

SEGUNDA PARTE

LA CONSTITUCIÓN DE 1961 Y EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999

I. El poder constituyente instituido y los procedimientos de revisión constitucional en la Constitución de 1961	57
II. El dilema del Estado constitucional entre soberanía popular y supremacía constitucional	60
III. La soberanía popular y el artículo 4o. de la Constitución de 1961 como regulación del principio de la democracia representativa	74

SEGUNDA PARTE

**LA CONSTITUCIÓN DE 1961
Y EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999**

I. EL PODER CONSTITUYENTE INSTITUIDO Y LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961

Venezuela es, quizás, la República latinoamericana que mayor número de Constituciones ha tenido en toda su historia política. Entre 1811, año en el cual se sancionó la Constitución Federal para los Estados de Venezuela (21-12-1811), que fue no sólo la primera de la República sino de todos los países iberoamericanos; y 1999, cuando se promulgó la Constitución vigente (30-12-1999) se han sucedido 26 Textos constitucionales, a los cuales hay que agregar otro tanto de actos estatales de rango constitucional, producto de múltiples rupturas del hilo constitucional regular.

Fueron precisamente esos antecedentes de variaciones constitucionales, los que hicieron completamente relativa la rigidez constitucional, motivando la inclusión en la Constitución de 1961 de procedimientos variados de revisión y adaptabilidad formal de la Constitución, que si bien eran cónsonos con la rigidez también lo eran con la necesidad de que el Texto no se petrificara.

En esta forma, en la Constitución de 1961, podían distinguirse dos procedimientos formales para la modificación constitucional: el que correspondía al poder constituyente instituido para la Reforma General y el que correspondía a las Enmiendas, previstos en el Capítulo X del Texto⁶³. En los artículos 245 a 248 de ese Título, sin embargo, no se indicaba cuándo debía acudir a uno u otro procedimiento. De la “Exposición de Motivos” del Proyecto de Constitución (1960), en todo caso, se deducía que la diferenciaron entre los dos procedimientos sometidos a requisitos distintos, derivaba de que se tocasen o no aspectos fundamentales del pacto político constitucional.

En esta forma, la Reforma era el procedimiento que debía seguirse si se iban a modificar las decisiones fundamentales o básicas para organi-

63 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Los Procedimientos de Revisión Constitucional en Venezuela”, en *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Urbino, 23-24 de abril de 1996, Universidad de Urbino, Italia 1999, pp. 137 a 181; publicado también en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 134, Caracas 1997, pp. 169 a 222. Véase también en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas 1999, pp. 89 a 149; texto que seguimos en estas páginas.

zar políticamente a la comunidad; en cambio, la Enmienda debía referirse a aquellos aspectos de la Carta Fundamental donde predominase más lo incidental que lo fundamental. La Enmienda era, entonces, un instrumento para facilitar cambios no fundamentales; era, en definitiva, el vehículo para la modificación de “artículos que permitían dejar incólume el texto original o fundamental”. En cambio, la Reforma consistía en un “cambio en lo más profundo del contenido de la Carta, modificaciones del espíritu mismo del Constituyente, en fin, derogación de la Constitución y su sustitución por otra”.

Por eso, aparte de otras diferencias fundamentales, había una esencial entre los procedimientos para la Reforma y la Enmienda, y era que en el primero, necesariamente debía someterse el proyecto a referendo “para que el pueblo se pronunciase a favor o en contra de la Reforma”. En la Enmienda esto no era necesario, y se preveía, en cambio, la aprobación del Proyecto por las Asambleas Legislativas de los Estados (arts. 245 y 246).

De acuerdo con estas regulaciones, el Congreso de la República, aún siendo el representante por excelencia del pueblo, no podía libremente modificar la Constitución, pues no era poder constituyente originario ni instituido ni tenía mandato para actuar como tal. La consecuencia de esta rigidez constitucional era que toda reforma de la Constitución, es decir, toda modificación de la decisión política que ella implicaba y que configuraba el régimen político y constitucional de la República, sólo podía tener vigencia si era aprobada mediante referendo, por la mayoría absoluta de los sufragantes (art. 248). Por tanto, sólo el poder constituyente originario, es decir, el pueblo soberano, podía modificar su decisión política consagrada en la Constitución.

En esta forma, toda revisión constitucional que implicase una modificación de las decisiones políticas básicas contenidas en la Constitución, tenía que ser objeto del procedimiento de Reforma General, pues requería la intervención del poder constituyente. Por tanto, por ejemplo, toda modificación del régimen de gobierno presidencial que implicase su sustitución por otro, exigía una Reforma de la Constitución. Asimismo, toda modificación de la forma del Estado que implicase transformar la forma federal por la de un Estado unitario o por cualquier otra forma de descentralización territorial regional, exigía una Reforma de la Constitución. Por otra parte, por ejemplo, constituyendo los derechos y garantías partes esenciales de la decisión política contenida en la Constitución, toda eliminación o restricción de dichos derechos, también debía ser objeto de Reforma constitucional, siempre y cuando se tratase de derechos constitucionales que no supeditasen su ejercicio a lo establecido en la ley.

En todo caso, lo que debe quedar claro del carácter del ordenamiento constitucional de 1961, era su rigidez, que implicaba que la deci-

sión política del poder constituyente no podía ser modificada sino por el propio poder constituyente, mediante referendo; y cualquier otra modificación del texto constitucional, que no incidiera sobre lo fundamental de dicha decisión política, podía ser enmendada a través de un procedimiento, que si bien no exigía la intervención del pueblo, sí preveía la participación de las Asambleas Legislativas de los Estados. En ambos casos, la modificación del orden constitucional escapaba de la competencia ordinaria del poder legislativo como poder constituido.

La consecuencia de esta rigidez constitucional, era la existencia de una distinción radical o separación profunda entre el ordenamiento constitucional integrado por la Constitución, sus Enmiendas, y otras modificaciones previstas en la misma, y el ordenamiento legal; de manera que el segundo estaba supeditado al primero. Por tanto, el legislador ordinario, creador de normas de orden legal, no podía modificar el orden constitucional; y si el mismo Congreso intervenía en las Reformas de la Constitución y sus Enmiendas, no lo hacía en tanto que órgano del poder legislativo (poder constituido), sino en tanto que coparticipe del poder constituyente.

Ahora bien, en cuanto al régimen de las Enmiendas, el artículo 245 de la Constitución exigía que la iniciativa partiera de una cuarta (1/4) parte de los miembros de alguna de las dos Cámaras Legislativas que integraban el Congreso (Cámara de Diputados o Senado); o bien de una cuarta (1/4) parte de las Asambleas Legislativas de los Estados Federados de la República, mediante acuerdos tomados en no menos de dos discusiones por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea (Art. 245, ord. 1º).

La Enmienda se debía discutir en las Cámaras Legislativas según el procedimiento establecido en la Constitución para la formación de las leyes (Art. 245, ord. 3º). Aprobada la Enmienda por el Congreso, la presidencia la debía remitir a todas las Asambleas Legislativas de los Estados para su ratificación o rechazo en sesiones ordinarias, mediante acuerdos considerados en no menos de dos discusiones y aprobados por la mayoría absoluta de sus miembros (Art. 245, ord. 4º).

En cuanto al régimen de las Reformas Generales, el artículo 246 establecía que la iniciativa debía partir de una tercera (1/3) parte de los miembros del Congreso (las Cámaras Legislativas reunidas en sesión conjunta), o de la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas en acuerdos tomados en no menos de dos discusiones por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea (Art. 246, ord. 1º).

La iniciativa de la Reforma se debía dirigir a la Presidencia del Congreso, la cual debía convocar a las Cámaras a una sesión conjunta con tres días de anticipación por lo menos, para que se pronunciase sobre la

procedencia de aquélla. La iniciativa debía ser admitida por el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los presentes (Art. 246, ord. 2°).

Admitida la iniciativa, el proyecto respectivo se debía comenzar a discutir en la Cámara señalada por el Congreso, y se debía tramitar según el procedimiento establecido en la Constitución para la formación de las leyes (ord. 3°).

El proyecto de Reforma aprobado se debía someter a referendo en la oportunidad que fijasen las Cámaras en sesión conjunta, para que el pueblo se pronunciase en favor o en contra de la reforma (Art. 246, ord. 4°).

Conforme a la Constitución de 1961, en consecuencia, la revisión de la Constitución sólo podía producirse a través del procedimiento de Enmienda o del procedimiento de Reforma General. No se regulaba en su texto la figura de la Asamblea Constituyente como, por ejemplo, si lo hacían otras Constituciones modernas (EE.UU., Paraguay), como poder constituyente instituido de revisión constitucional.

El debate sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en consecuencia, a partir de 1998, tuvo que plantearse en términos jurídico-constitucionales: por una parte, se argumentó y argumentamos que en virtud del régimen del Estado constitucional de derecho fundado en la democracia representativa que regulaba la Constitución de 1961, que gozaba de supremacía, era necesario regular previamente, mediante una Reforma de la Constitución a la Asamblea Constituyente, para poder convocarla; por otro lado, se argumentaba que en virtud de que la soberanía residía en el pueblo, éste, como poder constituyente siempre podía manifestar su voluntad y, por tanto, como consecuencia de un referendo consultivo, se podía convocar la Asamblea Constituyente para la reforma de la Constitución, sin que fuera necesario reformar previamente la Constitución para regularla⁶⁴.

