



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

PONENCIA CONJUNTA

Expediente número 2017-0610

El 30 de mayo de 2017, el abogado **EMILIO JOSÉ URBINA MENDOZA**, titular de la cédula de identidad número V-12.856.989 e inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 75.023, actuando en nombre propio, interpuso recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad del Decreto Presidencial N° 2.878, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 41.156 del 23 de mayo de 2017, que establece “*inconstitucionalmente las bases comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente, (...)*”, de conformidad con lo establecido en los artículos 335 y 350 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el 25 cardinal 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

El 5 de junio de 2017, se dio cuenta en Sala y se designó Ponente al Magistrado Arcadio Delgado Rosales.

Posteriormente, la Sala acordó asumir el asunto como ponencia conjunta de todas las Magistradas y todos los Magistrados que la componen, quienes con tal carácter suscriben el presente fallo.

Realizado el estudio individual de las actas que conforman el presente expediente, esta Sala pasa a decidir, previas las siguientes consideraciones:

I

DEL RECURSO DE NULIDAD

El recurrente en su escrito libelar relató como fundamentos de hecho y de derecho lo siguiente:

Que “[e]n fecha 23.05.2017, se publica en Gaceta Oficial (n° 41.156) el Decreto Presidencial n° 2.878, dictado por el Jefe del Estado venezolano luego de la convocatoria directa y sin que a través de referéndum

consultivo se le solicitara al cuerpo electoral (pueblo) si está de acuerdo o no con la activación de este delicado mecanismo de transformación radical del Estado, creación de un nuevo ordenamiento jurídico y la redacción de una nueva Constitución (Art. 347) (...)”.

Que “[e]l Decreto Presidencial, que se impugna, tan igual como el 2.830 de fecha 01.05.2017 también demandado en nulidad por nosotros, repite en sus considerandos graves afirmaciones de hecho y derecho que esta respetable Sala Constitucional, como cúspide del sistema integral de justicia debidamente establecido en la Constitución de 1999, no puede dejar pasar por desapercibido. El ciudadano Presidente afirma, inconstitucionalmente, que: ‘(...) con la finalidad primordial de garantizar la preservación de la paz del País ante las circunstancias sociales, políticas y económicas actuales, en las que severas amenazas internas y externas de factores antidemocráticos y de marcada postura antipatria se ciernen sobre su orden constitucional, con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria de la construcción del socialismo, la refundación de la Nación venezolana (...)’(SIC). Este primer considerando debe generar en los Magistrados que conforman esta Sala, mucha suspicacia sobre el verdadero propósito de la Asamblea Nacional Constituyente convocada el pasado 01.05.2017 (...)”.

Que “(...) el ciudadano Presidente [indica] que es necesaria ‘la refundación de la Nación venezolana’. Al respecto debemos alertar esta grave afirmación. Según del DRAE (sic), ‘refundación es acción y efecto de refundar’. Esto implica apoyar o re-establecer un nuevo pacto político societario así como nuevos valores sociales, es decir, si tomamos como referencia que la Nación venezolana es equivalente al concepto de pueblo, entendido en el contexto de valores (ethos) y principios republicanos y democráticos; entonces el Presidente de la República busca con esta ANC (sic) rebasar los límites materiales impuestos por la Constitución de 1999 en relación a lo que puede hacer una ANC (sic) (Artículo 347) que no es más que ‘(...) Transformar al Estado, Crear un nuevo Ordenamiento jurídico y Redactar una Nueva Constitución (...)’. Este argumento se ve reforzado con la mismísima exposición de motivos de la Constitución de 1999, que por cierto, esta respetable Sala en sentencia reciente le otorgó valor constitucional. Nos ilustra el constituyente en la citada exposición que la Asamblea Nacional Constituyente es ‘(...) el instrumento fundamental para garantizar al pueblo de Venezuela la posibilidad abierta de modificar sustancia/mente el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, creando un nuevo texto constitucional (...)’ (...).”.

Que, “(...) como punto previo, queremos (sic) denunciar que el propio ciudadano Presidente de la República busca con esta convocatoria y bases comiciales de una hipotética ANC (sic), REFUNDAR LA NACIÓN, siendo esto abiertamente inconstitucional. Por tanto, esta ANC (sic) se enmarca dentro del concepto de FRAUDE CONSTITUCIONAL, tal y como lo determinó esta propia Sala en sentencia de fecha 25.01.2006 (...)”.

Que “[e]n el decreto presidencial impugnado, se observa como (sic) TEXTUALMENTE el ciudadano Presidente llama a desconocer la propia Constitución de 1999, pues, como fue indicado ut supra, el artículo 347 impone el límite al trabajo de la ANC (sic), que se dirige a la refundación del ESTADO no de la NACIÓN (...)”.

Que “[e]sta denuncia se refuerza con la confesión presidencial que textualmente requiere de una ANC (sic) para **construir el ‘socialismo’**. Al respecto, debemos enfatizar que en ninguna de las manifestaciones histórico-político (sic) de Venezuela, se ha abrazado el socialismo como modelo ideológico para organizar al Estado y a la economía venezolana. En la reforma constitucional de 2007, rechazada por el pueblo venezolano en el referéndum celebrado el 02.12.2007, se barajó esta posibilidad de introducir el modelo socialista (...)”.

Que “[e]ste artículo de la reforma FUE RECHAZADO EN REFERENDUM de 2007, y por eso, nos extraña que el Decreto Presidencial indique que busca concretar una ANC (sic) para la construcción del socialismo. Debemos indicar que esta Sala, en sentencia reciente, ha expresado que los mecanismos constitucionales vigentes fundamentan instrumentos también extraordinarios para hacerle frente a cualquier contingencia que sufra la República (...)”.

