# CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO

*La destrucción del Estado social y democrático de Derecho con constituciones democráticas. El canibalismo constitucional*

**ROMÁN J. DUQUE CORREDOR**

Fundación Alberto Adriani
Creada el 14 de Abril de 1991

BLOQUE CONSTITUCIONAL

# CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO[1]

La destrucción del Estado social y democrático de Derecho con constituciones democráticas. El canibalismo constitucional

Caracas, 26 de noviembre de 2017

[1] Conferencia dictada en la Universidad Monte Ávila el 26 de octubre de 2017.

# I

Confieso que la realidad del país, con una Asamblea Nacional Constituyente sin convocatoria popular y que deroga la Constitución vigente sin que hubiere aprobado algún texto constitucional y que legisla en materia penal, e incluso que sustituye la representación legislativa legítima del pueblo; me llevó a revisar en el derecho constitucional comparado lo político en el constitucionalismo, o el constitucionalismo político. Que si bien, los entendidos y doctrinarios en este derecho distinguen "constitucionalismo autoritario" como una forma sofisticada de ejercer el poder por élites gobernantes de mentalidad autocrática en Estados de desarrollo democrático precario o deficitario, con fundamento en constituciones democráticas; a mi juicio, a diferencia de ellos, que lo consideran una forma de ejercer el poder; en mi parecer, quizás más realista, considero que también existe "un canibalismo constitucional".

O, en palabras más descriptivas, el que cometen quienes se califican de constituyentistas y terminan devorando el Estado social y democrático de Derecho que dicen practicar. Por tanto, haré algunos comentarios previos sobre "el constitucionalismo autoritario", para terminar precisando la antropofagia del sistema constitucional por la Asamblea Nacional Constituyente convocada por Nicolás Maduro y elegida sectorialmente en un proceso electoral en el que según el Consejo Nacional Electoral participaron supuestamente ocho (8) millones de electores, pero que según la firma Smartmatic, que manejó su sistema automatizado de votos y que se encargó de su cómputo, la diferencia entre la cantidad anunciada y la que arrojó el sistema fue al menos de un millón de electores[2]. Es decir, conforme tan contundente dictamen existió un fraude electoral, que de acuerdo con el artículo 215, ordinal 2, de la Ley Orgánica de Procesos Electorales la elección de la referida Asamblea Constituyente es nula.

[2] http://www.el-nacional.com/noticias/politica/smartmatic-denuncia-manipulacion-eleccion-constituyente_196658

## II

Encontré en el "*Derecho constitucional crítico y comparado*", de **Mark Tushnet**, de Harvard Law School, del movimiento norteamericano "*Estudios legales críticos*¨ (Critical Legal Studies), más allá de lo que llama "*concepción elitista y formalista del derecho constitucional, y en particular de la justicia constitucional*", que su visión de "*la relación de este derecho y la política, el papel de los tribunales constitucionales en un sistema constitucional y la utilización de estos tribunales para lograr cambios políticos y sociales*", lo llevo a hablar de "*constitucionalismo popular y populismo constitucional*", "*constitucionalismo y democracia*", "*constitucionalismo grueso y constitucionalismo débil*" y "*constitucionalismo autoritario y autoritarismo constitucional*".

Créanme, que estuve tentado a tratar de todos estos temas, pero, me decidí por el último, por pensar que era el más cercano a nuestra realidad, y por adentrarme en su estudio, porque encontré toda una teoría sobre un tema al cual no le había dado mayor atención.

Por eso, atendiendo la honrosa invitación que me hizo el Profesor Gonzalo Pérez de que volviera a mi cátedra de Técnica de Interpretación Constitucional, escogí el constitucionalismo autoritario, como tema de conversación para este reencuentro.

## III

En verdad que el constitucionalismo autoritario tratado analíticamente representa *una categoría* dentro del constitucionalismo.

Pero, que requiere *precisión conceptual*, para entenderlo como *una nueva forma de ejercer el poder de manera autoritaria, y, por lo tanto, de la necesidad de una teoría crítica que lo combata*.

Primeramente, es un modelo normativo intermedio entre el constitucionalismo clásico liberal y el autoritarismo, porque mantiene vínculos con la Teoría general del constitucionalismo.

Además, analíticamente no se pretende calificar un sistema de gobierno en particular, sino *una forma sofisticada de ejercer el poder por gobernantes autoritarios en Estados de democracia de baja intensidad*.