II. EL DILEMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

1. *Los pilares del Estado constitucional*

La discusión jurídica que resultaba de las posiciones antagónicas antes indicadas, por supuesto, no era nada nueva: se ha planteado a través

64 Véase la discusión en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*. Caracas 1999, pp. 153 a 227, texto que seguimos en estas páginas. Véase la apreciación de Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*. Valencia, 2001, pp. 151. No creemos que pueda simplificarse la cuestión debatida como una mera "utilización del derecho vigente para obstaculizar el proceso de cambio en Venezuela", como parece que lo hacen estos autores, pp. 148 y ss.

de toda la historia del constitucionalismo moderno, el cual, precisamente, ha cimentado al Estado sobre dos pilares fundamentales: por una parte, el principio democrático representativo y por la otra, el principio de la supremacía constitucional. Así lo reconoció la sentencia de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (*Caso: Referendo Consultivo I*) de 19-1-99⁶⁵, al resolver un recurso de interpretación sobre el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, al señalar:

El Estado Constitucional venezolano 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 el otro, en el principio de la *supremacía de la Constitución*, que coloca a ésta en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, lo cual obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella.

En cuanto al principio democrático, es indudable que en el constitucionalismo moderno se optó por el modelo de democracia representativa frente al modelo de democracia directa, la cual, por la práctica política y por imposibilidad histórica de implementación en sociedades complejas nunca pudo establecerse, salvo en lo que leemos de la política en las ciudades griegas.

Desde el mismo nacimiento del constitucionalismo moderno, producto de las revoluciones norteamericana, francesa y latinoamericana de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, por tanto, la opción siempre fue y ha sido por la democracia representativa, que exige la actuación del pueblo soberano a través de sus delegados o representantes, los cuales siempre están limitados en su actuación por decisión del pueblo soberano, al adoptar como poder constituyente la Constitución, a la cual deben someterse tanto los poderes constituidos como el propio soberano. De esta renuncia a la democracia directa y del establecimiento de la democracia representativa, surge el principio de la limitación del poder mediante la Constitución, a la cual se erige como norma suprema que obliga a gobernantes y gobernados y, por supuesto, como globalidad de estos últimos, al propio pueblo soberano que con ella se auto limita al constitucionalizar su poder.

En este contexto de la democracia representativa, cuando el poder constituyente adopta la Constitución y constituye inicialmente el Estado, puede decirse que la actuación del pueblo soberano cesa y, en cierta forma, la soberanía popular se sustituye por la supremacía constitucional, de

65 Véase el texto de la sentencia en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 25 y ss.

manera que incluso la reforma de la Constitución la ha de hacer el pueblo soberano conforme a los postulados que él mismo ha consagrado en la propia Constitución. Es decir, el pueblo soberano, al adoptar la Constitución como poder constituyente, de allí en adelante actúa conforme a las regulaciones que ha establecido en la Constitución, como poder constituyente instituido, con poder de modificación o reforma de la Constitución.

Lo anterior, por supuesto, sólo es y ha sido válido en una situación de continuidad constitucional del Estado. En países que han tenido rupturas constitucionales, como ha sucedido en Venezuela a lo largo de la historia, a pesar de que, por ejemplo, las Constituciones de 1857, 1858, 1864, 1893, 1945, 1947 y 1953, preveían mecanismos para su reforma o modificación constitucional, las Asambleas Constituyentes de 1858, 1863, 1893, 1901, 1946, 1953 y 1958, producto de golpes de fuerza, asumieron el poder constituyente originario, al margen de la Constitución precedente que había sido rota, para adoptar una nueva Constitución. En todos esos casos, el conflicto entre soberanía popular y supremacía constitucional se resolvió por la ruptura del hito constitucional y la emergencia, de hecho, del poder constituyente originario, cediendo la supremacía constitucional ante la actuación del pueblo derivado de un hecho de fuerza.

Sin embargo, en la situación política de nuestro país en 1999, no estando en un régimen de gobierno de hecho, sino en un proceso de cambio democrático en el marco de una Constitución como la de 1961, también resultaba indispensable resolver el conflicto político entre la soberanía popular que quería manifestarse y la supremacía constitucional, lo que exigía, por sobre todo, mantener el equilibrio entre ambos principios⁶⁶.

Si nos atenemos al sólo principio democrático de democracia representativa que está a la base del Estado constitucional, el pueblo soberano sólo podía manifestarse como poder constituyente instituido mediante los mecanismos de modificación constitucional previstos en la Constitución (art. 246). Sin embargo, de acuerdo con el criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia en su mencionada sentencia *Caso Referendo Consultivo I*:

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

66 Véase los comentarios sobre el dilema en Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, UCAT, San Cristóbal, 2000, pp. 53 y ss; Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 Janvier 1961*. Thèse Docteur de l'Université Panthéon Assas, (Paris II), Paris 2001, pp. 366 y ss.

Es decir, para que el principio democrático no fuera una mera declaración retórica, los procesos de cambio o transformación constitucional no debían quedar reducidos a los que se preveían en la Constitución como norma suprema y fundamental.

Pero si nos atenemos al otro principio del constitucionalismo moderno, el de la supremacía constitucional, es decir, el necesario respeto de la Constitución adoptada por el pueblo soberano que obliga y se impone por igual, como lo dijo la Corte, tanto a los gobernantes (poderes constituidos) como a los gobernados (poder constituyente), toda modificación de la voluntad popular plasmada en la Constitución sólo podía realizarse a través de los mecanismos de reforma o enmienda que preveyera la misma Constitución que es, precisamente, obra de la soberanía popular.

Sin embargo, también de acuerdo al criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia, en la referida sentencia *Caso Referendo Consultivo I*,

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,... *la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía.*

Es decir, para que el principio de la supremacía constitucional no se viera corrosivamente afectado, las modificaciones a la Constitución sólo las podía realizar el pueblo a través de los mecanismos previstos en la propia Constitución.

Es claro, por tanto, cual era el dilema abierto en ese momento histórico de Venezuela desde el punto de vista constitucional: o la soberanía popular era pura retórica si no podía manifestarse directamente fuera del marco de la Constitución; o la supremacía constitucional se veía corrosivamente afectada si se permitía que el pueblo soberano, como titular del poder constituyente, pudiera modificar la Constitución fuera de sus normas.

La solución del dilema podía ser relativamente fácil en una situación de hecho, de ruptura constitucional: el pueblo, como poder constituyente puede manifestarse siempre, particularmente porque no existe el principio de la supremacía constitucional al haber sido roto el hilo constitucional.

Ello no ocurre así, sin embargo, en un proceso de derecho sometido a una Constitución. En efecto, no estando en una situación de hecho, sino de vigencia del orden constitucional como sucedía en Venezuela, el dilema planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional, frente a un proceso de cambio político incontenible como el que se estaba produciendo, no podía tener una solución que derivase de la sola discusión jurídica, sino que necesaria y básicamente tenía que tener una solución de carácter político, pero guiada por el órgano del Estado constitucional, al

que correspondía la Jurisdicción constitucional, es decir, a la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, la Jurisdicción constitucional nació en la historia del constitucionalismo moderno como un instrumento sustitutivo de la revolución y del derecho de rebelión o resistencia del pueblo frente a los poderes constituidos⁶⁷. Es decir, en el constitucionalismo moderno, la única forma de resolver los conflictos político-constitucionales entre el pueblo y los gobernantes, entre la soberanía popular y la supremacía constitucional e, incluso, entre los poderes constituidos, es precisamente mediante la decisión de Tribunales constitucionales que eviten la revolución o la rebelión.

Por ello, las decisiones de los Tribunales constitucionales siempre son, además de jurídicas, políticas; y así tiene que ser cuando el orden constitucional no da mucho margen por sí sólo, sin necesidad de interpretación judicial, para resolver los conflictos políticos.

Después de las elecciones de 1998, sin duda, en Venezuela nos encontrábamos en medio de un conflicto político-constitucional que debía resolverse o por la fuerza o por nuestro Tribunal constitucional; conflicto derivado, precisamente, del dilema entre, por una parte, la necesidad de que la soberanía popular se manifestase para propiciar los inevitables y necesarios cambios político-constitucionales exigidos por el fin del sistema de Estado centralizado de partidos y, por la otra, la supremacía constitucional que exigía someterse a los procedimientos de reforma y enmienda prescritos en la Constitución.

La ocasión para resolver el conflicto la tuvo la Corte Suprema de Justicia con motivo de sendos recursos de interpretación que se presentaron ante su Sala Político-Administrativa, a los efectos de decidir si era constitucionalmente posible pasar a la convocatoria y elección de una Asamblea Nacional Constituyente, como consecuencia de un referendo consultivo a tal fin efectuado conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sin la previa reforma de la Constitución que regulara dicha Asamblea, como poder constituyente instituido.

La Corte Suprema de Justicia en las sentencias dictadas el 19-1-99⁶⁸, si bien desde el punto de vista jurídico no resolvió abierta y claramente el conflicto⁶⁹, desde el punto de vista político inició su resolución, dejando establecidos diversos argumentos que permitían resolverlo e, incluso, vaticinaban cual podría ser su decisión futura, en caso de que se

67 Véase en este sentido, Sylva Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University, 1990, p. 113.

68 Véanse los textos en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, cit., pp. 25 a 53.

69 Véase en sentido coincidente, Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., pp. 54, 56, 59.

plantease de nuevo la cuestión ante la Corte, dependiendo de cual fuera la reacción de los poderes constituidos.

2. *Las decisiones de la Corte Suprema sobre el referendo consultivo relativo a la convocatoria a una Asamblea Constituyente de fecha 19-01-99*

En efecto, el tema de la convocatoria de una Asamblea Constituyente puede decirse que dominó el debate político electoral durante toda la campaña electoral de finales del año 1998, centrándose la discusión jurídica relativa a dicha convocatoria, en el tema constitucional de si resultaba o no necesario que dicho instrumento político estuviese previamente regulado en la Constitución, para poder convocarlo.