Que “(...) proponer una ANC (sic) para introducir el socialismo, implica un **Flagrante Fraude Constitucional** según se ha precisado el concepto por los precedentes establecidos por esta respetable Sala. Y así debe declararlo (...)”.

Que “(...) impugnamos (sic) el Decreto Presidencial en razón [de que]:

- 1.- El contenido del mismo se encuentra en franca contradicción con el texto constitucional de 1999, en específico, el artículo 4,
- 2.- El mismo colide con las propias interpretaciones que sobre la materia de la Asamblea Nacional Constituyente y el carácter universal del sufragio, ha fijado en sus sentencias esta respetable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, violentándose el artículo 335 constitucional (...)”.

Indicó que el Decreto Presidencial N° 2.878, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 41.156 del 23 de mayo de 2017, incurre en el “1.- Vicio de desconocimiento del modelo federal venezolano y atentado al principio de la soberanía popular prevista en el principio de proporcionalidad poblacional, desconocido por el decreto presidencial n° 2.878 que fija inconstitucionales bases comiciales para la convocatoria de la ANC (sic), sólo reservadas al pueblo soberano en su carácter constituyente”.

Que “(...) existe una evidente contradicción entre las regulaciones que la Constitución Bolivariana de 1999, normas de carácter constitucional sobre la ANC (sic) (Vgr. Bases Comiciales) y principios constitucionales de participación y representación ciudadana en órganos colegiados; frente a las Bases Comiciales inconsultas publicadas en la Gaceta Oficial n° 41.156 de fecha 23.05.2017 (...)”.

Que “[c]uando el ciudadano Presidente Nicolás Maduro publica unas supuestas bases comiciales revestidas de un Decreto Presidencial (n° 2.878), éste último NO ADQUIERE rango constitucional por cuanto para que pueda suplir una laguna de la Constitución requeriría ser sometido a CONSULTA NACIONAL (referéndum consultivo), que a diferencia de 1999, ahora éste tipo de consultas sí se encuentran regulados y fundamentados en el artículo 71 del texto constitucional vigente que indica que ‘(...) Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta

de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el Registro Civil y Electoral (...)’ (...).”

Que “(...) el Decreto n° 2.878 que se impugna en el presente recurso, **NO GOZA DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL** sino que mantiene su configuración como acto de gobierno en ejecución directa de la Constitución de 1999. En materia de bases comiciales constituyentes, el Ejecutivo Nacional puede proponer un proyecto de las mismas, como de suyo, el entonces Presidente Chávez consumó mediante la consignación al CNE (sic) de las propuestas para las Bases de la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de fecha 09.03.1999, para que posteriormente, el CNE (sic) las consulte al cuerpo electoral venezolano (...)”.

Que “[s]i bien es cierto, el pasado 23.05.2017 en acto público el Presidente Nicolás Maduro consignó su proyecto de bases comiciales al CNE (sic), éste último **NO HA ORDENADO LA CELEBRACIÓN DEL REFERÉNDUM CONSULTIVO** para aprobarlas o negarlas ante el pueblo venezolano. Este paso ha sido obviado, [con] lo cual, debe forzosamente concluirse que el **Ciudadano Presidente en el citado Decreto 2.878 usurpa funciones constituyentes que sólo pueden ser aprobadas por el pueblo mediante consulta popular de conformidad con el artículo 71 de la Constitución**. Así, y siguiendo entonces el criterio asumido por esta Sala Constitucional desde hace 17 años, las únicas bases comiciales de rango constitucional, hasta el momento válidas, son las aprobadas por la mayoría del pueblo venezolano en el referéndum consultivo del 25 de abril de 1999 (...).”

Que “[p]or ello, denunciamos, que el Presidente de la República en el Decreto que se somete al presente recurso de nulidad, está viciado de inconstitucional al pretender usurpar las funciones constituyentes que sólo están atribuidas al Pueblo venezolano de conformidad con los artículos 5 y 347 de la Constitución de 1999 (...).”

Que “(...) con la base comicial territorial propuesta e inconsulta popularmente por el Presidente Maduro, el Decreto n° 2.878 viola un corolario dogmático en toda democracia participativa, como es que el número de representantes del pueblo deben necesariamente reflejar el índice poblacional del territorio o circunscripción. En las bases comiciales de 1999, debidamente consultadas al cuerpo electoral, sí se reflejó el principio de la representación poblacional, a pesar [de] que en la Constitución de 1961 sí estaba contemplado el principio de representación territorial a través del Senado o Cámara Alta, ésta última, representación uniforme e igualitaria de las entidades federales (...).”

Que “(...) si bien es cierto el artículo 16 de la Constitución indica que el territorio se organiza en Municipios, esto no fundamenta que se determine unas elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente en clave municipal. Además, al primar la base territorial por la poblacional, tendremos unas gravísimas distorsiones como en efecto introduce la base comicial tercera. En algunas entidades federales la población se encontrará **sobre-representada**, como en otras, **sub-representadas**. Por ejemplo, el estado Zulia escogerá 22 constituyentes con una base electoral de 2.404.025, mientras que el estado Trujillo, con apenas 523.353

electores también elegirá 22 constituyentistas. En este caso, Trujillo estará Sobre-representado en la ANC (sic), mientras que el Zulia Sub-representado. Otro ejemplo que merece la atención de esta Sala Constitucional, tiene que ver con los constituyentes electos por el Distrito Capital. La base los fija en 7 con una población electoral de 1.638.456, mientras que Cojedes, con apenas 236.616 sufragantes escogerá 10 constituyentes; es decir, 3 adicionales que el Municipio Libertador de Caracas cuando éste último posea (sic) 1.400.000 votantes más que Cojedes (...)”.

