

EL DESEQUILIBRIO ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA SALIDA CONSTITUYENTE EN VENEZUELA EN 1999

Por ALLAN R. BREWER-CARÍAS *

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.—3. EL ARTÍCULO 4.º DE LA CONSTITUCIÓN, EL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LA DEMOCRACIA DIRECTA.—4. LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SUFRAGIO. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA REGULACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE INSTITUIDO.—5. LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE SUPREMA SOBRE EL REFERÉNDUM CONSULTIVO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL.—6. LAS PRECISIONES DE LA CORTE SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE Y LOS PODERES CONSTITUIDOS.—7. EL PODER CONSTITUYENTE INSTITUIDO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL.—8. LA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE COMO DERECHO INHERENTE A LA PERSONA HUMANA.

1. INTRODUCCIÓN

El sistema político de *Estado Centralizado de Partidos* que se estableció en Venezuela a partir de 1958, para implantar la democracia en el país que, entonces, podía considerarse como el de menor tradición democrática en toda América Latina, puede decirse que rindió sus frutos. La democracia se instauró y consolidó en el país, pero los partidos políticos que asumieron el monopolio total de la participación y representatividad, no sólo

* Catedrático de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Central de Venezuela.

no entendieron la profundidad de su propia obra, sino que no supieron introducir al sistema los correctivos y cambios necesarios para permitir la apertura de la propia democracia.

Esa incomprensión condujo a la crisis terminal del sistema que se ha experimentado durante los últimos años y que habiendo podido concluir en una ruptura constitucional, como había ocurrido en anteriores períodos de nuestra historia, sin embargo, por la elección democrática del Presidente Hugo Chávez Frías en diciembre de 1998, como abanderado del cambio político frente a los partidos tradicionales, abrió la vía para un cambio radical del sistema en democracia y en paz, mediante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

La salida constituyente ya había sido formulada, incluso por nosotros mismos años atrás¹; sin embargo, habiendo sido la bandera electoral del Presidente Chávez, su triunfo conducía inexorablemente a su convocatoria. Un problema jurídico constitucional, sin embargo, tenía que ser resuelto previamente: la Constitución vigente en Venezuela desde 1961, no prevé ni regula la figura de la Asamblea Constituyente como mecanismo para la revisión constitucional, limitándose a establecer, con tal propósito, los procedimientos de la Enmienda y la Reforma General².

Por ello, la discusión jurídica relativa a la posibilidad de la convocatoria de una Asamblea Constituyente en 1999 se centró en la cuestión de si resultaba o no necesario que dicho instrumento político estuviese previamente regulado en la Constitución; es decir, la discusión exigía resolver el dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional. Con fundamento en el primer principio, el de la soberanía popular, se sostenía que mediante un *Referendum* regulado incluso sólo legalmente, podía consultarse al pueblo sobre la convocatoria y régimen de la Asamblea Constituyente, y como resultado de esa manifestación del pueblo soberano, podía procederse a convocarla para reformar la Constitución aun cuando esta no previera su existencia, no siendo necesaria una reforma previa para regularla. Con fundamento en el segundo principio, el de la supremacía constitucional, se sostenía y sosteníamos³ que para convocar una Asamblea Constituyente había que previamente preverla y regularla en la Constitución mediante una Reforma Constitucional.

El dilema para resolver la pérdida de equilibrio entre estos dos principios fue sometido, mediante sendos recursos de interpretación, a la consideración y decisión de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Ad-

¹ Véase las referencias en ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas, 1999.

² Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, «Los procedimientos de revisión constitucional en Venezuela», en *I Procedimenti di revisione costituzionale nel Diritto comparato*, Urbino, Italia, pp. 137 y ss.

³ Véase ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Asamblea Constituyente...*, *op. cit.*, p. 56.

ministrativa de Venezuela, órgano que actuando como juez constitucional, dictó sendas sentencias en fecha 19 de enero de 1999, en las cuales si bien no resolvió con claridad el asunto, abrió la vía para interpretar que la figura de una Asamblea Constituyente, aún no prevista en el texto de la Constitución, podía ser creada y regulada por los ciudadanos en ejercicio del derecho a la participación política, mediante un *Referéndum Consultivo*. Es decir, que el poder constituyente originario, que es el pueblo, podía manifestar su voluntad mediante un *Referéndum Consultivo* y crear la Asamblea Nacional Constituyente como instrumento político para reformar la Constitución.

En efecto, el 19 de enero de 1999, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, se limitó a decidir que la consulta popular mediante *Referéndum* sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política era perfectamente legítima y constitucional. Sin embargo, la Corte no resolvió expresamente el problema constitucional de si era o no necesaria la reforma constitucional previa que regulara la Asamblea Constituyente para poder convocarla. Pero aun así, en el texto de la sentencia y, particularmente, en su parte motiva, la Corte sentó diversos criterios que permitieron entender que en caso de un nuevo conflicto jurisdiccional, la Corte se podría inclinar a favor del principio de la soberanía popular por sobre el principio de la supremacía constitucional, siempre que la consulta popular, en sí misma permitiera configurar, como consecuencia de la voluntad popular, un régimen de la Asamblea Constituyente. Así ocurrió efectivamente con posterioridad, cuando convocado al *Referéndum* para el 25 de abril de 1999 la Corte Suprema en sentencia de 18 de marzo de 1999 anuló parcialmente el acto de convocatoria porque no se sometía a la voluntad popular las preguntas sobre el estatuto de la Asamblea Constituyente. Con ocasión de esa decisión en el *Referéndum Consultivo* efectuado el 25 de abril de 1999, la voluntad popular se expresó sobre todo el régimen de la Asamblea, la cual fue electa el 25 de julio de 1999.

En todo caso, en estas notas queremos referirnos a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 19 de enero de 1999, en la cual se planteó el dilema entre la soberanía popular y la supremacía constitucional en relación con la Asamblea Nacional Constituyente.

2. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

En efecto en el Capítulo de la sentencia relativo al «sentido y alcance del artículo 4.º de la Constitución («La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público»), la Corte

comenzó por constatar que la Constitución de 1961, como cualquiera de las Constituciones rígidas contemporáneas (que son materialmente todas las del mundo, con excepción de la del Reino Unido y la de Israel), goza de supremacía, pues está «en el tope de la jerarquía normativa del país, de manera que su acatamiento está por encima de las leyes ordinarias». Esta Constitución de 1961 establece el *Estado Constitucional*, que conforme a la sentencia:

«cimienta su estructura y razón de ser en dos principios fundamentales: a) Por un lado, en la tesis de la *democracia* o «gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo»; b) por otro, en el principio de la *supremacía de la Constitución*, que coloca a esta en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, lo cual *obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados* a someterse a ella».

En estos párrafos, la sentencia destacó las bases del sistema constitucional venezolano, propios de un Estado Constitucional democrático representativo, es decir, un Estado organizado por una Constitución que goza de supremacía y rigidez; conforme al régimen de la democracia que indudablemente es representativa, en contraste con la democracia directa que la praxis política dejó en la historia.

