la vida social por medio del Derecho».

b) Un uso específico que supone un juicio de valor, que, en posición contraria, se prescribe un determinado tipo de Estado dotado de determinadas características, y que solo con esos rasgos específicos se convierte en Estado de Derecho. Lo que según Peces-Barba, «supone la prescripción de unos determinados contenidos de justicia y solo se predica de ese tipo específico de Estado».

En ese orden de ideas, Zagrebelsky (2011; “*El derecho Ductil; Ley, derechos, justicia*”, p. 21) identifica ciertos rasgos específicos respecto al poder y la concentración de la fuerza contenidos en tres expresiones alemanas, las cuales permiten determinar por rasgos específicos distintivos al Estado de Derecho de otros regímenes de Estado, incluso, permitiendo detectar que no es Estado de Derecho, incluso cuando el Estado opere bajo ciertas características de juridicidad, así tenemos:

a) La expresión «*Rechtsstaat*» que significa Estado bajo el régimen del derecho o Estado de Derecho *per se*, dónde la autoridad máxima que opera es la fuerza de la ley, que, adaptado a los Estados modernos, estaríamos hablando de la fuerza de la Constitución.

b) La expresión «*Machtstaat*» que significa Estado bajo el régimen de la fuerza o Estado absoluto, dónde la autoridad máxima de la fuerza opera en el gobernante, por encima de la ley.

c) La expresión «*Polizeistaat*» que significa Estado bajo el régimen de la policía o Estado bajo régimen despótico, también conocido como Estado vigilante, dónde opera particularmente la supresión de las libertades civiles y

la fuerza se ejerce mediante el control y vigilancia de los gobernados, usando muchas veces, una fuerza policial especial a tales fines, por encima de la ley y de la voluntad de los individuos.

La anterior distinción otorga mayor claridad respecto a la idea del Estado de Derecho, ya que, como se venía explicando, según como se desarrollen las características del Estado se distinguirá su modelo, y por lo tanto, si se trata de un modelo de Estado dentro de una normatividad jurídica fundamentada en principios de democracia, libertad, justicia, igualdad y dignidad, o «Estado de Derecho» *per se*, o si por el contrario, se trata de un modelo de Estado con rasgos o características despóticas, absolutistas, autoritarias o totalitarias, lo que transformaría al Estado, dejando de ser de derecho, para convertirse en un régimen autocrático.

Sobre ese mismo punto Luigi Ferrajoli (2003, *“Pasado y futuro del Estado de Derecho”*, p. 13-14, en: VV. AA. Neoconstitucionalismos, Colección Estructuras y Procesos, edición de Miguel Carbonell, pp. 13-29; *Cit.* por Bustamante Allarcon (2018; *Ob. Cit.* p. 23)) distingue dos sentidos en las que se desarrolla la expresión Estado de Derecho:

- a) En sentido formal «el Estado de Derecho designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos».
- b) En un sentido sustancial «el Estado de Derecho designa, solo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley, y, por tanto, limitados o vinculados por ella, no solo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos». Y en ese tenor sostiene el autor, que «son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales».

Así tenemos, que lo que conocemos como Estado de Derecho en una primera aproximación, se refiere precisamente a la expresión alemana

«*Rechtsstaat*», que también se aproxima a la idea del Estado liberal de Derecho que se fundamenta en la democracia liberal, el respeto de la libertad y la limitación de poder al Estado, y que prácticamente todos los ordenamientos jurídicos del Estado moderno se rigen bajo esta idea de Estado de Derecho.

Ahora bien, Legaz Lacambra (1951; “*El Estado de Derecho*”, p. 14-18) realiza otra importante distinción, señalando que el Estado de Derecho no debe reducirse a un concepto puramente formal, que afirme la identificación pura y simple del Estado y el ordenamiento jurídico para que se constituya en Estado de Derecho, por cuanto, siguiendo la posición de J. Périch en su *La noción del Estado de Derecho y el Principio de Legalidad*:

“...todo Estado es *Rechtsstaat*, porque no es posible un *Ohnerechtstaat*, esto es, un Estado sin Derecho, estima superflua y redundante la noción de Estado de Derecho y declara que el Estado es idéntico con el «principio de la legalidad», que para él equivale a la autoridad incondicional de la ley, que anula la posibilidad de un derecho de resistencia de los súbditos, que sería un «derecho contra el Derecho...” (“La notion de *Rechtsstaat* et le principe de *legalité*”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1949, paga. 305 y ss, citado por Legaz Lacambra; 1951; pie de página 15).

En ese orden de ideas, el autor afirma que el Estado de Derecho tampoco debe servir para convertirse en un instrumento de las ideologías contrarias a las que le han dado origen, señalando que no existe posibilidad de un Estado de Derecho, que no fuese precisamente lo que es un Estado liberal, o lo que es lo mismo, que un Estado que se conciba en ideas contrarias al Estado liberal, es un Estado antiliberal. Aseverando el autor que «no todo Estado es Estado de Derecho, sino que éste es el Estado cuyo Derecho dota de una específica estructura y contenido a una comunidad política», exponiendo que «al Estado de Derecho se contraponen históricamente el Estado despótico, el Estado patrimonial, la dictadura, etcétera» (*Ibid.*, p. 15).

Legaz Lacambra (*Ibid.*, p. 16) advierte que, así como existen doctrinas como la de Maquiavelo que colocan al poder como el principio del orden, doctrina que ha dado origen al Estado Poder o Estado nacionalista, y doctrinas como la de Treitschke

(*Vorlesungen über Politik*, ed. de Cornigeluis, 5.^a ed., 1921; *Cit.* por Legaz Lacambra (*Ibid.*, p. 16)) donde «el Estado no tiene sobre sí ningún otro poder», puesto que el Estado coloca su poderío al servicio de los más altos estándares de ética, pudiendo el Estado «exigir de sus súbditos obediencia, pero no convencimiento» reconociendo la posibilidad de un conflicto entre el poder del Estado y la conciencia moral de sus súbditos.

También existen doctrinas, como la de Darmstaedter (*Rechtsstaat oder Machtstaat*; Berlín, 1932, pp. 101-121) donde el Estado de Derecho y el Estado de Poder constituyen una unidad, ya que «el poder y el derecho son elementos necesarios por igual al Estado». Puesto que, según Darmstaedter:

“...la base del Estado de Derecho es un «contrato de sociedad»; la del Estado de poder, por el contrario, es un «estatuto de subordinación». En éste el poder preexiste y dicta su norma, aunque sea posible que, a posteriori, se estipule por los súbditos sobre las modalidades de su sumisión. Del mismo modo, en el Estado de Derecho es posible, sobre la base del contrato de sociedad, el establecimiento de un estatuto sobre las formas y condiciones de vinculación de los súbditos por la voluntad colectiva. Cree también Darmstaedter que el poder es un hecho sociológico que va unido a la diferencia de clases y al dominio de unas sobre otras, y por eso nunca podrá desaparecer plenamente de la realidad del Estado de Derecho...” (*Cit.* por Legaz Lacambra; *Ibid.*, pp. 16-17).

Por otro lado, Legaz Lacambra (*Ibid.*, p. 17) señala que, aunque existen autores que promueven la idea del Estado de Cultura del nacionalismo liberal alemán, la cual rechaza el dominio que ejerce el Estado de la esfera de la vida espiritual de la persona y la potestad pública de Iglesia para defender la moral, y afirma que la «cultura» de la sociedad sustituiría con el progreso estas potestades, de tal modo, que el Estado, sin dejar de ser Estado de Derecho y sin dejar de ser Estado de poder, se iría transformando en Estado de cultura. Encontrando entre sus exponentes a Hegel quien define el Estado ético como «la encarnación terrena de la idea ética absoluta; su ley es, para la conciencia del sujeto pensante, ley ética de valor absoluto».

Reconoce que el verdadero sentido ético del Estado se relaciona con la doctrina de Stahl (Die Philosophie des Rechts, II Bd.; *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*; IV Boch: Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechte, 5.^a ed., Freiburg i. Br., págs. 136 y sigtes., citado en 1951; pp. 17-19; *Cit.* por Legaz Lacambria; *Ibid.*, p. 18) quien afirma que la idea del Estado ético «desnaturaliza la esencia del Estado, al afirmarlo como un instrumento al servicio de las ideas morales, cuya realización plena, empero, corresponde al individuo». De este modo, para Stahl el Estado se constituía en un reino moral puesto que:

“...realiza ideas morales, como justicia, pública honestidad, pureza de los lazos familiares, etc.; además, su misma existencia. la unión de la nación y la institución de una autoridad suprema, es una idea moral; pero estas ideas sólo puede realizarlas en la forma del Derecho, mediante preceptos y organismos coactivos y en extensión limitada y negativa...”.

Según la doctrina de Stahl (*Ibid.*, p.18) en el Estado convergen a la vez «Estado de Derecho» y una «comunidad ética». Pues, se tiene que determinar exactamente el Estado y establecer los límites de su actividad, así como también, se tiene que establecer el libre del desarrollo de los ciudadanos a través del Derecho, siendo el caso, que la actividad que ha de realizar el Estado, particularmente, respecto a las ideas morales, no pueden ir más allá de lo que afectan a la esfera del Derecho, y esto comprendería el límite necesario. Así las cosas, bajo este concepto de Estado de Derecho «el Derecho no es el fin y el contenido del Estado, sino únicamente el modo y el carácter de su realización». Sin embargo, Stahl también afirma que el Estado ha de ser también ético «porque el orden jurídico ha de tener como principio las ideas morales».

3. Contenido esencial del Estado de Derecho.

La construcción del Estado de Derecho es esencial para la democracia y la protección de los derechos humanos, ya que, los motivos fundamentales que dieron lugar a los procesos históricos en que surge y se desarrolla la democracia como un sistema político, fueron precisamente, el limitar el poder político, garantizar la

participación de los ciudadanos, proteger las libertades y la dignidad humana, de allí, que según Bustamante Alarcón (2018; *Ob. Cit.* p. 22) sin la institucionalización del Estado de Derecho «no existiría democracia alguna, ni formal, ni material, ni social, ni liberal».

Hasta este punto, se puede identificar que existe una idea nuclear en el Estado de Derecho: colocar límites al poder, que en palabras de Bustamante Alarcón (*Ibid.*, p. 26) se trata precisamente «de un poder regulado, sometido y controlado por el Derecho, que se encuentra articulado con la idea de dignidad de la persona y el reconocimiento de sus principales derechos».

El concepto de Estado de derecho se «encuentra integrado por una serie de exigencias morales, políticas y jurídicas, sin las cuales no puede haber Estado de Derecho, independientemente de los modelos que se elijan o que han tenido una plasmación histórica», de allí a que se entienda que no todo Estado es Estado de Derecho, ya que históricamente, como continua Bustamante Alarcón (*Ibid.*, pp. 26-27) al Estado de Derecho se le determina la existencia de cuatro principios esenciales:

- a) *El imperio de la ley, que rige sobre gobernantes y gobernados e implica la proscripción de la arbitrariedad.* Señala Bustamante Alarcón, que se trata de la ley que ha sido creada por el órgano popular representativo como expresión de la voluntad general, ya que concretiza racionalmente la voluntad general, manifestada a través de un órgano de representación libremente elegido. Reconociendo que la «ley» es la que ha sido creada a través de un órgano parlamentario, pero también, que «ley» (en su sentido normativo) es la Constitución, encontrándose la primera condicionada y vinculada a esta última.

- b) *La separación funcional del poder en legislativo, ejecutivo y judicial.* Señala Bustamante Alarcón, que el poder se encuentra distribuido, y ello significa, que ninguno puede inmiscuirse indebidamente en las funciones de los otros; el objetivo de la separación es evitar la concentración del poder,

constituyéndose en una garantía frente al absolutismo y la dictadura. Sin embargo, esto no significa, que se trate de una rígida separación, pues la distribución de funciones admite interrelaciones entre los órganos de los poderes, que se complementa con el sistema de pesos y contrapesos, es decir, con controles e intervenciones recíprocas.

- c) *La legalidad de la Administración.* Señala Bustamante Alarcón, que el Estado de Derecho exige que la actuación de los administradores del Estado, en todos sus órdenes y niveles, se encuentre sometida a la Constitución y las leyes, además debe encontrarse sujeta al control jurisdiccional. Esto significa, que en un Estado de Derecho la administración no debe incurrir en arbitrariedad ni actuar en contra de la legalidad; por el contrario, debe actuar razonablemente y conforme al principio de legalidad, según todas sus determinaciones e implicaciones, caso contrario, existe un sistema de control jurisdiccional y un sistema de responsabilidad administrativa, penal y civil, a fin de asegurar que su actuación sea conforme a Derecho y garantizar los derechos de las personas.
- d) *El reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales.* Señala Bustamante Alarcón, que un Estado de Derecho es esencial el reconocimiento de los derechos humanos indistintamente de sus categorías, también, incluye obligatoriamente su garantía jurídico-formal de protección, es decir, existen mecanismos jurídicos para su resguardo y restitución, materializando su realización efectiva.

Es por lo anterior, que es de gran relevancia y uno de los más importante logros para la dignidad ser humano y el desarrollo de las naciones, que los Estados a partir de la II Guerra Mundial se adhiriesen a una serie de tratados y convenios internacionales para la protección de los derechos del hombre y que la progresión de los mismos se incorporase en el derecho interno, porque ha permitido una dinámica jurídica de desarrollo internacional basada en la convencionalidad, pero también, ha permitido la fijación y reconocimiento por parte de los Estados y la

organización civil de estándares internacionales que permiten el fortalecimiento de la democracia, la justicia y la igualdad ante la ley.

Uno de los estándares más importantes es el *Índice de Estado de Derecho* publicado por la organización *The World Justice Project* quienes realizan anualmente un reporte que mide la adherencia al Estado de Derecho comparando la adherencia al Estado de Derecho en 139 países, utilizando como método la recolección de datos primarios, centrándose en resultados e impactos de las políticas públicas, midiendo la experiencia de la población general y la de expertos alrededor del mundo. Esta organización profundiza el Estado de Derecho en ocho dimensiones, las cuales permiten comprender, que hoy en día, la evaluación del Estado de Derecho moderno trasciende de los principios históricos anteriormente señalados, describiendo que la existencia de un Estado de Derecho moderno condensa (p.15):

a) Límites al poder gubernamental:

- i.* Límites al poder gubernamental por parte del poder legislativo.
- ii.* Límites al poder gubernamental por parte del poder judicial.
- iii.* Límites al poder gubernamental por parte de auditorías independientes.
- iv.* Los funcionarios de gobierno son sancionados cuando incurren en conductas indebidas.
- v.* Contrapesos no gubernamentales.
- vi.* Transición de gobierno sujeta a la ley.

b) Ausencia de corrupción:

- i.* Los funcionarios del poder ejecutivo no abusan de sus funciones para obtener beneficios privados.
- ii.* Los funcionarios del poder judicial no abusan de sus funciones para obtener beneficios privados.
- iii.* Los funcionarios del gobierno en la policía y las fuerzas armadas no abusan de sus funciones para obtener beneficios privados.