En el índice Elkins, los países con rango mayor o igual a 0.16, son considerados democráticos y los países con rango menor O.16, son calificados de autoritarios.

Constitucionalismo autoritario *es una forma de ejercer el poder basada en una Constitución de corte democrático, que en lugar de limitar el poder del Estado y de permitir el poder a las personas sin poder, es utilizada práctica e ideológicamente con fines autoritarios*.

## IV

Surge, entonces, la impresión de que este concepto de constitucionalismo autoritario es *un absurdo o un contrasentido*, porque, por contraste, constitucionalismo es limitar el poder y empoderar a los sin poder.

Esta categoría se basa, por un lado, en la tensión entre el ejercicio del poder dentro de límites no definidos, la irresponsabilidad de los gobernantes y la forma como éstos violan la Constitución escondidos bajo la Constitución, como lo afirma Roberto Niembro Ortega. Y, por el otro lado, con la idea del constitucionalismo democrático de Derecho.

La tensión, pues, entre el autoritarismo y la existencia de una Constitución democrática y la teoría del constitucionalismo, resulta una perplejidad.

Sin embargo, la doctrina considera que el constitucionalismo autoritario no es una categoría absurda.

Por el contrario, *sirve para entender y denunciar las inconsistencias entre los derechos, la separación de poderes y los valores democráticos que contiene la Constitución y las funciones de las instituciones democráticas previstas en la Constitución y el discurso interpretativo que construyen un constitucionalismo autoritario*.

Con el constitucionalismo autoritario, por el contrario, no se trata de esconder o justificar esas inconsistencias o contradicciones, *sino de entenderlo, desenmascararlo y criticar esta forma de ejercicio del poder*.

Es decir, el estudio del constitucionalismo autoritario es una herramienta de crítica de prácticas autoritarias encubiertas por una interpretación constitucionalista.

## V

En efecto, existen Constituciones de regímenes autoritarios y de regímenes democráticos que no difieren.

Difieren en que las Constituciones de regímenes autoritarios contienen pocos derechos y garantías, o menos específicos, y no hay una independencia judicial. Es el *autoritarismo grueso*. Y las Constituciones de nuevos regímenes autoritarios que utilizan los mecanismos e instituciones existentes en regímenes democráticos para encubrir y disimular las prácticas autoritarias (*autoritarismo simulado*)

Dentro de esta categoría del constitucionalismo autoritario se distingue el de los llamados "*padres fundadores",* por ejemplo, las tesis de Carl Schmitt, que planteaba que para evitar la amenaza a la paz, había que garantizar un Estado homogéneo, y que por un lado promovía la superación de la democracia parlamentaria y, paralelamente, elogiaba la dictadura, es decir, "*la dictadura*

*soberana y la dictadura comisaria*". A esta tesis se acercan las corrientes de grupos políticos que ganan el poder democráticamente para aprobar Constituciones o leyes que dificultan el pluralismo. O, la forma de gobernar autoritariamente dentro de regímenes democráticos por el discurso interpretativo de la Constitución.

En concreto, el constitucionalismo autoritario es *la categoría del constitucionalismo que permite entender y criticar la forma en que se ejerce el poder con base en una Constitución democrática en sistemas no estrictamente autoritarios, pero que no pueden considerarse democráticos*.

Al respecto debe recordarse que por constitucionalismo se entiende como una ideología (liberalismo), una teoría (principios, instituciones y controles), una narrativa (historia de las constituciones), institucionalidad (orden constitucional) e integralidad (ideología, teoría, orden e instituciones); o Neoconstitucionalismo, en palabras de Comanducci, Guastini y Pouzzolo, que se enfoca en la protección de los derechos fundamentales y en la interpretación de la ley conforme la Constitución.

Hay que distinguir, entonces, entre el autoritarismo constitucional y el constitucionalismo autoritario

## VI

Debe comenzarse precisando que el constitucionalismo autoritario:

Pone énfasis en la manera de gobernar o ejercer el poder por mentalidades autoritarias, en Estados de baja intensidad democrática, en donde la Constitución no limita el poder del Estado, o es utilizada práctica e ideológicamente de manera autoritaria.

Pone énfasis en la Constitución y en su interpretación para gobernar autoritariamente, por encima del pluralismo y de sistemas electorales justos, la centralización del poder en la Presidencia y detrimento del Congreso.

