



Núm. 17, julio-diciembre 2007

LA ILEGITIMIDAD DE ORIGEN DEL SEGUNDO GOBIERNO DE CHÁVEZ. CASO VENEZOLANO

José Luis MÉNDEZ LA FUENTE*

RESUMEN: Durante el año de 1999 el presidente de Venezuela Hugo Chávez llevó a cabo un conjunto de acciones que hacen ilegítimo su actual gobierno. El autor menciona el uso que hizo Chávez del referéndum popular para aprobar dos normas inconstitucionales, (el Decreto No.3 y las Bases Comiciales), con el propósito de preparar el camino hacia una Asamblea Nacional Constituyente. En la Base Segunda de las Bases Comiciales se restringió el voto para obtener ventaja en las votaciones a través de la estrategia electoral conocida como “Kinos”. El resultado fue un fraude electoral y la elección de una Asamblea Nacional Constituyente carente de legitimidad. En consecuencia, si la Asamblea Nacional Constituyente y la Constitución de 1999 carecen de legitimidad de origen, el segundo gobierno de Chávez es ilegítimo.

Palabras claves: Asamblea Nacional Constituyente, Bases Comiciales, fraude electoral, ilegitimidad de origen.

ABSTRACT: During 1999, Hugo Chávez president of Venezuela, carried out some actions that make illegitimate his current government. Author points out that Chávez used referendum to approved two unconstitutional laws, (Edict No. 3 and Electoral Rules), in order to prepare the ground to a National Constitutional Assembly. In Rule Two of the Electoral Rules vote was restricted to take advantage in elections using the electoral strategy known as “Kinos”. The result was an electoral fraud and the election of a National Constitutional Assembly lacking of legitimacy. In conclusion, if the National Constitutional Assembly and the 1999 Constitution lacked of origin legitimacy, the second government of Hugo Chávez is illegitimate.

Descriptors: National Constitutional Assembly, Electoral Rules, electoral fraud, origin illegitimate.

* Profesor universitario, Universidad Monteavila.

Cuando el ex teniente coronel Hugo Chávez Frías, quien en el año 1992 intentó, a través de un *golpe de estado*, derrocar al gobierno de Carlos Andrés Pérez, gana las elecciones presidenciales de Venezuela en diciembre de 1998,¹ una de sus primeras tareas consistió en impulsar la idea de la Asamblea Nacional Constituyente que había prometido como parte de su programa de gobierno durante la campaña electoral. Es así como el 2 de febrero de 1999, el mismo día de la toma de posesión del cargo,² el nuevo presidente de Venezuela promulgaba el Decreto núm. 3, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela núm. 36.634 del 2 de febrero de 1999*, anunciando la realización de un referéndum para que el pueblo venezolano se pronunciara sobre la convocatoria

1 Se inicia así su primer mandato. El segundo, o sea el actual, al cual alude nuestro título, corresponde a las elecciones de julio de 2000, dentro del marco de la Constitución Bolivariana de diciembre de 1999.

2 En ese acto de investidura presidencial se produjo, momentos antes, otro evento lleno de significación política, que aunque no pasó como noticia, desapercibido para la prensa, fue apenas apreciado jurídicamente por la doctrina especializada, a pesar de las consecuencias que presagiaba para el país y que anunciaba la conducta a seguir por el nuevo régimen en el futuro. Se trataba de la juramentación del nuevo funcionario, formalidad jurídica que exige del nuevo presidente obediencia y fidelidad a la Constitución y a las leyes y sin cuyo cabal cumplimiento, pudiera afirmarse, que el funcionario no queda debidamente investido en el cargo del que está tomando posesión. En efecto, el recién electo presidente venezolano al colocar la mano sobre la Constitución Nacional, en ademán de jurarla, expreso lo siguiente: “*Juro delante de Dios, juro delante de la Patria, juro delante de mi pueblo y ante esta moribunda Constitución cumplir las transformaciones democráticas necesarias para que la República tenga una nueva Constitución adecuada a los nuevos tiempos. Lo juro*”. Estas palabras que más que un juramento de reconocimiento y acatamiento del orden jurídico establecido, eran en realidad, una abjuración del mismo, violaban, sin lugar a dudas, el artículo 38 de la Ley de Carrera Administrativa, vigente en aquel momento, según el cual : “*Ningún funcionario público podrá tomar posesión de su cargo, ni entrar en ejercicio de sus funciones, sin antes prestar juramento de sostener y defender la Constitución y las leyes de la República, y de cumplir exactamente los deberes inherentes a su cargo*” (cursivas nuestras). Aunque pudiera interpretarse que el nuevo presidente estaba dándole un giro no intencional, pero sí muy personal, a las palabras que componían la tradicional fórmula del juramento, lo cierto es que con ese cambio fuera del protocolo permitido, estaba evadiendo acatar la constitución y las leyes vigentes, las mismas que había desconocido con su intento de derrocar al gobierno legítimamente constituido, siete años atrás. En realidad, el golpe de estado continuaba, pero ahora a través de un nuevo instrumento: el propio sistema democrático que lo instaló en el poder. De esta manera, el nuevo presidente se convertía desde aquel instante, en un funcionario al margen de la ley o, dicho de otro modo, en un funcionario *de facto*.

de una Asamblea Nacional Constituyente, la cual tendría como propósito la transformación del Estado y la creación de “un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa” (artículo 3o. del Decreto). Igualmente se pedía al pueblo, en una segunda pregunta, contenida en ese mismo artículo 3o., autorización para que el presidente de la República mediante un acto de gobierno³ fijase “las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente”.

Esas dos preguntas que componían el corazón mismo del decreto de apenas cuatro artículos, apuntaban en realidad a dos referendos diferentes, uno de carácter consultivo en la primera pregunta y otro de naturaleza autorizador, en la segunda. Este último, sin embargo, no estaba contemplado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (LOSPP).

I. EL REFERENDUM CONSULTIVO Y LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

El referéndum consultivo en Venezuela se encuentra regulado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política del año 1997, reformada en 1998 y aún vigente. De acuerdo a su artículo 181, tanto el presidente de la República, en Consejo de Ministros, el Congreso de la República en sesión conjunta de las Cámaras, por mayoría calificada, y un 10% como mínimo de los electores inscritos en el Consejo Nacional Electoral, tienen la iniciativa para “convocar la celebración de un referendo, con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional”. Por supuesto que será la discusión sobre la naturaleza de las materias y contenidos de trascendencia nacional, objeto de aquellas decisiones, las que coparán el escenario político de los primeros seis meses de 1999, así como el tema central alrededor del cual girarán las sentencias más importantes de la Corte Suprema de Justicia, en sede de su Sala Político Administrativa. Entre otras razones, porque una de las materias que no debería ser susceptible, en sana lógica jurídica, de consulta referendaria bajo la Ley

3 La calificación previa de acto de gobierno, convenía al nuevo régimen, pues con ella tal vez se buscaba que las Bases Comiciales que el presidente Chávez pretendía imponer, como en efecto lo hizo, mediante el mecanismo preestablecido en la segunda pregunta del Decreto núm. 3, esto es, al amparo de la voluntad popular, no tuviesen el carácter de acto administrativo que las colocase bajo la tutela del *principio de legalidad*.

Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998 era, precisamente, la de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente; lo cual implicaba desconocer el texto de la Constitución de 1961 vigente que, por lo demás, era de carácter rígido. De modo que se imponía su reforma previa para incluir en ella la posibilidad de que por medio de un referéndum se pudiese convocar una constituyente. Lo contrario significaba darle un golpe de Estado a la propia Constitución,⁴ utilizando como instrumento una ley de rango inferior como lo era la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

La temprana acción de Chávez, el 2 de febrero, robaba la iniciativa al Poder Legislativo que había anunciado una sesión extraordinaria para aquel mismo día con el fin de tratar el referéndum, y le imprimía su impronta personal al proceso constituyente, mostrando el camino a seguir, al dejar en ese Decreto núm. 3 asentadas las bases políticas y jurídicas para que la consulta popular fuese efectuada en la forma más conveniente a su idea de revolución pacífica, así como a su proyecto personal de hacer política.

Los partidos políticos de oposición, derrotados dos meses atrás de manera contundente, se encontraban dispersos y sin fuerza para enfrentarse a la corriente constituyente que se esparcía por todo el país y que contaba también con seguidores⁵ dentro de sus propias filas. No obstante, algunas voces aisladas a través de los medios de comunicación, así como por vía judicial,⁶ manifestaron su desacuerdo con la propuesta chavista de referéndum, al igual que con la vía jurídica adoptada, la cual convertía

4 Aunque para el tratadista y constituyente venezolano Allan R. Brewer-Carías el golpe de Estado lo dio la Asamblea Nacional Constituyente al atribuirse un carácter originario que no tenía, véase Brewer-Carías, Allan R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, México, UNAM, 2002, pp. 195 y 196.

5 La idea de una Constituyente había sido asomada por algunos políticos e intelectuales años atrás. Chávez la retomó para convertirla en el estandarte de su campaña electoral de 1998 y de la transformación política que su revolución requería una vez en el gobierno. No deja de ser contradictorio que la propuesta política de una Asamblea Constituyente resultase seductora como panacea a todos sus problemas, en un país que, como Venezuela, había tenido hasta ese entonces unos 25 textos constitucionales.

6 Entre las demandas por inconstitucionalidad e ilegalidad que se introdujeron ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia contra el Decreto núm. 3 podemos referir, la del partido Acción Democrática, la de los abogados Gerardo Blyde el 10 de febrero de 1999, Allan Brewer-Carías el 23 de febrero de 1999, y la de Gerardo Fernández y Gustavo Linares el 24 de febrero de 1999. Ninguna de ellas tuvo éxito, al

la consulta en una manipulación de la voluntad popular para aprobarle facultades legislativas supraconstitucionales al Poder Ejecutivo, que obviamente no tenía.