- iv. Los funcionarios del poder legislativo no abusan de sus funciones para obtener beneficios privados.
- c) *Gobierno Abierto:*
- i. Disponibilidad de leyes e información gubernamental de forma pública.
 - ii. Derecho a la información.
 - iii. Participación cívica.
 - iv. Mecanismos de queja.
- d) *Derechos fundamentales:*
- i. Trato igualitario y ausencia de discriminación.
 - ii. Garantía de respeto al derecho a la vida y la seguridad de las personas.
 - iii. Debido proceso legal y los derechos de los acusados.
 - iv. Garantía de respeto al derecho a la libertad de opinión y expresión.
 - v. Garantía de respeto al derecho a la libertad religiosa y de culto.
 - vi. Garantía de respeto al derecho a la privacidad.
 - vii. Garantía de respeto al derecho a la libertad de asamblea y asociación.
 - viii. Garantía de respeto a los derechos laborales.
- e) *Orden y seguridad:*
- i. Control efectivo de la delincuencia.
 - ii. Control efectivo del conflicto.
 - iii. Las personas no recurren a la violencia para rectificar agravios personales.
- f) *Cumplimiento regulatorio:*
- i. Aplicación efectiva de las regulaciones gubernamentales.
 - ii. Aplicación de regulaciones gubernamentales sin influencias indebidas.
 - iii. Conducción oportuna de procedimientos administrativos.
 - iv. Respeto al debido proceso en procedimientos administrativos.
 - v. El gobierno no expropia sin seguir un proceso lícito y otorgar una remuneración adecuada.

g) Justicia Civil:

- i.* Acceso a la justicia civil.
- ii.* Ausencia de discriminación en la justicia civil.
- iii.* Ausencia de corrupción en la justicia civil.
- iv.* Ausencia de influencias indebidas por parte del gobierno en la justicia civil.
- v.* Ausencia de retrasos injustificados en la justicia civil.
- vi.* Aplicación efectiva de la justicia civil.
- vii.* Accesibilidad, imparcialidad, y eficacia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

h) Justicia Penal:

- i.* Efectividad del sistema de investigación.
- ii.* Puntualidad y eficacia del sistema de impartición de justicia.
- iii.* Efectividad del sistema penitenciario.
- iv.* Imparcialidad del sistema penal.
- v.* Ausencia de corrupción en el sistema penal.
- vi.* Ausencia de influencias indebidas por parte del gobierno.
- vii.* Debido proceso y respeto de los derechos de los acusados.

Ubicando el informe del *Índice de Estado de Derecho* para el año 2021 a la República Bolivariana de Venezuela en el último lugar del ranking mundial entre los 139 países evaluados (139/139) con un puntaje general de 0,27 respecto a la adhesión al Estado de Derecho, cuando la medición de la puntuación va del 0 al 1, donde 1 indica la máxima adhesión al Estado de Derecho, lo que significa que en la política de Estado sólo se cumple apenas con un 27% de los puntos que estandarizan internacionalmente la existencia del Estado de Derecho moderno.

4. La Constitución como garantía del Estado de Derecho

Señala Legaz Lacambra (1951; p.22) que el «Estado es una organización racional de la vida social» que rige la vida de las personas. Este se constituye en una organización político-jurídica que atiende a una realidad sociológico-política, cuyas acepciones ambiguas se ponen de manifiesto como afirma Bustamante

Allarcon (2018; p. 22) por las razones «históricas, culturales e ideológicas que le rodean». Precisamente, estas circunstancias son las que inciden o no en la desnaturalización de la idea del Estado de Derecho.

De allí que se advierte históricamente, dentro de la realidad sociológico-política de algunos Estados, que la idea de Estado de Derecho haya sido utilizada como cimiento para la construcción de Estados totalitarios que se pretendan como Estados de Derecho porque formalmente se rigen bajo el imperio de ley, pero, que en realidad constituyen otras formas de ejercicio de la tiranía, ya que los mismos se caracterizan por la dominación del poder y el uso de la fuerza, ya sea ejercida por un individuo o a través de las masas, por la limitación de las libertades, el desconocimiento de la democracia, el irrespeto a la propiedad privada y el desconocimiento o violación de la dignidad humana, ubicando principalmente al Estado Totalitario, pero también, el comunismo, el fascismo, el nacionalsocialismo, el feudalismo y el absolutismo monárquico.

Sin embargo, como ya se ha dicho, dentro del Estado moderno el principio de Estado de Derecho se comporta como una garantía para la protección de los derechos fundamentales, para la participación ciudadana, para la limitación del poder, para la seguridad jurídica, para la democracia y para la justicia, y en ello tiene mucho que ver el hecho de haberse constitucionalizado los Estados y que la supremacía constitucional sea esencial para el Estado de Derecho.

5. Democracia y Estado de Derecho

Como se ha venido enunciando, en el Estado moderno, la idea de Constitución nace como un estatuto de poder que permite la fundación del Estado, el establecimiento de sus valores y su orden normativo, la limitación del poder, la distribución de poder y la fijación del sistema institucional y de gobierno, el establecimiento de la libertad, la justicia y la seguridad, el reconocimiento de los derechos humanos, sus garantías y protección, estando toda persona y toda ley subordinada a la Constitución; siendo la Constitución un parámetro para la validez de las leyes y una garantía para evitar la concentración de poder, la arbitrariedad de las personas y de los gobernantes, la desigualdad y la injusticia.

Y siendo el caso, que la democracia y el Estado de Derecho, son conceptos que nacen juntos y se llevan de la mano, y la Constitución un estatuto que permite establecer el orden político para la existencia de la democracia y el Estado de Derecho, es lógico que la Constitución se configure no solo en una garantía para el Estado de Derecho, también, para la protección y desarrollo de la democracia.

La Constitución no puede ser utilizada como un instrumento al servicio de las revoluciones políticas, aunque, así, hoy en día así se pretenda con el llamado a las transformaciones profundas del Estado que se ha venido originando en Latinoamérica en las últimas tres décadas. En opinión de la autora, como se explicará más adelante, es aplicar la ideología del *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* y el *Socialismo del Siglo XXI* para lograr la modificación de las bases fundacionales del Estado y adaptarlo al *totalitarismo latinoamericano*, como quedó demostrado con la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 que permitió el arreglo sistemático del Estado para instaurar la dictadura de Nicolás Maduro, mismo mecanismo utilizado para el intento de dominación en otros países Latinoamericanos como el Ecuador y Bolivia, como señala Hoyos (2012):

“... se estima la posibilidad de adoptar una nueva Constitución como un instrumento de una revolución política, no necesariamente para darle estabilidad al sistema democrático e incluso se plantea que la respectiva Asamblea Constituyente debe entrar a disolver un Parlamento democráticamente elegido, como es el caso de Ecuador con el Presidente Correa, y luego por supuesto también han de seguirle los tribunales de justicia. El valor de la Constitución es en esos países, que también incluyen a Bolivia con el Presidente Evo Morales que ha convocado a un referéndum para aprobar la nueva Constitución para diciembre de 2008, el de un arma al servicio de una revolución política.

No hay que perder de vista que una visión únicamente instrumentalista de la Constitución, sin matiz alguno, es peligroso para el Estado de Derecho dentro del cual las normas jurídicas y los derechos fundamentales que protegen contra las mayorías políticas tienen valor intrínseco...” (“El valor de la Constitución en el Estado de Derecho actual, Instrumento para proteger y desarrollar la democracia, medio de consagrar y tutelar los derechos fundamentales, controlar el poder político, base del desarrollo económico y modelo para las relaciones

internacionales”; p. 745; en “El control del poder”, Tomo II. Coordinadores: Haberle, Peter, García Belaunde, Domingo).

De allí, que para un proceso electoral cualquiera, y con más razón, la convocatoria y aprobación de un proceso constituyente sea fundamental el carácter democrático, pues, como afirma Hoyos (p. 746-747) «asegura, en primer lugar, con normas que garanticen la participación ciudadana en elecciones libres, competitivas y transparentes, y luego con el control del poder político, evita la opresión política». Así que un proceso dónde manifieste la voluntad política debe ser libre, transparente y en sana competencia de quienes aspiran el privilegio de representar al soberano.

Si la sociedad demanda un nuevo pacto político que establezca un nuevo orden constitucional con el fin de proveer bienestar a toda persona que haga vida dentro de la nación, que logre la igualdad ante la ley y la adhesión al Estado de Derecho. Necesita, por una parte, que la voluntad soberana manifieste la necesidad de transformación de la Constitución, y, por otra parte, que el proceso constituyente cuente con la representación de la pluralidad política.

Esto quiere decir, que un proceso constituyente no puede ser un capricho, ni puede representar la voluntad de gobernantes, ni la voluntad de partidos políticos, ni mucho menos, que la voluntad soberana sea expuesta para contraponer mayorías o minorías en la búsqueda de limitación arbitrarias de libertades, generación de desigualdades ante la ley o la colocación del Estado para el beneficio de elites o de grupos ideológicos. Puesto, que la Constitución es un mecanismo ciudadano para la liberación de la opresión, que permite la protección de derechos fundamentales y el equilibrio de la sociedad en el establecimiento del orden jurídico-político-económico con el fin de garantizar el desarrollo equitativo de la sociedad y la igualdad ante la ley.

Capítulo II

El Poder Constituyente y la Reforma Constitucional

Un proceso constituyente suele surgir tras una grave crisis o una gran problemática constitucional y este busca resolverla con distintas técnicas que van desde la enmienda de un artículo de la constitución o de varios de éstos, hasta la transformación profunda del contenido constitucional para la adecuación del Estado a las necesidades sociológicas, políticas, económicas y jurídicas que sobrevienen en el momento histórico de una nación pudiendo realizarse una reforma constitucional por mandato del poder soberano, siendo procesos históricos de gran importancia que determinan el futuro de la nación.

La importancia de este capítulo para el desarrollo de la investigación es que se abordarán distintas conceptualizaciones relacionadas al poder constituyente y la reforma constitucional que permitirán comprender: de dónde surge el poder constituyente, cuál es el alcance y cuáles son los límites del poder reformador, y cuáles son los mecanismos o técnicas existentes para proceder a la modificación del texto constitucional.

1. La soberanía y su relación con el Poder Constituyente

Aunque no es objeto de este trabajo abordar por entero el desarrollo del concepto de soberanía, si es menester comprender, que la soberanía en forma general se refiere al origen del ejercicio del poder para gobernar. En ese sentido, existen corrientes doctrinales que señalan que el origen del poder – soberanía- se encuentra en Dios, otras, que afirman el origen del poder se encuentra en la fuerza, y finalmente, otras que colocan el origen del poder en el pueblo o la nación. De este modo, indistintamente de la corriente doctrinal, una cosa es cierto, y así lo afirma Cruz-Coke Ossa (2009; p. 145) «cuando se ejerce gobierno, se ejerce también la soberanía, la virtud del poder».

1.1. La soberanía como poder supremo, inalienable e indivisible

Ahora bien, entre las distintas corrientes filosóficas que han desarrollado la soberanía, es de suma importancia para esta investigación distinguir como señala Vichinkeski Teixeira (2014; “*Los orígenes filosóficos de la noción de soberanía nacional en el contractualismo político de Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau*”, pp. 801-819) las nociones de Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau que han contribuido a la corriente del contractualismo político que fundamenta el origen del Estado y la sociedad a partir de un contrato entre los hombres.

El autor señala que Hobbes (*Ibid.* cit. 1985; *Leviathan*, pp. 227-228; p. 817) consideraba la soberanía como «una autoridad dada por cada individuo (contratante) al Estado (contratista), como resultado de una autorización que el primero le da al último para actuar como si fuera el propio individuo, atribuyéndole el uso del poder y la fuerza conferido a él», y en ese sentido, Hobbes consideraba «el pacto no se puede deshacer ni sustituir por otro, ni tampoco el Estado puede dividir o disponer de facultades que le atribuyeron aquellos que fueron los responsables por su formación».

Surgiendo de este modo la tesis que el poder es indivisible e inalienable, y que la trasmisión del poder es resultado de una autorización, ya sea, consecuencia del acuerdo de voluntades por el que surge la Constitución y las leyes o consecuencia del ejercicio del poder por autoridad o representación del soberano que deviene del sufragio.

Ahora bien, John Locke en su *Segundo Tratado sobre el gobierno civil* quien postula que las personas poseen derechos naturales como la vida, la libertad y la propiedad, y que estos funcionan como límite al poder. En ese sentido, el autor señala (*Ibid.* p. 817) que Locke reconoce la indivisibilidad y la inalienabilidad, pero también, reconoce a diferencia de Hobbes el poder de desobediencia civil y la posibilidad de desconstituir el contrato social.

Sin embargo, Locke distingue que no pueden considerarse formas de desobediencia o de desconstitución del contrato social la división del poder o la

transferencia de prerrogativas que son inherentes a la soberanía, puesto que, ello no significa que el Estado ha dejado de existir, ya que «el acto de transferencia estatal de poderes que provienen de la soberanía o de la división interna de poderes no impide que el contrato social siga teniendo efectos».

Lo que quiere decir, que la trasmisión del poder y su división para la mejor gestión del Estado no implica la pérdida del poder del soberano, ya que ha sido su voluntad a través del contrato, reconociendo, además, la desobediencia civil y la posibilidad de disolver el contrato social como una característica del poder supremo de la soberanía frente al Estado y la autoridad que este ejerce cuando puntualiza lo señalado por Maurizio Fioravanti (*Ibid. Cit.* 1993, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, p. 160; p. 818) que el uso de la desobediencia civil también puede darse contra la suprema autoridad del legislador cuando ha violado la vida, la libertad y la propiedad.

En relación, a Rousseau el autor señala (*Ibid. cit.* J.J. Rousseau, p. 818) que también consideraba la soberanía en el pueblo y que esta significaba que el ejercicio de la voluntad general, que la misma nunca se puede enajenar, y en ese sentido, señala que Rousseau consideraba al soberano un ser colectivo que solo puede ser representado por él mismo; afirmando, que la soberanía es indivisible porque «la voluntad es general, o no lo es; es el del cuerpo del pueblo, o solo una parte».

Se debe apuntar que Rousseau (1921; *Ob. Cit.*, pp. 56-57) consideraba que «para que una voluntad sea general, no siempre es necesario que sea unánime; pero es preciso que todas las voces sean tenidas en cuenta; una exclusión formal rompe la generalidad», distinguiendo la voluntad general por su inalienabilidad e indivisibilidad afirmando que «en el primer caso, esta voluntad declarada es un acto de soberanía y hace ley; en el segundo, no es sino una voluntad particular o un acto de magistratura; es, a lo más, un decreto» señalando más adelante que «no pudiendo nuestros políticos dividir la soberanía en su principio, la dividen en su objeto; la dividen en fuerza y en voluntad; en Poder legislativo y Poder ejecutivo; en derechos de impuesto, de justicia y de guerra; en administración interior en poder de tratar con el extranjero».

Así se observa que, aunque existen ciertas diferencias en lo que señalan Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau, dando origen a sistemas como la Monarquía Constitucional y la Democracia Constitucional, los tres coinciden en ubicar la soberanía en una voluntad indivisible e inalienable del hombre que no admite su pérdida, aun cuando se haya generado un contrato socio-político-normativo que conforme el Estado y distribuya la autoridad del poder político en distintos representantes, administradores e instituciones, tesis que guarda una profunda relación filosófica con la pérdida del Estado absoluto y el surgimiento del Estado moderno, y en consecuencia, con el ejercicio de la soberanía como voluntad general que legitima la autoridad de los gobernantes, pero, también, que la limita.

1.2. Distinción entre la soberanía popular y la soberanía del Estado:

El jurista Ríos Álvarez (2017; pp. 175-176) explica en su ensayo “*La soberanía, el Poder Constituyente y una nueva Constitución para Chile*” que generalmente en la doctrina se reduce la soberanía a su dimensión puramente jurídica «despojándola de su naturaleza política, de su origen histórico y de su fundamento filosófico», sin embargo, estos fundamentos también son importantes para poder comprender todos los aspectos que configuran la identidad de la institución.