Sus características comunes son: Existencia de una Constitución con contenido democrático, pero con características como: A) Defensa de un orden determinado: revolución, por ejemplo. B) Prevalencia del sentido colectivo social o de partido: socialismo del siglo XXI, entre otros C) Prevalencia de la imposición en lugar del consenso o del disenso: El Plan de la Patria, como paradigma D) Falta de independencia judicial o subordinación judicial: colaboracionismo ideológico judicial E) Protección limitada o relativa o excluyente de los derechos humanos: La soberanía frente a la obligatoriedad de las decisiones de órganos supranacionales. F) Tendencia a un orden jurídico de defensa de la seguridad o contra el enemigo: disidencia ideológica o partidista como traición a la patria.

Entonces, ¿si estas son las características, es posible hablar de un constitucionalismo autoritario, cuando es contrario a lo que se entiende actualmente por constitucionalismo?

## VII

La verdad es porque exista Constitución con contenido autoritario o porque exista una ideología interpretativa autoritaria, se puede hablar de constitucionalismo autoritario.

Precisamente, esta es la tesis de **Mark Tushnet**.

No se podría hablar de constitucionalismo si existe una Constitución con contenido autoritario, porque no sería constitucionalismo como se le ha entendido. En este caso, se debería hablar de "*autoritarismo constitucional*.

En este, se practica la Constitución sin parámetros que permitan medir si el ejercicio del poder se ajusta al constitucionalismo.

En el constitucionalismo autoritario, existe una Constitución con un contenido democrático al cual deberían ajustarse las prácticas autoritarias del poder.

Es decir, la Constitución con contenido democrático es utilizada para legitimar y sostener sistemas y prácticas autoritarias.

O, la forma de ejercer el poder de forma autoritaria, apoyado en una Constitución democrática, pero que no se cumple, por lo que es un constitucionalismo débil.

Por otra parte, en verdad no aparece vinculado a una ideología autoritaria, porque los gobernantes se definen demócratas, pero que utilizan la Constitución y sus interpretaciones con fines autoritarios, y sus prácticas de gobierno, entonces, permitiría afirmar que el constitucionalismo autoritario se debe a una ideología autoritaria.

Donde más se hace énfasis en el constitucionalismo autoritario es en su discurso interpretativo. O, más propiamente en ver la Constitución como un discurso del poder y no solo como un instrumento del poder.

Recuérdese que la Constitución es un pacto o consenso escrito, sobre el cual los gobernantes pueden establecer un discurso interpretativo o hablado.

Es decir, echan mano del Estado de Derecho, del respeto de los derechos humanos, de la democracia, de la separación de poderes, por ejemplo, lo que da la idea de constitucionalismo, pero por sus prácticas los gobernantes no tienen en cuenta la Constitución como limitación del poder.

El discurso constitucionalista se utiliza para estabilizar o generar una creencia de legitimidad del autoritarismo, sobre todo cuando se tiene la opinión de que la Constitución no se respeta y que la proclamación del contenido democrático constitucional es superflua.

Incluso, el constitucionalismo autoritario impulsa reformas constitucionales o constituyentes con expectativas de reconocer

u otorgar más derechos, por ejemplo, en las últimas décadas en Latinoamérica, pero sin modificar la estructura vertical y central del poder, el hiperpresidencialismo del líder supremo, por ejemplo; o, sin procedimientos democráticos, o sin participación popular o fraudulentos; y si se han llevado a cabo mediante estos procedimientos, en las leyes o en la práctica no se respetan.

Estas reformas o modificaciones, o el reconocimiento de derechos humanos, la separación de poderes y algunas formas de participación popular, crean la apariencia de que se vive en un Estado constitucional; pero el poder no está limitado y tampoco controlado jurisdiccionalmente. O, las mismas instituciones constitucionales obstruyen cambios sustanciales manipulando reglas electorales o captando grupos populares.

O, consagran valores contra la corrupción y la irresponsabilidad política, o las desigualdades, que en la práctica las instituciones simulan defender pero que generan impunidad y exclusiones o discriminaciones y que hacen inefectivos los controles constitucionales.

O apelar a elecciones periódicas sin igualdad y con ventajismo, aunque la Constitución establezca reglas de imparcialidad y trasparencia electorales.