Si bien el Ejecutivo podía, dentro del marco de la LOSPP, tomar la iniciativa para consultar a la ciudadanía sobre temas de trascendencia nacional, ello no conllevaba la posibilidad de que se incluyeran preguntas más allá de la consulta misma, aunque aquéllas estuviesen relacionadas con la decisión principal objeto de referéndum. Es decir, que se podía, en todo caso, consultar sobre si se quería o no una Asamblea Constituyente, pero no sobre si se le daban al presidente poderes especiales, no contemplados en la Constitución vigente de 1961, para que normase la elección de la Asamblea Constituyente. Entre otras razones, estaría que la consulta por referéndum no convierte a los ciudadanos convocados para tal fin en un poder constituyente originario más allá y por encima de la Constitución. El poder originario no es un comodín que utiliza el gobernante de turno cuando le viene en gana. Una especie de rebaño de ovejas que pastan disgregadas por el campo y que se reúnen cuando alguien toca un silbato.

Por otra parte, el origen del poder constituyente no permite inferirlo de un acto anterior de carácter autorizatorio, como lo es el referéndum, distinto de la propia decisión soberana del pueblo. El poder constituyente “...no puede hallarse sometido a ningún precepto positivo, porque es superior y previo a toda norma establecida. Por eso... como no procede de ninguna ley positiva, no puede ser regulado en sus trámites por normas jurídicas anteriores”.⁷ Por el contrario, la vía refrendaria escogida para tal fin sólo tiene sentido en referencia a la propia Constitución, dentro de cuyo marco fue concebida con el propósito de tomar en cuenta la opinión

ser desestimadas, en general, más por razones procedimentales que de fondo, a pesar de que cualquiera de los argumentos que en todas se repiten, serían mas que suficientes para que la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema hubiese declarado la nulidad, si no total, al menos parcial del referido instrumento jurídico. Sólo en un segundo intento, un recurso contencioso electoral interpuesto el 3 de marzo de 1999 por el abogado Gerardo Blyde ante la misma Sala Político Administrativa tuvo éxito, al ser anulada en decisión del 18 de marzo de 1999, con ponencia del magistrado Hermes Harting, la segunda pregunta del Decreto núm. 3. Un éxito, por cierto prematuro, como veremos más adelante.

7 Vecchio, Giorgio del y Recasens Siches, Luis, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., reelaborada y aumentada, Barcelona, Bosch, 1935, p. 576.

de la población, en determinadas materias de importancia nacional; pero siempre como un mecanismo de democracia participativa, de los cuales escaseaba, por cierto, el modelo de democracia representativa que distinguía a la Constitución de 1961 y lo cual animó al legislador de 1989 a darle vida a aquella figura dentro de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. En consecuencia, votar con un *sí* o con un *no*, respecto a la Asamblea Constituyente no podía tener ningún otro significado que el de una mera consulta, y tratar de obtener alguna otra ventaja de la situación era a todas luces ilegítimo.

En relación con la posibilidad misma de que el pueblo pudiese ser consultado pura y simplemente, sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, siempre hemos sido de la opinión que ni siquiera esa pregunta podía ser objeto de referéndum,⁸ pues la misma implicaba el asunto de la reforma constitucional para el cual la propia Constitución de 1961 establecía en sus artículos 245 y 246 un rígido procedimiento que no prevé, en modo alguno, un referéndum consultivo, sino más bien uno de carácter aprobatorio, una vez efectuada la reforma de la Constitución por el Congreso de la República en la forma en ella dispuesta.

Pretender como lo hizo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999, conocida como decisión La Roche,⁹ que si era posible

8 Y menos aún de la manera en que se elaboró la pregunta: “¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?”. Cuando hubiera sido más apropiado algo como: ¿Está usted de acuerdo en que se convoque o en convocar, una Asamblea Nacional Constituyente, etcétera? Pareciera que la idea que estaba detrás de la forma de redactar la primera pregunta era la de un pueblo votando como poder originario, clara influencia de la interpretación que, unos días antes, había hecho la Corte Suprema de Justicia sobre el tema.

9 Ese mismo día y con diferencia de unos minutos se produjeron, vía recurso de Interpretación, dos importantes decisiones, las núms. 17 y 18, en la Sala Política Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia. Aunque la estructura argumentativa de estas sentencias es sustancialmente diferente, más conceptual y profunda la del magistrado La Roche en sus planteamientos, aunque populista y ambigua en el fondo, ambas se asemejan muchísimo en la interpretación que finalmente hacen, de los artículos 181 y 185 relativos al referéndum, contenidos en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, así como del artículo 4o. de la Constitución de 1961, donde se afirma que la soberanía “reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio por los órganos del Poder Público”. Al concluir las dos, que si era posible utilizar la vía del referéndum para convocar una Asamblea Constituyente se abrió, además de una puerta, una pequeña Caja de Pan-

realizar dicha consulta porque, entre otros argumentos,¹⁰ jurídicamente menos objetivos, el artículo 185 de la LOSPP no contemplaba, entre las materias que quedaban excluidas del referéndum, la de convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, no sólo es un error de interpretación, que aísla de su contexto a una norma que está inmersa en una Ley de carácter orgánico supeditada a la Constitución de la cual debe ser parte, sino que además supone un orden jurídico nuevo y absurdo en el que las leyes ordinarias se sitúan por encima de la Constitución misma.

Además, resultaría contradictorio, en esencia, que el tema de la Asamblea Constituyente quedase sometido a consulta popular, mientras que el referéndum estuviese prohibido para las materias constitucionales indicadas en el artículo 185 referido,¹¹ a pesar del menor grado de importancia de estas últimas en comparación con la primera, con lo cual la *ratio legis* de la norma carecería de sentido.

A veces lo obvio no se ve, mientras lo que no lo es tanto se interpreta como si lo fuera. Y aquí lo obvio, no es otra cosa que el hecho de que la

dora en el escenario jurídico, que arrastró a la Corte Suprema, y que sirvió para que el nuevo presidente moldease a su antojo el proceso constituyente cuyo primer paso en firme lo fue el Decreto núm. 3. De hecho, ambos fallos, son citados como fundamento de aquél en la letra *b* de su parte motiva.

10 En su desarrollo, la sentencia tocaba temas como el de los mecanismos de participación política y el referéndum, este último derecho inherente al hombre, el de la soberanía popular y el Poder Constituyente, el cual no estaba sometido a los mandatos de la Constitución de 1961, a diferencia del poder constituido que sí lo estaba, así como el de las lagunas constitucionales objeto de la hermenéutica jurídica. La sentencia dejaba la sensación, en el fondo, de que el pueblo convocado a referéndum tenía cualidad de Poder Originario. Diez meses mas tarde, el magistrado La Roche al salvar su voto en una sentencia de la Corte Suprema en Pleno, del 14 de octubre de 1999, que seguía en la argumentación, la línea de su decisión del 19 de enero de 1999, trató de precisar algunos de aquellos conceptos, al aclarar que se había confundido el Poder Constituyente, el cual solo le pertenece al soberano, con el Poder Constituido Extraordinario, Asamblea Constituyente. Lamentablemente, el daño ya estaba hecho y nada se podía hacer.

11 El cual textualmente dice: “No podrán someterse a referendos nacionales, las siguientes materias: 1) Presupuestarias, fiscales o tributarias; 2) Concesión de amnistía o indultos; 3) Suspensión o restricción de garantías constitucionales; supresión o disminución de los derechos humanos; 4) Conflictos de poderes que deban ser decididos por los órganos judiciales; 5) Revocatoria de mandatos populares, salvo lo dispuesto en otras leyes; y, 6) Asuntos propios del funcionamiento de algunas entidades federales o de sus municipios”.

materia constituyente, en general, no podía quedar regulada en forma alguna por la LOSPP, sin entrar en contradicción con la letra y el espíritu de la Constitución. De modo que, más que un permiso tácito, se trata de una racional omisión del legislador, debido a la lógica restricción que se desprende de la carta magna en materia de reforma, y la cual hacía innecesaria su exclusión expresa en el texto del artículo 185, *ejusdem*. La hermenéutica jurídica no puede hacerse en forma aislada sobre la letra y contenido de un artículo que forma parte de una ley y que por lo tanto debe ser entendido en su verdadero sentido y alcance dentro de un todo. Interpretar dicho artículo 185 en la forma que lo hizo la sentencia comentada nos llevaría a la conclusión de que, por ejemplo, la iniciativa popular podría solicitar un referéndum para la aprobación de una ley ordinaria de interés nacional, a pesar de que la facultad de legislar le corresponda al Poder Legislativo en la Constitución de 1961, simplemente porque no está prohibida expresamente tal posibilidad.

Llama la atención, en todo caso, que en la referida sentencia no se haya tomado en cuenta, para nada, el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política fijado por ella misma en su artículo 1o., cuando al referirse a los comicios por referéndum establece lo siguiente: “También se aplicará esta Ley en la organización y realización de los referendos que ella consagra, así como cualquier otro proceso electoral y referendo que deba realizarse por mandato de la Constitución de la República o la ley”. Resulta meridianamente claro para nosotros, aunque la redacción de la norma no sea la más apropiada, que habiendo en aquel entonces solo un referéndum de rango constitucional (el de aprobación de la reforma general a que se refiere el artículo 246 de la Constitución Nacional de 1961) los únicos referendos posibles provenientes de la Ley eran el ya referido de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y los previstos en los artículos 69 y 175 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal del 15 de junio de 1989 y en ninguno de ellos había colisión con dicha Constitución.

Podemos entender que una buena parte de la opinión pública venezolana haya recibido con entusiasmo la propuesta de tratar, por medio de un referéndum, la convocatoria de una Asamblea Constituyente, a pesar del riesgo implícito por parte del gobierno para ir mas allá de lo que la ley le permitía, como en efecto ocurrió. Pero aún estando de acuerdo con las decisiones 17 y 18 de la Corte Suprema de Justicia sobre la validez

jurídica de una consulta constituyente dentro de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y que suponían, ingenuamente, que la mera utilización del referéndum como mecanismo de participación popular no conculcaba la Constitución, lo que nunca debería deducirse es que no hacía falta reformar la Constitución de 1961¹² para convocar una Asamblea Nacional de tipo constituyente. Esto fue precisamente lo que hizo Chávez, y lo hizo con otro instrumento legislativo polémico como lo fueron las denominadas Bases Comiciales.