De allí que, no sólo se hable de la soberanía del pueblo o soberanía popular, también se hable de la soberanía de nacional o soberanía de Estado, la cual es ejercida por el Estado por mandato de los ciudadanos a través de la Constitución escrita, convirtiéndose el Estado en el representante de la soberanía del pueblo. Para André Hauriou (Ríos Álvarez *cit.* Hauriou, André; Gicquel, Jean y Gélard, P. (1980): *Derecho Constitucional e Instituciones Política*, pp. 168-169; 2017, p. 175) la existencia de la soberanía del Estado se explica de la siguiente forma:

“...Esta noción de la soberanía del Estado es una noción compleja, dado que puede enfocarse desde el plano del Derecho interno y desde el plano del Derecho internacional. Y también porque ha evolucionado con el tiempo y se presentó inicialmente con un carácter puramente político para transformarse progresivamente en una noción jurídica. La Concepción Política de la Soberanía del Estado. Esta concepción, creada principalmente por Bodino en los Seis libros de la República,

publicados en 1576, establece una equivalencia entre soberanía e independencia absoluta.

Consiste en afirmar que el Estado está libre de todo tipo de subordinación frente a cualquier otro poder y, en gran medida, es visible en ella la impronta de la época en que se formuló...” (*omissis*)

En ese sentido, Ríos Álvarez (2017; pp. 180-181) señala que el ejercicio de la soberanía por parte de los Estados encuentra límites cuando se trata de: *i*) el ejercicio de la soberanía respecto de los demás Estados y organizaciones supraestatales; *ii*) el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales de la persona humana; *iii*) el respeto o a los deberes y obligaciones válidamente contraídos con otros Estados; *iv*) el respeto a las delegaciones consentidas de soberanía, efectuadas a órganos internacionales depositarios de potestades públicas supraestatales; y *v*) el respeto a los principios que rigen la coexistencia de los Estados a nivel mundial.

Ello lleva a comprender por qué la mayoría de las Constituciones inspiradas en el modelo de la democracia constitucional señalen que la soberanía reside en el pueblo o el ciudadano y sea ejercida por el Estado o la nación, siendo delegadas las potestades soberanas (*Ibid.*) «del poder constituyente, el poder de gobierno, el poder de administración, la potestad legislativa, la potestad jurisdiccional, y la potestad de control», en el poder público que ejerce el Estado, de este modo, (*Ibid.*) «la identificación del ejercicio de la soberanía es tal que de ninguna de ellas es posible prescindir en un Estado de Derecho».

Pero también, las limitaciones que existen respecto la soberanía ejercida por los Estados y el fundamento de los principios de derecho internacional de independencia, autodeterminación y no intervención de los Estados respecto de otros. Puesto que como intuye André Hauriou (*Ob. Cit.*, pp. 168-169; 2017, p. 175-176):

“...Aunque haya sido puesta a punto especialmente para responder a una necesidad momentánea, la concepción de la soberanía-independencia fue en gran parte conservada por el Derecho internacional. Está en la base de la doctrina de la independencia de los Estados y justifica el principio de no intervención. Explica también

que los Estados sólo voluntariamente se someten a arbitrajes o a procedimientos de justicia internacional.

Pero esta concepción de la soberanía-independencia tiene el defecto de ser absoluta y también el de tener un carácter negativo, sin darnos ninguna indicación sobre el contenido de este poder del Estado. Ha sido sustituida progresivamente por una concepción jurídica, más flexible y más explicativa...”

Finalmente, Ríos Álvarez (2017; pp. 181) señala que «el núcleo esencial de la soberanía se encuentra en el poder constituyente, porque éste es la fuente originaria de todas las demás potestades; y, además, porque mientras éstas se ejercen por órganos cuya titularidad es temporal, el poder constituyente nace, se ejerce y permanece siempre radicado en el pueblo», lo que quiere decir, que el mayor distintivo de la soberanía popular es que quien la detenta posee el poder constituyente.

1.3. El Poder Constituyente

El Poder Constituyente se relaciona, por un lado, con la idea que existe un poder llamado soberanía radicado en el pueblo superior a toda autoridad gobernante, por el otro, con el hecho que ese poder ha instituido distintos movimientos históricos que han permitido la transformación política y reformas del Estado a través de la manifestación de la voluntad general, los cuáles según el jurista alemán Haberle (2001; p. 129) unas veces ha surgido de manera revolucionaria, y en otras, de manera evolutiva, y finalmente, se le relaciona con el origen de las constituciones escritas del mundo que han servido de modelo para el Estado de Derecho moderno o Estado Constitucional. Es por ello, que Haberle (*ibid.*) afirma que «el Estado Constitucional democrático de la actualidad se entiende y se vive a partir del poder constituyente».

En una primera aproximación teórica, el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (2020; RAE) define el poder constituyente como un «poder originario, soberano, supremo y directo de un pueblo para constituir un Estado y darse la organización jurídica y política que más le convenga», el cual, siguiendo las ideas

de Cruz-Coke Ossa (2009; p. 236) ha sido conferido «para dar nacimiento o modificar la Constitución».

Ahora bien, aunque se suele relacionar la evolución doctrinal del poder constituyente con la concepción del contrato social y la soberanía popular de Rousseau, lo cierto es que, como indica Haberle (2001; p.129) la teoría del poder constituyente ha sido desarrollada «de manera “no escrita” por la doctrina y la práctica, vaciado en conceptos, refinado y traducido de manera parcial o plena, en textos constitucionales», lo que quiere decir, que la principal fuente doctrinal y evolutiva del poder constituyente se encuentra en los propios procesos constituyentes históricos, en la discusión de los proyectos constitucionales y en el contenido dogmático y normativo de las propias Constituciones escritas. De este modo, para Haberle:

“...Los proyectos de Constitución merecen también interés científico con toda independencia de que sean “exitosos”. Lo merecen incluso cuando pueden considerarse como “fracaso” político y también lo son, pero deberían ser examinados científicamente por la doctrina del derecho del Estado, y no sólo por la historia constitucional, pues en sus textos se objetivizan y cristalizan, de manera singular, contenidos y procedimientos, ideas y realidad, esperanzas y deseos, así como la elaboración del pasado, pues el imperativo de tener que vaciar lo imaginado en formas textuales normativamente obligatorias induce a una labor de condensación que confiere contornos más claros al material difuso del que provienen. A pesar de que, en lo particular, sus autores manifiesten diversos grados de creatividad, los proyectos de Constitución reciben y combinan, ante todo, elementos muy dispersos y bastante heterogéneos: por ejemplo, sentencias constitucionales y prácticas del Estado, construcciones doctrinales y resoluciones judiciales, pero también elementos transformados en texto en otras partes, como los pactos regionales y universales de derechos humanos, incluso los programas de los partidos políticos, para no hablar de los modelos textuales que pueden hallarse en las Constituciones de otros países y Estados o en las Constituciones de la historia propia...” (*Ibid.* p. 123).

Sin embargo, Nogueira Alcalá en su *Poder Constituyente y Reforma Constitucional: Enfoque teórico y concepción práctica al caso chileno* (2012; p. 1210) puntualiza respecto la obra *¿Que es el Estado Llano?* de Emmanuel Sieyès

publicada en 1789, que el jurista desarrolla la doctrina del poder constituyente, definiéndolo como «un poder soberano, el cual no está vinculado por ninguna norma jurídica previa, pudiendo libremente fijar la idea de derecho que considere adecuada en la Constitución, el poder constituyente es un poder pre-jurídico que actúa libre de toda forma y control»; afirmando, que Sieyés otorga una concepción institucional del poder constituyente ya que «genera un instrumento que permite generar una Constitución, generando a partir de ella una vinculación de la autoridad a la Ley Fundamental que emanaba de la nación soberana», dando forma a la idea del proceso constituyente y la representación del poder constituyente bajo una institucionalidad, separando el poder constituyente del poder constituido:

“...Tal concepción se agrupa en torno a dos ideas fundamentales: a) La existencia de un poder superior, previo a cualquier otro, que determina las normas jurídicas básicas de una sociedad política a través de un acto racional, debatido y sincrónico; y b) la potestad suprema que concreta el poder constituyente proviene del cuerpo político de la sociedad.

Esta concepción tiene como efectos fundamentales la distinción entre poder constituyente y poderes instituidos o constituidos. Así las potestades instituidas por la Constitución política obtienen su validez y legitimidad del poder constituyente que crea la Carta Fundamental y deben actuar dentro del marco jurídico político que fija la Constitución Política, la que determina sus funciones y atribuciones, las que no pueden ser vulneradas por los órganos constituidos. Esta perspectiva fundamenta la supremacía constitucional y la defensa de la Constitución a través del control de constitucionalidad de los actos de los poderes constituidos o instituidos por la Carta Fundamental.

Asimismo, esta concepción sostiene desde el inicio en Sieyés que la limitante que tiene el poder constituyente es el respeto de los derechos individuales, los que se imponen al propio poder constituyente...” (*Ibid.*; p. 1210-1211).

En ese mismo orden de ideas, señala Loewenstein (1986; p. 159) que Sieyés no sólo amplió la concepción de Rousseau al exponer que el poder constituyente le pertenece al pueblo, también, «supo aplicar hábilmente esta teoría a las tareas del momento, y asignó al Tercer Estado, como verdadero representante de la nación, el poder normativo sobre el orden social». Igualmente, Ríos Álvarez (2017; p.182) explica en su ensayo *“La soberanía, el Poder Constituyente y una nueva*

Constitución para Chile” que cuando se recurre a la idea del ejercicio democrático del poder del pueblo en una Asamblea Constituyente, corresponde a la concepción institucional de la Asamblea de Sieyés.

Para el jurista español Torres de Moral (Zuñiga *cit.* Torres del Moral (1991), pp. 181-182; *Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas de la reforma constitucional y de la Asamblea Constituyente.* 2013; pp. 525-526) existen dos acepciones respecto al poder constituyente: «una acepción amplia que lo define como el poder (función-potestad) de otorgar una Constitución» y «una acepción restringida que lo asocia al principio-dogma de la soberanía en sus versiones galas de soberanía nacional o soberanía popular».

El jurista argentino Bidart Campos (Zuñiga *cit.* Bidart Campos (1969), *Derecho Político*, pp. 521-524; y (1961) “*Doctrina del Estado Democrático*”, pp. 114-121.; *Ob. Cit.* 2013; p. 526) define el poder constituyente partiendo de la idea que «si por “poder” entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin”, y por “constituyente” el poder que constituye o da constitución a un Estado (*omissis*) “poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para organizarlo».

Otra conceptualización de lo que instituye el Poder Constituyente es aportada por el jurista Carlos Sánchez Viamonte (Nogueira Alcalá *cit.* Sánchez Viamonte “*El poder constituyente*” (1957) p. 564; *Ob. Cit.* 2012, p. 1212) quien le define como «la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez». Ello explica que el poder constituyente sea capaz de dictar en un proceso constituyente originario las normas a las que se subordina en el futuro el cuerpo político, pero, también, que el soberano tenga la potestad de desconocer la validez de la Constitución vigente y reformarla.

1.3.1. Características del Poder Constituyente

Ahora bien, Nogueira Alcalá (*Ob. Cit.*, p. 1212-1213) distingue dentro del poder constituyente ciertas características, señalando que:

a) El poder constituyente es una potestad originaria ya que «no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente», esto porque para las democracias constitucionales el poder del Estado es originado por la manifestación esencial de la soberanía, es decir, el poder constituyente. Afirmando Nogueira Alcalá (p. 1212) que:

“... El poder constituyente originario permanece siempre como un poder plenamente autónomo y libre para ordenar y reordenar la convivencia básica de una sociedad política a través de la Constitución Política, cuando así lo decida autónomamente el cuerpo político de la sociedad, teniendo libertad para configurar dicho ordenamiento jurídico, la única limitación está dada por la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas. El poder constituyente originario es la fuente de todo derecho positivo. El poder constituyente será siempre una potestad que opera al margen del Estado aparato, tiene un carácter extrajurídico institucional...”

b) El poder constituyente es una expresión del cuerpo político de la sociedad ya que «admite únicamente al pueblo en cuanto cuerpo político de la sociedad como sujeto titular de ella, excluyendo todo intento de atribuir el poder constituyente a determinados individuos, sectores e instituciones».

Esto significa que el poder constituyente no puede ser vaciado de su contenido esencial, por lo que no es atribuible a un sector social, una colectividad, un partido político o una ideología, ya que el mismo pertenece en su manifestación esencial soberana a cada individuo que forma parte de la nación. La manifestación de voluntad jamás puede ser suplantada.

c) El poder constituyente es de carácter extraordinario ya que «no opera regularmente como una potestad estatal, sino solamente en los momentos en que el ordenamiento constitucional entra en crisis y debe ser cambiado o sustituido».

Esto quiere decir que la Asamblea o Convención Constituyente no puede ser convocada como un capricho para satisfacer demandas políticas, sociales, económicas o jurídicas que deben resolverse a través de las potestades estatales, ya sea con la ejecución de buenos planes de gobierno, la promulgación de leyes, la potestad de enmienda constitucional que posee el poder legislativo o la potestad de interpretación constitucional que posee el poder judicial. Su extraordinariedad implica su excepcionalidad, por lo que, debe existir en la nación una verdadera crisis que haga imposible el buen funcionamiento del Estado para que se haga necesaria la reforma constitucional que establecerá nuevamente el orden.

d) El poder constituyente es autónomo ya que «puede fundar la Constitución en la idea de derecho válida que emane de la voluntad del cuerpo político de la sociedad democráticamente expresado».

Esto significa que el poder constituyente no está sometido de antemano a nada, que la manifestación de voluntad que le instituye debe hallarse siempre libre de toda forma de sujeción.

e) El poder constituyente en cuanto a voluntad nacional es ilimitado y absoluto de la Nación ya que «una Nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho de querer; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla en el momento en que su interés lo exija».

Por lo que, una Nación ante una crisis que no pueda resolver el poder estatal puede siempre manifestar su voluntad de modificar la Constitución y romper el orden constitucional establecido para adecuar el Estado a las nuevas exigencias del cuerpo político.

f) El poder constituyente institucionalizado se extingue cumplidos sus fines ya que «el poder constituyente originario en cuanto institución de carácter extraordinaria opera en un momento histórico determinado y luego de concretar su obra se extingue, dando paso a la Constitución».

Esto indica, por un lado, que el poder constituyente una vez se instituye en la Asamblea o Convención Constituyente no es permanente, su vigencia está supeditada lógicamente a una temporalidad, dura el tiempo que se determine para dictar el nuevo orden constitucional; y por el otro, que, una vez logrados los fines de la Asamblea o Convención Constituyente, el poder queda derivado en la Constitución, extinguiéndose el poder constituyente institucionalizado. Lo que asegura que la Constitución siempre sea obra del poder constituyente y no del poder constituido y que no pueda existir alguna otra forma de poder instituido que permita esencialmente modificar lo establecido.

Finalmente, también se puede agregar como característica lo señalado por Ríos Álvarez (2017; pp. 184-185), en cuanto:

g) El poder constituyente es indelegable ya que «su ejercicio a un cuerpo especial destinado a ese fin, y cuyos miembros son elegidos con ese único objeto. En realidad, el pueblo no se desprende nunca de ese poder, y por eso debe reservarse la palabra definitiva, mediante el 'referéndum', que no aparece en la doctrina de Sieyès, pero que fue utilizado de un modo uniforme por los Estados de la Unión Norteamericana».