O, justificar reformas constitucionales alegando que la causa de los males es la Constitución y en la práctica se subvierte a través de leyes o de prácticas autoritarias o de decisiones de tribunales subordinados al poder.

Por todas las características expuestas, Roberto Niembro Ortega, considera que *el constitucionalismo autoritario es una fachada de ideologías autoritarias*, que se refleja en cómo se ejerce el poder bajo el manto constitucional y de un discurso interpretativo constitucional.

# VIII

La doctrina comparada concluye que más que la conceptualización del constitucionalismo autoritario, se debe señalar *una línea crítica para denunciar las prácticas autoritarias explicitas de violación de derechos humanos y antidemocráticas y sus prácticas subliminales, que son más perniciosas, como el discurso interpretativo judicia*l.

Piero Calamandrei frente al rasgo común del derecho soviético, nazista y mussoliniano, hablaba del "*rechazo del sistema normativo de los totalitarismos*". Y Mark Tushnet, ante el constitucionalismo autoritario, plantea la teoría crítica del constitucionalismo autoritario para desenmascarar su constitucionalismo

La crítica debe enfocarse, entonces, en distinguir entre el contenido del constitucionalismo y las funciones que cumple el discurso constitucionalista en el constitucionalismo autoritario. Es decir, como opera el constitucionalismo autoritario, sobre todo a través de la jurisdicción constitucional.

Según el historiador británico **Edward Palmer Thompson**, la teoría crítica del constitucionalismo autoritario, es "*exponer la farsa que se esconde detrás del discurso constitucionalista*"; como por ejemplo:

1. Incorporar derechos sin cambiar la distribución y concentración del poder centralizado e ilimitado.

2. Interpretar la separación de poderes como colaboracionismo con el poder.

3. Prever mecanismos de participación o electorales que en la práctica o a través de las leyes son obstruidos o controlados.

4. Señalar las condiciones que impiden el Estado constitucional, como vaciar de contenido las reformas o instituciones democráticas para controlar el poder.

5. Señalar los intereses particulares que son presentados como de interés general a través de reformas e interpretaciones constitucionales.

6. Denunciar el uso del discurso interpretativo legal y judicial para tratar de legitimar el autoritarismo.

7. Señalar cómo las instituciones que teóricamente sirven para limitar el poder no cumplen ese cometido.

Por mi parte, concluyo, esta primera parte, señalando que el constitucionalismo autoritario le sirve la mesa a las ideologías autoritarias, y, en el caso de Venezuela, a los antropófagos constitucionales. Los meseros o camareros en este caso ha sido los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que en base a sus torticeras interpretaciones de una Constitución democrática, han contribuido al desmantelamiento del constitucionalismo del Estado social y democrático de Derecho y permitieron lo que me he permitido denominar "*canibalismo constitucional*", o, "*constitucionalismo antropográfico*" por parte de una Asamblea Nacional Constituyente fruto de una usurpación del poder constituyente originario y de un fraude electoral. Trataré, ahora de explicar, con el funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente convocada por Nicolás Maduro de lo que vendría a ser "*canibalismo constitucional*" o "*antropofagia constitucional*". Es decir, como las interpretaciones pro dictatoriales o de constitucionalismo autoritario de la Sala Constitucional han permitido que la Asamblea Nacional Constituyente madurista termine devorando el constitucionalismo democrático de la Constitución de 1999.

## IX

Baste señalar, como muestra patente del constitucionalismo autoritario, la sentencia de la Sala Constitucional Nº 378, de fecha 31 de mayo de este mismo año, según la cual aunque