En definitiva, como ya lo mencionamos anteriormente, habían quedado claras dos posiciones: por una parte, la de quienes sostenían y sostuvimos que derivado del principio de la supremacía constitucional, en el Estado constitucional democrático de derecho representativo, la Constitución establecía los mecanismos para su revisión (reforma y enmienda); y al no regular a la Asamblea Constituyente como medio para la reforma, para que ésta pudiera convocarse debía previamente crearse y establecerse su régimen en el texto constitucional, mediante una reforma constitucional que le diese *status* constitucional; y por otra parte, la de quienes sostenían, encabezados por el Presidente de la República, que derivado del principio de que la soberanía reside en el pueblo, la consulta popular sobre la convocatoria y régimen de la Asamblea Constituyente, como manifestación de dicha soberanía popular declarada por el pueblo como poder constituyente originario mediante referendo, era suficiente para que la misma se convocara y eligiera, y acometiera la reforma constitucional, sin necesidad de que previamente se efectuase una reforma constitucional para regularla.

Independientemente del debate político que surgió en torno al tema, es indudable la importancia que desde el punto de vista jurídico constitucional tenía y tiene, el cual por lo demás, no era nada nuevo. Se trata, en definitiva, del debate sobre el poder constituyente en el Estado constitucional democrático representativo que intermitentemente ha dominado la discusión constitucional en todos los Estados modernos, y que siempre ha estado en la precisa frontera que existe entre los hechos y el derecho.

La importancia de la discusión, en todo caso, originó que se hubieran presentado dos recursos de interpretación ante la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de que el supremo tribunal de la República resolviera el asunto, es decir, determinara como máximo intérprete de la Constitución, si era o no posible convocar a una Asamblea Constituyente como consecuencia de un referendo con-

sultivo, sin que fuera necesario regularla previamente en la Constitución, mediante una reforma⁷⁰.

El centro de la interpretación jurídica solicitada, en todo caso, estuvo en el texto del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que prevé la iniciativa del Presidente de la República en Consejo del Ministros; del Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras por el voto favorable de las 2/3 partes de los miembros presentes, o de un 10% de electores inscritos en el Registro Electoral,

Para convocar la celebración de un referendo con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional.

Ambos recursos de interpretación fueron resueltos por la Sala Política Administrativa en sendas sentencias publicadas el 19 de enero de 1999, que denominaremos *Caso Referendo Consultivo I* y *Caso Referendo Consultivo II* según el orden en que fueron publicadas.

A. *La sentencia Caso Referendo Consultivo II (Ponencia del Magistrado Héctor Paradisi) de 19-01-1999.*

El primer recurso de interpretación fue introducido el 21 de octubre de 1998 por un grupo de jóvenes abogados, en su propio nombre, con el objeto de obtener la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. Tal como lo resumió la Sala Política Administrativa en la sentencia *Caso Referendo Consultivo II* que resolvió el recurso, los solicitantes señalaron como fundamentación del mismo lo siguiente:

Que al respecto se han propuesto dos mecanismos relativos a la forma que debería ser convocado este tipo de órgano extraordinario de carácter supraconstitucional. Los defensores del primero sostienen la necesidad de una previa reforma constitucional en la cual se le diera cabida a la figura de la Asamblea Constituyente y se establezca la forma o los medios necesarios para su convocatoria, en virtud de que la misma no se encuentra prevista en el texto constitucional. Quienes sostienen la otra tendencia, coinciden en afirmar que sólo basta realizar un referendo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política para convocar la Asamblea Constituyente, sin que medie proceso de reforma o enmienda”.

⁷⁰ Véase los comentarios sobre los recursos en Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution...*, cit., pp. 362 y ss.

En opinión de los solicitantes, la norma objeto del debate "...sólo permite 'consulta' a los integrantes del cuerpo electoral nacional, sin que la opinión manifestada por dicho cuerpo pueda servir de fundamento a la convocatoria de una Asamblea Constituyente...", pues para ello sería necesaria la enmienda o reforma previa de la Ley Originaria, ya que estos son los únicos medios contemplados en el ordenamiento jurídico nacional para modificar válidamente la Constitución.

En razón de lo anterior, solicitaron a esta Sala:

Establezca de manera cierta e indubitable la inteligencia y significado del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política a los efectos de conocer si con fundamento en dicha norma puede convocarse un Referendo que sirva de base para la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin que medie una Enmienda o Reforma de la Constitución.

Es decir, el recurso interpuesto no sólo perseguía que la Corte Suprema resolviera si conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, podía realizarse un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, sino si efectuado el referendo consultivo, podía convocársela sin que fuera necesaria una reforma previa de la Constitución que regulara la Asamblea Constituyente.

La Sala Político Administrativa en su sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, sin embargo, y muy lamentablemente, sólo se limitó a decidir el primer aspecto señalado, declarando que:

Si es procedente convocar a un referendo en la forma prevista en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, para consultar la opinión mayoritaria, respecto de la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente, en los términos expuestos en este fallo.

En la sentencia se hizo referencia a la otra sentencia que había dictado la Sala el mismo día 19 de enero de 1999 (*Caso Referendo Consultivo I*) con ponencia del Dr. Humberto J. La Roche, en el sentido de señalar que:

Esta conclusión se corresponde, en un todo, con el fallo publicado en esta misma fecha, con motivo del recurso de interpretación interpuesto por Raúl Pinto Peña, Enrique Ochoa Antich y Viviana Castro, en cuyo dispositivo se afirmó que a través del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política "... puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial transcendencia nacional distinta a las expresamente excluidas por la Ley... incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

Lamentablemente, por tanto, la Sala Político Administrativa en esta sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, se limitó a interpretar el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, llegando a la conclusión, obvia por lo demás, de que conforme a dicha norma si se podía efectuar un referendo consultivo sobre “la posible convocatoria a una Asamblea Constituyente”.

Sin embargo, el aspecto que estimamos era el esencial de la consulta, de si “con fundamento en dicha norma puede convocarse un Referendo que sirva de base para la convocatoria de una Asamblea Constituyente sin que medie una Enmienda o una Reforma de la Constitución”, no fue resuelto expresamente.

Sobre esto, en la parte motiva de la sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, la Sala lo único que argumentó fue lo siguiente, con motivo de considerar la viabilidad jurídica de la consulta:

Ciertamente que el asunto que se debate en el presente caso, tiene una 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 órganos 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 forma, en realidad, en esta sentencia, *Caso Referendo Consultivo II*, la Corte no resolvió la discusión constitucional que estaba planteada, sino que al contrario, la dejó abierta al señalar que efectuado el referendo consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, ello para lo que servía era para que fuera factor decisivo para que los órganos *competentes* del Poder Público Nacional posteriormente diseñaran los mecanismos de convocatoria y operatividad de una Asamblea Constituyente; o para que, previamente, dichos órganos del Poder Público Nacional tomaran la iniciativa de modificación de la Constitución para incluir la Asamblea Constituyente en el texto constitucional.

Es decir, la Sala Político Administrativa, en sus razonamientos, concluyó que para convocar una Asamblea Constituyente no bastaba una consulta popular (referendo consultivo), sino que esta era sólo un factor decisivo, en primer lugar, para que los órganos del Poder Nacional (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) *competentes* diseñaran los mecanismos de convocatoria y operatividad de la Asamblea, lo que exigía determinar, conforme a la Constitución y a las leyes, qué órganos del Poder Nacional tenían competencia para establecer el régimen de una Asamblea Constituyente, siendo la conclusión elemental que ninguno; y en segundo lugar, para que los mismos órganos del Poder Público Nacional tomaran la iniciativa de enmienda o de reforma que incluyera la figura de una Asam-

blea Constituyente, lo que conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución solo correspondía, según los casos, a los miembros de las Cámaras Legislativas o a las Asambleas Legislativas.

Es decir, en nuestro criterio, en su decisión, la sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, no resolvió en forma clara y precisa la cuestión constitucional que se le había planteado⁷¹.

B. *La sentencia Caso Referendo Consultivo I, (Ponencia del Magistrado Humberto J. La Roche) de 19-01-1999*

El segundo recurso de interpretación fue introducido ante la misma Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 16 de diciembre de 1998, por miembros de la Junta Directiva de la Fundación para los Derechos Humanos (Fundahumanos), en el cual también solicitaron la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en concordancia con el artículo 4º de la Constitución, en relación con la posibilidad de una consulta popular (referendo consultivo) sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente solicitándole a la Corte, como petitorio final:

Determine qué sentido debe atribuirse a las referidas normas, en cuanto a la posibilidad real o no de llevar a cabo dicha convocatoria a una Asamblea Constituyente.

Con relación al fondo del asunto objeto del recurso de interpretación, conforme lo resumió la sentencia, los directivos de la Fundación recurrente plantearon lo siguiente:

Existen dos posiciones en cuanto a la forma como deba convocarse la Asamblea Constituyente: Una Primera, propuesta por el Presidente Electo (la cual ha sido señalada ya anteriormente), quien considera que basta la convocatoria del referendo previsto en el artículo 181 de la LOSPP, para convocar la Asamblea Constituyente, en base al principio de soberanía contenido en el artículo 4 de la Constitución de la República que reconoce al pueblo como constituyente primario, y; una segunda que considera que el soberano también tiene a su vez una normativa prevista en la Constitución Nacional, que debe respetar para producir un referendo, en razón de que el artículo 4 de la Constitución de la República refiere su soberanía a los poderes constituidos, y que por lo tanto hace falta una reforma puntual

71 Sobre esta decisión de la sentencia, Lolymar Hernández Camargo señala: "lejos de dar una respuesta directa a la importante interrogante planteada, abre la posibilidad para que se realice el referendo consultivo, pero no establece con precisión el mecanismo que permita tal convocatoria, sino que entrega tal cometido a los 'órganos competentes'" en *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., pp. 54, 63.

de la Constitución de la República que cree la figura de la Asamblea Constituyente para llevar a cabo dicha convocatoria”.