II. LA APARICIÓN DE LAS BASES COMICIALES

Las Bases fueron publicadas, por primera vez, en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* núm. 36.658 del 10 de marzo de 1999 como una “Propuesta del Ejecutivo Nacional” para ser sometida a la aprobación del pueblo en el referéndum convocado por el Consejo Nacional Electoral a celebrarse el 25 de abril de 1999.¹³ Como *Propuesta* carecía de valor jurídico, pues estaba huérfana de soporte legal y la segunda pregunta del Decreto núm. 3, que expresamente fue utilizada como argumento en uno de sus considerandos, mal podía servirle de fundamento. Por otra parte, no deja de ser curioso que el numeral 1 del artículo 190 de la Constitución, que se refería al deber que tiene el presidente de la República de “Hacer cumplir esta Constitución y las leyes”, encabezase la parte motiva de dicha *Propuesta* presidencial. El mismo hecho de que la forma del acto administrativo que la originó sea la de “aviso oficial” y no la de Decreto, aunque con carácter de orden, nos hace pensar que el propio Ejecutivo tuvo dudas sobre la validez de aquél, y no estamos seguros si sobre su competencia para crearlo, aun cuando es evi-

12 “*No me importan los pactos ni las proposiciones parlamentarias pues no nos vamos a encerrar y a perder el tiempo en dilucidar la factibilidad de una reforma constitucional antes de la Constituyente*”, palabras del presidente electo durante la toma de posesión del Gobernador del Estado Zulia, Francisco Arias Cárdenas. Véase Castro, Mónica. “Ni me va ni me viene Presidencia del Congreso”, *eluniversal.com*, 6 de enero de 1999; http://www.eluniversal.com/1999/01/06/pol_art_06112AA.shtml, última consulta: 30 de octubre de 2005.

13 La fecha había sido establecida por el Consejo Nacional Electoral, en la Resolución núm. 990217-32 del 17 de febrero de 1999, en la cual se fijaba la realización de un referéndum para que el pueblo se pronunciase sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente de conformidad con el Decreto núm. 3 dictado por el presidente de la República.

dente que no la tenía. Se trataba de una normativa de unas nueve disposiciones, hecha para regular el proceso de elección de los constituyentes (número, requisitos, forma de votación, etcétera) las funciones y duración de la Asamblea Nacional Constituyente, así como la naturaleza originaria de la misma.

En nuestra opinión, tan inconstitucionales eran las Bases como la segunda pregunta del Decreto núm. 3 ya comentado. Ver en las Bases una enmienda o derogación de la segunda pregunta,¹⁴ no creemos que resolviera el problema de inconstitucionalidad que entraña la misma, pues no se trataba de si las normas regulatorias para la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente, debían o no formar parte de la segunda pregunta y por ende del Decreto núm. 3,¹⁵ sino más bien de si quien pretendía ejercer la iniciativa contemplada en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en este caso el presidente de la República, tenía o no el derecho de solicitar tal facultad a través de un referéndum consultivo.

Es evidente que la respuesta es no, y así lo entendió la Corte Suprema de Justicia en su decisión del 18 de marzo de 1999 al anular y ordenar la reformulación de la pregunta segunda del Decreto núm. 3 del presidente de la República, reproducida en la Resolución núm. 990217-32 del 17 de febrero de 1999 del Consejo Nacional Electoral, contra la que se había introducido recurso de nulidad.¹⁶ Igualmente ordenaba la Corte al Consejo Nacional Electoral que examinase, para tal modificación, la propuesta de Bases Comiciales hecha por el Ejecutivo el 10 de marzo de 1999. Decisión que no fue acatada por este organismo al dictar en fecha 23/3/99 una nueva Resolución, publicada en la *Gaceta Oficial* núm. 36.669 del 25 de marzo de 1999, en la cual se transcribían las Bases Comiciales de la Propuesta y se mantenía, por lo tanto, en la base Octava de las mismas, Décima de la Propuesta, el concepto de una Asamblea Nacional Constituyente “como poder originario que recoge la soberanía popular”. Es de-

14 Véase *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela, cit.*, nota 4, pp. 151 y 152; 161 y 162.

15 Naturalmente que por razones prácticas, hubiese sido preferible y mucho más diáfano para el ciudadano que las normas reguladoras del proceso comicial constituyente formasen parte del cuerpo del instrumento jurídico objeto del referéndum, o sea, del Decreto núm. 3, pero no fue así. Lo cierto es que las Bases jamás fueron incorporadas al texto de la pregunta, con lo cual se podía inducir a error al elector.

16 Véase la nota 6 de este trabajo.

cir, que el Consejo Nacional Electoral no reformó la segunda pregunta del Decreto núm. 3, sino que le dio acogida a la propuesta de Bases Comiciales del presidente, con un cambio en el orden de las preguntas, pero sin tocarlas en lo más mínimo y manteniendo su filosofía original.

De este modo, el Consejo Nacional Electoral interpretaba que las Bases eran una modificación de la segunda pregunta del Decreto y que al oficializarlas le estaba dando cumplimiento a la decisión de la Corte Suprema referida. Si bien se llenaba el vacío que implicaba la segunda pregunta del Decreto núm. 3 con una propuesta concreta, no se resolvía el problema de si un referéndum consultivo podía ser utilizado para aprobar unas Bases Comiciales. En el fondo, no había mucha diferencia entre darle autorización al presidente para que redactase unas normas regulatorias de los comicios para la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente, lo cual a todas luces resultaba un exceso legal, y votar por unas normas previamente redactadas por el presidente y calçadas por el Consejo Nacional Electoral para el mismo propósito.

De allí que la Sala Político Administrativa de la Corte en sentencia del 13 de abril de 1999 volviese a decidir¹⁷ sobre esta materia aceptando como válida la incorporación, por el máximo organismo electoral, de las Bases Comiciales en sustitución de la segunda pregunta del Decreto, pero eliminando de la base Octava del mismo lo relativo al carácter originario de la futura Asamblea Nacional Constituyente y ordenándosele su divulgación entre el electorado. Para esto último quedaban apenas doce días y aun cuando fueron publicadas en la *Gaceta Oficial* del 21 de abril de 1999, o sea, cuatro días antes del referéndum (véase la nota 13), el pueblo no notó que las Bases Comiciales por las que votó ese día no

17 El día anterior, 12 de abril, la Corte Suprema de Justicia dio respuesta a unas declaraciones de Chávez, en las cuales el alto mandatario afirmaba que en aquella no existía “autoridad legítima y moral”, divulgadas por los medios periodísticos en esa misma fecha, calificándolas de contrarias al principio de colaboración y respeto entre los poderes públicos, así como de un atentado contra la dignidad de la Corte misma. Con anterioridad ya Chávez le había remitido una carta a la Corte Suprema, recordándole a sus magistrados que hacía falta una justicia más ágil, que el pueblo había votado el 6 de diciembre de 1998 como titular de un Poder Originario y confirmándoles “el Principio de la exclusividad presidencial en la conducción del Estado”. Álvarez, Irma, “Chávez debe cesar actitud irrespetuosa”, *eluniversal.com*, 13 de abril de 1999, http://www.eluniversal.com/1999/04/13/pol_art_13102AA.html, última consulta 30 de octubre de 2005. Como estas intromisiones pudieron haber influenciado en el ánimo de los jueces y de sus decisiones, es algo que siempre nos traerá dudas.

fueron las corregidas por la Sala Político Administrativa, sino las publicadas en la *Gaceta Oficial* del 25 de marzo de 1999, fecha a la que se hacía referencia en la pregunta segunda de la boleta de votación elaborada por el Consejo Nacional Electoral. Un error, muy difícil de detectar por el elector, aun en el supuesto caso de que estuviere al tanto de la corrección y de la fecha de su publicación.

Para colmo, el Consejo Nacional Electoral cuando promulga el 19 de mayo de 1999 la Resolución núm. 990519154, contentiva de las *Normas para la Elección de Representantes a la Asamblea Nacional Constituyente*, publicadas en la *Gaceta Oficial* núm. 36707 del 24 de mayo de 1999, no endereza el entuerto sino que lo reitera, al referirse en la parte motiva de su resolución, a las bases comiciales del 25 de marzo de 1999 contenidas en la segunda pregunta del referéndum consultivo nacional del 25 de abril de 1999, como las aprobadas por el soberano.¹⁸ Cuando la verdad es que ni estaban contenidas¹⁹ ni quedaron aprobadas, pues solo se podía votar, válidamente, a favor o en contra de las Bases reformadas por la Corte Suprema de Justicia, como ya se explicó.

III. DE LA NULIDAD DE LAS BASES COMICIALES Y DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE ELECTA EL 25 DE JULIO DE 1999

1. *Un vicio de nulidad y una estrategia electoral*

Aparte de la supresión citada y de un incremento, aprobado por el Consejo Nacional Electoral, del número de representantes por región de 76 a 104, con lo cual se aumentaba de 103 a 131 el número total de miembros que integrarían la Asamblea Nacional Constituyente, se puede decir que las Bases se mantuvieron intactas desde su redacción original.

Cabe destacar, a efectos de este trabajo, el contenido de la *Base Tercera* de conformidad con la cual se establecían dos grandes circunscripciones electorales. Una que abarcaba a las 24 entidades que conformaban la Federación,²⁰ y que aportaban un número de representantes determinado

18 Lo cual parecía una premonición, pues votada o no, en agosto 3 de 1999, una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, ella misma se autoproclamó como “poder originario”.

19 Véase la nota 15.

20 De Acuerdo al artículo 2o. de la Constitución de 1961, Venezuela era un Estado federal.

por la población de cada una de ellas, y otra de cobertura nacional para elegir a 24 asambleístas. La votación debería hacerse en forma uninominal en ambos casos. A estos 128 constituyentes se le agregarían otros 3, elegidos de entre las poblaciones indígenas, en representación de las minorías étnicas del país.