reconoce que el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario, conforme los artículos 347 y 348 del Texto Constitucional, sin embargo, admite, que un poder constituido, como lo es el Presidente de la República en Consejo de Ministros, puede convocarla directamente**,** sin que constitucionalmente se requiera un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque, según la indicada Sala, el Presidente actúa en ejercicio de la soberanía popular y que la única excepción de iniciativa popular de convocatoria es la del 15% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral. Asimismo, otra muestra de tal constitucionalismo autoritario, lo es la sentencia Nº 455 de 12 de junio de 2017 por la que declaró la constitucionalidad del Decreto Presidencial Nº 2.878, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°41.156 del 23 de mayo de 2017, de fijación de las bases comiciales para la elección de la Asamblea Nacional Constituyente, por cuanto consideró que las "Bases Comiciales" establecidas en dicho decreto respetan el concepto de la democracia participativa y el sufragio universal, directo y secreto, no obstante que la escogencia de los constituyentes se dispuso hacer en el ámbito territorial y sectorial, y no mediante el registro nacional de electores[3]. Estas sentencias de la Sala Constitucional, para no citar otras más anteriores, son evidencias del constitucionalismo autoritario, o de manipulación de la Constitución, que han servido en Venezuela, para que el Ejecutivo Nacional, ejerza su poder arbitraria e ilimitadamente, como, por ejemplo, la sentencia Nº 156, del 29 de marzo del 2017, por la que se despojó a la Asamblea Nacional de sus funciones; o la sentencia Nº 454, del 12 de junio de este mismo año, que consideró inadmisible la demanda de nulidad de la designación de los llamados magistrados exprés, supuestamente por la existencia

[3] La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia legítimo, en sentencia de fecha 25 de octubre de 2017, declaró Nulos los Decretos del Ejecutivo Nacional Nº 2.830 y 2.831 del 1 de mayo de 2017, mediante los cuales se convoca a un proceso nacional constituyente y crea una comisión presidencial dirigida a elaborar una propuesta de las bases comiciales; así como también son Nulas las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral Nº 170607-118 y Nº 170607-119 del 7 de junio de 2017, que procedió a sentar las bases comiciales y organiza el proceso que termina en la elección de los constituyentistas, y en consecuencia la ineficacia de la Asamblea Nacional Constituyente y de todos los actos dictados por ella, por haber ocurrido un fraude constitucional.

de cosa juzgada, y, las famosas sentencias 155 y 156, de 28 y 29 de marzo, respectivamente, ambas de este año de 2017, por las que se cercenaron facultades constitucionales de la Asamblea Nacional, que, incluso fueron asumidas directamente por la nombrada Sala y que además eliminó las inmunidades parlamentarias; y, que dicha Sala reformó, a petición del Ejecutivo Nacional, mediante Autos de fechas 1º de abril de 2017, pero sin desdecirse de lo relativo a la perdida de la inmunidad parlamentaria por supuesto desacato a las sentencias de la mentada Sala, o de sus poderes supra constitucionales[4].

Pues bien, la Asamblea Nacional Constituyente convocada ilegítimamente por Nicolás Maduro, ha procedido como un poder dictatorial, en base al Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, asumiendo la casi totalidad de

las funciones de los poderes públicos, fundamentalmente de la Asamblea Nacional, dictando "leyes constitucionales", entre otros actos que exceden los limites de un poder constituyente democrático, al igual que sustituyendo a los consejos legislativos estadales al imponer a los gobernadores electos un juramento ante dicha Asamblea, que ciertamente no representa al electorado que eligió a dichos gobernadores. Asimismo, más allá de su función de elaborar una nueva Constitución, esta Asamblea, atribuyéndose un carácter originario, aunque no fue convocada por el pueblo, y, función supraconstitucional, ha dictado actos como los de la creación de una Comisión de la Verdad; la subordinación de los Poderes Públicos; el nombramiento de altos funcionarios del Estado, como el Fiscal General de la República; la usurpación de la función legislativa de la Asamblea Nacional al dictar una "Ley Constitucional que crea la Comisión para la Verdad, la Justicia, la Paz y la Tranquilidad Pública", y la usurpación de la función electoral del CNE, al "reprogramar" las elecciones a Gobernadores. Asimismo, la de eliminar la inmunidad parlamentaria. Y

[4] El abogado José Vicente Haro enumeró once (11) sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que son ostensiblemente muestras de constitucionalismo autoritario (http://noticierodigital.com/forum/viewtopic.php?t=26423).

recientemente, el Presidente Maduro acudió a esta Asamblea para presentar ocho proyectos de Ley en materia económica, como si esta tuviera función legislativa para sancionarlas.

Considero que esta forma de ejercer un supuesto poder constituyente originario y supraconstitucional, por parte de quienes se dicen constituyentes, termina por devorar el sistema democrático previsto en nuestra Constitución vigente, de 1999, y, por supuesto, la forma jurídica política del Estado social y democrático de Derecho y de Justicia diseñando para nuestra República. Para ello, me referiré a cómo la susodicha Asamblea Nacional Constituyente madurista ha destruido las bases del poder constituyente y del constitucionalismo democráticos.