Lo que significa que el poder constituyente siempre permanece en el soberano, y como en un proceso constituyente, todos los individuos que conforman la nación no pueden representarse directamente, se comisiona su representación temporal en un representante del proceso constituyente, quien sólo ejercerá la potestad con el fin específico y único de redactar la nueva norma constitucional, una vez redactada la Constitución siempre será necesaria la manifestación de voluntad del soberano en un consenso político que determine su aprobación o improbación.

1.4. El Poder Constituyente Instituido o Derivado

Para Nogueira Alcalá (*Poder Constituyente, Reforma de la Constitución y Control Jurisdiccional de Constitucionalidad*, 2017, pp. 330-332) «la Constitución deriva de la intrínseca relación entre poder constituyente y expresión democrática

del cuerpo político de la sociedad, compuesta de ciudadanos libres e iguales, dotados del derecho de participar y decidir el ordenamiento jurídico-político en el cual desean vivir». Realiza una distinción entre lo que es una *Constitución rígida* y una *Constitución flexible*, señalando que la primera «es aquella que impide su modificación por el legislador, requiriendo de un procedimiento distinto y más complejo que el procedimiento legislativo», y la segunda, es aquella que «establece un procedimiento agravado de reforma de la Constitución como expresión del poder instituido diferente de la potestad legislativa», logrando distinguir entre poder constituyente originario y poder constituyente instituido.

En ese sentido, se entiende como *poder constituyente originario* a la potestad prejurídica, suprema, autónoma, extraordinaria, libre e indelegable que posee de manera exclusiva e intrínseca el cuerpo político que conforma una nación como detentadora del poder soberano y la voluntad popular, y como *poder constituyente instituido*, siguiendo la doctrina de Ríos Álvarez (2017; p. 190) a «la potestad que se atribuye a un órgano mixto –generalmente integrado por los órganos encargados de elaborar la legislación– para modificar, total o parcialmente, la Carta Fundamental, con la sola sujeción a requisitos procedimentales más exigentes que los requeridos para la aprobación de las leyes».

El poder constituyente originario se instituye en una operación de carácter extraordinaria y en un cuerpo jurídico dotado de un poder de representación comisionado sólo con el fin de reformar parcial o generalmente la Constitución. Estos procedimientos de reforma suelen estar previamente establecidos en la Constitución dotando de legitimidad y juridicidad al poder constituyente instituido, que como señala Brewer-Carías (*Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente: Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente*; 1999, p. 101-102):

“...como principio, en el Estado Constitucional, una vez aprobada la Constitución, el Poder Constituyente Originario desaparece, se subsume en la Constitución, se constitucionaliza, y ese texto adquiere supremacía, regulándose usualmente el Poder Constituyente Instituido, como mecanismo para reformar o modificar la Constitución.

Distintos al Poder Constituyente Originario y al Poder Constituyente Instituido, son los Poderes Constituidos; estos son el producto de la voluntad del Poder Constituyente manifestada a través de la Asamblea, están sometidos esencialmente a la Constitución y no pueden modificarla...”

De esta forma, como afirma Brewer-Carías (*Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y control judicial Contencioso Administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999)*; 2009, p. 317) «al ser establecidos en la propia Constitución, la soberanía popular puede decirse que queda perfectamente juridificada; es decir, sujeta a limitaciones en cuanto a su manifestación, no sólo impuestas a los órganos del Estado mismo, sino al funcionamiento de la propia democracia y a la manifestación de dicha soberanía popular».

Ahora bien, para Brewer-Carías (1999; p. 102) se habla de Poder Constituyente Instituido cuando se refiere al «poder de modificar la Constitución», y en ese sentido, señala que el mismo «es el resultado constitucional de la tensión que deriva de dos principios que son pilares del Estado Constitucional: el principio de la democracia representativa y el principio de la supremacía constitucional». Señalando finalmente que son distintos el Poder Constituyente Originario del Poder Constituyente Instituido para reformar la Constitución, y este último, distinto a los Poderes Constituidos «los cuáles no pueden reformar la Constitución y se encuentran sometidos a ésta».

Por otro lado explica Nogueira Alcalá (2017, p. 333) que «el poder instituido de reforma posibilita adecuaciones de la Constitución, manteniendo la continuidad e identidad de la misma y de sus principios fundamentales, poder de reforma que radica en órganos constituidos representativos de la voluntad popular, de referéndum o plebiscito, o bien de procedimientos combinados de democracia representativa y democracia directa», en consecuencia, el poder constituyente instituido sólo debería someterse a las reglas para la reforma constitucional preestablecidas por la propia voluntad política en la Constitución para que estén dotados los procesos de reforma constitucional de un carácter jurídico y no sólo fáctico.

Sin embargo, la doctrina del *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* surgida en los años 90' ha planteado en relación a la supremacía y la rigidez constitucional si ¿puede realizarse una reforma constitucional a través de un mecanismo no preestablecido en la Constitución por orden de la voluntad popular?, fundamentándose en la idea que la nación para enfrentar una grave crisis política-constitucional o para generar cambios profundos políticos y sociales, puede autodeterminarse y romper el orden constitucional vigente cuando lo considere necesario, pudiendo irrumpir la vigencia de la Constitución, aunque esta esté dotada de supremacía y someterla a una reforma por mandato de la propia voluntad popular.

En ese sentido, existen distintos precedentes dónde se ha permitido la reforma constitucional a través de técnicas o mecanismos no preestablecidos en la Constitución arguyendo la tesis del poder supremo de la soberanía popular, como lo ocurrido en Venezuela para la reforma de la Constitución de 1961. Aunque no se pretende en este trabajo explicar el proceso de reforma que dio origen a la Constitución de Venezuela de 1999, promovida por Hugo Chávez, si se menciona para la comprensión del hecho que en Latinoamérica se vienen utilizado las técnicas del *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* para generar lo que Brewer-Carías ha denominado el autoritarismo constitucional e instalar constituciones de *facto* y constituciones ideológicas (*Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente: Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente*, 1999, pp. 69-71):

“...La Constitución está dotada de supremacía, pues es manifestación de la voluntad popular, y sólo la voluntad popular podría cambiarla o modificarla conforme a sus dictados.

La supremacía, además, es un derecho ciudadano. Siendo la Constitución manifestación de la voluntad popular, los ciudadanos tienen derecho a que su supremacía sea estrictamente respetada y a que sólo pueda ser modificada conforme a los dictados de la voluntad popular contenida en la misma Constitución. Conforme a la Constitución, por tanto, no sería posible, que algún Poder Constituido

o que mediante cualquiera que sea otro medio distinto al previsto en la Constitución, esta pudiera ser revisada o derogada.

Frente a esta posición constitucional, sin embargo, se planteó el criterio de que como la soberanía reside en el pueblo, lo que no está en discusión, cualquier manifestación popular podría conducir a la reforma constitucional, lo cual indudablemente era abiertamente contradictorio con el principio de la democracia representativa como sistema político de gobierno.

En realidad, sólo la manifestación de la voluntad popular realizada conforme a los dictados de la Constitución podría conducir a su revisión o derogación; de resto, entramos en el terreno de los hechos, no del derecho.

Sin embargo, como se ha analizado, la Corte Suprema de Justicia, en sus decisiones del 19-01-99, admitió la posibilidad de otro mecanismo del Poder Constituyente de revisión constitucional, derivado de un Referéndum Consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Pero independientemente del texto de dichas sentencias y sus consecuencias, sin embargo, no debe dejar de precisarse los efectos de la previsión en el propio texto constitucional, del Poder Constituyente Instituido dentro de la interpretación más ortodoxa de la Constitución. (*omissis*)

Sin embargo, la diferencia con el momento presente es evidente: no estamos en una circunstancia de hecho, *sino de cambio democrático que se ha iniciado dentro de los canales de la Constitución*. En estas circunstancias, en principio, no podrían pensarse ni propugnarse otros cambios que no fueran conformes con la Constitución, pues estaríamos en el mundo de los hechos, y estos no tienen reglas. En ese mundo, cada cual tiene su versión y su acción, y se impone la política del más fuerte y no la de quien tenga la mayoría o la razón...”

La problemática del *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* es que ha servido para prácticas autoritarias, ya que entiende que existe una especie de delegación de la soberanía a través del poder constituyente, y por lo tanto, no sólo se pueda reformar la Constitución a través de mecanismos no preestablecidos por la voluntad popular, también, que el Poder Constituyente instituido en una Asamblea Nacional Constituyente o Convención no tiene fórmulas que permita el establecimiento de límites y control en la representación del poder soberano, lo que ha conducido, como sucedió en Venezuela en el año 1999, que el proceso constituyente instituido logre refundar la República, sin respetar los principios

fundamentales, las cláusulas pétreas o las instituciones preestablecidas en la Constitución que dio origen a la reforma constitucional, negando la identidad, la continuidad y la propia historia político-constitucional de la nación.

Para la autora, el hecho que existan previamente instituidos en la Constitución distintos procedimientos para realizar la reforma parcial o total de la Constitución, o que se pueda convocar a la voluntad popular para realizar una reforma constitucional, no significa que exista un desprendimiento del poder constituyente originario y que este sea trasladado al cuerpo jurídico que se encargará de la reforma constitucional, ni mucho menos, que este cuerpo jurídico pueda ejercer la potestad delegada sin mecanismos que permitan su límite y control, por el contrario, la denominada “delegación del poder” que se instituye se trata en realidad de una *comisión de carácter representativa y temporal*, pues, finalmente, el soberano siempre tendrá la potestad de ejercer directamente el poder constituyente originario mediante el referéndum sometiendo a su soberana voluntad los distintos proyectos de reforma constitucional redactados por el poder constituyente instituido.

Igualmente, la autora comparte la tesis de Brewer-Carías respecto al proceso constituyente de Venezuela de 1999, que un poder constituido no tiene la atribución de modificar sustancialmente la Constitución y permitir procedimientos no autorizados por el soberano, y que, efectivamente, para la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, no se debió realizar simplemente un referéndum consultivo para crear un mecanismo constitucional de reforma, sino que, entendiéndose que el poder constituido y la Constitución jamás pueden privar al soberano el ejercicio de la soberanía, se debió convocar a uno de los mecanismos de reforma contenidos en la Constitución de 1961, incluir la regulación del nuevo mecanismo que sería la reforma a través del órgano de la Asamblea Nacional Constituyente, y a partir de allí, la convocatoria al proceso constituyente.

Puesto que, como afirma Brewer-Carías (1999, pp. 71-72) los mecanismos para la reforma parcial o general de la Constitución deben estar instituidos en la propia Constitución «por la sencilla razón de que si no se adaptaba a la Constitución, nadie iba a tener control de la situación y cada quien buscaría imponer a los demás

por vía de hecho, su voluntad, deseo o criterio», afirmando que no era posible realizar la Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 porque «ningún Poder Constituido estaba autorizado constitucionalmente para definir su régimen; ni el Congreso mediante Ley, ni el Ejecutivo Nacional mediante Decreto», concluyendo, que lo ocurrido en Venezuela «no era otra cosa que un desconocimiento de la Constitución de 1961».

2. El Proceso de Reforma Constitucional

El proceso constituyente es un método de organización de Estado y de determinación del orden jurídico fundamental, cuyo término suele ser utilizado en la doctrina constitucional de manera indistinta para describir: i) la serie de actos jurídicos que se llevan a cabo para la fundación de un Estado, y en ese sentido, se conduzca la elaboración por primera vez de una Constitución, es decir, el Proceso Constituyente *per se*; o, ii) ya existiendo una Constitución en el Estado, la serie de actos que llevan a cabo órganos especiales a través de procedimientos preestablecidos por el poder constituyente para que se conduzca la modificación normativa parcial o general de la Constitución, también llamado Proceso de Reforma Constitucional.

Esta serie de actos suelen señalar los órganos por el que actúa el Poder Constituyente, los mecanismos y técnicas constitucionales, la base fundamental de los procedimientos que dan lugar a la convocatoria de la reforma constitucional, la elección de los representantes comisionados por el poder constituyente, las funciones de los representantes, los límites y controles del proceso constituyente, y el mecanismo por el cual se obtendrá el consenso de la voluntad política para refrendar la reforma parcial o general de la Constitución.

Igualmente, se ha observado una tendencia en Latinoamérica de convocar a procesos de reforma constitucional, con la diferencia, que el resultado de estos procesos ha sido la práctica refundacional de la estructura de Estado y la introducción de dogmatismos e ideologías con la elaboración de una nueva Constitución de carácter originario, irrespetando las cláusulas pétreas y los procedimientos preestablecidos en la Constitución vigente que instituyó el proceso

de reforma, puesto que, en la práctica, se ha entendido la existencia de un poder ilimitado al representante del poder constituyente para la modificación de la Constitución, dando origen a regímenes autocráticos como los de Cuba, Venezuela y Nicaragua.

2.1. La técnica del proceso de reforma constitucional

Cuando se trata el proceso de reforma constitucional automáticamente se suele relacionar su órgano especial con la Asamblea Nacional Constituyente, esto lo señala Loewenstein en su *“Teoría de la Constitución”* (1986; pp. 160-161) cuando explica que «la doctrina ha generado, y hasta estereotipado, un procedimiento para la elaboración y redacción de una Constitución escrita: una Asamblea Nacional Constituyente será elegida por todo el pueblo para esta tarea específica». Esta relación ha surgido por la influencia que tuvo la Asamblea Nacional Francesa en los inicios de la historia del Estado Constitucional, que también coincide con los orígenes de la doctrina del poder constituyente de Sieyés.

Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente es apenas uno de los distintos sistemas por el cual el poder constituyente actúa en los procesos de reforma constitucional, estos sistemas los ha clasificado Nogueira Alcalá (2012; p. 1220-1222) de la siguiente forma:

a) *Sistema de decisión parlamentaria única:*

En el cual la reforma constitucional «se producirá con la única intervención del parlamento que adopta la decisión de la modificación del texto de la Carta Fundamental por una mayoría generalmente calificada de tres quintos o dos tercios de sus miembros en ejercicio». Señalando Nogueira Alcalá que el mayor riesgo de este modelo es «que el órgano parlamentario no exprese auténticamente la voluntad popular, tergiversando la voluntad del cuerpo político de la sociedad».

b) *Sistema de doble deliberación parlamentaria:*

En el cual la reforma constitucional «será adoptada por el parlamento o Congreso nacional, el que debe adoptar la decisión en dos oportunidades

sucesivas separadas entre sí por un cierto lapso de tiempo». Afirmando el autor que «ambas decisiones pueden ser adoptadas por el mismo parlamento, sin intervención ni mediación del cuerpo político de la sociedad».

c) *Sistema de deliberación de dos parlamentos sucesivos:*

En el cual además de producirse dos deliberaciones parlamentarias sucesivas «existe la intermediación de la voluntad popular, la que se pronunciará sobre el tema al elegir el nuevo parlamento que decidirá la reforma constitucional».

d) *Sistema de aprobación parlamentaria y refrendo por decisión del cuerpo político de la sociedad:*

En el cual «la asamblea parlamentaria adopta la reforma constitucional, la que para que tenga validez debe ser ratificada por el cuerpo político de la sociedad a través de un referéndum democrático». Señalando también el autor (p.1221):

“...En el caso de referéndum se debe garantizar la libertad para que la ciudadanía se informe de las alternativas en juego y de la exacta dimensión de la reforma constitucional sometida a su consideración y que el referéndum se realice asegurando la limpia y transparente expresión del cuerpo político de la sociedad respectiva...”

e) *Sistema de debate y aprobación de la reforma constitucional por parte de una Convención o Asamblea Constituyente:*

En la cual «una Asamblea o Convención especialmente elegida por el cuerpo político de la sociedad en forma democrática» analiza, debate y aprueba el proyecto de reforma constitucional «excluyendo al Congreso ordinario de la revisión constitucional».