Concluyeron los solicitantes señalando que:

Sin pronunciarnos por ninguna de las dos posiciones antes enunciadas, consideramos que la propuesta del Presidente Electo se basa tanto en el artículo 181 de la LOSPP, como en el artículo 4 de la Constitución (...) por lo que no sería lógico pronunciarse en relación a la viabilidad constitucional de esta propuesta interpretando sólo el primero de estos artículos (...) sino que debe incluirse forzosamente la interpretación también del artículo 4 de la Constitución de la República tal y como lo estamos solicitando.

La Sala Político Administrativa, al decidir sobre su competencia para conocer del recurso de interpretación que le fue interpuesto, en la sentencia *Caso Referendo Consultivo I*, precisó el alcance del recurso, conforme a su propio criterio, en los términos siguientes:

Se ha interpuesto recurso de interpretación en relación con los artículos 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y de Partición Política y 4 de la Constitución de la República, a los fines de que la Sala emita pronunciamiento acerca del alcance de la primera de las normas invocadas, en el sentido de precisar si, a través de un referendo consultivo, se puede determinar la existencia de voluntad popular para un futura reforma constitucional y, en caso afirmativo, si ese mecanismo legal de participación puede servir de fundamento a los efectos de convocar a una Asamblea Constituyente, de manera tal que se respete el ordenamiento constitucional vigente.

Luego, en la misma sentencia, la Corte precisó la doble cuestión que ya hemos señalado y que estaba planteada en el recurso de interpretación:

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, 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 la que se verá corrosivamente afectada será la idea de supremacía.

Precisamente por ello, a pesar de que el recurso de interpretación se interpuso conforme al artículo 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política respecto del artículo 181 de la misma Ley Orgánica, en virtud de que los recurrentes exigieron que la interpretación solicitada debía implicar su adecuación al artículo 4 de la Constitución, la Cor-

te precisó que en todo caso de interpretación de una ley, como acto de “ejecución directa de la Constitución”, debía atenderse “en un todo a los principios fundamentales del orden jurídico vigente”, debiendo tenerse en cuenta y conciliando la decisión “con el orden constitucional”.

Es decir, la Corte consideró que “en nuestro Estado constitucional de derecho, fundado en la supremacía del estatuto constitucional” la interpretación de la ley y de la Constitución,

Conducen a una interpretación constitucional -que no interpretación de la Constitución- en virtud de la cual se determina el alcance de la norma jurídica a partir de los principios y valores constitucionales, incluso más allá del texto positivo de ésta.

La Corte Suprema, en consecuencia, en este caso fijó la técnica interpretativa que utilizaría para resolver la cuestión planteada: interpretar el ordenamiento jurídico, más que interpretar la Ley Orgánica aisladamente, “combinando principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho”.

El recurso fue decidido por la sentencia *Caso Referendo Consultivo I*, adoptando la Corte Suprema su decisión “de conformidad con el orden constitucional vigente (Preámbulo, artículo 4 y artículo 50), artículos 234 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y 42 ordinal 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, con la siguiente declaración:

La interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, respecto del alcance del referendo consultivo que consagra, en cuanto se refiere al caso concreto objeto del recurso que encabeza las presentes actuaciones, es que: a través del mismo puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional distinto a los expresamente excluidos por la propia Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

Es decir, la Corte Suprema de Justicia en esta sentencia, muy lamentablemente, también se limitó a decidir que conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en efecto, sí se podía realizar un referendo consultivo, es decir, se podía consultar el parecer del cuerpo electoral sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

La verdad es que para decidir esto no era necesario producir tan extensa decisión, ni argumentar demasiado jurídicamente, integrando el ordenamiento jurídico, incluso la Constitución, pues era evidente que la convocatoria de una Asamblea Constituyente era una materia de especial

trascendencia nacional conforme a lo indicado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política. En consecuencia, nada nuevo dijo la Corte y menos aún resolvió y decidió en forma precisa y clara sobre el asunto que le fue planteado, es decir, en definitiva, si para convocar la Asamblea Constituyente bastaba el referendo consultivo o era necesario, además, reformar previamente la Constitución.

En realidad, sobre este asunto, en esta sentencia *Caso Referendo Consultivo I* la Sala, en la parte motiva de la misma, llegó a una conclusión similar a la ya comentada respecto de la sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, al indicar que una vez efectuado un referendo consultivo conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política,

Aún cuando el resultado de la decisión popular adquiera vigencia inmediata, *su eficacia solo procedería* cuando, mediante los *mecanismos legales establecidos se de 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. Dichos órganos estarán en la *obligación de proceder* en ese sentido.

De nuevo, con este párrafo, surgía la misma perplejidad que con su equivalente en la sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, en el sentido de que conforme al criterio de la Corte Suprema, una consulta popular sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente no bastaba para convocarla y reunirla. La consulta popular sólo sería un mandato político obligatorio, conforme al criterio de la Corte, para que los órganos del Poder Público *competentes* pudieran proceder a efectuar las modificaciones jurídicas derivadas de la consulta popular, siguiendo los procedimientos ordinarios previstos en el orden jurídico vigente, tanto constitucional como legal. Sólo después de que estas modificaciones se efectuasen, conforme al criterio de la Corte, que no podían ser otras que no fueran las de una revisión constitucional, era que la consulta popular sería efectiva.

El tema de los órganos del Poder Público *competentes* para implementar los resultados de la consulta popular, por supuesto, seguía siendo crucial, pues de acuerdo con la Constitución, que es parte del “orden jurídico vigente”, el único órgano del Poder Público competente para efectuar las modificaciones necesarias al ordenamiento jurídico para establecer el régimen jurídico de la Asamblea Constituyente, era el poder constituyente instituido (Reforma constitucional), que combina la participación de los diputados y senadores y de las Cámaras Legislativas, con la participación del pueblo vía referendo aprobatorio conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución.

Es decir, lejos de decidir con precisión la cuestión constitucional planteada respecto de la posibilidad constitucional de la convocatoria de una Asamblea Constituyente y de la necesidad o no de reformar previamente la Constitución, tanto la sentencia *Caso Referendo Consultivo I* como la *Caso Referendo Consultivo II*, dejaron abierta la discusión constitucional.

Sin embargo, tal era el deseo general que existía en el país por que la Corte pusiera fin a la discusión constitucional, que la opinión pública, reflejada en titulares, declaraciones, editoriales y noticias de prensa, estimó que con las mencionadas decisiones se habría legitimado el referendo consultivo para convocar la Constituyente sin necesidad de reforma constitucional previa⁷². Lamentablemente, en estricto derecho, no fue así, a pesar de que nadie quería saber de ello.

Sin embargo, si bien en las decisiones de las sentencias *Caso Referendo Consultivo I* y *Caso Referendo Consultivo II*, la Corte Suprema no resolvió definitivamente la discusión constitucional, sino que la dejó abierta, si debe señalarse que en la parte motiva de la sentencia *Caso Referendo Consultivo I*, la Corte hizo una serie de consideraciones sobre el poder constituyente y las revisiones constitucionales que tocaron aspectos esenciales del constitucionalismo y que permitían vaticinar una posición jurídica futura en caso de nuevos conflictos, por lo cual estimamos necesario estudiarlas. En efecto, al dejar sentado esos criterios, la Corte quizás apuntaba indirectamente a la resolución del conflicto, pues en caso de que efectuado el referendo consultivo sobre la Constituyente, si se plantease de nuevo -como efectivamente ocurrió- un conflicto constitucional sobre el régimen de la Asamblea Constituyente, ya había suficientes elementos como para poder determinar cual sería el sentido de la futura decisión.

⁷² *El Nacional*, Caracas 21-01-99, p. A-4 y D-1; *El Universal*, Caracas 21-01-99, p. 1-2 y 1-3; *El Universal*, Caracas 20-01-99, p. 1-15

III. LA SOBERANÍA POPULAR Y EL ARTÍCULO 4º DE LA CONSTITUCIÓN DE 1961 COMO REGULACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

1. *El principio histórico de la soberanía del pueblo manifestada sólo conforme a la Constitución de acuerdo con el principio de la democracia representativa*

A. *El cambio político, la Constitución y la Asamblea Constituyente*

Es indudable que como ya lo hemos señalado anteriormente, el tema de la Asamblea Constituyente convocada en democracia y democráticamente, era un tema inédito en Venezuela, no sólo porque no era una institución regulada en la Constitución, que era la voluntad del pueblo, sino porque todas las Asambleas Constituyentes que habíamos tenido en nuestra historia constitucional habían sido convocadas como resultado de una situación de hecho, consecuencia de una revolución, de un golpe de Estado o de una guerra. Tampoco era una práctica general en el constitucionalismo moderno. Incluso, en aquellos países cuyas Constituciones regulan la figura de la Constituyente para la reforma general de la Constitución, como sucede con la Constitución de los Estados Unidos de América (artículo V), jamás se ha convocado tal instrumento y las modificaciones constitucionales se han realizado en los últimos dos siglos mediante simples enmiendas.