## X

Vale la pena recordar, que poder constituyente es el poder que tiene la atribución de establecer la norma fundamental del ordenamiento jurídico dando origen a un Estado y a su sistema político y, posteriormente, de decidir sobre su derogación. Este poder es ejercido para constituir o fundar un nuevo Estado, crear su Constitución o derogar la Constitución vigente. Por eso se le denomina poder constituyente primario. Su titular es el pueblo, entendido como "todos los ciudadanos y ciudadanas" (Sala Constitucional, Sentencia del 22-01.2003), que ejerce a través de asambleas constituyentes, elegidas en su representación, mediante elecciones libres, universales, directas y secretas (arts. 5, 39, 40, 62, 347 y 350, constitucionales). De manera, que el poder constituyente primario es el poder que tiene el pueblo para transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución que no lo tiene ningún poder otro poder público (Art. 347, constitucional). Por tanto, es la voluntad originaria, soberana, suprema y directa que tiene el pueblo para constituir un Estado dándole una personalidad al mismo y su organización jurídica y política, conforme los valores superiores que la sociedad ha consensuado. Por otra parte, para el ejercicio de

este poder se requiere un procedimiento diferente al de las leyes o al de cualquier acto de otro poder, porque su titular es el pueblo o nación y no un órgano del poder público. De manera que si es un poder originario y único no puede encontrar fundamento fuera de la voluntad del pueblo. En consecuencia, su definición como poder primario le viene dada por su legitimidad, por lo que mientras se trate en verdad de este poder no posee más límites formales o materiales que los establecidas por el propio poder primario al regular su formación y funcionamiento en la Constitución que se pretende sustituir.

Ahora bien, su titular es el pueblo y por ello el poder constituyente primario es el poder que tiene el pueblo para transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución (Art. 347, constitucional), que no lo tiene ningún otro poder público y ni siquiera un porcentaje de electores. Se trata del poder de dar a la sociedad una organización política-jurídica y de revisar la misma cuando así lo decida soberanamente, porque su modificación significa una revisión de los principios que la sociedad acogió consensuadamente. Por eso, su convocatoria solo corresponde al pueblo mismo y no a los poderes constituidos (Art. 347, constitucional). Ese poder es el de la sociedad de darse una organización política-jurídica y de revisar la misma cuando así lo decida soberanamente, porque su modificación significa una revisión de los principios que esa sociedad acogió consensuadamente. Quede claro, por otro lado, que el poder constituyente primario no es el soberano, sino que su titular es el soberano, es decir, todo el pueblo (Arts. 5° y 347, constitucionales). Soberano no es la asamblea constituyente constituida, sino el pueblo quien tiene la capacidad de constituirla. Por tanto, si bien la asamblea constituyente no tiene limitaciones para su funcionamiento, el soberano si puede establecerle límites a su poder primario de reformar o derogar la Constitución mediante principios, garantías y derechos inderogables, así como procedimientos para su convocatoria y funcionamiento. Por ejemplo, el soberano al decidir convocar la constituyente en

1998 le estableció límites en la Base Octava comicial del respeto a la soberanía popular, a los principios y valores republicanos, el cumplimiento de tratados internacionales, la progresividad de los derechos humanos y de las garantías democráticas. Y, asimismo, el soberano los estableció en la Constitución de 1999 en su artículo 350 para las futuras asambleas constituyentes posteriores.

Desde otro orden de ideas, el poder constituyente originario es el que aparece primigeniamente y le da origen al ordenamiento político, que crea la primera Constitución de un Estado o el que lo transforma o refunde**.** Y una vez cumplida su labor desaparece; pero como la consolidación de un Estado requiere continuidad, el poder constituyente primario prevé un órgano para que se encargue de la reforma de la Constitución, conforme al procedimiento que establezca al efecto. A este órgano se le denomina poder constituyente derivado, pero del cual sigue siendo titular el pueblo.

Por sus características, la asamblea constituyente de 1998, jurisprudencialmente se le dio carácter originario y no derivado, porque la Constitución de 1961, no previa tal asamblea, por lo que la asamblea constituyente que se contempló después en la Constitución de 1999, en los artículos 347 y 348, en concordancia con sus artículos 333 y 350, es un poder constituyente derivado y no originario. A pesar de su carácter originario, sin embargo, la Base Octava Comicial del proceso constituyente de 1998, estableció límites materiales a ese poder originario, como ya dije, de respeto a la soberanía popular, a los principios y valores republicanos, al cumplimiento de tratados internacionales, a la progresividad de los derechos humanos y a las garantías democráticas.