La reforma constitucional es una figura propia de las constituciones escritas, según Loewenstein (1986; pp. 164-165) su expresión tiene un sentido formal y uno material: *i)* en el sentido formal es «la técnica por medio del cual se modifica el texto, tal como existe en el momento de realizar el cambio de la Constitución», lo que se refiere a la técnica utilizada para la modificación de la Constitución a través de

alguno de los sistemas por el que actúa el poder constituyente; y *ii*) en el sentido material es «el resultado del procedimiento de enmienda constitucional, esto es, el objeto al que dicho procedimiento se refiere o se ha referido», lo que se refiere materialmente al texto constitucional modificado.

De la misma manera, Loewenstein (*Ibid.*; p. 175) señala que «una reforma constitucional solamente puede efectuarse cuando se añade algo al texto existente en el momento de realizar la modificación o bien se suprime algo o bien se sustituye el texto existente por otro», puesto que, la técnica usada para la modificación parcial o general de la Constitución se aplica para (*Ibid.*; p. 176) «varios artículos o tan solo uno, una parte de un artículo, o a varias palabras, o tan sólo a una palabra».

Ahora bien, dentro de las reglas generales que exige la técnica de reforma constitucional Loewenstein (*Ibid.*; pp. 176-183) considera que debe existir:

a) *Las mayorías parlamentarias cualificadas:*

Señalando que suele establecerse por regla general que la misma sea practicada por el órgano legislativo a través de un procedimiento especial. Sin embargo, según la rigidez o no de los requisitos establecidos para que se lleve a cabo, para que señala Loewenstein puede existir ciertos peligros: *i*) si los requisitos se pueden cumplir fácilmente, la reforma constitucional «puede invitar a la mayoría parlamentaria que se encuentre en el poder a moldear la constitución según sus intereses»; *ii*) si los requisitos son muy difíciles de cumplir «que solamente pueda ser realizada en el caso de un consenso extraordinario», corre el peligro que una enmienda no pueda ser efectuada a tiempo.

Ante tales situaciones, Loewenstein afirma que la técnica que ha dejado probada ampliamente su eficacia para que se lleve a cabo el proceso de reforma constitucional ha sido la de «exigir mayorías parlamentarias cualificadas para la adopción de la ley enmendando la Constitución», elevando el grado de legitimidad de la reforma.

En muchas Constituciones señala Loewenstein se ha establecido el principio de mayoría de dos tercios, pero también, el de tres cuartos o tres quintos del consenso del parlamento. Otro de los principios ha sido que la reforma constitucional «debe ser aprobada por el parlamento varias veces en sesiones consecutivas, o repetidamente dentro de la misma sesión».

b) La participación del electorado:

Señalando que dentro del proceso de reforma constitucional debe intervenir la voluntad política midiéndose el consenso en elecciones parlamentarias, de tal modo que se deba disolver extraordinariamente el parlamento después de aprobada la reforma constitucional, que el electorado deba elegir un nuevo parlamento y que deba existir una doble aprobación de la reforma constitucional por el parlamento (p. 179):

«por una parte, la disolución del parlamento tras la aprobación de la reforma por el mismo, la celebración de nuevas elecciones y la nueva aprobación por el nuevo parlamento, y, por otro lado, la propia actitud del electorado expresada en un referéndum».

Sin embargo, también señala Loewenstein que esta técnica trae sus riesgos políticos ya que la mayoría parlamentaria podría eludir el proceso de reforma constitucional, lo que trae como consecuencia que modificaciones constitucionales que se deban llevar a cabo con urgencia sean postergadas a largo plazo conduciendo esto no pocas veces a dictar medidas anticonstitucionales que no pueden ser criticadas por la inexistencia en dichos países de control judicial.

c) El referéndum constitucional:

El referéndum constitucional es uno de los grandes aportes al derecho constitucional de la Revolución Francesa y de la doctrina de la voluntad popular de Rousseau dónde la participación inmediata del pueblo en el poder constituyente cobró fuerza. Para Loewenstein en el referéndum facultativo u obligatorio tiene lugar «una auténtica participación plebiscitaria del electorado» en el proceso de reforma constitucional, pudiendo instituirse de

dos formas: *i)* la «votación popular sobre la enmienda constitucional efectuada por el parlamento»; *ii)* la «participación del electorado a través de iniciativa popular y consiguiente votación final, tras haber expresado el parlamento su actitud positiva o negativa al respecto».

Finalmente, según Loewenstein (1986; *Teoría de la Constitución*, pp. 163-164) una buena Constitución se determina cuando esta señala que «debe gozar del mayor consenso y que ha sido elaborada de la forma más cuidadosa» siguiendo el modelo del Estado Constitucional, y en ese sentido, que la Constitución debe «presentar la situación de equilibrio temporal entre las fuerzas sociales que participan en su nacimiento», buscando lograr un equilibrio aceptable de los intereses de las distintas fuerzas sociales que se encuentran representadas a través de los partidos políticos, mostrando una concordancia en la estructura social y legal.

En relación de cómo se debe manejar la técnica constitucional dentro del proceso de reforma constitucional, el jurista Habermas (2001; p. 136-p.137) también señala una serie de recomendaciones, advirtiendo entre otras cosas, que de conformidad con el Estado Constitucional el poder constituyente del pueblo debería enriquecerse en el texto constitucional «desde el lado sustantivo de valores fundamentales (omissis) a través de “artículos de reconocimiento” o de “conciencia” o mediante elementos de preámbulos», y desde el lado procesal, respecto a las disposiciones de revisión total de la Constitución, no dejarlo abierto a la mera interpretación.

Señalando Habermas que es recomendable que se establezcan «los apartados propios de la Constitución, en lo posible, en “tres tiempos” procesales: iniciativa del pueblo, votación en los parlamentos y promulgación por el pueblo; el pueblo debería tener “después”, ya sea a través de elecciones o de un referéndum, la palabra final». De esta forma, afirma Habermas, que es posible distinguir dentro del texto constitucional –un error común en la técnica constituyente– las disposiciones relativas a la revisión total y consecuente reforma general de la Constitución, es decir, el procedimiento constituyente de reforma *per se*, respecto a las disposiciones

relativas a la revisión parcial y la consecuente modificación constitucional, que vendría siendo el procedimiento de enmienda constitucional.

Sobre cuál es el lugar político o el organismo competente para tomar la iniciativa de reforma constitucional y llevar a cabo la convocatoria, Haberle (*Ibid.* p. 173) plantea que en un Estado Constitucional la competencia no debe encontrarse monopolizada en un único detentador del poder, sino que debe estar lo más distribuida que sea posible, y en ese sentido, afirma que «todos los detentadores legítimos del poder: gobierno, parlamento y el pueblo organizado como electorado deben poder participar en ella. A través de la máxima dispersión de esta participación, la reforma constitucional realizada adquiere el más amplio consenso y, con ello, la más elevada legitimidad»

2.1.1. El momento constitucional para la iniciativa del proceso de reforma constitucional

Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución* señala que «el Estado de Derecho es aquel en el que se respetan las leyes existentes, y donde existe una veneración al *statu quo*, sin juzgar sobre los contenidos de las leyes que se obedecen» (Ref. por Cisneros; 2014, “Norberto Bobbio de la razón de Estado al gobierno democrático”, p.173), es decir, que el *statu quo* representa la rigidez constitucional, una disposición que otorga un valor jurídico superior a las leyes, que permite la vigencia del Estado de Derecho y de todos los principios y garantías que permiten la subsistencia de la democracia y de la supremacía constitucional, como también, que la Constitución no pueda ser modificada por mero capricho.

En otro aparte, señala Loewenstein (1986; p. 165) que «cada constitución integra, por así decirlo, tan sólo el *statu quo* existente en el momento de su nacimiento, y no puede prever el futuro», siendo el caso, que las constituciones suelen representar la historia del momento de la nación, su redacción es pensada para generar el orden jurídico vigente, con la esperanza que ese orden prevalezca en el tiempo, no obstante, es imposible prever los cambios que pueda tener una sociedad que puedan conducir a la necesidad de una reforma en el futuro. Por ese motivo, Loewenstein afirmaba que «en el mejor de los casos, cuando esté

inteligentemente redactada, puede intentar tener en cuenta desde el principio, necesidades futuras por medio de apartados y válvulas cuidadosamente colocados, aunque una formulación demasiado elástica podría perjudicar a la seguridad jurídica», ello tiene una razón, una Constitución no puede ser reformada para suplir la función de una ley.

Entonces, siendo la Constitución el máximo garante al *statu quo*, el cual se establece por la propia expresión de la voluntad popular, pasando a ser la Constitución la norma y el principio de toda ley, es a ella a la que todo individuo se subordina y debe obediencia. Sin embargo, aun cuando un Estado pueda estar constituido, estar apegado a los principios generales del derecho y aspire cierto nivel de seguridad jurídica, esto no significa, que, en algún momento, dicho *statu quo* no pueda romperse, pues, es inevitable que, con el tiempo y el avance de la sociedad la Constitución requiera modificaciones en su texto.

Estas necesidades se pueden observar, cuando los postulados constitucionales del Estado de Derecho ofrecen garantías basadas en la limitación del poder del Estado consecuencia de las libertades, la progresión de los derechos tras reconocer instrumentos internacionales para la preeminencia de la dignidad humana, o la desobediencia civil y la rebelión como mecanismos de sublevación legítima a la autoridad ante supuestos de incumplimiento de las funciones constitucionales, abusos de poder, usurpación de poder o de tiranía. De tal manera, que el Estado de Derecho pueda avanzar a las exigencias culturales, históricas, políticas, económicas y sociales del momento, pero también, puede autoprotgerse y desconocer situaciones de *facto* y regímenes autocráticos.

De allí que se comprenda la tesis de Hans Kelsen en *La dottrina pura del diritto* (Turín;1966) cuando afirmaba que «no puede existir un Estado sin derecho», pero, también que «no es tarea de la doctrina pura del derecho estudiar si una norma jurídica es justa o injusta, oportuna o inoportuna. La tarea de decidir si una norma es justa o injusta es de la moral, mientras que la tarea de decidir si es oportuna o inoportuna es de la política» (Cit. por Cisneros; 2014; p.170), y precisamente, en los Estados modernos existen sistemas creados con el fin de garantizar el equilibrio

político-jurídico como existen garantías constitucionales que otorgan la posibilidad de romper el *statu quo* cuando el Estado no cumple sus fines.

Aunque los Estados y el poder político surgen por la existencia de sociedades, el hecho es que, como no existe ninguna autoridad natural del hombre para que este pueda dominar sobre otros hombres; el control histórico del poder ha tenido que ver con el hecho de garantizar la convivencia de las personas sin que otros se atribuyan potestades o jerarquías no orquestadas, siendo necesaria la regulación del poder a través del derecho para poder asegurar la libertad y el respeto a toda persona humana.

Esta relación es lo que permite que una Constitución sea esencialmente rígida, a su vez, la existencia del principio de soberanía, de garantías de control político, de garantías de progresión de derechos humanos y de mecanismos de reforma constitucional, permiten una relativa flexibilización de la Constitución siempre que se respete las cláusulas pétreas y se realice en una dirección *pro homine*, por lo que un procedimiento de reforma constitucional no debe buscar otra cosa que otorgar más democracia, más libertades, mayores mecanismos para la garantía y protección de los derechos de las personas, menor intervención del Estado, buscando el equilibrio entre los intereses individuales y los intereses generales de la nación.

Ahora bien, un proceso constituyente representa mucho más que una serie de actos que conllevan a la redacción o reforma de una Constitución tras la ruptura del *statu quo*, también se trata de un proceso identitario de la nación que recoge y reproduce la realidad histórica por la que surge el proceso y las aspiraciones futuras, como bien lo interpreta Haberle (2001; p. 136) cuando señala:

“... Los constituyentes nacionales (*omissis*) deberían abordar como tal la competencia constituyente del pueblo, tanto en los preámbulos como en los artículos finales: dando, en cierto modo, un “marco” a su obra constitucional. Al hacerlo, debe describirse el proceso histórico-cultural constituyente, en el sentido del postulado de la verdad y claridad del texto constitucional, como se haya producido en la realidad, incluso cuando “instancias en realidad no competentes”, como las “fuerzas armadas” y las “potencias de ocupación” (*omissis*)

hayan intervenido y se hayan apropiado de un pedazo de la competencia que reside exclusivamente en el pueblo...”

Sin embargo, es impreciso determinar el momento que puede dar origen a una reforma constitucional, por un lado, porque en el proceso interviene el contexto político vigente, la historia constitucional y las necesidades políticas de los ciudadanos; y por el otro, porque su origen debe tener legitimidad y su realización no debe significar un atentado contra la supremacía constitucional, la democracia y la voluntad popular preestablecida.

Para Loewenstein (*Ibid.*; p. 170) una reforma constitucional: *i)* puede ser producto de la existencia de lagunas constitucionales, siendo un «complemento constitucional» surgiendo la reforma constitucional «con el fin de evitar que quede entorpecido el proceso político»; *ii)* puede ser producto del poder constituyente (*Ibid.*; p. 172), en ese caso, la competencia para la reforma constitucional no debe ser «el monopolio de un único detentador del poder» sino que «debe estar lo más distribuida posible», teniendo que participar en ella «todos los detentadores legítimos del poder, gobierno, parlamento y el pueblo organizado como electorado», adquiriendo de esta forma «el más amplio consenso y la más elevada legitimidad».

Es por ello, que el proceso constituyente debe surgir tras un pacto de la comunidad política orientado a la constitucionalización del Estado de Derecho, el progreso de la democracia, el desarrollo de la nación, el equilibrio y separación de poderes, el orden y la paz, y otros casos, ser el mecanismo para la transición democrática tras el rompimiento del orden constitucional o por la existencia de una grave crisis que los poderes constituidos no hayan podido resolver, o ser el mecanismo para la democratización del Estado en el supuesto que haya sido intervenido o irrumpido el poder por la fuerza o que se halle bajo alguno de los modelos de regímenes autocráticos, o finalmente, ser el mecanismo para la estabilización del *statu quo* del Estado que se halle bajo crisis de gobernabilidad por situaciones que deriven de la violencia.

Sin embargo, la postura del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como lo indica Carrión Machuca (*La asamblea constituyente, su legitimación y*

deslegitimación: el caso de Ecuador y de Chile; 2020, p. 17) es que el proceso constituyente de reforma constitucional debe surgir «del pacto de las fuerzas políticas para evitar confrontaciones y mantener la democracia, o ser producto del rompimiento del orden constitucional», señalando también, que la ruptura del orden constitucional debe ser motivada por una «revolución o golpe de Estado», sin que en ello prime la regulación previa del proceso constituyente.

En relación, a este último planteamiento, hay que tener en cuenta, que la denominada “revolución” es un concepto ideológico utilizado como un discurso “legitimador” para el llamado a la transformación profunda del Estado democrático en otros modelos de Estado que disminuyen o extinguen la democracia. El concepto “revolución” suele ser convocado en el discurso “legitimador” de los regímenes autocráticos para la imposición ideológica de grupos minoritarios o de intereses colectivos quienes se endosan arbitrariamente una supuesta “soberanía” en calidad de “suprema” actuando por encima del equilibrio de intereses, de la pluralidad política, el bienestar general y la libertad, conllevando al dominio del Estado por sistemas de gobierno ideológicos.