Después del proceso electoral de noviembre y diciembre de 1998, en el cual, sin duda, como lo hemos señalado, se dio inicio al cambio político que era y es inevitable e indetenible, afortunadamente dicho cambio político se inició democráticamente, mediante una elección popular. Ello nunca había ocurrido en el pasado, donde la incompreensión política del liderazgo siempre había conducido a una ruptura constitucional para que pudiera iniciarse el necesario proceso de cambio.

Sin embargo, el cambio político iniciado democráticamente exigía tanto el respeto a la voluntad popular como al propio texto constitucional que nos regía, que seguía teniendo supremacía.

La Constitución de 1961, inspirada en el texto adoptado por la Asamblea Constituyente de 1946-1947, fue sancionada por un Congreso que asumió el rol constituyente entre 1958-1961. Ese era el texto constitucional que nos debía regir y el que debía seguir rigiéndonos como expresión de la soberanía popular, hasta que fuera modificado o cambiado conforme estaba expresado en su texto, que es la voluntad popular, o mediante el mecanismo de la Constituyente derivado del referendo consultivo que se realizare conforme a la interpretación que se derivaba de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 19-01-99.

B. *El poder constituyente instituido por la Constitución de 1961*

Por su parte, la Constitución preveía, como hemos señalado, dos mecanismos para su revisión o modificación mediante el poder constituyente instituido o de revisión: primero, la Reforma General, que sancionadas por las Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Diputados), debía ser aprobada por referendo aprobatorio de la mayoría de los sufragantes de toda la República (art. 246); y segundo la Enmienda, que sancionada en discusión bicameral por las Cámaras Legislativas, debía ser ratificada por las 2/3 partes de las Asambleas Legislativas de los Estados de la Federación mediante Acuerdos aprobados por la mayoría absoluta de los miembros de las mismas (art. 245).

Es decir, la Constitución había regulado con precisión el poder constituyente instituido, es decir, el poder constituyente de revisión o modificación de la Constitución, el cual no atribuyó pura y simplemente a los Poderes Nacionales constituidos, pues estos no podían, por si solos, reformar la Constitución. Es decir, las normas relativas al poder constituyente instituido eran manifestaciones de la rigidez constitucional que impedían a los poderes constituidos efectuar las reformas constitucionales.

El poder constituyente instituido de reforma, en efecto, se constituía y actuaba, en primer lugar, cuando existiera una iniciativa de miembros (Senadores y Diputados) de las Cámaras Legislativas Nacionales o de las Asambleas Legislativas (Diputados); en segundo lugar, cuando se admitiera la iniciativa por la mayoría de 2/3 de los miembros (Senadores y Diputados) presentes de las Cámaras Legislativas Nacionales; en tercer lugar, cuando las Cámaras Legislativas sancionasen la reforma mediante discusión bicameral; y en cuarto lugar, cuando se aprobara la reforma constitucional por el pueblo soberano mediante referendo aprobatorio.

Esa había sido la voluntad popular plasmada en la Constitución de 1961, adoptada por el Congreso constituyente instalado en 1958, con el voto de las Asambleas Legislativas “en representación del pueblo venezolano”. Como expresión de la voluntad popular, la Constitución sólo podía ser modificada acorde con dicha voluntad, salvo que se tratase de una situación de hecho, ajena al derecho y al respeto debido a la Constitución. La Constitución estaba dotada de supremacía, pues era manifestación de la voluntad popular, y sólo la voluntad popular podía cambiarla o modificarla conforme a sus dictados.

La supremacía, además, es un derecho ciudadano⁷³. Siendo la Constitución manifestación de la voluntad popular, los ciudadanos tienen derecho a que su supremacía sea estrictamente respetada y a que sólo

73 Véase lo que hemos expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*. Caracas 1993, p. 13.

pueda ser modificada conforme a los dictados de la voluntad popular contenida en la misma Constitución. Conforme a la Constitución, por tanto, no era posible, que algún poder constituido o que mediante cualquiera que fuera otro medio distinto al previsto en la Constitución, esta pudiera ser revisada o derogada.

Frente a esta posición constitucional, sin embargo, se había planteado el criterio de que como la soberanía residía en el pueblo, lo que no estaba en discusión, cualquier manifestación popular podía conducir a la reforma constitucional, lo cual indudablemente era abiertamente contradictorio con el principio de la democracia representativa como sistema político de gobierno. En realidad, sólo la manifestación de la voluntad popular realizada conforme a los dictados de la Constitución podía conducir a su revisión o derogación; de resto, entrábamos en el terreno de los hechos, no del derecho. Sin embargo, como se ha indicado, de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia del 19-01-99, (*Casos Referendo Consultivo I y II*), se dedujo la admisión de la posibilidad de otro mecanismo del poder constituyente de revisión constitucional, derivado de un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

Antes de analizar dichas sentencias y sus consecuencias, sin embargo, debemos precisar los efectos de la previsión en el propio texto constitucional del poder constituyente instituido dentro de la interpretación más ortodoxa de la Constitución. En efecto, como hemos señalado, a pesar de lo que han establecido todas las Constituciones de Venezuela desde 1811 al prescribir procedimientos precisos para su reforma, por sucesivos hechos (golpes de Estado, revoluciones o guerras) las Constituciones han sido revisadas, reformadas, reformuladas o rehechas en sucesivas oportunidades durante toda la historia de la República, mediante otros procedimientos.

Sin embargo, la diferencia con la situación en 1999 era evidente: no estábamos en una circunstancia de hecho, sino de cambio democrático que se había iniciado dentro de los canales de la Constitución. En estas circunstancias, en principio, no podían pensarse ni propugnarse otros cambios que no fueran conformes con la Constitución, pues hubiéramos estado en el mundo de los hechos, y estos no tienen reglas. En ese mundo, cada cual tiene su versión y su acción, y se impone la política del más fuerte y no la de quien tenga la mayoría o la razón.

Por tanto, estando en ese momento histórico en Venezuela, en un proceso de cambio político democrático, siempre habíamos insistido en que éste debía ser constitucional, por la sencilla razón de que si no se adaptaba a la Constitución, nadie iba a tener control de la situación y cada quien buscaría imponer a los demás por vía de hecho, su voluntad, deseo o criterio.

En este sentido es que siempre insistimos en que la Asamblea Constituyente que necesitábamos convocar en 1999 para recomponer el pacto político constitucional que asegurase la gobernabilidad futura de la democracia, con la participación de todos los actores políticos de la sociedad democratizada y descentralizada de nuestros días, en sustitución del agotado Pacto de Punto Fijo de 1958; teníamos que hacerla ajustándonos a la Constitución; y como esta no la preveía, consideramos entonces que tenía que ser regulada en ella, mediante una reforma constitucional exclusivamente dirigida a establecerla junto con su régimen, el cual debía ser aprobado -como toda reforma constitucional- por el pueblo mediante un referendo aprobatorio. El régimen constitucional de la Asamblea Constituyente debía ser establecido por el poder constituyente instituido, conformado por las Cámaras Legislativas, es decir, la representación popular, y homologado por el pueblo mediante un referendo aprobatorio por la mayoría de los sufragantes de la República. Este, sin duda, era el mecanismo previo previsto en la propia Constitución para convocar la Asamblea, a fin de que, como instrumento político, formulase un nuevo pacto político social constitucional que, en definitiva, conduciría a una reforma general de la Constitución.

Por ello, siempre señalamos que sin que se previera y regulase la Asamblea Constituyente en la Constitución, no era posible convocarla pues nadie estaba autorizado constitucionalmente para definir su régimen; ni el Congreso mediante Ley, ni el Ejecutivo Nacional mediante Decreto. La convocatoria a dicha Asamblea Constituyente, sin estar prevista en la Constitución, siempre consideramos que no era otra cosa que un desconocimiento de la Constitución de 1961.

En efecto, el referendo consultivo que prevé el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio es un medio de participación popular de carácter consultivo y no de orden decisorio. Es evidente que una consulta al pueblo nunca podía considerarse inconstitucional, pues es una manifestación de la democracia. Pero pretender que mediante una consulta popular pudiera crearse un órgano constitucional, como la Asamblea Constituyente, establecerse su régimen y que pudiera proceder a realizar la reforma constitucional, eso sí podía considerarse inconstitucional, pues ello implicaba reformar la Constitución, y para ello, había que seguir ineludiblemente el procedimiento pautado en el artículo 246 que exigía la actuación del poder constituyente instituido que implicaba, incluso, que la reforma sancionada se sometiera a un referendo aprobatorio. Sustituir todo ello por un referendo consultivo podía considerarse como una violación de la Constitución.

El referendo consultivo, en realidad, sólo era y es eso, una consulta que se traduce en la manifestación de un mandato político que debe ser seguido por los órganos constitucionales para reformar la Constitución y

regular lo que la consulta popular propone. Pero pretender que con la sola consulta popular se pudiera “crear” un nuevo poder constituyente de reforma, significaba el desconocimiento de la Constitución y la apertura del camino de la anarquía.

El problema constitucional que estaba planteado, sin embargo, sólo podía ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia, y así ocurrió con las mencionadas sentencias del 19-01-99, (*Caso Referendo Consultivo I y II*), aún cuando no con la expresión y precisión requeridas.