Hasta aquí la estructuración de la Asamblea luce democrática, al reflejar tanto a los requerimientos poblacionales de los estados como del país, con una representación bien balanceada que nos recuerda la de las composiciones bicamerales de algunos parlamentos, incluido el de Venezuela en ese momento, no obstante que de acuerdo con la *Base Segunda* la Asamblea Constituyente es unicameral. Es decir, una doble representación para una sola cámara; algo que en principio no pareciera tener mucho sentido.

En relación con la votación en si misma, la *base tercera* estipulaba una condición restrictiva para la elección de los 24 constituyentes nacionales, que no existía para la de los otros 104 constituyentes de los estados y que viciaba de nulidad las Bases Comiciales. Nos referimos a los 10 votos que en ella se le asignaban a cada ciudadano para elegir a esos 24 asambleístas.²¹ Esta limitante existía ya en la propuesta de Bases Comiciales publicadas el 10 de marzo de 1999 y nunca fue objetada ni por la Corte Suprema de Justicia, ni por el Consejo Nacional Electoral, por lo que se mantuvo en el texto de las versiones posteriores. Tampoco la oposición política del gobierno, ni aquella parte de la opinión pública reacia a la idea de una Asamblea Constituyente, llegaron a pronunciarse sobre este particular. Curiosamente esta base comicial tercera, a pesar de su inconstitucionalidad e ilegalidad manifiestas, pasó desapercibida.

Así, tenemos que se violaba el principio de la libertad del voto, consagrado con carácter de garantía, en el artículo 113 de la Constitución de 1961, y el cual quedaba delegado por la propia norma constitucional, en su regulación ordinaria, a la legislación electoral. Legislación electoral que resultaba contravenida, específicamente, en los numerales 6 y 2 de

21 “Se producirá la elección de veinticuatro (24) constituyentes en una circunscripción nacional. El elector dispondrá de un máximo de diez (10) votos”. Base Tercera, ordinal 2do, de las BASES COMICIALES PARA EL REFERENDUM CONSULTIVO SOBRE LA CONVOCATORIA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE A CELEBRARSE EL 25 DE ABRIL DE 1999, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, núm. 36.669 del 25 de marzo de 1999.

los artículos 14 y 159, respectivamente, de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. El numeral 6 del artículo 14 se refiere al derecho que tiene el elector para votar por tantos candidatos como cargos nominales corresponda elegir en el caso de los diputados al Congreso Nacional, el cual analógicamente aplicaba aquí. El numeral 2 del artículo 159, por su parte, establece que “ningún elector podrá ser coartado en su derecho a votar”; disposición que el propio Consejo Nacional Electoral transgredió al amenazar al elector, a través de anuncios por prensa, radio y televisión, con anularle todos los votos si marcaba más de diez candidatos en la circunscripción nacional. Como si fuera poco, el Consejo Nacional Electoral promulgó unas normas recogiendo dicha penalización; nos referimos a los *Criterios para Contabilizar los Votos Nulos* de ese mismo mes de julio, unos días antes de que se llevaran a cabo las elecciones. Disposiciones similares se pueden encontrar en las *Normas para la Elección de Representantes a la Asamblea Nacional Constituyente* del 19 de mayo de 1999 del propio Consejo Nacional Electoral.

De igual modo, violaba el principio de *todos tenemos derecho a elegir y ser elegidos*, arraigado en el derecho constitucional venezolano, además de retrotraernos a etapas ya superadas en la historia de los derechos y libertades políticas, en las que el cercenamiento del ejercicio del derecho a votar era la regla.

Se pudiera pensar, en principio, que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política no era aplicable al proceso electoral relativo a la Constituyente, tal como el propio Chávez lo había ya denunciado en una rueda de prensa en los días previos²² a la elección pautada para el 25 de

22 En alocución transmitida en cadena nacional de radio y televisión el 15 de julio de 1999 Chávez afirmó que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política era aplicable al proceso de elección de los representantes a la Asamblea Nacional Constituyente, en virtud de que en su artículo 1o. no se incluía este tipo de elección y que las elecciones para dicha Asamblea Constituyente no obedecían a un mandato de la Constitución, ni de la Ley, sino del Pueblo soberano que así lo había decidido mayoritariamente en un referéndum. Claro está, que Chávez omitía recordar que el referéndum al cual se refería, así como el que había aprobado las Bases, se hicieron convenientemente en el nombre de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, aunque no necesariamente enmarcados en ella. Una muestra sin lugar a dudas, estas declaraciones, de su talante antidemocrático, de franco y absoluto desapego a las leyes y de que conocía perfectamente los hilos del poder en la historia política de los pueblos y de su manipulación por las autocracias y las pseudo democracias populistas. Una vez más, la versión Russoniana del gobernante que

ese mismo mes; sin embargo, una decisión de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 21 de julio de 1999, en ponencia de la magistrada Hildegard Rondón de Sansó, resolvió ambiguamente la situación al interpretar que por cuanto la Asamblea Nacional Constituyente

...deriva de un proceso que se ha desarrollado dentro del actual marco del ordenamiento constitucional y legal, el mecanismo para su conformación se rige por todo el ordenamiento jurídico vigente, y específicamente, por las normas que a tal efecto se enunciaron en la Resolución Núm. 990519-154, del 19 de mayo de 1999, dictada por el Consejo Nacional Electoral, esto es, las Bases Comiciales aprobadas mediante Referendo del 25 de abril de 1999, la Constitución de la República, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y las demás normas electorales dictadas al efecto por el Consejo Nacional Electoral” (original en negrillas).

Una decisión que ratificaba el origen del proceso constituyente dentro del ordenamiento jurídico vigente y, por elemental consecuencia, su supeditación al mismo como lo habían establecido ya las decisiones de los magistrados Herman Harting del 18 de marzo de 1999 y Humberto La Roche del 19 de enero de 1999, pero que no solucionaba el problema de cuál ley aplicar en caso de un conflicto como el que aparentemente existía entre el sistema de votación fijado por las Bases y el de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. No había duda de que las Bases habían sido integradas al ordenamiento jurídico positivo venezolano, pero con un rango, aparentemente, superior al de la Constitución y demás leyes electorales, si nos guiamos por el orden que la propia sentencia establece al referirse al ordenamiento jurídico, mencionando en primer lugar a las Bases y después, a la Constitución, a Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y al resto de las normas electorales. Curiosamente, la misma jerarquía contemplada por las *Normas para la Elección de Representantes a la Asamblea Nacional Constituyente* del Consejo Nacional Electoral, de fecha 19 de mayo de 1999 y las cuales, en la secuencia de la sentencia comentada, estaban después de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Como una norma que derivaba del

“sabe encarnar” la *voluntad general* que no es otra que la de él y que, curiosamente, siempre “coincide” con la *voluntad del pueblo*.

marco constitucional, podía estar por encima de la Constitución misma, que es algo difícil de entender.

Cabe detenernos un momento, para analizar si tal restricción o prohibición de votar, contenida en las Bases Comiciales, no obedece en realidad a una forma de sufragio contemplada en la historia de algunos Estados y que es conocida como voto limitado. Este tipo de votación se aplicó en el siglo XIX en países como Inglaterra y Australia y más cerca de nosotros, a principios del siglo XX, en Argentina (Ley Sáenz-Peña) siendo hoy en día utilizada por España para la elección de una parte de los miembros del Senado de las Cortes, y por los Estados Unidos de América para elecciones locales en algunos de sus estados.

Se trata de un sistema de sufragio semiproproporcional con el cual se busca favorecer a las minorías. Para ello, el elector cuenta con un número de votos menor al de escaños a elegir. Aunque no hay reglas fijas, se suelen dar uno o dos votos menos de los correspondientes a un elector con voto plenum. El porcentaje de la población de la circunscripción electoral respectiva debe ser considerado en cada caso. Se supone que esos votos que no se ejercen, serían los que favorecerían a las minorías, lo que en la práctica no siempre se cumple, pudiendo quedar las mayorías aún más robustecidas.

En nuestra opinión, se consiguen mejores resultados en pro de las minorías, en el caso de elecciones generales, con el sistema de listas cerradas, conocido en Venezuela como *planchas*, complementado con un sistema de cuocientes, como por ejemplo el de Hontd, que con este voto limitado, el cual además, supone una evidente violación del derecho a ejercer el voto sin restricción alguna, mejor expresado en la universal frase de Thomas Paine, en su conocida obra *Common Sense*: un hombre igual a un voto, un voto igual a un hombre.

Una comparación de aquel sistema, con el establecido en las Bases Comiciales, nos lleva a la conclusión de que no estamos en presencia de un verdadero ejemplo de voto limitado. En efecto, quitarle al electorado 14 votos de 24 posibles, luce descabellado si de proteger a las minorías se trata; además, ¿de que minorías estábamos hablando? Las etnias indígenas tenían su propia convención para elegir 3 representantes, como ya se dijo, y dichos representantes eran adicionales a los 128 que en total se decidirían en las elecciones generales del 25 de julio de 1999. Si se trataba de las minorías políticas de la oposición, la estrategia chavista, de la

que hablaremos más adelante, de dividir el país en dos circuitos electorales virtuales, más bien condujo a todo lo contrario. Adicionalmente, habría que preguntarse, hablando de darle más oportunidades de representación a las minorías en la Asamblea Constituyente, la razón por la cual no se amplió este sistema a todos los 128 puestos, incluyendo a la representación de los Estados, donde, en conjunto, se votarían 104 constituyentes, en vez de dejarlo constreñido a los 24 representantes nacionales.