Y que, en el caso del “golpe de Estado” este persigue la toma arbitraria o por la fuerza del Poder por grupos no elegidos por el soberano que afecta negativamente el sistema democrático, por lo tanto, cualquier gobernabilidad que surja de un golpe de Estado carece de legitimidad dentro del marco constitucional, entendiéndose también, que un golpe de Estado no es lo mismo que la desobediencia civil a la autoridad cuando ésta no cumple su función constitucional, ni es lo mismo que la rebelión cuando existe tiranía, que son conceptos que legitiman la intervención de *facto* de la gobernabilidad, pues, el concepto del golpe de Estado suele expresarse equivocadamente como sinónimo de los conceptos de desobediencia y rebelión, y ello, también suele ser parte del discurso “legitimador” de los regímenes autocráticos para justificar la instauración fáctica del poder pero en realidad se trata de una falacia argumentativa.

En ese sentido, ambas posiciones no persiguen el equilibrio democrático, por el contrario, persiguen la toma arbitraria, ilegítima, violenta o por la fuerza del poder

que suelen conducir a gobiernos de facto y regímenes autocráticos, generando efectivamente una crisis de Estado por su falla o refundación bajo modelos autoritarios y totalitarios de poder, que no respetan la democracia, las libertades ni los derechos humanos.

Y aunque, en este contexto, permaneciendo el Estado fallido, se hace necesario convocar un proceso constituyente de reforma constitucional para el establecimiento de una nueva Constitución, el mismo no es posible sin que se haya generado un proceso de transición al sistema democrático que pueda garantizar el respeto a la voluntad de la pluralidad política, resultaría peligroso para la supervivencia del Estado, porque, puede derivar en un modelo de autoritarismo constitucional o en constituciones ideológicas que no representan a la generalidad de la nación, puesto que, el resultado de la expresión de la voluntad popular jamás debe dejar de ser plural, como así lo comprende Haberle (2001; p. 133):

“...El pueblo como “sujeto único” en los procedimientos materialmente preelaborados y normativos preestructurados de su poder constituyente no es contrariada por la sustitución de la tradicional “unidad de la voluntad popular” por el actual pluralismo del pueblo. El derecho del pueblo, típico del Estado constitucional, a ser único sujeto o “titular” del poder constituyente, no hace incorrecta la idea de que el pueblo es una magnitud pluralista...”.

Para garantizar la representación de la magnitud pluralista propia de un Estado Constitucional, y evitar que la nueva Constitución se construya bajo signos del pensamiento del sistema arbitrario o totalitario excluyente de la pluralidad, se debe plantear la iniciativa a un proceso de reforma constitucional tras un mecanismo de transición al sistema democrático, con el objeto de permitir su desarrollo bajo las garantías de la democracia y que el restablecimiento del orden se lleve a cabo convocando al poder originario, puesto que, en estos casos, como así lo explica Brewer-Carías (2009; *Reforma constitucional, asamblea nacional constituyente y control judicial contencioso administrativo. el caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999)*, p.323):

“Una Asamblea Constituyente cuando no es producto de un golpe de Estado o una ruptura fáctica del orden constitucional, para poder ser

convocada tiene que estar regulada constitucionalmente como mecanismo para la reforma de la Constitución”.

Es en estos casos, como situaciones excepcionales, por la existencia de un Estado Fallido provocado por la interrupción fáctica de la institucionalidad y la gobernabilidad, que se hace necesario el proceso de reforma constitucional para dar fin a la crisis de Estado, con la entrada en vigor de un nuevo orden constitucional democrático, plural y soberano que conduzca al logro de la paz, la supremacía constitucional, la seguridad jurídica, la independencia, la separación de poderes y la juridicidad, puesto que jamás puede ser pretendida la reforma constitucional como un mecanismo para fines autoritarios, pues, como indica Brewer-Carías (2009; p. 320) esta debe «garantizar la manifestación democrática de la voluntad popular en el marco constitucional, y evitar que por la fuerza o por la expresión de mayorías circunstanciales se imponga la voluntad de una facción del pueblo sobre las otras».

2.1.2. La potestad de iniciativa y el procedimiento para la convocatoria de la reforma constitucional

Una de las problemáticas que se presenta al momento de analizar la potestad de iniciativa y una fórmula para la normativización procedimental para la convocatoria de reforma constitucional, es que no existen estudios específicos en la doctrina al respecto. Ello tiene una razón, la doctrina se ha dedicado más que todo a estudiar aspectos de la reforma constitucional relacionados a su origen, su legitimidad, su función y sus límites; por lo que, cada sociedad ha autorregulado el proceso de reforma constitucional según lo que ha creído conveniente, incluyendo, los mecanismos necesarios para que tenga lugar la potestad de iniciativa y los posibles procedimientos a seguir para que dicha potestad se materialice en la convocatoria de reforma constitucional.

Lo que, de nuevo, conlleva al hecho que, un análisis de este tipo, sólo se es posible estudiando la fórmula o el mecanismo elegido por cada nación para la iniciativa constituyente en sus leyes y reglamentos, comparándolos los unos con los otros. En ese sentido, dependiendo del modelo Constitucional y la fórmula de rigidez aplicada a la Constitución, la potestad de iniciativa para la reforma constitucional se

encuentra para los modelos Constitucionales Clásicos en los propios poderes constituidos, ya sea en la persona del presidente o en el sistema parlamentario, y en los modelos Constitucionales modernos, además de los anteriores, en el pueblo o nación con el llamamiento a un mecanismo de participación ciudadana.

Otro de los puntos que se pueden ubicar en la doctrina, se refiere a la tendencia iniciada en los años 90' que tomaron en cuenta muchas naciones de Latinoamérica en sus procesos políticos, relacionada a las etapas que debe contener un proceso de reforma constitucional, la cual se encuentra prácticamente fundamentada en la doctrina del *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, como así lo hace notar Carrión Machuca (2020, p. 19), siendo estructurado el proceso de reforma constitucional de la siguiente forma:

«a) la necesidad de un proceso constituyente producto de una crisis social y política; b) un referéndum que activa el proceso constituyente; c) un referéndum de aprobación del texto constitucional; d) un producto constitucional protegido contra posibles reformas a cargo de los poderes constituidos».

Pudiéndose deducir dos cuestiones: la primera, que una vez detectada la necesidad de un proceso de reforma constitucional tras la ruptura del *statu quo*, debe surgir algún tipo de iniciativa que active el proceso constituyente, y la segunda, que esta iniciativa se materializa en un acto formal y específico como lo es el referéndum a través del cual se ejerce un mecanismo de participación ciudadana que permite medir el consenso político para la realización del proceso constituyente, por lo que, el procedimiento de convocatoria a la reforma constitucional se encuentra instituido precisamente dentro de esta fase, con el llamamiento a la comunidad política para que por voluntad general apruebe la activación del proceso constituyente y otorgue el mandato de redacción de una nueva Constitución. Siendo el caso, como afirma Nogueira Alcalá (2017; p. 331) que:

«La función constituyente se concreta en un proceso donde en una primera etapa implica el desarrollo de una iniciativa constituyente que se expresa y busca ser asumida por fuerzas sociales y políticas. En una segunda etapa, los diversos grupos y sus propuestas constituyentes se reúnen en un marco formal institucional en forma representativa y democrática. En una tercera etapa dicho cuerpo

colegiado debatirá, negociará y aprobará en asamblea constituyente un texto que recoja el consenso necesario. En una cuarta, etapa dicho texto será objeto de ratificación o rechazo por la ciudadanía del texto elaborado por sus representantes a través de un referéndum democrático».

Finalmente, para que se active el mandato de reforma constitucional a través del procedimiento de convocatoria, la voluntad política debe tener la firme convicción que existe una grave crisis, o que la Constitución que tiene vigencia para el momento histórico ha sido desconocida, rechazada parcial o totalmente, o que carece de legitimidad. De este modo, al iniciarse el proceso constituyente, por la propia voluntad del soberano se conduce el mandato para reestablecer el *statu quo* perdido y someter a la nación a un nuevo orden constitucional, convirtiéndose la nueva Constitución en el mandato vigente e irrevocable, como lo refiere de Klaus Stern (Nogueira Alcalá *cit.* Stern, Klaus, *El derecho del Estado de la República Federal Alemana*, 1997, p. 13; 2017, p.331) «la voluntad, el mandato sólo puede convertirse en derecho, si es seguido, si es reconocido, si es aceptado (“consentido”) como algo que debe tener vigencia».

2.1.3. La función del constituyente

Una vez convocado el proceso de reforma constitucional los representantes del poder constituyente serán electos con el fin único de elaborar una Constitución. Los representantes que tendrán comisionada la misión de redactar los estatutos de la nueva Constitución tienen la obligación de evaluar las propuestas constitucionales, discutir las y votar para su inclusión o exclusión en el proyecto constitucional que se someterá a referéndum.

Se debe aclarar, que esta potestad no busca que el poder de decisión del representante sea deliberado de acuerdo a sus intereses personales o caprichos ideológicos generando perjuicios o desventajas legislativas frente a otros individuos y las distintas pluralidades políticas; se trata de un privilegio comisionado por el soberano para decidir respecto a lo que más beneficia al interés general, buscando el equilibrio de lo políticamente significativo, convirtiéndolo en una ley fundamental,

protegiendo los derechos y las libertades ya consagradas, pero, también procurando los propios límites al Estado.

En ese sentido señala Haberle (2001; p. 139) que lo políticamente significativo puede variar de nación en nación, pero, de establecer un criterio explica, que el panorama empírico de las constituciones más importantes de la actualidad ofrecería al constituyente un «inventario de lo que es típico-real», es decir, de lo que se puede tipificar en una Constitución dentro del paradigma de la crisis, la historia y el estadio de cultura de la nación, y esto serviría de complemento a «los requerimientos “ideales” que hasta ahora, no pertenecen, *de facto*, al contenido típico, pero que, merecen ser tomados en cuenta por tantas Constituciones como sea posible», es decir, fungirían como «requisitos del deber ser típicos-ideales» complementando su contenido valórico.

Haberle (2001; pp. 138-139) tiene en cuenta que «la primera función de los constituyentes consiste en traducir de manera formalizada lo que es “políticamente significativo” en la dimensión de tiempo», esto implica que se establece en la Constitución el carácter de «ordenamiento fundamental», lo que va unido con el «espíritu del tiempo» y el modo en que se expresan las «esperanzas hacia el futuro, posibilidades de conformarlo, y criterios (objetivos)». De este modo señala que:

“... Un tema debe parecerle suficientemente duradero al constituyente para hacerlo objeto de regulación textual en la nueva Constitución. No cualquier cosa que se encuentre en la evolución social y estatal respectiva merece la distinción de contener un proceso de desarrollo constitucional, sino que debería dar buen resultado esta vinculación entre tradición y apertura hacia el futuro, entre estabilidad y dinámica, entre reproducción de lo existente y orientación prospectiva, entre recepción y producción...”

En otro punto, se debe comprender como señala Brewer-Carías (1999; p. 85) que la Constitución «es obra del Poder Constituyente que la sancionó, y fue ese Poder Constituyente el que organizó políticamente a la sociedad prescribiendo un régimen democrático representativo, en el cual el pueblo solo puede actuar mediante sus representantes conforme a la Constitución». De allí, si un representante del Poder Constituyente se desvía de los fines para los que ha sido

electo, dejando de ejercer su representación conforme a lo establecido en la Constitución y decide interponer sus intereses frente al interés general de la nación, se considera que deja de estar legitimada su potestad para redactar y votar en nombre del soberano, en consecuencia, pierde el elemento de la representatividad del poder constituyente.

2.2. Límites generales al proceso de reforma constitucional

La Constitución fue concebida como un mecanismo para limitación del poder absoluto, permitiendo establecer el orden jurídico que separe y distribuya el poder público y haga posible la democracia. Brewer-Carías (2009; p. 351) en ese tenor afirma que «la defensa de la Constitución es siempre defensa de la democracia entendida como el régimen político que busca asegurar que el ejercicio del poder público por el pueblo», planteando que «para asegurar que el ejercicio de ese poder no sea ni abusivo ni arbitrario» la voluntad popular somete al poder «a límites establecidos tanto en la Constitución del Estado que él mismo ha adoptado como norma suprema», por lo que, es el mismo pueblo quien previene en la Constitución los límites a sí mismos y a sus representantes, entre estos, los límites al proceso de reforma constitucional, que en palabras de Loewenstein (1986; p. 188) «trata de dilucidar si la constitución está por encima del legislador constitucional, o a su disposición».

En ese orden de ideas, Nogueira Alcalá (2012; 1222) afirma que los límites a la reforma constitucional «constituyen impedimentos que se establecen deliberadamente a la revisión de ciertos contenidos asegurados por la Constitución, imposibilitando la reforma o eliminación de dichas instituciones respetando la continuidad constitucional»; a tales efectos, las Constituciones prevén mecanismos de control constitucional de la reforma constitucional señalando que corresponde al órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional – en algunos países el Tribunal Constitucional en otros a la Corte Administrativa – «hacer efectiva la defensa de la Constitución y declarar la invalidez de dicha reforma», y en los casos, que la Constitución no prevea expresamente dicha atribución «la han configurado vía interpretativa del control de constitucionalidad de las “leyes” ».

Los límites establecidos en la Constitución a la reforma constitucional están concebidos para mantener el orden constitucional, estos regulan las actuaciones del poder constituido el cual como señala Nogueira Alcalá (*Ibid.*; 1223) según el sistema de actuación del poder constituyente establecido «por la de potestad para la revisión o reforma de la misma» puede vulnerar el contenido constitucional. Afirmando Nogueira Alcalá que «los límites a la revisión de la constitución otorgan una protección especial a la Carta Fundamental, ya que no establecen una inmutabilidad absoluta, sino sólo una reserva de procedimiento, el que dichas cláusulas solo pueden ser alteradas por un nuevo constituyente originario».

2.2.1. Clasificación de los límites a la potestad de reforma constitucional

Ahora bien, en cuanto a la clasificación de los límites a la potestad de reforma constitucional Nogueira Alcalá (*Ibid.*; 1223-1232) realiza su precisión de acuerdo con la forma en como han sido instituida la potestad en el texto constitucional, el orden jurídico del que emanen y los fines que persiguen, distinguiendo entre los límites implícitos y explícitos, los límites autónomos y heterónomos, los límites absolutos y relativos:

a) *Los límites explícitos a la potestad de reforma constitucional:*

Son aquellos obstáculos que establece el texto constitucional para la eliminación o reforma de determinadas instituciones constitucionales.

b) *Los límites implícitos a la potestad de reforma constitucional:*

Son aquellos que se deducen del texto constitucional y de sus valores y principios fundamentales, que invalidan la utilización de la reforma constitucional para destruir los principios básicos estructurales del sistema constitucional vigente.

c) *Los límites autónomos a la potestad de reforma constitucional:*

Son aquellos que emanan del propio ordenamiento constitucional, generándose así en el propio ordenamiento jurídico.

d) *Los límites heterónomos a la potestad de reforma constitucional:*

Son aquellos que derivan de un ordenamiento jurídico ajeno al derecho interno, pudiendo provenir del derecho internacional o del derecho supranacional, incidiendo y obligando al derecho interno a respetar y hacer respetar dichos límites.

e) *Los límites absolutos a la potestad de reforma constitucional:*

Son aquellos que establecen sin excepción su preservación en el tiempo por lo que no pueden ser superados por una reforma de la Constitución.

f) *Los límites relativos a la potestad de reforma constitucional:*

Los cuales solo establecen condicionamientos a la reforma de la constitucional las cuales se desvanecen por sí mismas, como son los procedimientos agravados, los límites temporales (periodo en que el texto no puede ser modificado) o límites circunstanciales (determinadas circunstancias en que no puede modificarse el texto: durante estados de excepción constitucionales o guerra externa) a la reforma, entre otros.