Que “[e]ntonces, ¿cómo el Decreto Presidencial n° 2.878 fundamenta constitucionalmente estas distorsiones?”

Que “[...] debemos tomar como referencia que somos Estado Federal. Esto no es un mero enunciado que puede dejarse a un lado y por ende ser desconocido por los órganos del Poder Público Nacional. El Decreto n° 2.878 impugnado en este recurso, menoscaba y minimiza no sólo el sagrado principio de representación proporcional poblacional, sino el esquema federal venezolano, éste último, interpretado por la Sala Constitucional (...)

Que “[l]a base comicial resalta exclusivamente el número de municipios que posee cada entidad federal, obviando las asimetrías que pudieran materializarse en casos extremos como el estado Táchira, que está conformado por 29 municipios. Al contrario, Lara tiene 9 municipios con un territorio de mayor extensión al Táchira. Aunado a esta evidente diferencia, debemos sumar que las bases comiciales chocan directamente con el dogma federal previsto en el artículo 159 constitucional (...)

Que “[s]egún las bases comiciales municipalizadas, habría que cuestionarnos si el ejemplo comparado del número de municipios del Táchira frente al estado Lara, tomados como referente para la elección del número de constituyentes, respetan el principio igualitario de las entidades federales vigente (...)

Concluyó en este punto que “[...] resulta usurpador a la voluntad popular, por quebrantar el principio de proporcionalidad poblacional, la base comicial tercera expuesta en el Decreto Presidencial n° 2.878 de fecha 23.05.2017, y así debe declararlo esta Sala (...)

Por otra parte, señaló que el referido Decreto está incurso en el “2.- Vicio de desfiguración del principio constitucional de la universalidad del sufragio al contemplar la representación sectorial”.

Que “[e]l segundo vicio presente en el Decreto impugnado lo encontramos en las bases comiciales (...)

Que “[l]a base contempla una contradicción tanto a nivel terminológico como a nivel semántico. Primeramente, indica que la elección de los hipotéticos constituyentistas serán (sic) en ámbitos sectoriales y territoriales, pero, mediante voto universal, directo y secreto. Sobre la base territorial no hay problema, ya que la historia constitucional desde 1947, contempla la representación universal por circunscripciones territoriales como en efecto lo hizo el Constituyente de 1999 al cristalizar el artículo 186 vigente (...)

Que “[e]l problema de constitucionalidad radica en lo que se ha bautizado como elección por «ámbitos sectoriales». En Venezuela, el único sector reconocido constitucionalmente son los pueblos indígenas (Art. 186), ya que, aceptar que la elección se realice a través de estamentos corporativos de la sociedad (Vgr. estudiantes, mujeres, artesanos, intelectuales, etc.) IMPLICARÍA LA RE-INTRODUCCIÓN DEL DENOMINADO SUFRAGIO CENSITARIO, que estuvo presente en nuestras Constituciones del siglo XIX hasta inclusive el texto de 1945, violándose flagrantemente el principio universal de igualdad del elector o sufragio activo (...)”.

Que “[l]a Constitución de 1999 en su artículo 63 determina el carácter constitucional del conocido **"sufragio de base universal"**, es decir, que se entiende el voto como una expresión unitaria del venezolano que se expresa en comicios libres, directos y secretos. En pocas palabras la universalidad del sufragio implica que no exista discriminación al momento de participar en los asuntos públicos, o bien, que el voto no sea expresión de grupo, clase, ámbito societario y otra forma de segmentación poblacional. Por ello, cuando el Decreto Presidencial impugnado **CATEGÓRICAMENTE AFIRMA QUE SE ORGANIZARÁ UNA CONSTITUYENTE ATENDIENDO ÁMBITOS «SECTORIALES»** está violentando el carácter universal que históricamente se ha adquirido como derecho desde 1947 (...)”.

Que “[l]a base Comicial introduce un cociente que ni existe en la Constitución de 1999 ni en la legislación electoral vigente. Debe esta Sala pronunciarse sobre cuál es el fundamento que inconstitucionalmente el Decreto n° 2.878 asumió para crear de la nada un cociente de 83.000 electores sectoriales por cada constituyente de esta categoría (...)”.

Solicitó, de conformidad con lo previsto en el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que se acuerde medida cautelar con base en lo siguiente:

Que “[e]n cuanto a la presunción de buen derecho, que fundamenta la presente demanda y solicitud de medida cautelar (sic), debemos apuntar lo siguiente. Primero, no se requiere de un estudio pormenorizado de la constitucionalidad para evidenciar el **EVIDENTE PELIGRO** que implica **FUNDAMENTAR LA ELECCIÓN DE UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE** con bases comiciales que son directa y en franca oposición a la Constitución de 1999. Además, estas supuestas bases comiciales **NO HAN SIDO CONSULTADAS** en referéndum popular para que así asuman el carácter de norma constitucional, situación opuesta a la consulta de las bases comiciales para la Constitución de 1999. Por otra parte, el texto del Decreto impugnado abiertamente **SEÑALA QUE VAN A REFUNDAR LA NACIÓN**, cuando una ANC (sic) no tiene esa función sino para precisar un nuevo Estado, un nuevo ordenamiento jurídico y una nueva Constitución. Segundo, no puede, bajo ningún ámbito, consentirse que el llamamiento de una Asamblea Nacional Constituyente responda a integrantes que sean elegidos en **«ÁMBITOS SECTORIALES»**, éstos últimos, no contemplados en nuestra Constitución de 1999 salvo el caso de la representación indígena por la peculiaridad sensible de este sector poblacional originario. La representación sectorial cercena el principio del sufragio universal, pudiendo correrse el peligro [de] que la conformación de la ANC (sic) responda a criterios de casta, estamento o grupos sectorizados de la sociedad para nada representativos (...)”.