En cualquier caso, en Venezuela tal sistema de votación no estaba contemplado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, razón por la cual no podía aplicarse para ninguna elección popular, mientras la ley electoral no fuese modificada. Y aunque es verdad que las Bases fueron consultadas a través de un referéndum, como ya se vio, no se puede pretender que tal aprobación, que contó con un 86.43% de votos favorables,²³ pero dentro de un proceso electoral que se vio afectado por una abstención del 62.16%, le concediese a aquéllas un carácter supraconstitucional, entre otras razones por que la Constitución de 1961 seguía vigente, aunque fuese un estorbo para la revolución. Si algo debe tenerse como cierto, es que bajo ninguna hipótesis se puede poner al pueblo en posición de votar contra sí mismo, y que ni siquiera el Poder Constituyente puede imponer condiciones limitatorias de sus derechos políticos, los que en ningún caso pueden quedar disminuidos en comparación con los que le son inherentes, y mucho menos en el presente caso en relación con los que la Constitución de 1961 le otorgaba a los ciudadanos.

Las consecuencias de aquel vicio que afectaba los derechos políticos fundamentales de los electores, así como de los postulantes a ocupar los 24 puestos,²⁴ que a nivel nacional, habían de ser escogidos por aquéllos, fueron permanentes y se traspasaron, al no ser subsanado aquél, a la

23 El total de votantes que acudió a las urnas fue de aproximadamente 3.983.202, (37.84%) mientras que dejaron de ir a votar alrededor de 6.543.062 electores. Tomado de: *la Base de datos Políticos de las Américas*, www.georgetown.edu/pdba/, con acceso el 30 de octubre de 2005.

24 Si el electorado hubiese ejercido su derecho a votar sin ninguna restricción, nadie puede asegurar que los resultados fuesen los mismos, pues aunque el Polo Patriótico probablemente hubiese igualmente obtenido más puestos, lo que sí es seguro, es que los nombres de los 24 constituyentes electos a nivel nacional serían distintos, y que la composición de la Asamblea Nacional Constituyente habría variado.

Asamblea Constituyente y a todos sus actos, incluida la nueva Constitución bolivariana.

Pero, ¿fue un error de juicio, ignorancia supina, o fue aquella restricción puesta a propósito? Aunque los efectos jurídicos de nulidad no se verán alterados cualquiera que sea la respuesta, la pregunta se hace pertinente a la luz de algunos eventos políticos ocurridos semanas antes de las elecciones y que servirían para explicar la causa o finalidad de que se colocara una condición como aquélla. Nos referimos a las denominadas *llaves o kinos*²⁵ que se hicieron populares a través de la prensa en aquellos días y que no eran otra cosa que las listas con los nombres de los candidatos del gobierno que deberían ser votados a nivel nacional, por los seguidores del Polo Patriótico.²⁶ Los *kinos*, además, cumplieron la finalidad de servir de “portaviones” a los desconocidos candidatos del interior del país, que se presentaban acompañados por alguno de los dirigentes nacionales más representativos del chavismo. En todos ellos, aparecía la figura de Chávez apadrinándolos.

El Movimiento V República, a sabiendas de la ventaja psicológica que tenía sobre la oposición, recientemente derrotada en las elecciones presidenciales y, sobre todo, de la que le ofrecía su aún engrasada maquinaria partidista, tuvo la idea, como parte de su estrategia electoral, de dividir el país en dos grandes circunscripciones electorales virtuales, una para el oriente del país y la otra para el occidente, con el objeto de dirigir la orientación de sus seguidores y racionalizar el voto.

Para este último fin se seleccionaron 20 candidatos, como si de la confección de una lista cerrada se tratase, 10 para cada una de las dos mitades del país y se le pidió a la población afecta al gobierno, por medio de una campaña publicitaria multimillonaria, en la cual participaría el propio presidente de la República, votar por ellos. De este modo, mientras los electores a favor de los candidatos de oposición utilizaban los 10 votos que les estaban permitidos, tratando de seleccionar como podían 10 representantes de entre el universo de candidatos postulados, los segui-

25 El nombre viene tomado de una popular lotería que se caracteriza por presentar los números, 15 en total, en columnas de 5 e hileras de 3; los candidatos de Chávez venían en un orden similar al usado en la papeleta del Kinúm. También fueron conocidas como *chuletas* o *tubos*.

26 Nombre que se le dio a la coalición de partidos que apoyaban a Chávez (Movimiento V República, Movimiento al Socialismo, Patria Para Todos, entre otros).

dores del gobierno votaban en realidad por los 20 que indicaban los *kinos*, con la certeza casi absoluta de que resultarían vencedores. En la práctica así ocurrió y el Polo Patriótico arrasó, ganando 20 de los 24 puestos nacionales a la Asamblea Constituyente, tal como había sido planificado.

La razón por la cual no se elaboraron dos listas de 12 candidatos cada una para optar a los 24 puestos nacionales de la Asamblea Constituyente es muy sencilla: no se quería copar la Asamblea, dejando la sensación de que la elección de sus miembros había sido monopolizada por el partido de gobierno, sin oportunidad para nadie más. Era necesario dar una apariencia de democratización y de igualdad de oportunidades (a pesar de que fue notoria la participación del presidente en la propaganda electoral a favor de sus candidatos, así como el uso de los recursos del Estado en su apoyo, hasta el punto de que el Consejo Nacional Electoral se vio forzado a multarlo por tal comportamiento) que evitase cualquier tipo de duda sobre la pureza y transparencia de dichos comicios. Para ello, la oposición política debía ganar algunos puestos de los 24 a nivel nacional. La fórmula de usar listas de 10 candidatos, aseguraba ambas posibilidades, darle al gobierno una mayoría significativa de 20 representantes en la Asamblea (menos de eso pudiera ser inconveniente) y, al mismo tiempo, permitir una exigua representación de la oposición con cuatro constituyentes nacionales.

Otra posibilidad hubiese sido la de elaborar una lista de 22 candidatos, o sea, 11 y 11 para cada mitad del país, pero suponemos que aunque la misma pasó por la mente de los asesores del gobierno, debió parecerles poco generosa y convincente de cara a la estrategia antes explicada. En cualquiera de estos dos casos, es fácil entender que el número de votos permitidos en las Bases Comiciales no hubiera podido ser de 10, sino de 12 o de 11, si se quería que la estrategia fuese exitosa.

La importancia de obtener una mayoría significativa en los puestos de la circunscripción nacional, no radicaba tanto en la cantidad de votos que aportaba en la asamblea, como en liderazgo para conducirla. De hecho, en las listas de candidatos del Polo Patriótico para aquella Circunscripción, estaban los más conspicuos representantes del chavismo de aquel entonces, incluida la propia esposa del presidente, así como su mentor político Luis Miquelena, llamado, en un principio, a jugar un preponderante papel como presidente de la Asamblea Constituyente y como mi-

nistro del Interior, después, hasta que rompió con Chávez en 2003. De los 20 constituyentes electos por el Polo Patriótico, más de la mitad se fueron separando del gobierno, y de Chávez, durante y después de disolverse la Asamblea Nacional Constituyente.

Por esa razón, había que asegurar dicha mayoría, así como que la misión de la Asamblea Constituyente en pro de la nueva Constitución fuese cumplida sin obstáculos inquietantes. Un mecanismo como el ya descrito aseguraba todo esto y más. Como por ejemplo, la defenestración por la Asamblea Nacional Constituyente de los poderes públicos electos en noviembre de 1998, dentro del marco de la Constitución de 1961, la ratificación de Chávez como presidente de Venezuela y la sustitución mediante sucesivos decretos, de la Constitución de 1961 y del Estado de derecho anterior, por uno nuevo *emergente*, de carácter “transitorio”, y el cual se aplicó durante un tiempo, antes y aun después, de entrar en vigencia la nueva Constitución bolivariana.

2. *Un fraude electoral*

En términos generales, puede definirse como fraudulenta toda acción del ser humano dirigida a sorprender la buena fe de otro, con la intención de obtener un beneficio o un provecho, bien para si o bien para un tercero.

Las actuaciones y estratagemas previos a las elecciones, llevadas a cabo por el gobierno, Consejo Nacional Electoral incluido, así como por los partidos políticos que apoyaban a los candidatos de Chávez a la Asamblea Nacional Constituyente, no fueron actos aislados desprovistos de intención y de propósito. Por el contrario, configuran verdaderas actuaciones dirigidas y destinadas únicamente a obtener una ventaja sustancial en dichos comicios. No se trató de un error, ni de una simple manipulación, carente de intencionalidad, de las leyes y del sistema electoral, expresión por demás genérica que abarca desde irregularidades y faltas, hasta auténticos delitos electorales. Se puede afirmar que en las elecciones del 25 de julio de 1999, con las cuales se designaron los representantes a la Asamblea Nacional Constituyente, se produjo un estafa electoral de características bastante atípicas en su *modus operandi*, pero de consecuencias históricas. No se asemeja al típico fraude que se hace trasegando votos, traspasando electores, adulterando actas o modificando el padrón electoral, por sólo señalar algunas de sus manifestaciones más

frecuentes. Este fraude se hizo a la vista de todos y con la ley como bandera.

La estrategia del chavismo ya explicada, de sacar provecho de sus opositores en esas elecciones constituyentes, convirtiendo en la práctica lo que debieron haber sido unas votaciones uninominales en elecciones de listas cerradas o planchas, fue a todas luces ilegal, aunque el Consejo Nacional Electoral no se pronunciase²⁷ al respecto. No solo era un fraude a las propias Bases Comiciales, que, como ya vimos, establecían la uninominalidad de la elección de los constituyentes en su disposición tercera, sino también a los electores y al sistema jurídico-político-electoral, contra el cual la oposición y la población, que no acudió a votar en dicho proceso, no pudo hacer nada. Pues aunque dicha oposición política hubiese podido seguirle el juego al gobierno y al Polo Patriótico y hubiese tenido la fuerza para lograr ponerse de acuerdo en nominar unos candidatos de consenso, confeccionando sus propios *kinos* para los 24 puestos nacionales, dicho comportamiento no hubiese subsanado absolutamente nada, pues la elección hubiese estado igualmente viciada. No se trataba de un ejercicio de “viveza” dentro del juego electoral aprovechando las “oportunidades” del sistema y las debilidades del adversario político, se trataba simplemente de mantener la transparencia del sistema electoral y de no cambiar las reglas del juego. Cambio, por cierto, que fue pensado, calculado y planificado previamente, desde el comando central del principal partido político del gobierno, el MVR, donde aparentemente fue concebida la estratagema de las dos *llaves* o *kinos*, sobre la base de permitir solo 10 votos por elector.²⁸ Sin esta base numérica ilegal, u otra si-

27 La comisión de sustanciación nombrada por el Consejo Nacional Electoral para investigar la campaña publicitaria de los *kinos* o *llaves*, no llegó a solicitar sanciones de ningún tipo contra los partidos del Polo Patriótico, ni mucho menos contra el gobierno. Aunque parezca increíble, contra quienes si se anunciaron sanciones, fue contra las compañías de publicidad de avisos de exteriores, por no informar al Consejo Nacional Electoral sobre el origen de las vallas donde aparecía Chávez apoyando determinados candidatos. Véase Bermúdez, Angel. “Consejo Nacional Electoral no sancionara a «llaves de Chávez»”, *eluniversal.com*, 21 de julio de 1999, http://www.eluniversal.com/1999/07/21/pol_art_21110CC.shtml, última consulta: 30 de octubre de 2005.