Por su parte, la Sala Constitucional, en sus sentencias del 22.01.2003 y 07.08.2006 señaló que el artículo 350 estableció límites generales a las asambleas constituyentes. La característica, pues, del poder constituyente derivado es la de un poder que coexiste con los otros poderes, y cuya creación se atribuyó al pueblo como soberano y no a estos poderes, y además, al que se

le establecieron límites formales y materiales para su formación y funcionamiento, como se desprende de los artículos 347 a 350 de la Constitución. Además, el poder constituyente originario de 1999 estableció procedimientos de reforma constitucional sin la característica de una asamblea constituyente, como los de enmienda y reforma, pero sujetos a la aprobación del pueblo. Estos son los poderes constituyentes delegados, porque surgen de la iniciativa de un grupo de electores o de los otros poderes, pero el pueblo conserva la titularidad del poder constituyente al sujetar las enmiendas o reformas a su aprobación mediante referendos y, sobre todo, al reservarse el derecho de convocar la Asamblea Nacional Constituyente para derogar y promulgar una nueva Constitución.

## XI

Los poderes constituidos son expresión de la voluntad del Poder Constituyente primario para la organización política de la sociedad. Por ello, se les denomina poderes constituidos, por lo que están limitados y regulados por la voluntad del poder constituyente, respecto de las reformas o enmiendas constitucionales y de la convocatoria de procesos constituyentes. Por ello, solo un poder constituyente primario puede decidir reestructurar el Estado, y por ende, los poderes constituidos.

Por ejemplo, el poder constituyente de 1999 creó el poder ciudadano y el poder electoral. El poder constituyente primario es ilimitado en cuanto es la expresión de una potestad suprema del poder público que es la soberanía popular. Por el contrario, el poder constituyente delegado o derivado es una creación del poder constituyente primario, después de fundado el Estado y su estructuración es establecida en la norma fundamental, por lo que por su propia naturaleza de delegado, es limitado, aún en el caso de reforma total de la Constitución, como poder derivado del poder originario.

El poder constituyente delegado solo tiene capacidad para la reforma constitucional, pero no para derogar la Constitución,

porque ello incumbe al poder constituyente originario y no al poder constituyente delegado y mucho menos a los poderes constituidos. Por eso, cuando el poder constituido viola el principio de limitación del poder de revisión o de reforma, para elaborar una nueva Constitución, convocando directamente la Asamblea Nacional Constituyente para derogar la Constitución vigente, realiza un "*fraude a la Constitución*". Estos fraudes fueron prácticas utilizada por los gobiernos fascistas en Italia y nazista en Alemania, que trasformaron estados constitucionales en regímenes radicalmente distintos, bajo apariencia de reformas constitucionales dictadas por supuestos poderes constituyentes originarios.

Lo importante, es que después de promulgada una Constitución, el poder constituyente que ésta prevé se trata de un órgano creado por la Constitución, por lo que no puede ejercer un poder ilimitado, porque ello corresponde al pueblo soberano y este puede imponerle limites formales y materiales. Por ser un órgano de revisión o reforma constitucional, establecido por la propia Constitución, su validez la fija su legitimidad de origen. Y por ser un órgano derivado, su poder de de revisión y de reforma constitucional, están impuestas por el régimen político establecido en la Constitución.

Por otra parte, en el derecho constitucional moderno, propiamente democrático, el orden jurídico universal impone el respeto a la progresividad de los derechos humanos, en virtud de su progresividad e inalienabilidad. En el orden de ideas expuesto, el poder constituyente originario de 1999 estableció límites materiales a las asambleas constituyentes futuras en el artículo 350 constitucional, tanto respecto de su convocatoria, como con relación a las materias intangibles, que fueron consensuadas por el pueblo al aprobar por referendo la vigente Constitución de 1999.

