

EL CONTROL JUDICIAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Rafael J. Chavero Gazdik

Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional
Universidad Central de Venezuela
Universidad Católica Andrés Bello

INTRODUCCIÓN

Una vez más la política parece haber interceptado al derecho. Al igual que ocurrió con el caso relacionado con la convocatoria al referendo revocatorio presidencial de 2004¹, otra vez la Sala Constitucional le da la espalda a la justicia, ahora desatendiendo una obligación cardinal: el control constitucional *tempestivo* del muy cuestionado Proyecto de Reforma Constitucional, presentado por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional y sancionado por ésta en fecha 2 de noviembre de 2007 (en adelante “PRC”).

En una avalancha de sentencias dictadas en el mes de noviembre de 2007, la Sala Constitucional (en adelante “SC/TSJ”) rechazó una buena cantidad de acciones y recursos destinados a cuestionar la constitucionalidad del PRC. En la mayoría de esas decisiones se declara la “*improponibilidad*” de las acciones, en virtud de que se trata de un acto normativo “no perfeccionado”, que “no puede producir efectos jurídicos externos y, por lo tanto, no es posible controlar jurisdiccionalmente *a priori* su contenido”². Es decir, en criterio de la SC/TSJ, no puede controlarse el PRC antes de su consulta refrendaria aprobatoria, lo que quiere decir que sólo después de consultada al pueblo es que podría revisarse su apego a los límites formales y materiales consagrados en la Constitución.

¹ Hemos afirmado en otra oportunidad, que con motivo de la convocatoria a referendo revocatorio del Presidente de la República, en el año 2003, la Sala Constitucional dio un golpe de Estado “institucional”, al desconocer su propia jurisprudencia y la letra misma de la Constitución, para así dilatar ilegítimamente un proceso electoral solicitado por un grupo importante de ciudadanos. Véase, al respecto, la obra colectiva “*La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*”, Editorial Aequitas, Caracas, 2004.

² Véase, entre otras, sentencias del 22.11.07 y 27.11.07, casos: *Rafael Contreras Millán* y *Alberto Nieves Alberti*.

A diferencia de lo que ocurrió en el caso del referendo revocatorio de 2004, donde la SC/TSJ estiró insólitamente sus competencias para asumir una controversia electoral que se encontraba en curso; en esta oportunidad más bien reduce o esquivo sus funciones, para evitar el control judicial del PRC antes de ser sometido a consulta refrendaria. Pocas veces –por no decir nunca– habíamos visto a la SC/TSJ autolimitarse en el alcance de sus funciones.

Como consecuencia de la posición fijada por la SC/TSJ, los venezolanos tuvimos que participar en una consulta refrendaria claramente contraria a los principios fundamentales establecidos en nuestra Constitución y sin haberse seguido el procedimiento debido³, lo que habría podido implicar su aprobación en caso de haber resultado favorecido dicho PRC por una mayoría de electores. Sin duda, un nefasto precedente que abre las puertas a la posibilidad de someter a consulta cualquier aberración jurídica.

En las presentes líneas nos permitiremos abordar, muy brevemente, dos puntos relacionados con el control judicial de los mecanismos de modificación constitucional: i) el alcance del control judicial; y ii) la oportunidad en que debe realizarse este control judicial.

I.- EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS MECANISMOS DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

El Derecho Constitucional comparado muestra diversos ejemplos de límites expresos al poder constituyente reformador, los cuales suelen ser objeto de control judicial. Algunas de estas limitaciones son de carácter *sustantivo*, otras de carácter *adjetivo* y algunas de carácter *temporal*.

³ Suficientes argumentos existen en esta obra colectiva para concluir en la clara violación de los principios fundamentales contenidos en el PRC. Sin duda, se trataba de un cambio radical no sólo de nuestro Texto Fundamental, sino también de nuestra historia republicana.