28 Se asegura que fue un matemático de la Universidad Central de Venezuela, el profesor Nelson Merentes, quien después ocuparía varios cargos importantes en el gobierno de Chávez, el creador de la estrategia de los *kinos*, calificada de *fórmula matemática* por algunos representantes del chavismo.

milar, la estrategia de dividir el país en dos y utilizar un *kino* para cada mitad, simplemente, no funcionaba. Era esto lo que realmente viciaba las elecciones constituyentes y hacía dolosa la campaña del gobierno a favor de sus candidatos.

En los hechos se puede afirmar que la conducta fraudulenta del chavismo en los comicios constituyentes está demostrada; faltaría, sin embargo, comprobar su valoración jurídica dentro del derecho electoral venezolano, para aquel entonces.

IV. LA NULIDAD DE LAS ELECCIONES DEL 25 DE JULIO DE 1999 PARA ELEGIR LOS REPRESENTANTES A LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Aunque la ilegalidad e inconstitucionalidad de la *Base Tercera* quedaron comprobadas, subsumir una conducta dolosa, como la descrita anteriormente, en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, norma aplicable al proceso electoral constituyente, junto con las Bases Comiciales y la Constitución de 1961, como lo determinó la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia del 21 de julio de 1999, es en la práctica imposible. De hecho, el fraude como tal aparece solamente contemplado en el numeral 2 del artículo 216, del título VIII, referente a la nulidad de los actos de los organismos electorales, como causa de nulidad de la elección (al igual que el cohecho, el soborno y la violencia) si hubiere mediado "...en la formación del Registro Electoral, en las votaciones o en los escrutinios...", alterando el resultado. Aunque este último requisito estaba dado, pues los resultados uninominales de los 24 puestos a nivel nacional se habían visto afectados, el fraude no estaba referido a ninguno de los tres supuestos señalados, pues no se dio en el Registro Electoral, ni en las votaciones, entendidas como el acto material de sufragar, ni en el conteo de los votos.

Por otra parte, la lista de causales taxativas de nulidad contenidas en el referido título VIII de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y que se pueden resumir en: condiciones de inelegibilidad de un candidato por razones legales o constitucionales, supuestos específicos varios relativos a las mesas electorales, a las actas de escrutinio y a las actas electorales (artículos 217, 218, 219, 220 y 221), tampoco se ajustan a la realidad antes descrita.

El supuesto antes indicado de la *alteración sustancial del resultado* como requisito imprescindible para que proceda la nulidad del acto o evento electoral, artículo 222 *ejusdem*, en lugar de alguna de las otras facultades revisorias de la administración contempladas en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, a saber, convalidación, subsanación o rectificación del acto electoral, cobra gran importancia, cuando lo acompañamos del principio de *la soberanía popular*, presente en el artículo 4o. de la Constitución de 1961: “La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio...”.

Dicho principio, que no es sino la enunciación del ejercicio del voto como derecho político supremo, comprende a su vez, otro principio, el de la *preservación de la voluntad popular*. El primero guarda relación con la individual intención y la expresión de esa voluntad e intención en las urnas, por una determinada preferencia. El segundo tiene que ver con las garantías y mecanismos jurídicos necesarios, para asegurar que aquella intención y voluntad expresada a través del voto, por cada elector, se mantenga inalterable.

Este principio de *la preservación de la voluntad popular* se puede entender en dos sentidos diferentes, uno positivo y otro negativo, dependiendo de la vía utilizada, dentro de su potestad revisora, por el órgano electoral correspondiente. En sentido positivo se preserva aquella voluntad, cuando el ente administrativo, al existir un vicio que afecta el acto electoral, pero que no altera el resultado, hace uso de sus facultades para subsanarlo o corregirlo. En un sentido negativo, se preserva la voluntad popular que no pudo ser manifestada plenamente, al encontrarse el acto electoral afectado sustancialmente por un vicio tal, que altera su resultado, impidiendo conocer la verdadera intención y voluntad de los electores, razón por la cual debe ser anulado. Esto fue lo que precisamente debió haber ocurrido con el proceso electoral del 25 de julio de 1999.

Si el recurso de nulidad se hubiese presentado antes de las elecciones del 25 de julio de 1999, las Bases Comiciales deberían haber sido anuladas, al menos parcialmente, por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema o bien repetidas las elecciones en la Circunscripción Nacional, de haberse introducido con posterioridad a aquéllas. Esto es lo que debió haber sucedido en teoría, pero como nunca se produjo, sólo podemos especular al respecto. Particularmente, no estamos seguros de que la Sala Político Administrativa no hubiese decidido de igual modo y

reiterado la *validez suprema* de las Bases, tal como lo estableció expresamente en su sentencia del 3/6/99 (caso Celia Maria Colón de González)²⁹ y más disimuladamente en la del 21 julio de 1999 comentada.

Ahora bien, la afirmación de que la *Base Tercera* que limitaba a diez el número de votos permitidos para la elección de 24 constituyentes, alteraba los resultados de la elección general, pudiera ser no cierta del todo, si se recurre al argumento de que el chavismo obtuvo 101 puestos de los 104 en contienda dentro de las circunscripciones estatales, pues aun suponiendo que la oposición hubiese ganado todos los 24 puestos, la mayoría seguiría favoreciendo al Polo Patriótico. Realmente el asunto a tener en cuenta en este proceso electoral constituyente, es que no se estaba eligiendo un grupo de diputados para integrar el Congreso o la Asamblea Nacional e iniciar un nuevo periodo legislativo, y donde el número de escaños a obtener decide el manejo del parlamento e incluso del gobierno. En la contienda electoral por el Poder Legislativo, los resultados se miden por votos y curules obtenidos; es el modo en que se puede determinar democráticamente qué partido político alcanzó una mayoría, aunque fuese relativa, y ganó las elecciones. La organización política que vence así en unas elecciones, tiene el derecho político de conducir esa legislatura, haciendo las leyes y tomando las decisiones propias de un cuerpo deliberante; es además lo que se espera que haga. Dentro de 4, 5 o más años, dependiendo de lo que establezca la Constitución, se elegirá un nuevo cuerpo legislativo y así sucesivamente. Sin embargo, en una asamblea que tiene carácter constituyente y cuyo surgimiento obedece a causas y circunstancias excepcionales, la designación de sus miembros debe responder a otro tipo de objetivos y fines diferentes. El propósito que mueve la aparición de una asamblea que represente al Poder Constituyente, no es gobernar; por el contrario, lo que se busca es definir una nueva forma de gobierno e incluso de Estado. La redacción de una nueva

²⁹ “*En el caso concreto, la voluntad electoral se manifestó a favor de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente y aprobar las Bases Comiciales que la regulan. De allí que, la expresión popular se tradujo en una decisión de obligatorio cumplimiento, pues posee, validez suprema*” (cursivas nuestras), Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 3 de junio de 1999. En igual sentido, pero aun mas explícitamente, con la Constituyente en pleno apogeo, tenemos las sentencias del 14 de octubre de 1999 de la Corte en Pleno (caso: Impugnación del Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo) y del 26 de enero de 2000 (caso: Impugnación del Decreto de Régimen de Transición del Poder Publico) del novísimo Tribunal Supremo de Justicia.

Constitución es, por lo tanto, la meta a perseguir. Una vez alcanzada, la misión de la asamblea constituyente debe darse por terminada.

La elección de sus miembros aunque se defina igualmente mediante el voto, no puede, ni debe hacerse con los mismos criterios y códigos de comportamiento político que orientan y animan la elección de unos representantes a un poder constituido como lo es el Poder Legislativo. Aunque en este caso, se establecen mecanismos para encontrar la pluralidad política e ideológica, y se crean espacios para las minorías, las mayorías son las que, por lo general, dominan el escenario político. En la conformación de una asamblea de naturaleza constituyente, aquella relación debe ser a la inversa, tiene que imperar el pluralismo ideológico y social, estableciéndose mecanismos electorales que frenen la posibilidad de que sean las mayorías político-partidistas las que predominen y se apoderen de la asamblea *ab initio*. Caso contrario, no habrá consenso.

En consecuencia, no se puede tampoco aseverar que como el chavismo obtuvo más representantes que sus opositores, cualquier vicio o irregularidad dentro del proceso electoral, quedaba subsanado en la práctica, al carecer de importancia ante la realidad de los hechos. Lo cierto es, que de acuerdo con la Base Comicial Tercera, la elección de los constituyentes "...será en forma personalizada (por su nombre y apellido)..." disposición que repitió el Consejo Nacional Electoral en el artículo 31 de las *Normas para la Elección de Representantes a la Asamblea Nacional Constituyente*, pero con el añadido de que en la tarjeta o instrumento de votación donde aparezcan indicados los candidatos por orden alfabético, no se admitirá la inclusión de símbolos, signos, siglas o colores que identifiquen a los candidatos con las organizaciones postulantes. Restricción que quedó confirmada por la decisión de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, del 17 de junio de 1999, al declarar sin lugar un recurso interpuesto en contra de la referida disposición.