## XII

Visto lo anterior, Nicolás Maduro usurpó del poder constituyente originario al convocar directamente una Asamblea Constituyente para derogar la Constitución vigente y la fijar sus bases comiciales. Y en ese orden de ideas, la Sentencia 378 de la Sala Constitucional del 31 de mayo de 2017, desconoció el carácter derivado de la Asamblea Constituyente de Maduro y los límites formales y materiales impuestos por el poder constituyente originario en el artículo 350 de la Constitución. Y, además, contradijo sus sentencias del 22.01.2003 y del 07.08.2006, respectivamente. Por otra parte, las bases comiciales impuestas por el mismo Maduro, constituyen una regresión de los derechos políticos. En efecto, limitan el derecho de participación ciudadana al restringir el derecho de libertad de postulación y de elección; afectan seriamente el derecho al sufragio universal y rompen el principio de la igualdad del voto; atribuyen a la Asamblea Constituyente poderes absolutos por encima de los límites establecidos en los artículos 350 y 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 19, 22, 23 y 3, todos de la Constitución. Por ello, la convocatoria de la constituyente de Maduro al violar el principio de limitación del poder constituyente derivado para elaborar una nueva Constitución, es un fraude a la Constitución**.**

## XIII

Desde otro punto de vista, la Asamblea Constituyente madurista no tiene poderes absolutos, porque sobre las bases comiciales privan los límites establecidos en la Constitución, que son los que legitiman el ejercicio de su poder constituyente derivado. Las fuentes de donde derivan esos límites son: el Preámbulo constitucional; los artículos 350 y 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 19, 22, 23 y 39, de la Constitución; la Base octava comicial de la constituyente de 1999, recogida en el artículo 350 constitucional, del respeto a la soberanía popular, a los principios y valores republicanos, al cumplimiento de tratados internacionales, a la progresividad de los derechos humanos y a las garantías democráticas. Y al respecto, debe recordarse

la doctrina vinculante de la Sala Constitucional que estableció límites generales a las asambleas constituyentes de respeto de derechos fundamentales, división de poderes, progresividad de derechos humanos y a la democracia, en sus Sentencias de fecha 22.01.2003 y 07.08.2006, respectivamente. Asimismo, son limites al poder constituyente de Maduro, el principio de la separación de poderes, contemplado en el artículo 136, constitucional, al igual, como se dijo, el principio de progresividad de los derechos humanos, que se deriva de los artículos 19, 23 y 350, de la misma Constitución, que entre otros motivos, implica el respeto a los tratados internacionales. Igualmente, otros límites son el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, consagrado en el el artículo 140, constitucional; los valores republicanos como el federalismo, el gobierno democrático, electivo, descentralizado, alternativo, pluralista , responsable y de mandatos revocables, a que se contrae el artículo 6, de la Constitución.

Lo explicado pretende demostrar como en materia del derecho constitucional, el constitucionalismo autoritario y el fraude a la Constitución, fundamentalmente las interpretaciones favorables a mentalidades o ideologías autoritarias, se convierten en un canibalismo o antropofagia constitucional, porque el sistema de constituciones democráticas termina siendo comido o devorado por la propia jurisdicción constitucional o por asambleas constituyentes ilegitimas.

En consecuencia, una Constitución elaborada por una Asamblea Constituyente ilegítima rige por la fuerza y no jurídicamente y constituye un Estado de Derecho aparente, por lo que por su ilegitimidad carece de juridicidad y, por lo tanto, no obliga. Y, en ese orden de ideas, los artículos 25 y 138 constitucionales consagran la resistencia pasiva frente a los actos violatorios de los derechos y garantías constitucionales. Por su parte, el artículo 350 constitucional reconoce el derecho natural a la resistencia pasiva y activa contra cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticas y

menoscabe los derechos humanos. Y el artículo 333 constitucional permite que, en un cambio político, mediante un decreto o un acuerdo legislativo o político se declare vigente la Constitución de 1999 en lugar de la aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente ilegítima de Maduro.

## XIV

Ustedes, me preguntarán, ¿y ahora qué hacemos? Por mi parte, al igual que Piero Calamandrei, en su conferencia en Florencia, del 27 de enero de 1940, en pleno fascismo, cuando terminaba su conferencia sobre la Justicia, y se le interrogaba que debía hacerse ante la ilegalidad reinante y la arbitrariedad, decía: "*para retomar el camino hacia la justicia, hace falta reconstruir antes el instrumento de la legalidad y de la libertad". ¿Somos los precursores del porvenir, o los conservadores de un pasado en disolución*? Y ¿qué hacer?, entonces, TENER FE EN EL DERECHO, que tarde o temprano se impondrá

.