Para utilizar algunos ejemplos, podemos observar como las Constituciones de El Salvador, Guatemala y Honduras establecen límites expresos sustantivos, cuando rechazan la posibilidad de modificar la prohibición de reelección presidencial, en defensa del principio de alternabilidad. Se trata de límites expresos de carácter sustantivo. En otros casos, las limitaciones son menos precisas, pues buscan evitar que se puedan modificar “la forma republicana”⁴, o los “principios fundamentales de la Constitución”⁵. Pero lo importante de estas limitaciones es que establecen prohibiciones a ciertos temas que podrían ser abordados por una reforma constitucional.

También hay Constituciones, como por ejemplo la de Honduras, donde se prohíben expresamente que se pueda modificar el procedimiento de revisión o reforma de la Constitución (artículos 373 y 374), es decir, se impone una limitación expresa de carácter *adjetivo*. Y hay Constituciones donde se prohíben que se puedan realizar modificaciones a su texto dentro de un determinado período de tiempo (por ejemplo 10 años)⁶, o durante una situación determinada (p.e. estados de excepción)⁷, lo que constituyen límites expresos de carácter *temporal*.

En el caso venezolano, nuestra reciente historia constitucional ha mostrado cambios sustanciales. Así, la Constitución de 1961 contenía dos mecanismos a través de los cuales podía modificarse su texto: enmienda y reforma. Sin embargo, esa Constitución no establecía límites o parámetros expresos para el uso de uno y otro mecanismo, de allí que era enteramente discrecional para el proponente de la modificación, la determinación del alcance de las modificaciones planteadas. Bajo ese régimen constitucional, el único control

⁴ Por ejemplo, las Constituciones de Francia, Portugal, Brasil, Honduras, Guatemala, entre otras.

⁵ Por ejemplo, las Constituciones de Noruega, Portugal, Venezuela, entre otras.

⁶ Por ejemplo, las Constituciones de Portugal, Paraguay, entre otras.

⁷ Por ejemplo, las Constituciones de Portugal, Francia, Bélgica, entre otras.

judicial admitido para los procesos de modificación era, en principio, el procedimental⁸.

En la Constitución de 1999 se introdujeron cambios importantes con relación a los mecanismos formales de modificación constitucional. Así, entre otras modificaciones, se agregó el mecanismo de la Asamblea Nacional Constituyente, se estableció la posibilidad de que un número de electores solicitaran la activación de los distintos procedimientos de modificación constitucional y se establecieron límites y parámetros para cada uno de los distintos mecanismos de modificación constitucional.

Concretamente, de acuerdo con la vigente Constitución de 1999, tanto la enmienda como la reforma no pueden alterar la estructura fundamental de la Constitución, ni modificar sus principios fundamentales. Ello, debido a que se determinó que cualquier modificación sustancial de la Constitución debía tramitarse a través de un procedimiento más plural y complejo, como es el de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual fue, precisamente, el que se utilizó para elaborarse la Constitución de 1999.

Esto quiere decir que la propia Constitución de 1999 puso límites expresos y materiales a los procedimientos de reforma y enmienda constitucional. El alcance del contenido de éstos ya no queda a discreción del proponente, sino que tiene como límite la no alteración de la estructura y principios fundamentales de la Constitución. Utilizando los términos del constitucionalismo tradicional, se trata de aspectos intangibles para el poder constituido, toda vez que el poder constituyente ha reservado para el poder

⁸ Decimos “en principio” debido a que para muchos autores existen cláusulas de intangibilidad tácitas en toda Constitución, lo que permite controlar judicialmente cualquier intento de modificación de aspectos sustanciales de un determinado Estado de Derecho. Véase, al respecto, DIAZ RICCI, Sergio M. “*Teoría de la Reforma Constitucional*”, UNAM, Buenos Aires, 2004.

originario –el cual sólo se expresa en una Asamblea Nacional Constituyente- las transformaciones sustanciales del texto constitucional.

Adicionalmente, la Constitución de 1999 estableció, expresamente, las formalidades que debía seguir la Asamblea Nacional para discutir y aprobar el PRC, lo que implica que nuestro Texto Fundamental también ha impuesto limitaciones formales al mecanismo de reforma constitucional.