C. *La trayectoria histórica del artículo 4º de la Constitución (democracia representativa)*

Como en uno de los recursos de interpretación que se formularon ante la Sala Político Administrativa se requería que el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio se analizara conforme a lo establecido en el artículo 4º de la Constitución de 1961, es conveniente, antes de comentar las implicaciones de las sentencias, precisar el significado real de dicha norma. En efecto, se había insistido en el criterio de que mediante un referendo consultivo no previsto en la Constitución sino en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y recurriendo a lo expresado en el artículo 4º de la Constitución, podría regularse a la Asamblea Constituyente, convocársela y ésta podía proceder a reformar la Constitución. Por ello es importante precisar el contenido de dicho artículo 4º de la Constitución de 1961, que decía lo siguiente:

La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio por los órganos del Poder Público⁷⁴

Esta norma la calificaba la Exposición de Motivos de la Constitución de 1961 como “el principio básico” del sistema democrático y no significaba otra cosa que lo que decía, por supuesto, leída completamente, y no sólo en su primera frase. El artículo 4º de la Constitución no se limitaba a decir que la soberanía residía en el pueblo, sino que agregaba que este la ejercía mediante el sufragio por los órganos del Poder Público.

Es decir, era la norma básica del sistema democrático representativo que consagraba la Constitución de 1961, y que continua consagrando la Constitución de 1999, y que exigía que el pueblo actuase a través de los órganos del Poder Público, es decir, los órganos de los poderes constituidos que son los previstos y regulados en la Constitución, cuyos titula-

74 El artículo 5 de la Constitución de 1999, con mayor amplitud, establece: “La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la Ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”.

res son los representantes del pueblo soberano, electos mediante sufragio. La norma, por tanto, era una que tiene que leerse íntegramente, con sus tres componentes que constituían sus frases: que la soberanía residía en el pueblo; que el pueblo ejercía la soberanía mediante el sufragio; que este persigue la elección de sus representantes, que integran los órganos del Poder Público, que se especifican en la propia Constitución.

Este, por otra parte, había sido el sentido de la norma del artículo 4 en toda nuestra historia constitucional. En efecto, el antecedente remoto de este artículo está en los artículos 143, 144 y 145 de la Constitución de 1811⁷⁵, ubicados en el Capítulo relativo a los “Derechos del hombre” en la sección “Soberanía del pueblo”. Los dos primeros artículos indicaban lo siguiente:

Art. 143. Una sociedad de hombres reunidos bajo unas mismas leyes, costumbres y Gobierno forma una soberanía.

Art. 144. La soberanía de un país, o supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad, reside, pues, esencial y originalmente en la masa general de sus habitantes y se ejercita por medio de apoderados o representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución.

Con esta norma se inició el Estado venezolano y la organización republicana de la sociedad, y de ella deriva la esencia de la democracia representativa: la soberanía reside en la masa general de los habitantes, en el pueblo, pero esa masa general o pueblo sólo puede actuar a través de sus representantes, que sólo pueden ser nombrados y establecidos conforme a la Constitución. Es decir, la organización republicana por la que optaron los fundadores del Estado Venezolano, fue la de una democracia representativa, de manera que el pueblo o la masa general de los habitantes de este territorio solo puede manifestar su soberanía a través de los representantes previstos y regulados en la Constitución. Precisamente por ello, el artículo 145 de la Constitución de 1811 completaba el régimen del ejercicio de la soberanía del pueblo, precisando lo siguiente:

Art. 145 Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido puede atribuirse la soberanía de la sociedad, que es imprescindible, inalienable e indivisible en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del gobierno si no la ha obtenido por la Constitución.

⁷⁵ Véase el texto de todas las Constituciones de Venezuela en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997.

La Constitución de Angostura de 1819 recogió los mismos principios y en el Título 5° sobre “Del Soberano y del Ejercicio de la Soberanía”, los regulaba así

Art. 1° La soberanía de la nación reside en la universidad de los ciudadanos. Es imprescriptible e inseparable del pueblo

Art. 2 El pueblo de Venezuela no puede ejercer por sí otras atribuciones de la soberanía que la de las elecciones ni puede depositarla toda en unas solas manos. El poder soberano estará dividido para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial.

En este texto de 1819, en consecuencia, encontramos la misma precisión de la democracia representativa como sistema político, en el sentido de que el pueblo sólo puede ejercer su soberanía mediante representantes electos; agregándose otro principio esencial de nuestro constitucionalismo, que es el de la separación de poderes, en el sentido de que no se puede depositar la soberanía en unas solas manos, estando necesariamente dividido el poder soberano en tres órganos del Poder Público. Esto implicaba un rechazo constitucional a toda figura de una Asamblea que asumiera la totalidad del Poder soberano y que no respetase el principio de la separación orgánica del mismo, como garantía de la libertad.

Luego del interregno de la República de Colombia (1821-1830), al reconstituirse el Estado venezolano como Estado independiente y autónomo, en la Constitución de 1830, se recogió el mismo principio antes señalado, así:

Art. 3 La soberanía reside esencialmente en la nación y no puede ejercerse sino por los poderes políticos que establece esta Constitución.

Art. 7 El pueblo no ejercerá por sí mismo otras atribuciones de la soberanía que la de las elecciones primarias ni depositará el ejercicio de ella en una sola persona.

Art. 8 El Poder Supremo se dividirá para su administración en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Cada Poder ejercerá las atribuciones que le señala esta Constitución, sin excederse de sus límites respectivos.

En esta forma, de nuevo, quedó precisado con absoluta claridad el principio democrático de la representatividad, en el sentido de que si bien la soberanía reside esencialmente en el pueblo, éste no puede ejercerla sino por los poderes políticos que establece la propia Constitución.

El texto de la Constitución de 1830, siguió el espíritu de la Constitución de la República de Colombia de 1821 y el de los textos de 1811 y 1819. En efecto, la Constitución de la República de Colombia de 1821, había dispuesto, lo siguiente:

Art. 2 La soberanía reside esencialmente en la Nación. Los magistrados y oficiales del gobierno, investidos de cualquier especie de autoridad, son sus agentes o comisarios y responsables a ella de su conducta pública.”

Art. 10 El pueblo no ejercerá por sí mismo otras atribuciones de la soberanía que la de las elecciones primarias; ni depositará el ejercicio de ella en unas solas manos. El Poder Supremo estará dividido para su administración en legislativo, ejecutivo y judicial.

Es decir, en todos estos textos constitucionales de 1811, 1819, 1821 y 1830, el principio de que la soberanía reside en el pueblo estaba consagrado conforme al principio de la democracia representativa, en el sentido de que el pueblo no puede ejercer la soberanía sino a través de los poderes públicos establecidos en la propia Constitución.

En consecuencia, el pueblo sólo puede actuar conforme a la Constitución, para elegir sus representantes, como titulares de órganos del poder supremo separados en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; con lo cual, además del principio constitucional de la representatividad, siempre se consagró el de la separación orgánica de poderes, y la proscripción de que el pueblo pudiera llegar a depositar el ejercicio de la soberanía en una sola persona o institución.

En la Constitución de 1857 se siguió la misma tradición constitucional, al establecerse que:

Art. 2. La soberanía reside en la Nación y los Poderes que establece esta Constitución son delegaciones de aquella para asegurar el orden, la libertad y todos los derechos.

A tal efecto, el artículo 6 precisó que:

Art. 6. El Poder Público se divide para su administración en Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Municipal. Cada uno de estos poderes ejercerá las atribuciones que le señalan la Constitución y las leyes, sin excederse de sus límites.

En la Constitución de 1858, los anteriores principios se recogieron en diversas normas así:

Art. 2 La soberanía reside esencialmente en la Nación.

Art. 7 El gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo.

Art. 8 El pueblo ejerce la soberanía directamente en las elecciones e indirectamente por los poderes públicos que establece esta Constitución.

Art. 9 El poder público se divide en Nacional y Municipal.

Estas disposiciones desaparecieron del texto constitucional a partir de la Constitución de 1864 y durante todo el período histórico correspondiente al Estado federal (1864-1901), organizado como Estados Unidos de Venezuela, precisándose, sin embargo, el principio de que el gobierno de los Estados de la Federación debía organizarse conforme a los principios de gobierno popular, electivo, federal, representativo, alternativo y responsable. Así sucedió con los textos constitucionales de 1874, 1881, 1891 y 1893.

Los principios relativos a la soberanía del pueblo y su ejercicio, sin embargo, se retomaron en la historia constitucional a partir de la Constitución de 1901, que reformó sustancialmente el sistema político y la forma federal del Estado, con la cual se dio inicio al período histórico del Estado centralizado autocrático (1901-1945).

En efecto, en la Constitución de 1901 se establecieron las siguientes normas:

Art. 21 La soberanía reside esencialmente en el pueblo, quien la ejerce por medio de los Poderes Públicos para garantía de la libertad y del orden.

Art. 22 El pueblo no gobierna sino por medio de sus mandatarios o autoridades establecidas por la Constitución y las leyes.

Art. 26 El gobierno de la Unión es y será siempre republicano, democrático, electivo, federal, representativo, alternativo y responsable.

Art. 27 El ejercicio de la soberanía se confiere por el voto de los ciudadanos o de las corporaciones que tienen la facultad de elegir los Poderes Públicos, al tenor de esta Constitución, sin que sea potestativo a ninguno de estos Poderes arrogarse la plenitud de la soberanía.

Art. 29 El Poder Público se distribuye entre el Poder Federal y el Poder de los Estados, en los límites establecidos en esta Constitución.

De estas normas resulta el restablecimiento expreso de los principios centrales del constitucionalismo del primero de los períodos histórico-políticos de la República, que derivan del sistema democrático representativo y del ejercicio de la soberanía por el pueblo exclusivamente mediante la elección de representantes que integran los órganos del Poder Público, que debe estar separado para garantizar la libertad y el orden, y con la proscripción a cualquiera de los Poderes de arrogarse la plenitud de la soberanía.