Que “[e]l segundo supuesto exigido para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, está referido al peligro de ser ilusoria la sentencia definitiva si no se decretan las respectivas providencias una de las preocupaciones que hemos manifestado a lo largo del presente escrito, tiene que ver con un hecho comunicacional como una especie de hecho notorio según criterios de esta sala (sic), y es el relativo al reciente **pronunciamiento de la rectora del Consejo Nacional Electoral, Tibisay Lucena, en declaraciones ofrecidas en cadena nacional en fecha 28.05.2017, reflejadas en la página web del máximo ente comicial del país (...)**”.

Que el llamamiento formulado por el Consejo Nacional Electoral, “indica que el próximo 31 de mayo hasta el 1 de junio, **SE INICIA EL PROCESO DE INSCRIPCIÓN DE ASPIRANTES PARA PARTICIPAR EN LAS ELECCIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.** La no suspensión de los efectos del decreto n° 2.878, conllevaría prácticamente a la consumación de lo que debe evitarse, pues, al ser inconstitucionales las bases comiciales por su no aprobación en referéndum consultivo; se estaría produciendo las inscripciones y el resto de pasos lógicos de todo proceso electoral. Sin la suspensión de efectos, se haría nugatorio el presente recurso de nulidad, pues al consumarse las elecciones territoriales y sectoriales de la ANC (sic), no pudiera posteriormente en la sentencia definitiva declararlo con lugar (...)

Que “[a]l estar próximo el inicio del proceso de inscripción de aspirantes (31.05 y 01.06.2017), una vez consumado ello, se pudieran generar ciertas expectativas en quienes logren inscribirse. Además, por lo rápido del proceso, pudiera darse situación de ciudadanos que aspiran participar en las citadas elecciones, pero, que por lo perentorio de los lapsos, **NO PUEDA ejercer su derecho a inscripción (...)**” (resaltado, mayúsculas y subrayado del escrito libelar).

Finalmente, solicitó de la Sala que (i) admita el presente recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad del Decreto Presidencial N° 2.878 publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 41.156 del 23 de mayo de 2017; (ii) otorgue la medida cautelar de suspensión de los efectos del referido Decreto Presidencial, mientras se sustancia el procedimiento de nulidad y (iii) lo declare con lugar.

II DE LA COMPETENCIA

En el caso de autos, se solicita la nulidad por razones de inconstitucionalidad del Decreto Presidencial N° 2.878, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 41.156 del 23 de mayo de 2017, razón por la cual, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 334 y 336, cardinal 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 25, cardinal 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala resulta competente para conocer del presente recurso. Así se decide.

III DE LA ADMISIBILIDAD

Esta Sala procede a conocer de la admisión de la pretensión de nulidad y, a tal efecto, observa lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 133. *Se declarará la inadmisión de la demanda:*

1. *Cuando se acumulen demandas o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles.*
2. *Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la demanda es admisible.*
3. *Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el o la demandante, o de quien actúen en su nombre, respectivamente.*
4. *Cuando haya cosa juzgada o litispendencia.*
5. *Cuando contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos.*
6. *Cuando haya falta de legitimación pasiva”.*

De esta manera, una vez revisadas, como lo han sido, las causales de inadmisibilidad previstas en la norma transcrita, esta Sala advierte de su estudio preliminar que el recurso de nulidad interpuesto no se subsume en ninguna de las referidas causales y, en consecuencia, esta Sala admite el presente recurso. Así se declara.

IV

DE LA URGENCIA DEL CASO

Con fundamento en los precedentes jurisprudenciales contenidos en sentencias números 891/2002, 92/2004 y 125/2004, considerando, por una parte, que el presente asunto es de mero derecho, en tanto no requiere la evacuación de prueba alguna al estar centrado en la obtención de un pronunciamiento interpretativo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión supletoria del artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el encabezamiento del artículo 145 *eiusdem*, la Sala estima pertinente entrar a decidir sin más trámites el presente asunto. Así se decide.

V

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

El presente recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad va dirigido a impugnar el Decreto Presidencial N° 2.878, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 41.156 del 23 de mayo de 2017, que establece las Bases Comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente, convocada según el Decreto número 2.830 del 1 de mayo de 2017, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.295, Extraordinario de la misma fecha.

Esta Sala, previamente, advierte que mediante fallo N° 378 del 31 de mayo de 2017, resolvió un recurso de interpretación de los artículos 347 y 348 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que se estableció lo siguiente:

“(…omissis…)”

Con base en este fallo, el Presidente de la República convocó, mediante Decreto N° 3 del 2 de febrero de 1999, el referéndum para que el pueblo se pronunciase sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Asimismo, el 10 de marzo del mismo año, el convocante publicó la propuesta que fijó las Bases de la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, a fin de que fueran sometidas a la aprobación del pueblo en el referéndum convocado por el Consejo Nacional Electoral para el 25 de abril de 1999.

Dichas bases fueron modificadas mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de marzo de 1999 y su aclaratoria del 23 de marzo del mismo año, así como según fallo del 13 de abril de 1999.