Y la lógica consecuencia del establecimiento de estos límites expresos (sustantivos y adjetivos) en algunos mecanismos de modificación constitucional es que el órgano(s) judicial encargado de la defensa de la Constitución debe controlar que el proceso de reforma constitucional, tanto en sus aspectos sustantivos como adjetivos, se adapte a los términos y limitaciones impuestos en el Texto Fundamental. Y en caso que ello sea así, deberá suspender o anular cualquier intento de modificación contrario a la Constitución.

Esta circunstancia no la discute la SC/TSJ, la cual ha admitido en las decisiones referentes a las impugnaciones del PRC⁹, que el principio de universalidad del control constitucional de los actos del poder público permite la revisión judicial de los mecanismos de modificación constitucional, al tratarse de un acto dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución. El punto controversial es en relación al momento en que puede (o más bien debe) ejercerse ese control judicial.

II.- LA OPORTUNIDAD PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS PROYECTOS DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

Corresponde ahora verificar brevemente el momento oportuno o más adecuado para ejercer el control constitucional de un proyecto de modificación

⁹ En particular, en la sentencia del 27.11.07, caso: *Alberto Nieves Alberti*.

constitucional. Así, con motivo del PRC analizado se presentaron distintos tipos de recursos desde el mismo momento en que el Presidente de la República anunció su intención de reformar la Constitución, hasta luego de aprobado el PRC por la Asamblea Nacional. Y seguramente, de haber sido aceptada por el pueblo, también se hubiesen ejercido acciones después de consultada popularmente. Por ello, es imprescindible dilucidar ¿Cuándo es el momento oportuno para controlar judicialmente un proyecto de modificación constitucional?

Como hemos visto, la SC/TSJ no discute la posibilidad de controlar los proyectos de modificación constitucional. Sin embargo, la mayoría de los magistrados que la conforman entienden que la revisión judicial sólo puede realizarse una vez que se ha ejercido la consulta popular sobre el proyecto de enmienda o reforma. Pareciera predominar el criterio de que una votación popular puede avalar cualquier transgresión constitucional (“voto mata Constitución”).

A nuestro juicio, esta posición olvida el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el cual implica que la justicia sólo es útil cuando llega a tiempo, y es obvio que el control judicial *post mortem* de una reforma inconstitucional deja mucho que desear de nuestro Estado de Derecho. Es simplemente inaceptable que se someta a consulta refrendaria una enmienda o reforma que exceda los límites expresos sustantivos o adjetivos establecidos en la propia Constitución. Como diría DE VEGA, ello sería simplemente una estupidez¹⁰.

Con este criterio sostenido por la SC/TSJ, habría que admitir que sería posible que un 15% de los electores presente ante el Consejo Nacional Electoral un proyecto de enmienda constitucional, donde se proponga la pena de muerte de los adversarios políticos de un gobierno. Según la tesis restrictiva de la SC/TSJ,

¹⁰ DE VEGA, Pedro, “La Reforma Constitucional”, en AA. VV.: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*.

aún ante este disparate, habría que esperar el resultado de la consulta popular, y si esta favorece la propuesta, habría que esperar que rodaran las cabezas para poder someter a control judicial tan absurda propuesta.

En este sentido, resultan muy atinados los votos salvados de los magistrados Cabrera y Rondón. El primero afirmó, entre otras cosas, que hasta por el principio de economía procesal es necesario que la SC/TSJ impida el desarrollo de un proceso que nació viciado¹¹. Fue muy contundente al afirmar que un proyecto de enmienda o reforma es muy distinto a un proyecto de ley, pues la Constitución exige la determinación del alcance de la modificación, a los fines de verificar si se alteran o no principios fundamentales.