En términos generales, estos principios que se restablecieron en el texto constitucional de 1901, se repitieron con sólo variaciones de forma en las Constituciones de 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931. En la Constitución de 1936 se varió la redacción de la norma central antes indicada, señalándose lo siguiente:

Art. 40. La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce por medio de los Poderes Públicos. Toda fuerza o reunión armada de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione así, comete delito de sedición o rebeldía contra los Poderes Públicos y serán castigados conforme a las leyes.

Este artículo se repitió en la Constitución de 1945, con la cual concluyó el período histórico constitucional del Estado autocrático centralizado.

Un nuevo cambio político se produjo a partir de la Revolución de Octubre de 1945 y de la Constitución de 1947, la cual, sobre la materia, sentó los mismos principios en igual sentido que los precedentes. Así, en el texto de 1947 se dispuso lo siguiente:

Art. 79. La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce mediante el sufragio y por órgano de los Poderes Públicos.

Esta norma tuvo idéntica redacción en la Constitución de 1953 (art. 38) con la variante de que en lugar de decir en la frase final “por órgano de los Poderes Públicos” dice “por órgano del Poder Público”, el cual, el artículo 40 de dicho texto, “distribuyó entre el Poder Municipal, el de los Estados y el Nacional”. En todo caso, era la misma norma que estaba en el artículo 4° de la Constitución de 1961, con la variante de que la última frase reza: “por los órganos del Poder Público”.

En consecuencia, el artículo 4° de la Constitución de 1961, como lo dijo la Exposición de Motivos, era el principio básico del sistema democrático adoptado en toda nuestra historia republicana, que es la democracia representativa, la cual exige que la soberanía, que sin duda reside en el pueblo, sólo puede ejercerse mediante el sufragio, es decir, el derecho a votar y a ser electo que regulaban los artículos 110 a 112, y por los órganos del Poder Público que de acuerdo a la Constitución eran los órganos del Poder Nacional (que se regulaban en los artículos 138 y siguientes); del Poder de los Estados (Poder Estatal) que se regulaban en los artículos 19 y siguientes; y del Poder Municipal, que se regulaban en el artículo 26 del Texto Fundamental y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

De lo anterior resulta que conforme al propio texto de la Constitución de 1961, para convocar y elegir los miembros de una Asamblea Constituyente, resultaba indispensable, entonces, regularla como un órgano del Poder Público, y sólo la Constitución podía hacerlo; y si se pensaba que el sistema electoral que debía regir para su elección, debía ser, por ejemplo, uninominal, y apartarse del principio de la representación proporcional de las minorías, entonces también resultaba indispensable modificar el artículo 113 de la Constitución que consagraba como derecho político, “el derecho de representación proporcional de las minorías”.

En consecuencia, la previsión de una Asamblea Constituyente y el sistema de su elección, ineludiblemente que debían tener rango constitucional, es decir, debían incorporarse al texto constitucional.

Precisamente por ello es que habíamos insistido en que el Congreso electo en noviembre de 1998 debía asumir su cuota parte de rol constituyente, participando en la reforma específica de la Constitución de 1961 para prever y establecer el régimen de la Asamblea Constituyente, de manera de proceder a su convocatoria. Consideramos, en consecuencia, que cualquier intento de proceder a convocar una Asamblea Constituyente sin que su régimen, como órgano del Poder Público, hubiera sido establecido constitucionalmente, era violatorio de la Constitución y constituía una vía de hecho para derogarla.

Ahora bien, es indudable que con la elección de noviembre de 1998 se inició en Venezuela un proceso constituyente, pues la misma reflejó el cambio político que se había comenzado a operar en el país, lo que fue reconfirmado con la elección presidencial de diciembre de 1998⁷⁶. La votación presidencial, además, podía interpretarse como un mandato popular para que el poder constituyente instituido procediera a reformar la Constitución para crear la Asamblea Constituyente.

Esos hechos políticos, consideramos que tenían que interpretarse como lo que eran: manifestaciones de voluntad popular que tenían que ser actualizadas constitucionalmente. Los Senadores y Diputados electos en noviembre de 1998, por tanto, estimamos que no podían ni debían tener otra alternativa ni actuación inmediata que no fuera la de iniciar el proceso constituyente, planteando la iniciativa de reforma constitucional para la previsión y regulación de la Asamblea Constituyente; y, por su parte, el gobierno electo y los partidos políticos que lo apoyaron, tenían y debían actuar conforme a la Constitución, en el sentido de que para convocar la Asamblea Constituyente había que regularla previamente en aquélla. El problema no era sólo de manifestación popular o de popularidad de un dirigente; era de orden constitucional pues el pueblo no podía ni puede actuar sino conforme a la Constitución; nunca contra la Constitución, pues ello sería una vía de hecho que, a la postre, atentaría contra los derechos y libertades del mismo pueblo.

Las anteriores consideraciones, por supuesto, estaban formuladas dentro de la más clara ortodoxia constitucional. Sin embargo, era evidente que la supremacía constitucional que la sustentaban, estaba en pugna con la soberanía popular que podía derivarse de un referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

76 En las elecciones presidenciales del 6 diciembre de 1998, el Presidente Hugo Chávez Frías recibió el respaldo del 56,20% de los votos válidos. Véase *El Universal*. Caracas 11-12-98, p. 1-1.

En esa pugna, alguno de los extremos debía ceder, el de la soberanía popular o el de la supremacía constitucional. Si privaba el primero podía surgir un poder constituyente instituido de reforma constitucional distinto al regulado en el texto constitucional; si privaba el segundo, no podía convocarse una Asamblea Constituyente sin previamente regularla en la Constitución.

El conflicto era insoluble por la sola vía de la discusión e interpretación jurídicas, salvo por la Corte Suprema de Justicia; y ésta, al adoptar sus sentencias de 19-01-99, (*Casos Referendo Consultivo I y II*), aún cuando no en forma, expresa, abrió las vías para su resolución dándose primacía a la soberanía popular, manifestada a través de un referendo consultivo; sobre el principio de la supremacía constitucional que en este aspecto cedió, pero sólo en el sentido de que supuestamente las normas constitucionales sobre la reforma constitucional estaban destinadas a los poderes constituidos pero no al poder constituyente manifestado en una consulta popular, de la cual podía surgir una nueva forma de reformar de la Constitución a través de una Asamblea Constituyente no prevista en ella⁷⁷.

2. *Las salidas derivadas de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia para superar el conflicto constitucional*

En efecto, como se ha dicho, el 19 de enero de 1999, antes de instalarse las Cámaras Legislativas, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en la sentencia *Caso Referendo Consultivo I*, si bien se limitó a decidir que la consulta 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, no habiendo resuelto expresamente el problema constitucional de si era o no necesaria la reforma constitucional previa que regulara la Asamblea Constituyente para poder convocarla; en el texto de la sentencia y, particularmente, en su parte motiva, como hemos dicho, sentó diversos criterios que permitieron entender o deducir que en caso de un nuevo conflicto jurisdiccional, que sin duda se presentó posteriormente, la Corte posiblemente se inclinaría 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.

77 Como lo ha señalado Claudia Nikken, con esta sentencia, la Corte Suprema se constituyó en instancia pre-constituyente, actuando como poder constituyente secundario, dando origen a un acto de des-constitución, es decir, de abandono del orden constitucional en vigor hasta ese momento. Ver su tesis, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution... cit.*, pp. 36, 359, 363, 365.

En efecto, la sentencia *Caso Referendo Consultivo I*, en virtud de que el recurso de interpretación exigía confrontar el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en concordancia con el artículo 4º de la Constitución, dedicó un Capítulo (IV) a analizar el “sentido y alcance del artículo 4º de la Constitución”, cuya trayectoria histórica ya hemos analizado.

A. *El principio democrático y la supremacía constitucional*

En el referido Capítulo, 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), gozaba de supremacía, pues estaba “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 establecía el Estado constitucional que, conforme a la sentencia, y de acuerdo a lo que ya hemos destacado:

Cimiento 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, primero, un Estado organizado por una Constitución que goza de supremacía y rigidez; y segundo, el 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 *Caso Referendo Constitucional II*, entonces señaló la doble cuestión que estaba planteada en el recurso de interpretación, y que era la tensión existente, por una parte, entre el principio de la *soberanía popular y la democracia* y, por la otra, el principio de la *supremacía constitucional*; es decir, como dijo la sentencia y ya lo hemos destacado, 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,

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 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 la obra del poder constituyente que la había sancionado; y había sido ese poder constituyente el que organizó políticamente a la sociedad prescribiendo un régimen democrático representativo, en el cual el pueblo sólo podía actuar mediante sus representantes conforme a la Constitución que era obra del poder constituyente.

Este, el poder constituyente, al dictar la Constitución, era el que había resuelto subsumirse en el marco de una Constitución otorgándole supremacía y prescribiendo la forma de su modificación, que no se verificaba en forma alguna, por los poderes constituidos, sino por el poder constituyente instituido en la propia Constitución que se manifestaba finalmente mediante un referendo aprobatorio de la reforma constitucional (art. 246 de la Constitución), que implicaba la manifestación directa y final del pueblo soberano. No era 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 podían reformarla en ningún caso.

B. *El artículo 4° de la Constitución y el principio de la democracia representativa*

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 consagraba, que no era otra cosa que el principio de la democracia representativa conforme al cual el pueblo soberano solo puede actuar mediante sus representantes electos.