Eso significa, ni más ni menos, que la Constitución, como manifestación de la voluntad popular expresada como Poder Constituyente, es la norma suprema que obliga a los órganos del Poder Público, como Poderes Constituidos y a los ciudadanos, que sólo puede ser modificada conforme a sus propias normas (rigidez).

Formulado este planteamiento, la sentencia señaló la doble cuestión que estaba planteada en el recurso de interpretación que se le formuló, y que es la tensión existente, por una parte, entre el principio de la *soberanía popular y de la democracia* y, por la otra, el principio de la *supremacía constitucional*; es decir, como dice la sentencia, por una parte:

«Si la Constitución, como norma suprema y fundamental puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y cambio, en cuyo caso, el principio democrático quedaría convertido en una mera declaración *retórica*»;

y por otra parte,

«o si se estima que, para preservar la soberanía popular, es al pueblo a quien corresponderá siempre, como titular del Poder Constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación de la Constitución, en cuyo supuesto lo que se verá *corrosivamente* afectada será la idea de supremacía».

Después de realizar algunas citas doctrinales genéricas, la sentencia precisó el dilema así:

«El asunto planteado es el dilema de si a la propia Constitución, le es dado regular sus propios procesos de modificación y de reforma o si se considera que la soberanía corresponde directamente al pueblo, como titular del Poder Constituyente, reordenando al Estado. En el primer caso estaríamos en presencia del Poder Constituido. En el segundo, el Poder Constituyente tendría carácter absoluto e ilimitado».

De este dilema concluyó la Corte señalando que

«Pareciera ocioso indicar que la idea de supremacía deja de tener sentido cuando se considera que Poder Constituyente y Poder Constituido se identifican y que el Poder Constituyente es creado por la Constitución, en lugar de considerarse a la Constitución como obra del Poder Constituyente».

La verdad es que de estos párrafos no se entiende constitucionalmente la conclusión del dilema entre soberanía popular y supremacía constitucional que planteó la Corte, pues la Constitución siempre es obra del Poder Constituyente que la sancionó, y fue ese Poder Constituyente el que organizó políticamente a la sociedad prescribiendo un régimen democrático representativo, en el cual el pueblo sólo puede actuar mediante sus representantes conforme a la Constitución que es obra del Poder Constituyente.

Este, el Poder Constituyente, al dictar la Constitución, es el que ha resuelto subsumirse en el marco de una Constitución otorgándole supremacía y prescribiendo la forma de su modificación, que no se verifica en forma alguna, por los Poderes constituidos, sino por el Poder Constituyente Instituido en la propia Constitución que se manifiesta finalmente mediante un *Referéndum aprobatorio* de la reforma constitucional (art. 246 de la Constitución), que implica la manifestación directa y final del pueblo soberano. No es acertado, por tanto, como lo hizo la Corte en la sentencia, confundir el Poder Constituyente Instituido de reforma de la Constitución con los Poderes Constituidos, los cuales no pueden reformarla en ningún caso.

3. EL ARTÍCULO 4.º DE LA CONSTITUCIÓN, EL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LA DEMOCRACIA DIRECTA

Del planteamiento del dilema mencionado la Corte señaló en su sentencia que:

«La pregunta que se formula es si procede convocar a una revisión de la Constitución o si procede la convocatoria a un Poder Constituyente, a un poder soberano»;

pasando luego a analizar el artículo 4° de la Constitución, respecto del cual señaló que conforme los criterios interpretativos tradicionalmente expuestos:

«consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que este no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del poder público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio».

Es decir, la Corte en su sentencia, al referirse al artículo 4° de la Constitución lo interpretó conforme a lo que consagra, que no es otra cosa que el principio de la democracia representativa conforme al cual el pueblo soberano solo puede actuar mediante sus representantes electos.

Pero frente a este principio constitucional, la Corte, en su sentencia, se refirió sin embargo al principio de la democracia directa señalando que:

«Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce».

De esta apreciación sobre la democracia directa o participativa, que aparentemente contrasta con el principio de la democracia representativa que adopta la Constitución, la Corte continuó su argumentación sobre la posibilidad que tiene el pueblo de manifestarse directamente y no a través de representantes, en la forma siguiente:

«De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer *sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación*. La Constitución ha previsto a través de sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse.

Ahora bien, no puede negarse la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de fun-

ciones del Estado específicamente consagradas en el texto fundamental (funciones públicas), se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares, no constituye un impedimento para *su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes*. Conserva así el pueblo su potestad originaria para casos como el de ser consultado en torno a materias objeto de un referendo».

Conforme a este razonamiento de la Corte, resultaba entonces, sin duda, la posibilidad de efectuar un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente; pero no resultaba posibilidad alguna de que mediante una consulta se pudiera regular y convocar una Asamblea Constituyente no prevista ni regulada en la propia Constitución, que acometiera la reforma constitucional, pues, precisamente, es la Constitución *la que regula expresamente* que la reforma constitucional debe realizarse por el Poder Constituyente Instituido mediante la participación de representantes electos integrantes de las Cámaras Legislativas y la aprobación de la misma por el pueblo mediante un *Referéndum aprobatorio* (art. 146 de la Constitución). Precisamente, en este supuesto de reforma de la Constitución, estamos en presencia de un caso en el cual, conforme lo indica la sentencia, el pueblo soberano, al sancionar la Constitución mediante sus representantes, reguló mediante *previsión expresa* la forma para la realización de la reforma constitucional a través de sus delegados y de un *Referéndum aprobatorio*.

De manera que en este caso, conforme a lo que señaló la Corte, si bien la consulta popular sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente podía hacerse, sin embargo, la misma, si se convocaba, no tenía autoridad constitucional para reformar la Constitución, pues en forma expresa ésta regula cómo puede reformarse por el Poder Constituyente Instituido.

Se insiste, conforme al criterio de la Corte, la soberanía popular podía manifestarse directamente «cuando *no existe previsión expresa* de la norma sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes»; por lo que en sentido contrario, cuando existía *previsión expresa* de la norma constitucional sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes, no podía manifestarse directamente dicha soberanía popular.

Precisamente, en relación con la reforma constitucional, el artículo 246 establece en forma expresa cómo ha de manifestarse la soberanía popular a tales efectos, previendo la participación de los representantes electos (Senadores y Diputados) que integran las Cámaras Legislativas y la participación directa posterior del pueblo soberano mediante un *Referéndum aprobatorio* de la reforma constitucional.

Por tanto, en esta parte de la motivación de la sentencia lejos de deducirse que se podría modificar la Constitución vía una Asamblea Constitu-

yente no prevista en la misma como consecuencia de una consulta popular, en realidad resultaba lo contrario.

4. LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SUFRAGIO. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA REGULACION DEL PODER CONSTITUYENTE INSTITUIDO

Ahora bien, una de las innovaciones de la reforma de la Ley Orgánica del Sufragio de 1998, que incluso afectó su denominación, fue la inclusión de un Título (VI) *Sobre los Referendos* «con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional» (art. 181).