Ahora bien, de lo expuesto se evidencia que el proceso constituyente que dio a luz la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se inició mediante la convocatoria, por parte del Jefe de Estado, de un referéndum consultivo para que el pueblo se pronunciase sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, en cuya oportunidad, el convocante propuso las bases para la elección de los integrantes del cuerpo encargado de la elaboración del nuevo texto fundamental.

Tales circunstancias iniciales se debieron a la ausencia en la Carta de 1961 de mención alguna de esta modalidad de revisión constitucional (sensu lato), lo que hizo necesaria la debida consulta interpretativa ante la antigua Corte Suprema de Justicia.

La situación constitucional actual es totalmente diferente. En efecto, como consecuencia del proceso de producción constituyente originaria, se estableció en el Título IX de la Carta de 1999, tres modalidades de 'revisión' constitucional: la enmienda, la reforma y la Asamblea Nacional Constituyente. Esta última se integra, por primera vez en la historia constitucional de Venezuela, con ciertas características que es preciso señalar, a los efectos de resolver las dudas planteadas en el recurso de interpretación de autos:

En primer lugar, no hay previsión alguna sobre un referéndum acerca de la iniciativa de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Por otra parte, al consultar el contenido de la sesión 41 del 9 de noviembre de 1999, en el Diario de la Constituyente, esta Sala observó que en el desarrollo del debate correspondiente, la propuesta del Constituyente Manuel Quijada de que el pueblo pudiera convocar a la Asamblea Constituyente mediante un referéndum, fue negada.

Esta ausencia de previsión es, además, común a las otras modalidades de modificación constitucional, como lo son la Enmienda (Capítulo I) y la Reforma Constitucional (Capítulo II), ambas contenidas en el Título IX de la Carta Magna.

Ahora bien, ciertamente el artículo 71 eiusdem contempla la posibilidad opcional o facultativa de convocar a referendo consultivo las 'materias de especial trascendencia nacional'; sin embargo, existen circunstancias objetivas sobrevenidas que ambientan el proceso de instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, como es la aguda situación de la crisis política actualmente enfrentada y que ha provocado el decreto de un estado de excepción no concluido aun, que ha motivado la toma de decisiones genéricas, expeditas y de profundidad constitucional, dentro de la cuales, por iniciativa del Presidente de la República se ha resuelto iniciar la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, que pueda en condiciones pacíficas poner de acuerdo al país en un nuevo Contrato Social, sin hacer uso en esta oportunidad, por tales circunstancias, de lo previsto en el citado artículo 71.

Efectivamente, una de las razones fundamentales de que se hiciese necesario convocar un referéndum consultivo bajo la vigencia del texto constitucional de 1961, es que en el mismo no estaba contenida esta modalidad de revisión constitucional (sensu lato).

Por el contrario, la Carta de 1999 la contempla expresamente, aunque para conservar su característica de poder constituyente originario (y no constituyente derivado - enmienda y reforma - o constituido), solo se precisa la iniciativa para su convocatoria, la prohibición de que los poderes constituidos puedan impedir u objetar las decisiones constituyentes (art. 349) y el límite al producto de sus actuaciones o deliberaciones: el carácter republicano del Estado, la independencia (soberanía), la paz, la libertad, el mantenimiento de los valores, principios y garantías democráticas, y la progresividad de los derechos humanos (art. 350).

Ello, porque si hubiera sido regulado constitucionalmente el proceso de formación del texto fundamental y la actuación del cuerpo constituyente, se habrían creado límites que desnaturalizarían su carácter de poder constituyente originario y, en principio, ilimitado.

En conclusión, en el debate constituyente prevaleció la tesis de acuerdo con la cual la Constitución no puede limitar la Asamblea Constituyente, pues, al ser ésta la expresión directa de la soberanía popular; no admitía limitaciones.

En lo que atañe concretamente al artículo 347 constitucional, se advierte claramente el principio de la soberanía popular plasmado en el artículo 5 de los Principios Fundamentales (Título I) de la misma Constitución. En efecto, esta disposición, en su encabezamiento, pauta que 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.

Eso significa que el titular (o depositario) de la soberanía es el pueblo de la República Bolivariana de Venezuela; pero en lo que concierne a su ejercicio (de la soberanía) es necesario distinguir el ejercicio directo (democracia directa), que en nuestro ordenamiento jurídico se manifiesta en los medios de participación y protagonismo contenidos en el artículo 70 de la Constitución y que fueron desarrollados fundamentalmente mediante las leyes del Poder Popular (como la Ley Orgánica del Poder Popular, la Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, la Ley Orgánica de Comunas, la Ley Orgánica de Contraloría Social, la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, la Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras atribuciones; entre otras normas).

En estos casos, el pueblo es titular de la soberanía y la ejerce directamente a través del poder popular. En tal sentido, el poder popular encarna la democracia directa y sería contradictorio pretender que sus 'expresiones' sean elegidas como si se tratara de una 'representación' del cuerpo electoral.

La segunda modalidad de ejercicio de la soberanía es la indirecta, a través de los órganos que ejercen el Poder Público.

Uno de los rangos fundamentales distintivos que hacen de la Carta de 1999 una Constitución Social de nuevo tipo, es la opción por la democracia participativa y protagónica. En efecto, la Constitución de 1961 proclamaba en su artículo 3 que 'El gobierno de la República de Venezuela es y será siempre democrático, representativo, responsable y alternativo'. Esta disposición se complementaba con el artículo 4, que a la letra decía: 'La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público'.

Sólo el artículo 246 eiusdem contemplaba en su ordinal 4^o la previsión de un referéndum ratificatorio en caso de reforma general de la Constitución.