En suma, que la afectación del resultado en el proceso electoral constituyente estudiado, no puede ser entendido en términos partidistas, con sumatorias de escaños que induzcan a clasificar los resultados en función de pertenencia a tal o cual corriente política, pues lo único que debe tenerse en cuenta para tal propósito es determinar, si el vicio en cuestión, pudo haber influido en que otro candidato a ese mismo puesto no ganase la elección. La existencia del vicio o irregularidad electoral, es independiente del hecho de si afecta o no el resultado global de un determinado

grupo político, en una elección. La afectación o alteración del resultado tiene que ser referida siempre en términos electorales, no de partidos, aunque evidentemente repercute en ellos. En el caso de las elecciones constituyentes y dado que eran uninominales, solo por nombre y apellido del candidato, la alteración del resultado únicamente puede ser entendida como la del resultado numérico, electoral, que afecta a dos o más candidatos postulados para el mismo puesto.³⁰

V. LA ILEGITIMIDAD DE LA CONSTITUCIÓN BOLIVARIANA DE 1999 Y DEL SEGUNDO GOBIERNO DE CHÁVEZ

Si en definitiva las Bases Comiciales establecían una condición restrictiva que por su naturaleza viciaba las elecciones del 25 de julio de 1999, como ya se vio, y al no haberse impugnado dicho proceso electoral, se conformó una Asamblea Nacional Constituyente espuria que redactó y promulgó un nuevo texto constitucional, sería natural que nos preguntásemos si esa Constitución, así aprobada, puede tenerse por legítima.

En efecto, se trataba de una Constitución producto de una asamblea hecha a la medida de la revolución, totalitaria en su composición política, pero con algunas voces disidentes dentro de su seno, para que no lo pareciera; con una aplastante representación del chavismo, pero con los cuatro miembros de la oposición permitidos por éste, con el único fin de que sirvieran de testigos frente a la historia. Sin pluralidad política, ni representatividad democrática; de una Constituyente así solo podía nacer una Constitución impuesta y carente de legitimidad.

No obstante, casi a los 5 años de su promulgación, la distancia parece enorme, para intentar desconocerla *prima facie*. Este tiempo, si la sometiéramos al lente de la doctrina *de facto*, ayudaría, incluso, a que saliera, sino inmaculada, al menos inocente de su análisis. Además, no debemos olvidarnos que la Constitución de 1999, conocida también como Constitución bolivariana, por fundamentarse de conformidad con su artículo 1o. en el ideario de Simón Bolívar y haberle cambiado el nombre a Venezuela por el de República Bolivariana de Venezuela, fue sometida el 15 de diciembre de 1999 a un referéndum popular, recibiendo un total de

30 En este sentido, véase la nota 22 de este trabajo.

3,301,475 de votos favorables, dentro de un universo de electores que casi llegaba a los 11 millones y de los cuales un 57.63 se abstuvo de sufragar.

Esta ratificación popular a través del referéndum hizo el resto como el gran argumento de la plenitud democrática alcanzada en su proceso de legitimación. Argumento, sin duda, rebatible, pues

...desde una perspectiva doctrinal, la legitimidad de una Constitución se adquiere principalmente por el consenso logrado en su elaboración entre las fuerzas políticas participantes. Por esa razón, el referéndum constitucional es presentado por la doctrina como una opción, mas no un requisito *sine qua non* para darle legitimidad al texto constitucional. En todo caso desde la doctrina constitucional se considera recomendable acudir al referéndum como un mecanismo participativo destinado a *reforzar el consenso previo*, el consenso obtenido entre las fuerzas políticas luego de culminadas las deliberaciones, *mas no para sustituir la ausencia de consenso* en su elaboración. Este es un tema central. Precisamente, algunos regímenes han apelado al referéndum constitucional no por una sincera convicción democrática, sino para aprovechar la situación plebiscitaria que entonces ostentaba el caudillo del régimen y ocultar así las discrepancias y críticas que el flamante texto ha generado en los sectores políticos y jurídicos. Y aunque así lo pretendiera efectuar, está históricamente demostrado que un referéndum constitucional aprobatorio jamás podrá sustituir al núcleo consensual que debe orientar toda obra constituyente.³¹

En el caso venezolano, el referéndum en cuestión venía establecido por la Bases Comiciales en su disposición novena, de acuerdo a la cual la nueva Constitución será sometida a referéndum dentro de los 30 días siguientes a su sanción por la Asamblea Nacional Constituyente. Se trataba, pues, de un mecanismo de aprobación popular, específico y particular, diferente al consultivo de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, antes examinado, nacido de un instrumento legal de carácter anticonstitucional, emanado del Poder Ejecutivo, para cuya aprobación, curiosamente, se utilizó el referéndum consultivo de la Ley Orgánica del Sufragio y Partici-

31 Planas, Pedro, *El fujimorato estudio político- constitucional*, Lima, Talleres Gráficos Kelly, 1999, p. 22. Después de leerlo, encontrar coincidencias y semejanzas entre el ciclo de gobiernos de Alberto Fujimori que llegaba a su ocaso y el de Hugo Chávez que recién comenzaba, pero que cumple ya casi siete años, resulta mucho más que sorprendente.

pación Política. Desde luego, un extraño ejercicio de lógica jurídica y democrática, que en el plano político serviría para zafarse del viejo orden constitucional e ir delimitando el nuevo. Un círculo que políticamente se cerraría con la promulgación de la Constitución Bolivariana y la elección de un nuevo gobierno.

Pero es precisamente toda esta carátula de color democrático, valiéndose del referéndum popular para darle legitimidad a la Constitución, que la deslegitima y la hace aparecer como lo que es realmente, el producto preconcebido de una Asamblea Nacional Constituyente al servicio del régimen, es decir, de Chávez, de quien devino el proyecto primario de Constitución y que, sin cambios políticos significativos, sancionó en noviembre de 1999, sesión núm. 46, con la firma del acuerdo del proyecto final por los constituyentes.

Pero si la Constitución no tuvo consenso político, qué decir de la incertidumbre jurídica con relación a su texto. Veamos la referencia que hace un ex constituyente, al respecto:

El apresuramiento de su aprobación y las improvisaciones abusivas de la directiva de la ANC contribuyeron a erosionar la dignidad de la Constitución, gracias al diferendo en torno a cual había sido el texto definitivamente aprobado, pues contábamos al menos con cuatro versiones: la carta firmada solemnemente por los constituyentes el 19 de noviembre de 1999; la versión profusamente editada para que los ciudadanos conocieran el proyecto de Constitución que refrendarían el 15 de diciembre; la Constitución publicada en la *Gaceta Oficial de la República* el 30 de diciembre y, por último, el texto publicado con la correspondiente exposición de motivos (por cierto, que yo recuerde, nunca la conocimos ni menos la discutimos ni aprobamos los constituyentes antes del 15 de diciembre), el 24 de marzo de 2000, en virtud de que se había incurrido en “errores de gramática, sintaxis y estilo” en la versión publicada el 30 de diciembre. La polémica se desató motivada a que no se subsanaron únicamente errores formales, sino que se tocó y modificó el fondo de algunos artículos constitucionales. Tuvieron que pasar 16 meses para que el TSJ decidiera que el texto auténtico era el publicado originalmente el 30 de diciembre de 1999.³²

32 Combellas, Ricardo, “El proceso constituyente y la Constitución de 1999”, *Politeia. La Democracia Venezolana en Dos Tiempos: 1972-2002*, núm. 30, 1er. semestre, 2003, p. 205.

Modificaciones y cambios del texto que según otro ex constituyente,³³ quien además había presidido la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, alcanzaban la cifra de 278.

Si el texto que se acordó dentro de la Asamblea Constituyente no era idéntico al refrendado por el pueblo venezolano el 15 de diciembre y éste, a su vez, no era igual al publicado el día 30 de ese mismo mes y año,³⁴ se puede muy bien colegir que la Constitución que entró formalmente en vigencia, o sea, la del 30 de diciembre de 1999, no es la legítima, ni la auténtica, por que no se corresponde ni con la promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente, ni con la votada por los electores.³⁵ De hecho, se puede afirmar que la Constitución bolivariana ni siquiera estuvo en vigor durante el primer semestre de 2000, en el cual se desarrolló el proceso electoral para escoger a los nuevos diputados de la Asamblea Nacional, aún por estrenarse, y del presidente de la nación; pues tanto las normas electorales aplicadas, como las autoridades que ejercieron los poderes públicos en ese lapso, incluidas la electorales, fueron fruto de la extralimitación de funciones de la Asamblea Nacional Constituyente.

En realidad, la Asamblea Constituyente estuvo en funciones, legislando “soberanamente”, hasta el 31 de enero de 2000, un mes más de lo que le correspondía, pues debía haberse disuelto al entrar en vigencia, al me-

33 Méndez, Gustavo. “Escarrá Detectó 278 Cambios”, *eluniversal.com*, 13 de diciembre de 2000; http://www.eluniversal.com/2000/12/13/pol_art_13104AA.shtml, última consulta: 30 de octubre de 2005. En el mismo sentido, véase Álvarez, Irma. “Fiscalía se pregunta cuál es la Constitución”, *eluniversal.com*, 10 de diciembre de 2000, http://www.eluniversal.com/2000/12/10/pol_art_10104AA.html, última consulta 30 de octubre de 2005.

34 El presidente de la Comisión de Estilo de la Asamblea Nacional Constituyente, a la pregunta de los periodistas “¿Cuándo fue publicada la carta magna con 263 errores?”, respondió en la *Gaceta* del 30 de diciembre.

El texto que votó la población estaba errado desde que lo divulgó el Consejo Nacional Electoral. “Es que se publicó un texto que no fue el entregado por la Comisión de Estilo que yo coordinaba”. Véase Álvarez, Irma y Gómez, Elvia, “Todos los cambios no fueron de estilo”, *eluniversal.com*, 11 de diciembre de 2000, http://www.eluniversal.com/2000/12/11/pol_art_11104AA.shtml, última consulta: 30 de octubre de 2005.