Con anterioridad, la Ley Orgánica de Régimen Municipal había previsto un *Referéndum Consultivo* sobre la revocatoria del mandato de los Alcaldes, cuando hubieran sido suspendidos en el ejercicio del cargo al improbarse la Memoria y Cuenta de su gestión (art. 69); y además, había regulado en forma general el *Referéndum* municipal a los fines de la consulta de las Ordenanzas u otros asuntos de interés colectivo (art. 175). Por su parte, la Ley de Casinos y Bingos había establecido también una consulta popular para autorizar la instalación de los primeros en determinadas zonas turísticas.

Adicionalmente, la Constitución regula el *Referéndum aprobatorio* de la Reforma general constitucional «para que el pueblo se pronuncie en favor o en contra de la Reforma» (art. 246, ord. 4º), no previendo en ninguna otra parte la figura del Referéndum.

En esta forma, en relación con la reforma constitucional, la Constitución regula expresamente el *Referéndum aprobatorio* como parte del ejercicio del Poder Constituyente Instituido; y el planteamiento político que había estado en el centro del debate jurídico constitucional y que se le planteó a la Corte Suprema para su solución, fue el de dilucidar si mediante un *Referéndum consultivo* se podía consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente y si ello bastaba para convocarla sin que su régimen estuviese previamente consagrado en la Constitución.

Ahora bien, el derecho ciudadano más importante y esencial en el constitucionalismo moderno, es el derecho a la supremacía constitucional, es decir, el derecho de todo ciudadano a que la Constitución, que es la norma suprema de la sociedad, se respete por todos. Ese es uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, que ha provocado el desarrollo progresivo de mecanismos de protección y defensa de la Constitución, en particular, las acciones de inconstitucionalidad y amparo y las acciones contencioso administrativas.

Toda violación de la Constitución, en definitiva, es una violación de la voluntad popular, que ningún país democrático puede tolerar. La Constitución, en el republicanismo democrático moderno, es la expresión de la voluntad del pueblo, que sólo el pueblo, conforme a sus dictados, puede cambiar.

En Venezuela, el pueblo, como Poder Constituyente y mediante sus representantes, se dio una Constitución, la de 1961. Esa Constitución establece que sólo puede ser reformada conforme a los dictados de ese Poder Constituyente, es decir, conforme a lo indicado en sus artículos 245 y 246, relativos a las Enmiendas y a las Reformas constitucionales.

La Constitución no prevé otro mecanismo de Reforma General de su texto —esa es la expresión de la voluntad popular— distinto al procedimiento de reforma regulado en su artículo 246, que atribuye la iniciativa de la misma a los Senadores y Diputados del Congreso de la República, aprobada por las 2/3 partes de los mismos; su discusión y adopción a la Cámara del Senado y a la Cámara de Diputados como colegisladores, y su sanción definitiva mediante *Referéndum aprobatorio*, es decir, votación popular con una mayoría de los sufragantes.

En esta forma, conforme a la Constitución, el pueblo, mediante sus representantes constituyentes, en 1961 determinó que la Reforma General de dicho texto sólo se podía hacer en un proceso constituyente instituido donde el pueblo tiene que manifestarse en *dos formas*: primero mediante sus representantes, en el Congreso; y segundo, mediante un *Referéndum aprobatorio* de la nueva Constitución.

La consecuencia de ello es que todo intento de efectuar una reforma constitucional apartándose del procedimiento constituyente antes indicado, constituiría una violación de la voluntad popular expresada en la Constitución. Esta no admite que se pueda reformar trastocándose la voluntad popular.

Un *Referéndum aprobatorio*, como el regulado en la Constitución, después que el Congreso —que está constituido por representantes electos popularmente— adoptase la reforma constitucional, no podría constitucionalmente ser sustituido en forma alguna por un *Referéndum consultivo*, que no es más que eso, una consulta, regulada en la Ley Orgánica del Sufragio (art. 181). Nadie, ni siquiera Poder Constituido alguno, *tiene el poder*, conforme a la Constitución, para transformar un *Referéndum consultivo* establecido en una Ley, en un procedimiento de rango constitucional.

En tal sentido es que se planteó el problema de si mediante un *Referéndum Consultivo* convocado conforme a la Ley Orgánica del Sufragio, se podría consultar al pueblo sobre si quiere o no una Asamblea Constituyente para reformular el sistema político y sancionar una nueva Constitución, y de si la consulta arrojaba una votación favorable, ello podía bastar para convocarla y atribuirle el Poder Constituyente. Siempre consideramos que

ello no era posible constitucionalmente, pues para que la soberanía popular manifestada en un *Referéndum Consultivo* se materializara en la convocatoria de una Asamblea Constituyente, el *régimen de la Constituyente* tenía necesariamente que estar consagrado con rango constitucional. Es decir, sólo la Constitución podría establecer el carácter de dicha Asamblea (unicameral o bicameral); la forma de elección (uninominal, plurinominal, por cooptación, por representación corporativa); las condiciones de elegibilidad de los constituyentistas; las condiciones de postulación de los mismos (por firmas abiertas, por partidos políticos, por grupos de electores); la duración de su mandato y sus funciones y poderes, particularmente en relación con los Poderes Constituidos (Congreso, Corte Suprema de Justicia, Poder Ejecutivo, Poderes estatales, Poderes municipales).

En nuestro criterio, por tanto, siempre consideramos que no bastaba un *Referéndum Consultivo* para que pudiera convocarse una Asamblea Constituyente, pues el régimen de la misma no podía ser establecido por los Poderes Constituidos, ni por Ley del Congreso, ni por Decreto Ejecutivo⁴.

El *Referéndum Consultivo* lo que podía significar era, sólo, la manifestación de voluntad del pueblo dirigida al Poder Constituyente Instituido para que pudiera proceder a regular la Constituyente en la Constitución, y poder convocarla. Por consiguiente, el Poder Constituyente Instituido —como consecuencia de dicho mandato— debía ser el encargado de reformar la Constitución para regular la Constituyente, conforme al procedimiento previsto en el artículo 246; reforma que debía someterse a *Referéndum aprobatorio*.

En consecuencia, consideramos que todo intento de convocar una Asamblea Constituyente, basado en una consulta popular (*Referéndum consultivo*), sin que interviniera la representación popular recién electa constituida en el Congreso, y sin que interviniera el pueblo mediante un *Referéndum aprobatorio* como Poder Constituyente Instituido, de acuerdo con la Constitución, debía ser considerada como una violación de la misma y, en consecuencia, del derecho ciudadano a su supremacía constitucional.