En el mismo sentido, el magistrado Rondón fue muy claro al alertar que una aprobación por referéndum popular no podría convalidar una inconstitucionalidad. Resulta perfecto el símil que éste realiza con las causales de inelegibilidad de un candidato, pues si éste no puede ser elegido no es necesario esperar votación alguna. Nos adherimos plenamente a la tesis del magistrado Rondón, quien entiende que para este tipo de casos resulta necesario ampliar todas las posibilidades de control judicial, pues está en juego nada más y nada menos que una Constitución. Aquí es cuando la tutela judicial tiene que ser mucho más efectiva.

A nuestro juicio, el momento oportuno para ejercer el control constitucional de un proyecto de enmienda o reforma es luego de aprobado por la Asamblea Nacional (de ser el caso¹²) y antes de que este se someta a consulta popular.

¹¹ Y hasta por el principio de austeridad, pues hay que ver la cantidad de recursos que deben gastarse para una consulta popular de esta magnitud. Todo lo que se habría ahorrado el pueblo de Venezuela si se hubiese ejercido a tiempo, y con objetividad, el respectivo control constitucional.

¹² Decimos de ser el caso, pues para las solicitudes populares de enmienda la Constitución no se exige la intervención de la Asamblea Nacional, de allí que puedan presentarse directamente ante el organismo comicial.

Antes no tendría sentido, pues la Asamblea podría modificarlo o rechazarlo; y después podría ser muy tarde o innecesario.

Cuando decimos que el control *a posteriori*, es decir, luego de sometida a consulta, puede ser muy tarde, lo decimos por el hecho de que una reforma inconstitucional no puede convalidarse por la votación popular. Además, la sola aplicación de una reforma inconstitucional avalada popularmente puede ser fatal para el desarrollo institucional de un Estado. Y decimos que puede ser innecesario, pues de rechazarse el proyecto no habría necesidad de controlar absolutamente nada.

De hecho, con la tesis expuesta por la SC/TSJ los venezolanos nos quedamos sin una decisión sobre el fondo de un asunto tan trascendente, pues luego de rechazado popularmente el PRC no podría someterse a control judicial, pues ya dejó de ser relevante jurídicamente, al haberse rechazado su aprobación. Es decir, ante un tema tan polémico como el contenido en el PRC, nos quedamos sin conocer, por parte de la SC/TSJ si se estaba alterando o no nuestros principios fundamentales.

Si bien hay casos de Derecho Comparado donde se ha admitido el control constitucional *a posteriori*, ello no significa que este deba ser el momento más oportuno¹³. Ello sería, en todo caso, un mal menor, como fórmula de impedir la continuación del caos, pero es obvio que éste siempre hay que evitarlo. Por ende, el control constitucional tiene que ser *a priori*, de modo de evitar someter al pueblo a la indignación de votar por un proyecto jurídicamente inaceptable.

Y no sólo que el control judicial tiene que ser antes de la consulta popular, sino que el procedimiento debería ser urgente y expedito, de modo de obtener una

¹³ Véase, por ejemplo, el caso *Fayt, Carlos vs. Estado Nacional*, sentencia de la Corte Suprema de la Nación argentina, del 19.08.99, donde esa Corte aceptó la plena justiciabilidad de la reforma constitucional, incluso luego de aprobada ésta.

decisión sobre el fondo del asunto antes de su aprobación. Es decir, dentro de los 30 días a que hace referencia el artículo 344 de la Constitución.

Lamentablemente, la SC/TSJ evadió una tarea indispensable, al rechazar el control constitucional del PRC antes de ser sometido a consulta popular. Con ello se puso en riesgo la institucionalidad democrática. Y recordemos que ésta no depende de las mayorías.

No sabremos nunca el costo (de todo tipo) que representó para los venezolanos el tener que transitar por la angustia de una consulta donde nos jugamos la democracia. Ese calvario ha debido evitarse con un control constitucional objetivo y sensato. Esperemos que se trate de un criterio fugaz y ojalá podamos contar los venezolanos con las garantías suficientes para que en casos de esta naturaleza: la política no intervenga en la justicia.