35 En similar orden de ideas, véase Nikken, Claudia, “Sobre la Invalidez de una Constitución”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas, 2003, t. I, pp. 203-218. Para esta autora la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 no ha entrado en vigencia y la que se tiene como positiva es “jurídicamente inaplicable”.

nos formalmente, el 30 de diciembre de 1999, la nueva Constitución. Tal muestra de despotismo, solo fue “superada” por otra de igual o mayor grado de irreverencia hacia la novísima carta magna bolivariana, nos referimos a la creación, por decreto constituyente, de la Comisión Legislativa, conocida como *Congresillo*, cuyos miembros, 21 en total, designados a “dedo”, por la Asamblea Nacional Constituyente, usurpando las funciones del Poder Legislativo regulado en la recién aprobada Constitución, actuó como tal hasta la elección, el 30 de julio de 2000, de los diputados que conformarían la nueva Asamblea Nacional. Un caos jurídico causado por la propia Asamblea Constituyente, al no introducir en la Constitución aprobada un régimen de transitoriedad que normase el vacío de poder producido por ella misma, al disolver el Congreso, las Asambleas Legislativas estatales y la Corte Suprema de Justicia y abrirse un lapso de espera para las elecciones de los nuevos cuerpos deliberantes y presidente de la República; aunque en el caso de este último no existía vacío alguno, al menos de *facto*, pues la Asamblea Constituyente lo había ratificado, como si de un emperador romano se tratase, en el mes de agosto. Convenientemente, este régimen transitorio fue legislado fuera del texto constitucional, apareciendo publicado en la *Gaceta Oficial* núm. 36857 del 21 de diciembre de 1999. Esto permitió que los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, que sustituía a la Corte Suprema de Justicia, fuesen designados por la Asamblea Nacional Constituyente, al igual que los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral y del resto del poder electoral creado por la Constitución bolivariana, y se promulgase un Estatuto Electoral para normar los comicios venideros y que el *Congresillo* hiciese las veces de la Asamblea Nacional legislando a su antojo. Actos preparatorios que allanaban el camino para una nueva elección de Chávez, via popular, así como del resto de los poderes públicos. Éste era, realmente, el nuevo orden constitucional³⁶ que se fraguó en la

36 A diferencia de otros gobernantes autocráticos y con vocación dictatorial, Chávez no esperó al final de su mandato para mantenerse en él, por medio de los ya tradicionales mecanismos reformistas de la constitución y las leyes, el apoderamiento de las instituciones políticas, etcétera... Entre otras razones, porque la Constitución de 1961 no permitía la reelección inmediata, lo cual no dejaba de ser un formidable obstáculo a vencer, y la reforma del texto constitucional, en general, para adaptarlo a sus objetivos podía requerir de mucho esfuerzo y tiempo, ambos, condicionantes que podían resultar insalvables a largo plazo. Por el contrario, Chávez hizo su *revolución* desde el comienzo de su primer pe-

Asamblea Nacional Constituyente, la Constitución bolivariana fue sólo un pretexto, una falsa maniobra, en la formación de las nuevas estructuras de poder y en la renovación de los cuadros dirigenciales que el proyecto de Chávez requería.

Que Chávez, pues, fuera otra vez presidente bajo la égida de la nueva Constitución no sólo era inevitable sino también predecible, de hecho era el corolario natural del proceso constituyente. Más aún, cuando su principal opositor en la campaña electoral que culminó con los comicios del 30 de julio de 2000, fue su ex compañero de armas y de asonada militar en 1992, Francisco Arias Cárdenas.

En definitiva, con relación a este segundo periodo constitucional³⁷ de Chávez, se puede decir que, en general, lo protege una apariencia de legalidad y legitimidad producto de todo lo anterior, es decir, de la investidura popular y, por ende, plausible, de los representantes de la Asamblea Nacional Constituyente, así como de la presunción de legitimidad de que gozaban todos sus actos,³⁸ de entre los cuales sobresale su *opera prima* la Constitución bolivariana.

Para nosotros, no cabe ninguna duda de que el ordinal segundo de la disposición tercera de las Bases Comiciales, sobre cuyo contenido viciado, el gobierno y los partidos políticos que lo apoyaban levantaron una estrategia fraudulenta con el único propósito de apoderarse de la Asamblea Nacional Constituyente y asegurarse su conducción, hace nulo no solo el proceso electoral del 25 de julio de 1999, sino también la Consti-

ríodo de gobierno, cuando su poder político estaba intacto, para asegurarse su continuidad y permanencia. Al respecto, véase nuestra nota núm. 12.

37 Hablamos aquí de “periodo constitucional”, para poder distinguirlo del primero de 1999, vigente aún la Constitución de 1961. Pero en realidad, este segundo gobierno de Chávez muy bien pudiera ser el tercero, si se considera que durante el interregno de un año, transcurrido entre la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, el tres de agosto de 1999 y la toma de posesión de Chávez en agosto de 2000, siguió ejerciendo como presidente, aun cuando la Constitución de 1961, que lo había llevado al poder en diciembre del 98, de hecho había sido derrocada.

38 A pesar de que se arrogó el carácter originario y gobernó por decreto a su antojo. Véase nota núm. 4. Para el ciudadano común que no entiende de leyes, el ganar unas elecciones con movilización popular, urnas, papeletas de votación y todo un aparataje administrativo detrás, supone un valor democrático, difícil de desvirtuar con argumentos jurídicos o de derecho. Los fraudes y las trampas electorales tienen que ser muy obvias y de sencilla demostración fáctica. Más aún, en los países iberoamericanos, donde “el ganar”, por sí solo, constituye un valor en sí mismo.

tución bolivariana, bajo cuyo aparente mandato se efectuaron las elecciones presidenciales del 30 de julio de 2000.

Como quiera que la nulidad de los actos jurídicos solo puede ser declarada por los tribunales competentes, lo cual en este caso aún no ha sucedido,³⁹ y que la doctrina solo cumple la función de alertar y soportar con razones y argumentos tal posibilidad, deberemos esperar a que en un futuro no muy lejano, bien ante la jurisdicción respectiva, bien ante la historia, se emita un juicio que reivindique los conceptos de soberanía y democracia en el nombre del pueblo venezolano.

VIII. CONCLUSIONES

- 1) Se puede aseverar que la incompatibilidad entre el referéndum consultivo regulado por la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y la Constitución de 1961 es evidente cuando se pretende convertir al primero en un medio jurídico válido para reformar a la segunda. En cualquier caso y aun dentro de la hipótesis de que la consulta sobre el cambio de Constitución tenía algún fundamento legal, una vez realizada la consulta popular es necesario concluir, que ninguna reforma jurídico-político podía realizarse sin una modificación del texto constitucional vigente. Las decisiones de la Sala Político Administrativa del 19 de enero de 1999 al no establecer esta antinomia e interpretar de manera textual y aislada el artículo

39 Hoy en día, uno de los problemas a resolver sería el de la ley aplicable y el tribunal competente. Sobretodo, porque los miembros del Poder Judicial durante el actual gobierno de Chávez, han sido designados, en todas sus instancias, mediante procedimientos ajenos a la Constitución. De las leyes de 1999, sólo sigue en pie la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, pero la creación de la Sala Constitucional por la nueva Constitución, que no existía en la anterior de 1961, con competencias absolutas, algunas extraconstitucionales, para interpretar la Constitución Bolivariana y definir lo que le corresponde conocer al resto de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, hace prácticamente imposible el ejercicio de cualquier otro recurso en las Salas Político Administrativa o en la Electoral, esta última, igualmente nueva y con atribuciones específicas en materia electoral, lo cual no fue óbice para que las mismas le fuesen recortadas y reducidas por la Sala Constitucional (sentencias núms. 1312/2000, 33/2001, 192/2001 y 2341 del 23 de marzo de 2004, Ismael García vs. la decisión núm. 24 de la Sala Electoral Accidental, quizás la más importante de todas por su repercusión política sobre el referéndum revocatorio del presidente Chávez, celebrado el 15 de agosto de 2004).

185 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política le dieron, a la figura del referéndum consultivo una jerarquía supraconstitucional. Una vez más, el derecho como categoría ideológica se puso de manifiesto.

- 2) El uso y abuso del referéndum consultivo por parte del régimen, como mecanismo populista, queda demostrado al ser utilizado para la aprobación de dos instrumentos normativos de carácter anticonstitucional, propuestos por Chávez, el Decreto núm. 3 y las Bases Comiciales, con la finalidad de establecer la naturaleza soberana y, por lo tanto, originaria de la Asamblea Nacional Constituyente.
- 3) Los efectos jurídico-políticos que ello desencadenó eran previsibles, al no ser abortados en su momento, por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la cual, por el contrario, declaró la “validez suprema” de las Bases Comiciales, a pesar de haber negado previamente el carácter originario de la Asamblea Constituyente y establecido la subordinación del proceso constituyente al ordenamiento jurídico vigente. La confusión entre conceptos tales como Poder Constituyente, Poder Originario y Referéndum, así como entre éstos y la figura de la Asamblea Nacional Constituyente, será una constante en las decisiones del Poder Judicial durante ese periodo.
- 4) Las Bases Comiciales que de por sí ya eran anticonstitucionales impusieron, por si fuera poco, una prohibición al voto que afectó significativamente los resultados de la elección de los constituyentes de la circunscripción nacional, y sirvió de plataforma a la estrategia electoral ilegal y ventajista, puesta en práctica por el gobierno para hacerse con el control de la Asamblea Nacional Constituyente.
- 5) La Constitución bolivariana, fruto de todo lo anterior, además de manipulada y pisoteada por el régimen de transición, quedó salpicada por el pecado original que pesaba sobre la legitimidad de la Asamblea Nacional Constituyente, al igual que lo está el segundo mandato constitucional de Chávez preconcebido y forjado, con todas las ventajas que le brindaba el poder que detentaba *de facto*, dentro de su marco regulatorio.