Por tanto, como se ha dicho, la Constitución de 1961 no prevé que se pueda convocar una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución conforme al artículo 4º del propio texto. Es cierto que esa norma señala que «la soberanía reside en el pueblo» pero agrega «quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público». De ello resulta, que para que esta norma pudiera entrar en aplicación para la convocatoria de una Asamblea Constituyente era necesario que la Constitución misma la regulase como un órgano del Poder Público, en ese caso del Poder Constituyente Instituido y, además, estableciera cuál es el régimen del sufragio para que el pueblo eligiera sus representantes en la Asamblea.

⁴ *Ibidem*, p. 63.

Por ello, siempre estimamos que un *Referéndum Consultivo* sobre la Constituyente no podía conducir a otra cosa que a materializar una manifestación de voluntad, por el pueblo soberano, constitutiva de un mandato político y popular dirigido a los órganos del Poder Público, particularmente al Poder Constituyente Instituido para que asumiera, conforme a la Constitución, su reforma para regular la Constituyente, es decir, para establecer el régimen de la Asamblea Constituyente como un mecanismo de reforma constitucional. Siempre consideramos que nadie más tenía el poder constitucional ni la competencia para regular dicho régimen, el cual no podía derivar de un *Referéndum consultivo*, pues se distorsionaría el funcionamiento del Poder Constituyente Instituido que regula la Constitución.

Esto, incluso, deriva de los propios razonamientos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999. En efecto, como se ha dicho, la sentencia precisa con claridad, sobre el *Referéndum consultivo* regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que:

«Aun cuando el resultado de la decisión popular adquiere *vigencia inmediata*, (se refiere a la voluntad popular manifestada a través de la consulta), *su eficacia sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada*».

Es decir, la consulta popular debe considerarse en forma inmediata como la manifestación del pueblo (vigencia), pero conforme al criterio de la Corte, ello no bastaba para considerar que tenía eficacia si la consulta conducía a una reforma del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, la eficacia de la manifestación de la voluntad popular sólo se producía cuando mediante los mecanismos legales o constitucionales se diese cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el *Referéndum consultivo*. Un ejemplo puede aclarar el planteamiento de la Corte: se puede convocar a un *Referéndum Consultivo* sobre el establecimiento de la pena de muerte en el país; ello tendría vigencia inmediata, como consulta popular, pero no tendría efectividad sino hasta tanto el Poder Constituyente Instituido reformase el artículo 58 de la Constitución que no sólo regula el derecho a la vida como inviolable, sino que prohíbe el establecimiento de la pena de muerte. En este sentido la eficacia del *Referéndum consultivo* solo procedía cuando se hiciese la reforma constitucional; como lo dijo la Corte:

«...siguiendo procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, a través de los órganos del Poder Público *competentes* en cada caso. Dichos órganos estarán en la obligación de proceder en ese sentido».

Por supuesto, las modificaciones al orden jurídico para hacer eficaz la voluntad popular manifestada en el Referéndum, sólo pueden adoptarse por los órganos del Poder Público que tengan constitucional y legalmente *competencia* para hacer las reformas. Dicha competencia, en ningún caso, podría derivar del propio *Referéndum consultivo*, a menos que se persiga delegar el Poder Constituyente Originario en un órgano de los Poderes Constituidos, lo que sería atentatorio con el principio democrático de la soberanía popular.

En la sentencia de la Corte Suprema, como ya se ha dicho, se insistió en este mismo argumento, pero específicamente referido al *Referéndum consultivo* sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, al destacarse que ello tenía especial transcendencia nacional

«... en la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los Organos *competentes* del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos; o para que, previamente, tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea de esta naturaleza».

En esta decisión, sin embargo, se abrieron dos posibilidades concretas para que el *Referéndum* sobre la Asamblea Constituyente adquiriera eficacia. En primer lugar, que los órganos competentes del Poder Público Nacional diseñasen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea a los fines propuestos. En este caso, por supuesto, lo importante era determinar si algún órgano del Poder Público Nacional (Ejecutivo o Legislativo) tenía *competencia* para «diseñar los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente» a los fines de reformar la Constitución. La respuesta evidentemente que era y es negativa, pues conforme al ordenamiento jurídico vigente, ningún órgano del Poder Público tenía ni tiene competencia para ello y menos aún cuando los mecanismos de convocatoria de una Asamblea Constituyente comportaban, modificaciones a la Constitución. Este era el caso, por ejemplo, del establecimiento de un sistema puramente uninominal para la elección de los constituyentistas, lo que implicaba la reforma del artículo 113 de la Constitución que consagraba el derecho político a la representación proporcional de las minorías.

Pero en segundo lugar, la sentencia de la Corte planteó la alternativa, como *consecuencia de la consulta popular* sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, de que previamente los órganos del Poder Público Nacional (se refirió al Congreso) tomaran la iniciativa de enmienda o de reforma de la Constitución que incluyera la figura de la Asamblea Constituyente.

No se olvide que conforme al mencionado artículo 246 de la Constitución, la reforma constitucional una vez sancionada por las Cámaras como cuerpos colegisladores, se debe aprobar mediante *Referéndum aprobatorio*. Ninguna norma autoriza en la Constitución, a cambiar dicho régimen por un *Referéndum Consultivo*, cuyo texto —el de la consulta— se formule sin una sanción previa por los representantes del pueblo en el Congreso, y que sea producto de la sola voluntad del Ejecutivo Nacional.

Nada, por tanto, impedía que se convocase a un *Referéndum consultivo* para consultar al pueblo sobre el tema de la convocatoria a una Constituyente; en cambio, en la Constitución, nada se regula para que una reforma constitucional se derivase de una consulta popular, sin que su texto hubiese sido discutido y sancionado por las Cámaras Legislativas que integran el Congreso y luego sancionado mediante *Referéndum aprobatorio*.

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, señaló en su sentencia, que las normas constitucionales relativas a la reforma constitucional no ataban al Poder Constituyente manifestado mediante un *Referéndum consultivo*, de lo que deriva la posibilidad de que mediante este se pudiera estructurar otra vía para la reforma de la Constitución, mediante una Asamblea Constituyente, no prevista expresamente en ella.

5. LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE SUPREMA SOBRE EL REFERÉNDUM CONSULTIVO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia dedicó un Capítulo (V) a la «Técnica interpretativa de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política», cuyo artículo 181 había sido objeto del recurso de interpretación intentado. Conforme al criterio de la Corte:

«Ello se circunscribe a determinar si de conformidad con dicha norma, puede convocarse a un referéndum consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente».

Al precisar sus consideraciones sobre este tema, la Corte puntualizó en la sentencia, que el «análisis interpretativo» que hacía, «versaba sobre la convocatoria a referéndum» y nada más; precisando que la interpretación que realizó no versaba ni se refería «a consulta plebiscitaria», sobre lo cual agregó:

«En realidad, si bien ambas figuras tienden a confundirse teóricamente, mientras el referéndum se refiere a un texto o proyecto, el ple-

biscito tiende a ratificar la confianza en un hombre o gobernante» (cfr. LECLERQ, CLAUDE, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnels*, París, 3^{ème} édition, pág. 137).