2.2.2. Tipologías de límites al proceso de reforma constitucional

Por su parte Loewenstein (1986; pp. 188-199) ha dilucidado ciertos tipos de disposiciones constitucionales que por lo general imponen límites a la reforma constitucional:

a) *Establecimiento de plazos de espera:*

El legislador puede ordenar que su obra no sea sometida a ninguna enmienda durante un determinado periodo de tiempo con el fin de posibilitar a la Constitución aclimatizarse y a la nación familiarizarse con ella.

Sin embargo, señala Loewenstein que, aunque esta clase de disposiciones son perfectamente defendibles sobre todo cuando su formulación se genera en un compromiso alcanzado con gran dificultad o porque pueden servir temporalmente para proteger una minoría, también, pueden producir estancamiento constitucional al no permitir la dinámica

evolutiva del orden jurídico constitucional respecto a las necesidades políticas y legislativas de la nación.

b) *Establecimiento de disposiciones intangibles:*

Las disposiciones intangibles, también conocidas como cláusulas pétreas o cláusulas de eternidad son una garantía que establece el constituyente para la preeminencia del Estado Constitucional, las mismas tienen como fin librar radicalmente de cualquier modificación a determinadas normas constitucionales.

Según Loewenstein, por una parte, son medidas para proteger concretas instituciones constitucionales, y en ese caso, se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional, y por otra parte, sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la Constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como implícitos, inmanentes u inherentes a la Constitución, y en su caso, la prohibición de reforma se produce a partir del espíritu de la Constitución.

c) *Límites inmanentes a la reforma constitucional:*

Esta clase de límites a la reforma constitucional se producen por la inmunidad que gozan ciertos valores ideológicos fundamentales, implícitos, inmanentes o inherentes a una Constitución, que, en oposición a los límites expresados en la Constitución misma, se trata de límites tácitos.

En ese sentido, señala Loewenstein que estos límites a la reforma constitucional se articulan en la teoría iusnaturalista, la cual reconoce una jerarquía o escala de valores en las normas constitucionales de derechos fundamentales, y es precisamente, en este ámbito en el que se suelen producir estos conflictos en torno al contenido ideológico fundamental de una constitución y los límites a la reforma constitucional frente la aplicación de los derechos fundamentales.

3. Límites al poder en la iniciativa a la Asamblea Nacional Constituyente

Existen distintos antecedentes en la historia constitucional dónde ha estado presente la controversia respecto de la existencia o no de límites a la iniciativa de una reforma constitucional. Entre estos, los señalados por Loewenstein (1986; pp. 195-199) cuando explica la controversia generada tras dos iniciativas populares: *i*) la iniciativa de Chavelier (1954) que según explica quería imponer límites a los gastos de armamentos en Suiza, y *ii*) la iniciativa Rheinau (1952) por la cual se quería anular una concesión otorgada a una sociedad privada por el gobierno cantonal de Schaffhausen para la construcción de una central eléctrica. Ambas iniciativas populares se presentaron bajo el mecanismo de reforma constitucional y reunieron la cantidad de firmas necesarias para dar curso a la propuesta, sin embargo, fueron rechazadas por violar los límites inmanentes impuestos en la Constitución por el constituyente.

En efecto, señala Loewenstein las iniciativas populares tuvieron su curso y fueron permitidas por el Consejo Federal, pero, rechazadas ambas en posteriores votaciones populares. Empero, en relación con la iniciativa Rheinau, el Consejo Federal rechazó materialmente la iniciativa argumentando la ilicitud de la iniciativa, sin embargo, permitió su curso hacia la Asamblea Federal en respeto al principio de la democracia señalando que (*Ibid.*; p. 196) «la democracia es el régimen político de la confianza en la inteligencia y la buena voluntad del pueblo», siendo que una iniciativa popular proviene de la voluntad del pueblo, la democracia permite en una posterior votación que el pueblo expresara su voluntad general.

Según Loewenstein, lo importante a destacar respecto a la crítica elevada por la doctrina de la licitud de las iniciativas populares, es que en ambos casos (*Ibid.*) «se intervenía en el ámbito de jurisdicción de otro órgano estatal» por lo que se violaba la separación de poderes, excediendo los límites fijados por la Constitución federal para el primer caso, y los límites de la Constitución Cantonal para el segundo, pero también, a través de la iniciativa popular se violaba la rigidez de la norma Constitucional establecida. Lo que elevó un planteamiento el siguiente planteamiento (*Ibid.*):

“...si el pueblo soberano, por medio de iniciativas y referéndums, puede efectuar una enmienda constitucional con cualquier contenido, o si al pueblo como legislador constitucional le están impuestos materialmente también límites referentes al contenido...”

Esta pregunta también surgió en un ambiente muy similar en Venezuela respecto al referéndum consultivo para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, y nuevamente, respecto a la polémica de la inconstitucionalidad de la Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente del 2017 ordenada por Nicolás Maduro. Ahora bien, Loewenstein explica que la iniciativa popular (*Ibid.*; p. 197) «ha sido frecuentemente utilizada en tiempos recientes por los partidos políticos de la oposición como un correctivo a la política», lo cual es completamente justificado en un Estado constitucional democrático para hacer frente a las prácticas abusivas de los gobernantes y las coaliciones de poder. No obstante, también explica que la controversia de Suiza cristalizó una serie de limitantes al poder constituyente del pueblo como por ejemplo (*Ibid.*):

“...la imposibilidad de hecho de ejecutar una reforma parcial, el poner en peligro la existencia nacional al reducir, por ejemplo, el potencial de defensa, la violación de la estructura de Estado de derecho, del orden fundamental democrático, de los derechos fundamentales, en especial si fuesen perjudicados el principio de igualdad y la dignidad humana, el orden fundamental federal. Todos estos «valores fundamentales» deben significar un límite impuesto a cualquier enmienda constitucional, y naturalmente también rige cuando la acción parte de las autoridades federales...”

Lo anterior es aplicable por analogía al caso de la Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente ordenada por Nicolás Maduro en los decretos N° 2.830 y N° 2.831 del 1° de mayo de 2017, la cual, según Brewer Carías (2017; *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en fraude a la voluntad popular*; p. 36) fue convocada «sin consultar al pueblo para precisamente constitucionalizar el mismo Estado Comunal rechazado por el pueblo en 2007»; pues, no sólo existe en la Constitución política de 1999 una diferenciación expresa por el constituyente respecto a quien corresponde la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente y a quien corresponde la

convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, también, existen límites inmanentes impuestos en la Constitución.

La polémica ocurrida en Venezuela en el año 2017 en torno a la inconstitucionalidad de la Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente ordenada por Nicolás Maduro en los decretos N° 2.830 y N° 2.831 del 1° de mayo de 2017, tiene que ver con el hecho que Nicolás Maduro excedió la facultad establecida en la Constitución por la cual se autoriza al presidente de la República a tomar iniciativa para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, ejecutando no la iniciativa de convocatoria, sino, fijando el procedimiento de Asamblea Nacional Constituyente y las bases comiciales, cuestiones no facultadas al presidente de la República, y que, siguiendo a Brewer Carías (2017; p. 37) la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente debe consultarse al detentador poder constituyente por ser un procedimiento de democracia participativa:

“...De acuerdo con el texto de la Constitución, al supuestamente estar montado sobre el concepto de democracia participativa, el mismo exige la participación del pueblo mediante referendo en cualquier de los tres mecanismos de reforma constitucional que son según la importancia de la reforma propuesta, la enmienda constitucional, la reforma constitucional y la asamblea constituyente.

En los tres casos, la Constitución exige que en el caso de la enmienda o de la reforma constitucional el pueblo apruebe la revisión constitucional mediante referendo aprobatorio, una vez que ha sido sancionada, (arts.341.3, y 344); o que el pueblo convoque también mediante referendo a la Asamblea Nacional Constituyente (art. 347).⁵¹ No es posible concebir que para cambiar “una coma” de un artículo, o para reformar un artículo fundamental se requiera de la participación del pueblo mediante referendo; y ello no se requiera en cambio para cambiar toda la Constitución y dictar una nueva.

Por ello, la Constitución exige que sea el pueblo el que pueda convocar una Asamblea Constituyente, pudiendo manifestarse sólo mediante referendo, y así vote también por las bases comiciales sobre la asamblea constituyente que deben garantizar el funcionamiento de la misma conforme a los valores, principios y garantías democráticas (art. 350), y entre ellas, el derecho a la democracia representativa. Ello implica que los constituyentes se tienen que elegir exclusivamente mediante sufragio universal, directo y secreto (art. 63), quedando

proscrita toda otra forma de representación grupal, sectorial, de clase o territorial ...”

Para indagar en lo ocurrido, primero, es importante distinguir entre la iniciativa y la convocatoria. Cuando se trata de la actividad legislativa o constituyente, la expresión *iniciativa* se encuentra relacionada a: la iniciativa legislativa, la iniciativa popular o la iniciativa de convocatoria. El *Diccionario panhispánico del español jurídico* (2020; RAE) define a la *iniciativa legislativa* como la «potestad para iniciar el procedimiento de elaboración de las leyes, que corresponde ordinariamente al Gobierno, al Congreso y al Senado»; y a la *iniciativa popular* como la «posibilidad, amparada en la Constitución, de que un grupo de ciudadanos inicie el procedimiento legislativo en determinadas materias», lo cual es un mecanismo de participación ciudadana que permite la participación directa del pueblo tanto para la creación de las leyes como para la redacción de normas constitucionales.

Ahora bien, la *iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente* es un juego de palabras que surgió como respuesta del constituyente a la polémica de inconstitucionalidad de la iniciativa al proceso constituyente surgida tras el Decreto Ejecutivo No. 3 de 02 de febrero de 1999 y las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia que permitieron la realización del Referéndum Consultivo para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente el 25 de abril de 1999, por cuanto, como señala Brewer Carías (2001; “*Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*”, pp. 113-120) la Constitución de 1964 no establecía la Asamblea Nacional Constituyente como un mecanismo de modificación al texto constitucional, solo la reforma general y la reforma de enmienda, ni un mecanismo que regulara el poder de iniciativa o el procedimiento de convocatoria.

Siendo incorporada la *iniciativa de convocatoria* en el artículo 348 de la Constitución de 1999, como una estipulación que permitiría a futuro al Presidente de la República la posibilidad de plantear el inicio al procedimiento que permite la posibilidad de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, evitando de este modo una futura polémica como la ocurrida en el año 1999. De este modo, quedó

estipulado el artículo 348 de la Constitución política el poder de la *iniciativa de convocatoria* a la Asamblea Nacional Constituyente:

“...la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de la dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el registro civil y electoral...”

Convirtiéndose en una facultad amparada en la Constitución que las personas, el Presidente en Consejo de Ministros, la Asamblea Nacional y los Consejos Municipales den inicio al procedimiento que permite la posibilidad para la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Sin embargo, ello no significa que estos tengan la potestad de activar la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, sino, que tienen la facultad de tomar la iniciativa para dar inicio al procedimiento que permite convocar al pueblo para que este a través del poder constituyente realice el acto jurídico por el cual se activa la Asamblea Nacional Constituyente, y este procedimiento no es otro que un referéndum consultivo a la nación, es decir, la consulta al pueblo que en función de ser el detentador del poder constituyente convoque a la Asamblea Constituyente y active el proceso constituyente.

Ahora bien, el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (2020; RAE) en una primera definición de la convocatoria señala que es «el anuncio o comunicación relativa a la inmediata reunión de un órgano colegiado que se dirige a sus miembros, con indicación del orden del día», y en una segunda definición señala que es el «anuncio público de un acto para que las personas interesadas puedan participar en el mismo». Por lo que, por analogía *la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente* se trata de un acto jurídico por el cual el poder constituyente da anuncio a la Asamblea Nacional Constituyente para que el órgano electoral proceda a fijar las bases comiciales y el posterior procedimiento para la convocatoria a elección de los constituyentes.

Sin embargo, la polémica existente respecto a la *Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente* ordenada por Nicolás Maduro en los decretos N° 2.830 y N° 2.831 del 1° de mayo de 2017, gira en torno si dentro de las facultades presidenciales se encuentra el poder de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, o mirado de otro modo, ¿quién es el depositario del poder de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente?. Puesto que, Nicolás Maduro señalando «considero un deber histórico ineludible convocar a una Asamblea Nacional Constituyente tomando como fundamento el proceso popular constituyente», decretó la convocatoria en el artículo primero del Decreto No. 2830 de la Presidencia de la República supuestamente en atribución a las facultades establecidas en los artículos 348, 347, 70 y 236 numeral 1 de la Constitución Política, señalando el decreto (SUMATE; 01/05/2017):

“...Artículo 1°. En ejercicio de las atribuciones que me otorga la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los artículos 348, 347, 70 y 236 numeral 1 *ejusdem* CONVOCO UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, ciudadana y de profunda participación popular, para nuestro Pueblo, como depositario del Poder Constituyente Originario, con su voz suprema, pueda decidir el futuro de la Patria, reafirmando los principios de independencia, soberanía, igualdad, paz, de democracia participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural...”

Como ya se analizó el artículo 348 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela sólo faculta al Presidente de la República la posibilidad de dar iniciativa a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, y el artículo 347 de la Constitución Política señala que el poder constituyente originario se encuentra en el pueblo y que es este quien tiene la potestad de convocar la Asamblea Nacional Constituyente:

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

Por lo que, la *potestad de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente* es la autoridad que tiene el pueblo como detentador poder constituyente, el cual es

un atributo de su soberanía, de dictaminar a través de un acto la orden de fijación de la Asamblea Nacional Constituyente, concepto que por analogía concuerda con la *potestad de convocar a elecciones* que se encuentra definida en el artículo 42 de ley Orgánica de Procesos Electorales, que determina también parte de la estructura del procedimiento de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente:

“...la convocatoria a elecciones es el acto público mediante el cual el Consejo Nacional Electoral fija la fecha de elección para los cargos de elección popular, en concordancia con los períodos constitucionales y legalmente establecidos.

En el acto de convocatoria, se hará público el Cronograma Electoral del respectivo proceso, el cual contendrá las etapas, actos y actuaciones que deberán ser cumplidos de conformidad con lo previsto en esta Ley.

La convocatoria se publicará en la Gaceta Electoral de la República Bolivariana de Venezuela, sin menoscabo de su publicación en medios de información masivos”.