Ello significa que en el texto de 1961 había una clara escisión entre la titularidad de la soberanía (principio de soberanía popular) y su ejercicio (órganos del Poder Público). Se trata pues de una democracia representativa extrema o pura, al mejor estilo liberal, sin mecanismos de democracia directa.

La Constitución de 1999 consagra el principio de la soberanía popular con las consecuencias políticas aludidas por Rousseau: el mandato imperativo (revocatoria del mandato -arts. 6 y 72- y rendición de cuentas -arts. 6 y 66). Es decir, en la nueva Carta el pueblo no solo es titular de la soberanía sino que, además, puede ejercerlo directamente a través de los medios de participación contenidos en el artículo 70 eiusdem y las modalidades 'referendarias' contempladas en los artículos 71, 72, 73 y 74 eiusdem.

Estamos así en presencia de la democracia participativa y protagónica, respaldo político del Estado democrático y social de derecho y de justicia (artículo 2 constitucional).

La democracia participativa se manifiesta en las distintas modalidades referendarias (referéndum consultivo, revocatorio, aprobatorio y abrogatorio) y en el poder popular; que no es más que la concreción del ejercicio directo de la soberanía (artículo 5 constitucional). Democracia participativa es democracia directa y sus expresiones son medios de participación y

protagonismo del pueblo, no una representación del cuerpo electoral (democracia representativa).

Claro está, lo expuesto no significa que el modelo de democracia participativa excluye la representación. Ello implicaría la desaparición del Estado-aparato, que es imprescindible para la gestión diaria de los asuntos públicos. Como refiere Enrique Dussel, la democracia participativa y la representativa no son términos antitéticos o contradictorios: 'Deben ser articulados dialécticamente, de manera que un término enriquezca al otro y se definan mutuamente'.

(...omissis...)

Ahora bien, la representación que, como advertimos, fue la regla en la Constitución de 1961, no deja de ser democrática y junto con los medios directos de ejercicio de la soberanía que ofrece la Constitución de 1999, constituyen los rasgos característicos del modelo constitucional venezolano.

El artículo 347, cuya interpretación se solicita, debemos necesariamente articularlo con el artículo 348, ambos del texto constitucional. En efecto, el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario y, en tal condición, y como titular de la soberanía, le corresponde la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Pero la iniciativa para convocarla le corresponde, por regla general, a los órganos del Poder Público (el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; y los Concejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos) quienes ejercen indirectamente y por vía de representación la soberanía popular. La única excepción de iniciativa popular de convocatoria es la del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

De tal manera que, el artículo 347 define en quien reside el poder constituyente originario: en el pueblo como titular de la soberanía. Pero el artículo 348 precisa que la iniciativa para ejercer la convocatoria constituyente le corresponde, entre otros, al 'Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros', órgano del Poder Ejecutivo, quien actúa en ejercicio de la soberanía popular.

En los términos expuestos anteriormente, la Sala considera que no es necesario ni constitucionalmente obligante, un referéndum consultivo previo para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, porque ello no está expresamente contemplado en ninguna de las disposiciones del Capítulo III del Título IX (...)"

Una vez señalado el contenido del fallo antes mencionado, pasa esta Sala a resolver lo referente al recurso de nulidad.

De la presunta nulidad por razones de inconstitucionalidad del Decreto N° 2.878 de fecha 23 de mayo de 2017, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 41.156 de la misma fecha, que propuso las bases comiciales territoriales y sectoriales sobre las cuales se llevará a cabo la convocatoria, conformación y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente.

En primer término, esta Sala precisa advertir que el Decreto N° 2.878 impugnado, fue parcialmente modificado por iniciativa del convocante, mediante el Decreto N° 2.889 de fecha 4 de junio de 2017, publicado en Gaceta Oficial N° 41.165 de fecha 5 de junio de 2017. Asimismo, el Consejo Nacional Electoral en sesión celebrada el día 7 de junio de 2017, examinó íntegramente las bases comiciales contenidas en la propuesta

presentada por el Ejecutivo Nacional para la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente y acordó reformarlas parcialmente.

De tal manera, en cumplimiento de sus atribuciones, le dio su conformidad normativa y estableció, mediante Resolución N° 170607-118, de fecha 7 de junio de 2017, las “Bases Comiciales para la Asamblea Nacional Constituyente”.

Ahora bien, del escrito consignado por el accionante, podemos resaltar como presuntas razones de inconstitucionalidad del identificado acto dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, “en ejecución directa e inmediata” de la Constitución:

- a) Que en el primer Considerando del Decreto N° 2.878, se le asignan a la Asamblea Nacional Constituyente, atribuciones que exceden el artículo 347 de la Constitución de 1999, al proponer la construcción del socialismo y la refundación de la Nación venezolana.
- b) El Decreto Presidencial se encuentra en contradicción con el artículo 4 de la Constitución y colide con el carácter universal del sufragio.
- c) Que se desconoce el modelo federal venezolano y se atenta contra el principio de la soberanía popular, prevista en el principio de proporcionalidad poblacional.
- d) La falta de consulta popular de las Bases Comiciales, por oposición a la consulta por vía “referendaria” de las mismas en el proceso constituyente de 1999.
- e) Usurpación de la soberanía popular por la soberanía territorial, al contemplar las bases comiciales inconstitucionales que los constituyentes territoriales representarán a los municipios y no a los ciudadanos.
- f) Desconocimiento del principio de organización comicial en representación proporcional a la población en base federal y su sustitución por representación territorial municipal.
- g) Vicios de desfiguración del principio constitucional de la universalidad del sufragio al contemplar la representación sectorial.