La Corte, en esta forma, deslindó los conceptos y precisó el mecanismo de participación política que regula el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que quedó reducido a un *Referéndum consultivo*, que como se ha dicho antes, tiene por objeto consultar la opinión del pueblo sobre una decisión que, por supuesto, normalmente está plasmada en un proyecto por escrito. Por eso, la Corte señaló que el *Referéndum consultivo* se refiere a un texto o proyecto, que es el que debe someterse a consulta.

En cuanto al plebiscito, no sólo se traduce en un voto de confianza «a un hombre o gobernante» como lo dijo la Corte, sino que su carácter nunca es consultivo sino decisorio. Con el plebiscito se le pide al pueblo que decida; con el *Referéndum consultivo* se le pide al pueblo su opinión sobre una decisión que debe adoptar el órgano del Poder Público que formula la consulta.

Ahora bien, hechas estas precisiones y analizado el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la Corte concluyó señalando que de dicha norma se desprendía:

«la consagración jurídica de la figura del referéndum consultivo como mecanismo llamado a canalizar la participación popular en los asuntos públicos nacionales».

Al constatar que la duda planteada por los solicitantes del recurso de interpretación «viene fundamentalmente referida al aspecto sustancial del *Referéndum consultivo*»; con el objeto de determinar:

«... si la materia objeto del mismo podría estar referida a la voluntad popular de reformar la Constitución mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente»;

y luego de analizar las materias que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política no pueden someterse a referéndum, la Corte concluyó señalando que:

«... el principio general en materia de participación democrática radica en que la globalidad de los asuntos de especial trascendencia nacional puede ser consultado a través de este mecanismo».

Sin embargo, a renglón seguido, la Corte hizo el razonamiento ya referido anteriormente en varias oportunidades, de que el resultado del *Referéndum Consultivo* no tenía efectos de inmediato, sino:

«... sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada».

Es decir, el *Referéndum consultivo* sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente podía hacerse y adquiriría vigencia, pero no sería eficaz para reformar la Constitución sino una vez regulada dicha Asamblea en la propia Constitución o en otro instrumento acorde con la consulta popular como mecanismo político del Poder Constituyente Instituido para hacer la reforma general.

Ahora, si bien el razonamiento lógico de la sentencia conduciría a la primera conclusión, la misma podía interpretarse también en el segundo sentido, dada la consideración que hizo sobre la distinción entre Poder Constituyente y Poderes Constituidos.

6. LAS PRECISIONES DE LA CORTE SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE Y LOS PODERES CONSTITUIDOS

En efecto, en el Capítulo relativo a la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, a renglón seguido de la consideración anterior sobre la eficacia de la consulta popular, la Corte Suprema en su sentencia de 19 de enero de 1999 entró a realizar consideraciones sobre el Poder Constituyente, señalando lo siguiente sobre el Poder Constituyente Originario:

«El Poder Constituyente Originario se entiende como potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional. En este orden de motivos, la idea del Poder Constituyente presupone la vida nacional como unidad de existencia y de decisión. Cuando se trata del gobierno ordinario, en cualquiera de las tres ramas en que se distribuye su funcionamiento, estamos en presencia del Poder Constituido. En cambio, lo que organiza, limita y regula normativamente la acción de los poderes constituidos es función del Poder Constituyente. Este no debe confundirse con la competencia establecida por la Constitución para la reforma de alguna de sus cláusulas. La competencia de cambiar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto, es Poder Constituyente Instituido o Constituido, y aun cuando tenga carácter extraoficial, está limitado y regulado, a diferencia del Poder Constituyente Originario, que es previo y superior al régimen jurídico establecido».

Distinguió así la Corte, en su sentencia, tres conceptos esenciales del constitucionalismo moderno. En primer lugar, la del Poder Constituyente

Originario el cual, a decir verdad, en los Estados Constitucionales estables solo se manifiesta una vez, al constituirse el Estado, como «potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional».

En ese caso, como lo dijo el Abate Sieyès el 20 de julio de 1789 ante el Comité Constitucional de la Asamblea revolucionaria,

«El poder constituyente todo lo puede... No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le pudiera (plu-giera) adoptar»⁵.

Así concebido, el Poder Constituyente originario es *supra leges* y queda *legibus solutus*, fuera de toda limitación. Es un hecho que precede al derecho que dicho Poder crea y ordena en una Constitución.

Sin embargo, este Poder Constituyente Originario, en el mundo contemporáneo, es una mera representación histórica. Ese fue el que asumieron las Asambleas coloniales norteamericanas para crear, *ex novo*, Estados soberanos y ese fue el que asumió la Asamblea Nacional francesa con la Revolución, para transformar radicalmente el Estado francés. Así también fue el Congreso General de las Provincias de Venezuela, cuando organizó la Confederación de Venezuela en 1811 y antes, así fueron las manifestaciones de los Cabildos Capatales de las Provincias de la Capitanía General de Venezuela que adoptaron las Constituciones Provinciales.

Pero una vez constituidos los Estados modernos, el Poder Constituyente Originario, así concebido, difícilmente aparece de nuevo, salvo que sea como manifestación *factica*, producto de una revolución y, por tanto, de situaciones de hecho.

Por ello, no es frecuente que ni siquiera después de una ruptura constitucional en un país constituido, se active en forma absoluta e inmediata el Poder Constituyente Originario. Así resulta de la práctica constitucional de nuestro país donde, a pesar de las rupturas constitucionales, las Asambleas o Congresos Constituyentes de 1830, 1858, 1863, 1893, 1901, 1904, y 1946 nunca se conformaron *legibus solutus*, pues siempre tuvieron los límites derivados del principio republicano y de la conservación del ordenamiento jurídico precedente en todo lo no modificado por la nueva Constitución que se adoptaba.

En todos los casos, además, el Poder Constituyente originario se constitucionalizó al adoptarse la Constitución, y el principio de la representación democrática condicionó su ejercicio. Como lo ha destacado Pedro de Vega al comentar las ideas de Sieyès:

⁵ Véase la cita en PEDRO DE VEGA, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1988, p. 28.

«Al ser la Nación un ente abstracto, que sólo puede expresar su voluntad a través de representantes, la potestad constituyente sólo podrá actuarse a través del mecanismo de la representación. El poder constituyente deja de ser entonces el poder en el que el pueblo directamente participa, como titular indiscutible de la soberanía, para convertirse en el poder de las Asambleas en las que la Nación delega sin competencias»⁶.

Esto condujo, incluso, a que en Europa se pasara inconvenientemente de la Soberanía Nacional a la Soberanía y absolutismo de los Parlamentos, principio que sigue rigiendo en la Constitución del Reino Unido (el de la Soberanía parlamentaria por delegación del pueblo).