De este modo, el artículo 347 fija un límite explícito a la reforma total de la Constitución, puesto que, de manera exclusiva limita la potestad de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente al pueblo, pero también, establece un límite inmanente a la facultad de iniciativa a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente establecida en el artículo 348 de la Constitución, puesto que, el proceso constituyente iniciado no tiene la posibilidad de continuar sin la participación del pueblo en la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

De la misma manera, el propio artículo 348 de la Constitución establece límites relativos a la facultad de iniciativa a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente condicionando al Presidente que la iniciativa debe surgir en Consejo de Ministros, a la Asamblea Nacional la Asamblea Nacional que requiere el acuerdo de la dos terceras partes de sus integrantes, a los Consejos Municipales que debe surgir en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes, y a la ciudadanía en general que debe contar con la firma del quince por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral. Al respecto, señala Brewer Carías (2017: p. 38):

“...esa convocatoria necesariamente popular de la Asamblea Nacional Constituyente (mediante referendo) es distinta a la iniciativa para que dicha convocatoria la pueda realizar el pueblo, que la Constitución le atribuye al Presidente en Consejo de Ministros, a la Asamblea Nacional con voto calificado, a los dos tercios de los Concejos Municipales, o a un quince por ciento de los electores (art. 348). Por tanto, el hecho de poder tener la iniciativa para que se convoque la Asamblea Nacional Constituyente no puede implicar que se pueda usurpar el carácter del pueblo como depositario del poder constituyente originario, y que el Presidente de la República pueda convocar directamente una Constituyente sin el voto popular expresado en un referendo...”

Otro de los límites inmanentes a la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional está establecido en el artículo 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ubicando la soberanía en *el pueblo*. Para la autora, cuando la Constitución señala la palabra *pueblo*, no puede ser entendida como la determinación de un grupo exclusivo de personas con algún tipo de distinción o privilegios respecto de otras que habiten dentro de un Estado o nación, como si se tratase de comunidades, grupos sociales, étnicos, culturales, religiosos, etc., sino, que debe ser entendido como una entidad abstracta dotada de poder político relacionado a la ciudadanía de la nación:

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

Cuando se analizó las características del poder constituyente se pudo constatar que es una potestad originaria que no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente, siendo originado por la manifestación esencial de la soberanía. De allí que sea lógico que el artículo 5 de la Constitución afirme que «la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo», y cuando el artículo 347 de la Constitución señala que «el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario», confirma al poder constituyente como manifestación soberana. Lo que permite delimitar al poder de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente se encuentra instituido intransferiblemente en el pueblo como depositario del poder constituyente.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha rescatado distintos conceptos que permiten comprender que la concepción del establecimiento de límites constitucionales al poder ha estado presente históricamente desde los propios orígenes de la idea de la Constitución, por ser una fuente de legitimidad del poder y establecer el orden jurídico aplicable, estableciendo reglas que limitan la autoridad que pueda ejercer el hombre sobre el hombre cuando el poder se encuentra constituido, pero, también, estableciendo reglas que limitan el poder a través de mecanismos de control efectivo del poder.

La gran importancia de la Constitución, además de servir de instrumento para el reconocimiento de garantías y derechos, es su función limitadora al poder. Es decir, toda Constitución representa límites al poder político constituido para impedir que quienes detentan el poder se extralimiten en sus funciones, evitando, de este modo el retorno al sistema del poder absoluto y las violaciones sistemáticas a derechos humanos.

En otro aparte, en el Estado de Derecho existen principios sustanciales que deben respetarse, puesto, que el Estado de Derecho se encuentra integrado por una serie de exigencias morales, políticas y jurídicas, así como también, converge una ética, que permite el orden jurídico al subordinarse las personas a la autoridad de la Constitución, estableciendo reglas de convivencia, la forma de actuación del Poder Público, límites tanto a las actividades del Estado y responsabilidad a las personas que administren el Poder Público, lo que proscribire la arbitrariedad y la corrupción, pero, además, hace posible la democracia, la autonomía y el libre desarrollo de los ciudadanos a través del derecho, el reconocimiento de los derechos fundamentales, la participación cívica, el debido proceso, el acceso a la justicia, entre otros principios fundamentales y garantías.

Sin embargo, aunque en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se declare en el artículo 2 como un «Estado Social, de Derecho y de

Justicia» y se encuentren en vigor en el texto constitucional muchos de los principios y garantías de las señaladas en el informe del Índice de Estado de Derecho como estándares para el cumplimiento del Estado de Derecho moderno, el hecho es que, en Venezuela existe la presencia de un régimen autocrático que utiliza los mecanismos del Estado para generar un sistema de dominación.

Obviamente este hecho, trae como consecuencia lo que señala el informe del Índice de Estado de Derecho para el año 2021, que Venezuela se encuentre en el último lugar del ranking mundial entre los 139 países evaluados (139/139), demostrando que el Estado no sólo se adhiere en un 27% a los estándares internacionales para el Estado de Derecho moderno, sino, que en Venezuela existe desigualdad ante la ley, violación sistemática de los derechos fundamentales, restricción de libertades, injusticia, fallo a la democracia, violación a la separación de poderes y la ruptura del orden constitucional.

De la misma manera la concepción de la soberanía y el poder constituyente en la autoridad del pueblo es una limitante al poder constituyente instituido y al poder público constituido. Como se analizó, el poder constituyente emana de las personas que conforman el cuerpo político de una nación quienes detentan la soberanía, siendo una potestad originaria que no deriva de ningún poder jurídico preexistente ya que se instituye en el estado más llano de la libertad de las personas.

Es por eso que todo poder jurídico instituido en la Constitución prosigue de la vinculación de la autoridad del poder constituyente. La Constitución es el resultado de la institucionalización del poder constituyente en autoridad de ley suprema al que se subroga por igual toda persona, el Estado y el gobierno, siendo el poder constituyente ilimitado en la potestad del soberano, una vez instituida la potestad para redactar o modificar una Constitución, el poder constituyente instituido encuentra límites en el respeto de los derechos individuales de las personas, por cuanto, estos son inalienables, irrevocables, immanentes e imprescriptibles.

Ahora bien, la respuesta a la interrogante hecha de si ¿existen límites al poder de iniciativa de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela?, observándose, además, que a la Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente ordenada por Nicolás Maduro en los decretos N° 2.830 y N° 2.831 del 1° de mayo de 2017, surge dentro del contexto de un régimen autocrático, sin garantías, mediante fraude constitucional y para el perjuicio del propio soberano, se encuentra en el artículo 347 el cual fija un límite explícito a la reforma total de la Constitución, puesto que, de manera exclusiva limita la potestad de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente al pueblo quien detenta la soberanía.

Pero también, establece un límite inmanente a la facultad de iniciativa a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente tanto al Presidente como a todos los demás actores en el artículo 348 de la Constitución, puesto que el proceso constituyente no tiene la posibilidad de continuar sin la participación del pueblo en la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente, quien debe refrendarla en un proceso electoral libre, transparente y democrático. A su vez, el artículo 348 de la Constitución establece límites relativos a la facultad de iniciativa a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente con el establecimiento de condiciones.

En otro punto, el carácter extraordinario del poder constituyente permite reconocer los fundamentos espurios que dieron lugar a la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, pues, más allá de su ilegitimidad e inconstitucionalidad por los vicios ocurridos en su convocatoria tras la “confusión” de la facultad de iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente con la potestad de convocatoria propia del detentador de la soberanía y la voluntad popular, procediendo Nicolás Maduro a la “convocatoria” de una Asamblea Nacional Constituyente sin la participación del resto de la comunidad política de la nación, ni la aprobación del soberano, en un acto arbitrario derivado de la usurpación de la voluntad popular.

Lo más curioso es que la Asamblea Nacional Constituyente además de haber tenido un origen arbitrario, se disuelve el 15 de diciembre de 2020 sin haberse

redactado nunca una nueva Constitución, sólo fue útil durante tres años para lograr un paralelismo institucional durante el periodo de su supuesta “vigencia” usurpando las funciones del Poder Legislativo, que funcionando bajo un carácter “plenipotenciario” legisló supuestas leyes constitucionales, una categoría inexistente dentro del ordenamiento jurídico venezolano.

La forma en como concluyó el proceso constituyente convocado por Nicolás Maduro no sólo dejó en evidencia el autoritarismo político con el que se “convocó” y “constituyó” con la colaboración del Tribunal Supremo de Justicia y el Consejo Nacional Electoral, sino, que también dejó en evidencia las intenciones de constitucionalizar las arbitrariedades de la dictadura. No obstante, la usurpación al poder constituyente ocurrida el régimen autocrático de Maduro fue insuficiente, tres años después el régimen logra lo impensable “disolver lo indisoluble” la espuria asamblea nacional constituyente del 2017, demostrando una vez más, que toda la farsa y el fraude operacional que existió tras la supuesta convocatoria, era de todo menos una Asamblea Nacional Constituyente.

Es por eso, que la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente o cualquier mecanismo de reforma constitucional jamás puede ser una vía para legitimar la dominación del poder. De la misma manera, el Estado de Derecho no puede servir de instrumento para ideologías contrarias a las que le han dado origen, ya que no se trataría de Estado de Derecho sino de un Estado Absoluto, un Estado Despótico o cualquier otro régimen autocrático.

De allí, que mientras exista la libertad existe el poder constituyente, mientras exista el poder constituyente existe la Constitución, mientras exista la Constitución existe el Estado de Derecho, mientras exista el Estado de Derecho existen las garantías de la democracia, la independencia, la separación de poderes, la justicia y el respeto a la dignidad humana, en el momento que la vigencia de alguno se ponga en duda comienza el camino a la tiranía.

REFERENCIAS

- BREWER-CARIAS, Allan R. (1999) *“Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente: Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente”*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos No. 72, Caracas. Recuperado de <http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/Brewer/L-0435.pdf> [Fecha de la consulta: 05/04/2021]
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2001) *“Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela”*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, México. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/13677.pdf> [Fecha de la consulta: 05/04/2021]
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2009) “Reforma constitucional, asamblea nacional constituyente y control judicial contencioso administrativo. el caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999)” *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 317-353, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art13.pdf> [Fecha de la consulta: 05/04/2021]
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2017) *“La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Constituyente en fraude a la voluntad popular”*, Editorial Jurídica Venezolana International Inc., Colección textos legislativos No, 56, Caracas/ New York. Recuperado de <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/06/BREWER-CARIAS-LA-INCONSTITUCIONAL-CONVOCATORIA-AN-CONSTITUYENTE-JUNIO-2017-FINAL.pdf> [Fecha de la consulta: 05/04/2021]
- BUSTAMANTE ALLARCON, Reynaldo (2018) “El Estado de Derecho: Problemas, perspectivas, contenido y modelos”, *Vox Juris*, Vol. 36, N° 2, pp. 21-36, Perú, Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6523162> [Fecha de la consulta: 18/06/2021]
- CARRIÓN MACHUCA, María Fernanda (2020) *“La asamblea constituyente, su legitimación y deslegitimación: el caso de Ecuador y de Chile”*, Editorial Hammurabi, Primera Edición, Santiago de Chile.
- CISNEROS, Isidro H. (2014) “Norberto Bobbio de la razón de Estado al gobierno democrático”, Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado Jalisco, Colección Caleidoscopio, Guadalajara, Jalisco, México. Recuperado de https://www.iepcjalisco.org.mx/sites/default/files/unidad-editorial/publicaciones/norberto_bobbio_de_la_razon_de_estado_al_gobierno_democratico.pdf Fecha de la consulta: 07/11/2021]

- CRUZ-COKE OSA, Carlos (2009) "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional", Ediciones Universidad Finis Terrae, Providencia, Chile.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Gaceta Oficial No. 36.860 del 30 de diciembre de 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006) "*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*", Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, España.
- HABERLE, Peter (2001) "*El Estado Constitucional*", Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Reimpresión 2003, México. Biblioteca Virtual de la Universidad Autónoma de México, Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/8990> [Fecha de la consulta: 07/07/2021]
- HOYOS, Arturo (2012) "El valor de la constitución en el estado de derecho actual, Instrumento para proteger y desarrollar la democracia, medio de consagrar y tutelar los derechos fundamentales, controlar el poder político, base del desarrollo económico y modelo para las relaciones internacionales", en "*El control del poder*", Tomo II. Coordinadores: Haberle, Peter, García BELAUNDE, Domingo, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Magna Ediciones, Primera Edición, 2012, Perú, pp. 743-765. Recuperado de [http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/EL CONTROL DEL PODER Tomo II.pdf](http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/EL_CONTROL_DEL_PODER_Tomo_II.pdf) [Fecha de la consulta: 16/06/2021]
- LEGAZ LACAMBRA, Luis (1951) "*El Estado de Derecho*", Revista de Administración Pública, No. 6, pp. 13-34, España, Recuperado el 21 de junio de 2021 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111840> [Fecha de la consulta: 21/06/2021]
- LOEWENSTEIN, Karl (1986) "*Teoría de la Constitución*", Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabibarte, Editorial Ariel, Segunda edición, Barcelona, España.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012) "Poder Constituyente y Reforma Constitucional: Enfoque teórico y concepción práctica al caso chileno", en "*El control del poder*", Tomo II. Coordinadores: Haberle, Peter, García BELAUNDE, Domingo, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Magna Ediciones, Primera Edición, 2012, Perú, pp. 1209-1242. Recuperado de [http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/EL CONTROL DEL PODER Tomo II.pdf](http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/EL_CONTROL_DEL_PODER_Tomo_II.pdf) [Fecha de la consulta: 16/06/2021]
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2017) "Poder Constituyente, Reforma de la Constitución y Control Jurisdiccional de Constitucionalidad", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 36, enero-junio 2017, pp. 327-349, México. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n36/1405-9193-cconst-36-327.pdf> [Fecha de la consulta: 16/06/2021]

- WJP (2021) “*Índice de Estado de Derecho 2020*”, WJP Rule of Law Index Permissions, World Justice Project, Washington, DC, USA, Recuperado de <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-INDEX-21.pdf> [Fecha de la consulta: 15/10/2021]
- HRW (2021) “*World Report 2022; events of 2021*”, Human Rights Watch 32nd Annual report, New York, NY, United States of America. Recuperado de https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2022/01/World%20Report%202022%20web%20pdf_0.pdf [Fecha de la consulta: 07/01/2022]
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE): *Diccionario panhispánico del español jurídico* (DPEJ) [en línea], Madrid 2020. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/poder-constituyente> [Fecha de la consulta: 07/12/2021].
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2017) “La soberanía, el Poder Constituyente y una nueva Constitución para Chile”, *Estudios Constitucionales*, Año 15, N° 2, 2017, pp. 167-202, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Chile. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n2/0718-5200-estconst-15-02-00167.pdf> [Fecha de la consulta: 18/06/2021]
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1921) “*El contrato social*”, traducción Fernando de los Ríos, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1921,1975, Recuperado de http://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Textos_2019-1/2019-1_Rousseau_ContratoSocial.pdf [Fecha de la consulta: 05/06/2021]
- SUMATE (01/05/2017) “*Convocatoria una Asamblea Nacional Constituyente realizada por el Presidente de la República en el Decreto N° 2.830 del 1 De Mayo De 2017, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.295 del 1° de mayo de 2017*”, Asoc. Civ. Súmate, Caracas, Venezuela. Recuperado de https://www.sumate.org/documentos/Decreto_N_2.830_del_1_de_mayo_de_2017_Convocatoria_Presidencial_Constituyente.010517.pdf [Fecha de la consulta: 05/06/2021]
- VICHINKESKI TEIXEIRA, Anderson (2014) “Los orígenes filosóficos de la noción de soberanía nacional en el contractualismo político de Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 43, 2º semestre de 2014, pp. 801-819, Chile. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-68512014000200023&script=sci_abstract [Fecha de la consulta: 21/06/2021]
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2011) “*El derecho Ductil; Ley, derechos, justicia*”, traducción Marina Gascón (1995), Título de la Edición original “*Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*”, Primera Edición (1995), Décima Edición Traducida (2011), Editorial Trotta, Madrid. Recuperado de <https://www.academia.edu/4980303/155026921-El-Derecho-Ductil-Gustavo-Zagrebelky-pdf> [Fecha de la consulta: 16/06/2021]