Examinemos sucintamente los vicios denunciados:

- a) En relación con el Primer Considerando del Decreto N° 2.878, esta Sala debe advertir que si bien los considerandos pueden servir como base axiológica de un acto normalmente de naturaleza administrativa o de una declaración de principios, no forma parte del texto de tal acto. La parte normativa y vinculante del acto en cuestión está en el propio Decreto o en la Resolución.

Al no tener un contenido normativo y referir a razones precedentes al acto, usualmente tienen un valor relevante cuando invocan la potestad competencial, no conteniendo en absoluto propuestas vinculantes para el órgano encargado de la elaboración del nuevo texto fundamental.

Por otra parte, cuando se hace referencia a la Nación venezolana, estamos enmarcados dentro de la teoría clásica francesa que asimila el Estado a la Nación. Como nos refiere el Dr. Humberto J. LA ROCHE en su texto de Derecho Constitucional (Tomo I. Parte General. Valencia. Vadell Hermanos Editores. 1999; pág. 277), en apoyo de esta posición, expone que Carré de Malberg decía que “el

principio de la soberanía nacional no puede ser a la vez un atributo del Estado y de la Nación, y que la Nación no puede ser soberana al mismo tiempo que el Estado, sino con la condición de que formen una sola y única persona”. En definitiva, la Nación es un concepto esencialmente sociológico: no existe jurídicamente y no es sujeto de derecho, ni titular de la soberanía, sino en la medida en que se encuentra organizada por el estatuto estatal. Como dice LA ROCHE, “la Nación no es la substancia del régimen estatal sino su destinatario” (*idem*).

Si no se realiza esta asimilación, no existirían en el mundo Estados compuestos (federales, confederados) ni unitarios “multinacionales”, como China.

En todo caso, menciones como la impugnada en un “Considerando”, son irrelevantes a los efectos de examinar la constitucionalidad del acto (decreto), salvo si se tratara del fundamento constitucional de su competencia; así se decide.

- b) En relación con la segunda denuncia, no advierte la Sala violación alguna del contenido del artículo 4 del Título I de la Constitución vigente. Dicha disposición ratifica el carácter federal descentralizado de la República Bolivariana de Venezuela, “en los términos consagrados en esta Constitución”.

Se sabe que el régimen federal venezolano tiene rasgos particulares que lo alejan de un Estado Federal clásico. Por ejemplo, desde 1945 el Poder Judicial es nacional (no estatal) y en la Carta de 1999 se eliminó el Senado, como Cámara representante de los estados como entidades federativas. Por otra parte, no se advierte en este artículo referencia alguna al carácter universal del sufragio. Así se declara.

- c) Esta Sala, insiste, no observa del Decreto impugnado una violación al modelo federal venezolano. De los argumentos desarrollados como fundamento de esta denuncia de violación, el recurrente propone asumir el itinerario electoral previsto en la Ley Orgánica de Procesos Electorales para las elecciones de los cuerpos colegiados.

Obviamente, la conformación de un cuerpo o convención constituyente es diferente, por sus propios objetivos, a la elección e integración de un concejo municipal, un consejo legislativo estatal o la Asamblea Nacional.

Las normas que regulan la materia están contenidas en las Bases Comiciales que corresponde presentarlas al convocante. El Constituyente sólo hizo referencia en el Capítulo III del Título IX, a la titularidad del poder constituyente originario: el pueblo de Venezuela (artículo 347); y a los funcionarios y ciudadanos que pueden ejercer la iniciativa de convocatoria en ejercicio de dicha soberanía (artículo 348). Si bien no hay referencia alguna a la Bases Comiciales en el articulado del Capítulo III, en la Constituyente de 1999 tal carga le correspondió al Convocante y fue objeto de recursos jurisdiccionales y del control del Consejo Nacional Electoral, lo cual se ha dado en similares términos en la presente oportunidad. Así se decide.

- d) En cuanto a la falta de consulta popular de las Bases Comiciales de 2017, la Sala ratifica lo decidido en relación con el recurso de interpretación de los artículos 347 y 348 constitucionales, en su decisión 378/2017, por lo cual resulta inoficiosa pronunciarse de nuevo sobre este punto. Así se declara.

- e) En lo referente a la presunta usurpación de la soberanía popular por la soberanía territorial, en vista de que los constituyentes territoriales representarán a municipios y no a ciudadanos; es preciso una vez más hablar de la naturaleza de este proceso constituyente y a los principios que caracterizan al Estado democrático y social de derecho y de justicia.

El artículo 5 de la Constitución vigente establece que la titularidad de la soberanía reside en el pueblo. Pero hay dos modalidades para su ejercicio: la democracia directa (ejercicio directo de la soberanía en la forma prevista en esta Constitución y en la ley); y la democracia indirecta, que es ejercida mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

La democracia directa se ejerce mediante los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía. Estos medios se mencionan en el artículo 70 constitucional y la “ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo”. Múltiples son las modalidades de democracia directa que el Constituyente previó expresamente (como los referendos) y otros han sido desarrollados en las leyes del Poder Popular. Aunque los mecanismos de ejercicio directo de la soberanía no exigen en principio el mecanismo del sufragio, en algunos casos es necesario utilizar los comicios, normalmente universales, directos y secretos, en virtud del carácter masivo de algunas comunidades. Lo que sí es imprescindible advertir es que en la democracia directa, que implica la organización de grupos humanos según su especialidad laboral, profesional, su condición social, la necesidad de su especificidad étnica o cultural o la especial protección que requiere una discapacidad física, motora o etaria; hace que el convocante pueda y/o deba resaltar tales circunstancias para que su participación y sus derechos no se “pierdan” en la masa.