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

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

Ahora bien, en cuanto al Poder Constituyente Instituido, es decir, el poder de modificar la Constitución, este es el resultado constitucional de la tensión que deriva de los dos principios señalados que son pilares del Estado Constitucional, ya comentados: el principio de la democracia representativa y el principio de la supremacía constitucional, y que se encuentra inserto en el constitucionalismo desde la primera Constitución de la República Francesa de 1791, que estableció:

«La Asamblea Nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescindible de cambiar su Constitución, sin embargo, considerando que es más conforme al interés nacional, usar únicamente por los medios expresados en la propia Constitución del derecho de reformar los artículos que, según la experiencia, se estime deben ser cambiados, establece que se procederá a ello por medio de una Asamblea de revisión»⁷.

En consecuencia, es de la esencia del constitucionalismo moderno tanto el concepto de Poder Constituyente Originario como el de Poder Constituyente Instituido para reformar la Constitución, distintos al de los Poderes Constituidos, los cuales no pueden reformar la Constitución y se encuentran

⁶ Véase PEDRO DE VEGA, *op. cit.*, p. 32.

⁷ Art. Primero, Título VII. Véase en JACQUES GODECHAT (ed.), *Les Constitutions de la France, depuis 1789*, París, 1979, pp. 65-66.

sometidos a ésta. Por ello, tiene razón la Corte Suprema cuando en la sentencia comentada expresó que:

«En este sentido, se observa que el hecho de estar enmarcado históricamente el Poder Constituyente en la normativa constitucional, no basta para entenderlo subrogado permanentemente al Poder Constituido.

Pretender lo contrario, o sea, que las facultades absolutas e ilimitadas que en un sistema democrático corresponden por definición a la soberanía popular puedan ser definitivamente abdicados en los órganos representativos constituidos, equivaldría, en palabras de BERLIA: “que los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana para convertirse en los representantes soberanos de la nación” (cfr. BERLIA, G., “De la Compétence Constituyente”, en *Revue de Droit Public*, 1945 pág. 353, citado por PEDRO DE VEGA en *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, pág. 231)».

De ello resulta, por tanto, que el Poder Constituyente tanto Originario como Instituido no puede quedar subrogado a los Poderes Constituidos; y que si bien el Poder Constituyente Originario corresponde al pueblo, éste es el que, como tal, tiene facultades absolutas e ilimitadas; no así sus representantes electos en una Asamblea Constituyente, los cuales no pueden confundirse con el propio pueblo soberano, ni la Asamblea Constituyente puede ser comprendida en forma alguna en el Poder Constituyente Originario.

7. EL PODER CONSTITUYENTE INSTITUIDO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Por último, en el Capítulo de la sentencia de la Corte Suprema relativo a la «técnica interpretativa de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política», la Corte entró a hacer algunas consideraciones sobre la reforma constitucional confundiendo lamentablemente, el Poder Constituyente Instituido con los Poderes Constituidos. En efecto, la Corte señaló:

«Nuestra Carta Magna, no sólo predica la naturaleza popular de la soberanía sino que además se dirige a limitar los mecanismos de reforma constitucional que se atribuyen a los Poderes Constituidos, en función de constituyente derivado.

Así, cuando los artículos 245 al 249 de la Constitución consagran los mecanismos de enmienda y reforma general, están regulando los procedimientos conforme a los cuales el Congreso de la República

puede modificar la Constitución. Y es por tanto, a ese Poder Constituido y no al Poder Constituyente, que se dirige la previsión de inviolabilidad contemplada en el artículo 250 ejusdem.

De allí, que cuando los poderes constituidos propendan a derogar la Carta Magna a través de “cualquier otro medio distinto del que ella dispone” y, en consecuencia, infrinjan el límite que constitucionalmente se ha establecido para modificar la Constitución, parecería como aplicable la consecuencia jurídica prevista en la disposición transcrita en relación con la responsabilidad de los mismos, y en modo alguno perdería vigencia el Texto Fundamental».

Ante estas afirmaciones debe dejarse muy claramente establecido que conforme a la Constitución, es incorrecto decir que la reforma constitucional se atribuya a «los Poderes Constituidos, en función de poder constituyente derivado».

Al contrario, en la Constitución se distingue, con toda precisión, entre los Poderes Constituidos (de los cuales forman parte, en particular, a nivel nacional, el Congreso o a nivel estatal, las Asambleas Legislativas), y el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional que no se puede confundir con aquellos. Una cosa es constatar que algunos Poderes Constituidos, en alguna forma, participen en el Poder Constituyente Instituido de reforma constitucional; y otra es decir que el Poder Constituyente Instituido de reforma constitucional se atribuye a los Poderes Constituidos, lo cual no es correcto.

En efecto, el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional, conforme al artículo 246 de la Constitución, funciona como proceso complejo, con la participación de las siguientes instituciones: los representantes populares electos; las Cámaras Legislativas Nacionales; y el pueblo directamente mediante *Referéndum aprobatorio*.

En efecto, en la reforma constitucional, por ejemplo, *primero*, deben participar los miembros del Congreso, es decir, los Senadores y Diputados electos. Son éstos, a título de representantes populares individualmente considerados, los que pueden tener la iniciativa para la reforma constitucional, siempre que sumen al menos una tercera parte de los miembros del Congreso. En sentido similar la iniciativa de la reforma también puede partir de los diputados de las Asambleas Legislativas, considerados individualmente como representantes populares, siempre que adopten acuerdos en cada Asamblea, con no menos de dos discusiones, por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea, y siempre que se manifiesten la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas.

Segundo, en el Poder Constituyente Instituido también deben participar las Cámaras Legislativas, es decir, el Senado y la Cámara de Diputados, las cuales en sesión conjunta convocada con tres días de anticipación por lo menos, deben pronunciarse sobre la procedencia de la iniciativa, la cual

solo será admitida por el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes;

Tercero, una vez admitida la iniciativa, el proyecto respectivo se debe comenzar a discutir en la Cámara señalada por el Congreso, y se tramitará con la participación, en el Proceso Constituyente Instituido, de las dos Cámaras, según el procedimiento establecido en la Constitución para la formación de las Leyes, quedando excluidos los procedimientos de urgencia; y

Cuarto, por último, en el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional, también participa el pueblo soberano al cual debe someterse el proyecto de reforma constitucional aprobado para que mediante *Referéndum aprobatorio*, se pronuncie en favor o en contra de la reforma, de manera que la nueva Constitución se declarará sancionada si fuere aprobada por la mayoría de los sufragantes de la República.

Como se puede apreciar, por tanto, no es cierto que la Constitución atribuya al Congreso de la República (Poder Constituido) la potestad de poder modificar la Constitución; y tampoco es cierto que la reforma constitucional se atribuya a los Poderes Constituidos, en función de constituyente derivado; al contrario, se atribuye al Poder Constituyente Instituido en cuya formación participan, en un acto complejo, tanto los representantes electos popularmente considerados individualmente, como las Cámaras Legislativas Nacionales y el pueblo soberano mediante *Referéndum aprobatorio*.