En la Constitución de 1999 el único artículo que garantiza la democracia no es el 63. En efecto, el artículo 63 garantiza en primer término la personalización del sufragio; y si bien el de representación proporcional es también reconocido, no podemos olvidar que estamos en presencia de un Estado federal particular que, al haber eliminado el Senado, ha instrumentado mecanismos para así asegurar en lo posible la igualdad de las entidades territoriales al margen del elemento cuantitativo de la población. Por ejemplo, el artículo 168 constitucional pauta que “cada entidad federal elegirá, además, tres diputados o diputadas”.

Estos tres (3) diputados no tienen que ver con la base poblacional, es decir, que le corresponden tanto al Zulia o Miranda, como a Amazonas o Delta Amacuro.

Quiere significar la Sala, que de las Bases Comiciales se evidencia un mecanismo eleccionario particular que pretende una integración de la Asamblea Nacional Constituyente que respeta el artículo 62, base de la democracia participativa y protagónica; que contemple la personalización del sufragio, uno de los pilares de nuestra soberanía electoral, pero además, que garantice una adecuada representación territorial, a los fines de incorporar efectivamente a cada uno de los municipios que integran la República, en atención a su condición de “unidad política primaria de la organización nacional” (artículo 168 eiusdem).

Ningún sistema electoral es puro, siempre es mixto y el propuesto, que no está obligado a seguir a la Ley Orgánica de Procesos Electorales, es una modalidad que busca la personalización del sufragio

y la representación nacional, a través de la unidad política fundamental: el municipio. Asimismo, la representación sectorial está en la base de la democracia directa, contemplada en la Constitución y desarrollada por el legislador (ver sentencia n° 355 del 16 de mayo de 2017). Así se declara.

- f) El convocante de la Constituyente tiene la libertad de proponer las “Bases Comiciales”, en atención a lo expuesto *supra* y al principio del paralelismo de las formas (en lo que respecta al proceso constituyente de 1999). En esta etapa inicial, antes de la elección de los constituyentistas, dos poderes constituidos examinan desde su competencia la iniciativa y sus bases comiciales: el Poder Electoral y el Poder Judicial. En este examen deben tenerse como guía los límites contenidos en el artículo 350 de la Constitución: No hay evidencia alguna de violación de los mismos y la configuración de las bases comiciales sólo debe respetar las garantías democráticas, que se aseguran, entre otros, con el respeto del principio de la personalización del sufragio; la adecuada representación territorial, para que todos los municipios tengan voz y voto y el resultado de la Asamblea no implique la imposición de unos pocos estados cuantitativamente mayoritarios; la participación de sectores representativos de los cuerpos sociales que hagan realidad la democracia directa y los medios de participación y protagonismo del pueblo y de sus integrantes individuales (participación territorial) y comunitarios (participación sectorial).

El principio de representación proporcional, eje de la democracia política representativa, debe hacerse compatible con los mecanismos propios de la democracia participativa y protagónica. Y así como el gobierno democrático en los términos del artículo 2 *eiusdem* es constitucionalmente relevante, también lo es garantizar los principios contenidos en el artículo 4, que exige no sólo el respeto de nuestro modelo particular de Estado federal, sino “los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, conciencia y corresponsabilidad” (subrayado de este fallo), de los entes que integran la federación. Entre las posibilidades técnicas que implican el diseño de las bases comiciales para una Asamblea Constituyente hay que ponderar, al lado del principio clásico de la soberanía popular (Rousseau), la estructura del Estado y el principio de la soberanía nacional, sin lo cual corre riesgo la integridad del país.

- g) El proyecto de “Bases Comiciales” respeta, en criterio de esta Sala, el concepto de la democracia participativa y el sufragio universal, directo y secreto. En efecto, sobre el concepto de democracia plasmado en el texto fundamental de 1999, ya hemos advertido que tiene mecanismos de democracia directa que facultan la presencia privilegiada de sectores sociales cuyo protagonismo ha sido destacado por el legislador, en particular a través de las leyes del poder popular.

Por otra parte, es digno de destacar que la escogencia de los constituyentistas deberá hacerse “en el ámbito territorial y sectorial, mediante el voto universal, directo y secreto” (artículo Primero del Decreto. Extracto y subrayado de este fallo). En consecuencia, esta Sala no advierte violación alguna del principio constitucional del sufragio. Así se declara.

Dada la declaratoria que antecede resulta inoficioso pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley declara:

1.- COMPETENTE para conocer el recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad del Decreto Presidencial N° 2.878, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 41.156 del 23 de mayo de 2017.

2.- ADMITE el presente recurso.

3.- La **URGENCIA** del caso.

4.- La **CONSTITUCIONALIDAD** del Decreto Presidencial N° 2.878, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 41.156 del 23 de mayo de 2017.

5.- SIN LUGAR el presente recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad del Decreto Presidencial N° 2.878, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 41.156 del 23 de mayo de 2017, interpuesto por el abogado Emilio José Urbina Mendoza.

6.- Se **ORDENA** la **PUBLICACIÓN** del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta judicial y en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia.

Publíquese y regístrese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 12 días del mes de Junio de dos mil diecisiete (2017). Años: **207°** de la Independencia y **158°** de la Federación.

El Presidente,

Juan José Mendoza Jover

El Vicepresidente,

Arcadio Delgado Rosales

Los Magistrados y las Magistradas,

Carmen Zuleta de Merchán

Gladys María Gutiérrez Alvarado

Calixto Ortega Ríos

Luis Fernando Damiani Bustillos

Lourdes Benicia Suárez Anderson

La Secretaria,

Dixies Josefina Velázquez Reque

Exp. 2017-0610