Siendo errada la premisa de la que partió la Corte al confundir el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional con los Poderes Constituidos, en nuestro criterio, es igualmente errada la apreciación que formuló en el sentido de que el artículo 250 de la Constitución sobre la inviolabilidad de la Constitución, solo estaría dirigido a los Poderes Constituidos y no al Poder Constituyente. Al contrario, mientras la Constitución esté vigente, el artículo 250 se aplica al Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional y es, conforme a los principios de la democracia representativa y de la supremacía constitucional, un freno a la aparición del Poder Constituyente originario, que solo podría manifestarse *de facto*.

Sin embargo, la Corte Suprema, en su sentencia continuó en su línea de razonamiento sobre el Poder Constituyente originario, no limitado y absoluto, señalando lo siguiente:

«Sin embargo, en ningún caso podría considerarse al Poder Constituyente originario incluido en esa disposición (art. 250), que lo haría nugatorio, por no estar expresamente previsto como medio de cambio constitucional. Es inmanente a su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, el no estar regulado por las normas jurídicas que hayan podido derivar de los poderes constituidos,

aun cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente.

Esta, indudablemente, es la tesis recogida por el propio constituyente de 1961, el cual, consagró normas reguladoras de la reforma o enmienda de la Constitución dirigidas al Poder Constituido y a un tiempo, incluso desde el Preámbulo, la consagración de la democracia como sistema político de la nación, sin soslayar, coherentemente, el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo.

Ello conduce a un conclusión: la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla».

Tres aspectos deben destacarse de estos párrafos de la sentencia.

En *primer lugar*, la afirmación de que el Poder Constituyente no está regulado por las normas jurídicas que hayan podido emanar de los Poderes Constituidos. Ello es evidente y entendemos que nadie lo niega, pues sería contrario al principio de la soberanía popular. Sin embargo, una cosa es que el Poder Constituyente Originario no este sometido a las normas jurídicas que puedan emanar de los Poderes Constituidos y otra es que el Poder Constituyente no este sometido a su propia obra, que es la Constitución. Lo primero nadie lo refuta, pero lo segundo es totalmente refutable pues sería contrario al principio de la supremacía constitucional. Una vez que en un país, el Poder Constituyente sanciona una Constitución, la constitucionalización del Estado y del orden jurídico implica que el texto es supremo y que, como lo afirmó la Corte en la misma sentencia «obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella» y los gobernados son, precisamente, el pueblo soberano que al sancionar la Constitución se autolimita y se somete a su propia norma. Como también lo dijo la Corte en el párrafo antes transcrito, es la soberanía popular la que se convierte en supremacía constitucional cuando aquélla lo decida a través de los mecanismos de participación previstos en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, no es cierto que en la Constitución de 1961, las normas reguladoras de la reforma constitucional estén sólo «dirigidas al Poder Constituido». Constituyen, sin duda, manifestaciones de la rigidez constitucional que proscriben que la Constitución pueda ser modificada mediante la legislación ordinaria adoptada a las Cámaras Legislativas como Poder Constituido, pero no puede decirse que sólo están dirigidas a los Poderes Constituidos. Al contrario, esencialmente regulan al Poder Constituyente Instituido y constituyen una autolimitación que el Poder Constituyente Originario se ha impuesto.

Por ello, insistimos, la conclusión que se formuló en el último de los párrafos transcritos de la sentencia es precisamente la manifestación de la autolimitación mencionada del Poder Constituyente Originario: la soberanía popular (Poder Constituyente Originario) se convierte en supremacía de

la Constitución cuando aquélla (soberanía popular, Poder Constituyente Originario) dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla (la soberanía popular).

Y así, efectivamente, cuando se sancionó la Constitución de 1961 el Congreso constituyente en representación de la soberanía popular, decidió ejercerla, y convertir el proceso de reforma constitucional, en supremacía constitucional.

En *segundo lugar*, debe mencionarse, de nuevo, la afirmación de la Corte de que los Poderes Constituidos pueden ejercer «de manera extraordinaria la función constituyente». Ello, se insiste, es incorrecto. De acuerdo con la Constitución, las Cámaras Legislativas como Poderes Constituidos, jamás ejercen ni ordinaria ni extraordinariamente la función constituyente. Participan en el Poder Constituyente Instituido, como también participa el pueblo soberano al aprobar mediante *Referéndum aprobatorio* la reforma constitucional. Pero de allí a atribuirle a los Poderes Constituidos la función constituyente hay una gran distancia.

En *tercer lugar*, debe destacarse la referencia que hizo la Corte al Preámbulo de la Constitución, como consagradorio de la democracia como sistema político de la Nación, con el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo. Ello llevó a la sentencia a dedicarle un Capítulo (VI) al «Preámbulo de la Constitución», particularmente por lo que se refiere a la declaración relativa al orden democrático «como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos». El Preámbulo, sin duda, constituye expresión de un «proyecto político nacional», que es el de la democracia *representativa* plasmado en el artículo 4 del Texto Constitucional, la cual siempre debe conciliarse con el principio de la supremacía constitucional que informa todo el articulado de la Constitución.

Finalmente, de nuevo debe hacerse particular referencia al último párrafo de la cita anterior de la sentencia, donde se afirma, con razón, que «la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación, decida ejercerla».

De ello deriva, en *primer lugar*, el principio de autolimitación del Poder Constituyente Originario cuando adopta la Constitución, y convierte la soberanía popular en supremacía constitucional, lo que implica que el pueblo soberano debe también regirse por la Constitución que él mismo ha adoptado. En consecuencia, la Constitución de 1961 rige incluso para el pueblo, quien es quien se ha impuesto la autolimitación de que la misma sea reformada, con su directa participación (*Referéndum aprobatorio*), en el Poder Constituyente Instituido.

Pero en *segundo lugar*, el mencionado párrafo de la sentencia permite que en caso de que la soberanía popular se manifieste mediante los meca-

nismos jurídicos de participación, como un *Referéndum consultivo*, a través del mismo pueda instituirse otra forma de reforma constitucional, cediendo allí el principio de la supremacía constitucional frente a la soberanía popular.

Este, en definitiva, fue el punto medular de la solución política que el máximo órgano jurisdiccional dio al conflicto que estaba planteado, entre soberanía popular y supremacía constitucional: aún cuando la Constitución no regula expresamente la Asamblea Constituyente como Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional, la misma puede ser convocada como resultado de una consulta popular realizada mediante *Referéndum consultivo* regulado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; convirtiéndose entonces la soberanía popular, de nuevo, en supremacía constitucional.

8. LA CONSULTA POPULAR SOBRE LA CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE COMO DERECHO INHERENTE A LA PERSONA HUMANA

Por último, debe hacerse mención al Capítulo VII de la sentencia en el cual la Corte se refirió, al «derecho a la participación» a los efectos de considerar que conforme al artículo 50 de la Constitución, el derecho a la consulta popular sobre la convocatoria al pueblo para una Asamblea Constituyente, era un derecho no enumerado o implícito, inherente a la persona humana.

Esta conclusión de la Corte derivó de la integración de la laguna constitucional originada en la no enumeración expresa de tal derecho, considerando en general, que:

«El referéndum previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución».

Esta declaración de la Corte, sin duda, debe celebrarse porque es una muestra más de la progresión en la consagración de los derechos fundamentales, vía la aplicación del artículo 50 de la Constitución. Sin embargo, derivar que el derecho a la participación política es un derecho inherente a la persona humana quizás sea una exageración, porque no se trata de un derecho personal o individual, sino político o institucional. En realidad, puede decirse que la participación es de la esencia de la democracia por lo que la consulta popular, solo establecida recientemente en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, perfectamente

puede considerarse como un derecho político inherente al ciudadano venezolano.

Por ello, sin duda, para que quede reconocido el derecho a la participación y para realizar un *Referéndum consultivo* conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio, no era ni es necesario realizar reforma constitucional alguna.

Ahora bien, la Corte, en su sentencia, al considerar el *Referéndum* como un derecho inherente a la persona humana, señaló que:

«Ello es aplicable, no sólo desde el punto de vista metodológico sino también ontológicamente, ya que si se considerara que el derecho al referendo constitucional depende de la reforma de la Constitución vigente, el mismo estaría supeditado a la voluntad del poder constituido, lo que pondría a éste por encima del poder soberano. La falta de tal derecho en la Carta Fundamental tiene que interpretarse como laguna de la Constitución, pues no podría admitirse que el poder soberano haya renunciado *ab initio* al ejercicio de un poder que es obra de su propia decisión política».

De este párrafo, sin embargo, de nuevo surge la observación que ya hemos efectuado: la reforma constitucional prevista en la Constitución no se atribuye al Poder Constituido como impropriamente se afirma, sino al Poder Constituyente Instituido en cuya conformación participan las Cámaras Legislativas, pero también participa el pueblo directamente mediante *Referéndum aprobatorio*.

Por lo demás, y salvo esta precisión, la conclusión del párrafo es evidente: conforme al criterio de la Corte no era necesaria reforma constitucional alguna para que se pudiera reconocer como derecho constitucional al referendo o la consulta popular sobre la convocatoria al pueblo para una Asamblea Constituyente. En realidad, ese no es ni era el problema; este resulta de la secuela de la consulta popular.

En efecto, una vez efectuado el *Referéndum consultivo*, que conforme al artículo 182 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política debían contener:

«la formulación de la pregunta en forma clara y precisa, en los términos exactos en que será objeto de la consulta, de tal manera que pueda contestarse con un «si» o un «no»;

y si la mayoría (que habría que determinar si es sobre los electores o inscritos en el Registro Electoral o los votantes efectivos) la obtiene el «si» para la convocatoria a la Asamblea Constituyente como lo ha dicho la Corte en las dos sentencias analizadas, ello tendría «vigencia inmediata» en cuanto a mandato popular obligatorio para los órganos del Estado. Ese

mandato popular, sin embargo, en sí mismo no tenía eficacia, como lo afirmó la Corte en la sentencia sino

«... cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada. Todo ello siguiendo *procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente*, a través de los órganos del Poder Público *competentes* en cada caso»

He aquí el problema jurídico, que quedaba por resolver y que dependía de la forma cómo se hiciese la consulta popular o de la manera que se manifestase la voluntad popular. Una vez que el pueblo, mediante el *Referéndum consultivo*, se manifestase a favor de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, vendría ineludiblemente la tarea de establecer formalmente el régimen de la misma por los órganos del Poder Público Nacional *con competencia* para ello, los cuales debían, obligatoriamente, mediante los mecanismos legales *establecidos*, dar cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el referéndum.

Sin embargo, en el ordenamiento constitucional y legal vigente no había atribución de competencia alguna, a órgano alguno del Poder Público Nacional, para establecer el régimen de una Asamblea Constituyente con poder para reformar la Constitución por una vía distinta a la de los artículos 245 y 246 de la Constitución.

Ese régimen no podría establecerse ni por una Ley del Congreso ni por un Decreto del Presidente de la República, salvo que en la consulta popular se preguntase expresamente sobre los diversos elementos que configurarían dicho régimen (carácter, número de miembros, forma de elección, condiciones de elegibilidad, duración, mandato acorde con la Constitución vigente) y sobre el órgano del Poder Público que debía regular la Constituyente. Sin embargo, en dicho régimen no se podían establecer condiciones de elegibilidad de los constituyentistas distintos a los previstos en el artículo 112 de la Constitución; ni un sistema electoral totalmente uninominal que por ejemplo, no garantice el derecho a la representación proporcional de las minorías como lo prevé el artículo 113 de la Constitución.

Para establecer un régimen de esa naturaleza, indudablemente que en la Constitución, la competencia la tiene el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional conforme al artículo 246 de la Constitución.

Precisamente, por este escollo jurídico, quizás, la sentencia expresamente se refirió a las dos vías que se abrían para hacer efectivo el *Referéndum consultivo* sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente:

La primera, era que «los órganos *competentes* del Poder Público Nacional diseñen los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente», por supuesto, conforme a los términos de la consulta. Para que esta primera vía fuera factible, tendría que existir en el or-

denamiento jurídico la atribución de *competencia* a algún órgano del Poder Público Nacional para establecer el régimen de una Constituyente para modificar la Constitución en una forma distinta a la prevista en los artículos 245 y 246 de la Constitución, y esa atribución no existía ni existe. La única posibilidad que quedaba, sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, era que en la propia consulta popular no sólo se formularan las preguntas sobre el régimen de la Constituyente, sino se inquiriera al pueblo sobre el órgano del Poder Público que debía formalizar ese régimen, y siempre que el mismo no implicase modificaciones a la Constitución vigente.

La segunda, como alternativa, era que previamente a la convocatoria efectiva de la Asamblea Constituyente, los órganos del Poder Público Nacional «tomen la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la figura de una Asamblea Constituyente»; lo cual resultaba necesario si el régimen de la Constituyente implicaba reformas a la misma Constitución (por ejemplo, conforme a lo señalado, a los artículos 112 y 113).

La Corte, en definitiva, lo que resolvió fue la constitucionalidad del *Referéndum consultivo* sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero no resolvió expresamente sobre la constitucionalidad de su convocatoria sin que se estableciera previamente su régimen mediante una reforma constitucional.

Sin embargo, todos los argumentos de la motivación de las sentencias apuntaban a que, dependiendo de cómo se hiciera la consulta popular, se legitimase posteriormente el instrumento político de la Asamblea Constituyente convocada para reformar la Constitución, incluso sin que se produjera una reforma constitucional previa, pero siempre que su estatuto resultara, todo, del Poder Constituyente Originario manifestado mediante *Referéndum* que reflejase la voluntad popular, como efectivamente ocurrió con el *Referéndum Consultivo* del 25 de abril de 1999 que permitió la elección de la Asamblea Nacional Constituyente el 25 de julio de 1999, fijándole su misión y los límites de su actuación en democracia y en un Estado de Derecho.