C. *La democracia directa*

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 re- tiene 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, que la sentencia confundió con democracia participativa, que contrasta con el principio de

la democracia representativa que adoptaba la Constitución, la Corte continuó su argumentación sobre la posibilidad que tenía 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 funciones del Estado específicamente consagrados 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 resulta posibilidad alguna de que mediante una consulta se pudiera “crear” y regular con rango constitucional y convocar una Asamblea Constituyente no prevista ni regulada en la propia Constitución, que acometiera la reforma constitucional, pues, precisamente, era la Constitución *la que regulaba expresamente* que la reforma constitucional debía realizarse por el poder constituyente instituido⁷⁸ mediante la participación de representantes electos integrantes de las Cámaras Legislativas y la aprobación de la misma por el pueblo mediante un referendo aprobatorio (art. 146 de la Constitución). Precisamente, en este supuesto de reforma de la Constitución estábamos en presencia de un caso en el cual, conforme lo indica la sentencia, el pueblo soberano, al sancionar la Constitución mediante sus representantes, reguló *expressis verbis* la forma para la realización de la reforma constitucional a través de sus delegados y de un referendo aprobatorio.

78 De lo contrario ocurriría un fraude constitucional que, como lo definió G. Liet Veaux, ocurre cuando se produce la revisión de las cláusulas de revisión de la Constitución, con el fin de crear un nuevo órgano de revisión encargado de dictar una nueva Constitución; en “La fraude à la Constitution”, *Revue du Droit Public*, Paris 1943, p. 143. *Cfr.* Claudia Nikken, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution... cit.*, p. 385.

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 regulaba cómo podía reformarse por el poder constituyente instituido.

Se insiste, conforme al criterio de la Corte, la soberanía popular podría 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 podría manifestarse directamente dicha soberanía popular.

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

Por tanto, en esta parte de la motivación de la sentencia *Caso Referendo Consultivo I*, lejos de deducirse que se podría modificar la Constitución vía una Asamblea Constituyente no prevista en la misma como consecuencia de una consulta popular, en realidad resulta todo lo contrario.

IV. LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA LEY ORGÁNICA DEL SUFRAGIO Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

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 referendo 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 referendo 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 de 1997⁷⁹ había establecido también una consulta popular para autorizar la instalación de los primeros en determinadas zonas turísticas.

79 Véase en *Gaceta Oficial* N° 36.254 de 23-07-97.

Adicionalmente, la Constitución de 1961 regulaba el referendo aprobatorio de la reforma 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 referendo.

En esta forma, en relación con la reforma constitucional, la Constitución de 1961 regulaba expresamente el referendo 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 referendo consultivo se podía consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente y si ello bastaba para convocarla sin que su régimen debiera estar previamente consagrado en la Constitución.

1. *La supremacía constitucional y la regulación del poder constituyente instituido*

El derecho ciudadano más importante y esencial en el constitucionalismo moderno, ya lo hemos señalado, 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 administrativas⁸⁰.

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 había dado una Constitución, la de 1961. Esa Constitución establecía que sólo podía 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 preveía otro mecanismo de reforma general de su texto -esa era la expresión de la voluntad popular- distinto al procedimiento de Reforma regulado en su artículo 246, que atribuía la iniciativa

80 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y acción de amparo, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo V, Caracas 1998; *Justicia constitucional, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VI, Caracas 1996; y *Justicia contencioso-administrativa, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo VII, Caracas 1997.

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 por la Cámara del Senado y por la Cámara de Diputados como colegisladores, y su sanción definitiva mediante referendo 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 tenía que manifestarse en dos formas: primero, mediante sus representantes, en el Congreso; y segundo, mediante un referendo aprobatorio de la nueva Constitución.

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

Un referendo aprobatorio, como el que regulaba en la Constitución, después que el Congreso -que estaba constituido por representantes electos popularmente- adoptase la reforma constitucional, no podía ser sustituido en forma alguna por un referendo consultivo, que no era más que eso, una consulta regulada en la Ley Orgánica del Sufragio (art. 181). Nadie, ni siquiera poder constituido alguno, tenía el poder, conforme a la Constitución, para transformar un referendo consultivo establecido en una Ley, en un procedimiento de reforma constitucional.

En tal sentido es que se había planteado que mediante un referendo consultivo convocado conforme a la Ley Orgánica del Sufragio, se podría consultar al pueblo sobre si quería o no una Asamblea Constituyente para reformular el sistema político y sancionar una nueva Constitución, pero quedaba pendiente el tema de que si la consulta arrojaba una votación favorable, ello podía o no 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 referendo consultivo se materializase 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, por ejemplo, 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 basta un referendo 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 Ejecutivo.

El referendo consultivo lo que significaba 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 referendo aprobatorio.

En consecuencia, consideramos que todo intento de convocar una Asamblea Constituyente, basado en una consulta popular (referendo consultivo), sin que interviniera la representación popular recién electa constituida en el Congreso, y sin que interviniera el pueblo mediante un referendo aprobatorio como poder constituyente instituido, de acuerdo con la Constitución, era 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 preveía que se pudiera convocar una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución conforme al artículo 4º del propio texto. Es cierto que esa norma señalaba que “la soberanía reside en el pueblo” pero agregaba “quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público”. De ello resultaba, como se ha dicho, que para que esta norma pudiera entrar en aplicación, era necesario que la Constitución misma regulase a la Asamblea Constituyente como un órgano del Poder Público, en ese caso del poder constituyente instituido y, además, estableciera cuál era el régimen del sufragio para que el pueblo eligiera sus representantes en la Asamblea.

Por ello, estimamos siempre que un referendo consultivo sobre la Constituyente no conducía 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, como coparticipes del poder constituyente, para que asumieran, 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 referendo consultivo, pues se distorsionaba el funcionamiento del poder constituyente instituido que regulaba la Constitución.

Esto, incluso, derivaba de los propios razonamientos de las sentencias *Caso Referendo Consultivo I y II*. En efecto, como se ha dicho, la sentencia *Caso Referendo Consultivo I* precisó con claridad, sobre el referendo consultivo regulado en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que:

Aún 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 debía 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 diera cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el referendo consultivo. Un ejemplo aclara el planteamiento formulado por la Corte: imaginémos que hubiera podido convocarse a un referendo 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 regulaba el derecho a la vida como inviolable, sino que prohibía el establecimiento de la pena de muerte. En este sentido, la eficacia del referendo consultivo solo procedía cuando se hiciese la reforma constitucional; como lo dijo la Corte:

Siguiendo los 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 referendo, sólo podían adoptarse por los órganos del Poder Público que tuvieran constitucional y legalmente *competencia* para hacer las reformas. Dicha competencia, en ningún caso podía derivar del propio referendo consultivo, a menos que se persiguiera delegar el poder constituyente originario en un órgano de los poderes constituidos, lo que hubiera sido atentatorio con el principio democrático de la soberanía popular.

En la sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, como ya se ha dicho, se insistió en este mismo argumento, pero específicamente referido al referendo consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente, al destacarse que ello tenía especial trascendencia nacional:

En la medida en que los resultados de una consulta popular como la que se pretende, sería factor decisivo para que los órganos *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 referendo 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 negativa, pues conforme al ordenamiento jurídico vigente, ningún órgano del Poder Público tenía competencia para ello y menos aún cuando los mecanismos de convocatoria de una Asamblea Constituyente sin duda 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 de 1961, que consagraba el derecho político a la representación proporcional de las minorías.

Pero en segundo lugar, la sentencia *Caso Referendo Consultivo II* 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 refería 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 de 1961, la reforma constitucional una vez sancionada por las Cámaras como cuerpos colegisladores, se debía aprobar mediante referendo aprobatorio. Ninguna norma autorizaba en la Constitución, a cambiar dicho régimen por un referendo consultivo, cuyo texto -el de la consulta- se formulase sin una sanción previa por los representantes del pueblo en el Congreso, y que fuera producto de la sola voluntad del Ejecutivo Nacional.

Nada, por tanto, impedía que se convocara a un referendo consultivo para consultar al pueblo sobre el tema de la convocatoria a una Constituyente; en cambio, la Constitución nada regulaba para que una reforma constitucional sólo se derivase de una consulta popular, sin que su texto hubiera sido discutido y sancionado por las Cámaras que integraban el Congreso y luego sancionado mediante referendo aprobatorio.

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, señaló que las normas constitucionales relativas a la reforma constitucional no ataban al poder constituyente manifestado mediante un referendo consultivo, de lo que derivaba 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.

2. *La interpretación de la Corte Suprema sobre el referendo consultivo y la reforma constitucional*

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia *Caso Referendo Consultivo I*, 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 referendo 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 que el “análisis interpretativo” que hacía, “versa sobre la convocatoria a referendo” 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 referendo se refiere a un texto o proyecto, el plebiscito tiende a ratificar la confianza en un hombre o gobernante (*Cfr.* LECLERQ, Claude, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnels*, París 3^{ème} Edition, pág. 137).

La Corte, en esta forma, deslindó los conceptos y precisó el mecanismo de participación política que regulaba el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que quedaba reducido a un referendo consultivo que, como se ha dicho antes, tenía por objeto consultar la opinión del pueblo sobre una decisión que, por supuesto, normalmente estaba plasmada en un proyecto por escrito. Por eso, la Corte señaló que el referendo consultivo se refería a un texto o proyecto, que era el que debía someterse a consulta.

En cuanto al plebiscito, no sólo se traducía en un voto de confianza “a un hombre o gobernante” como lo dijo la Corte, sino que su carácter nunca era consultivo sino decisorio; con el plebiscito se le pedía al pueblo que decidiera; con el referendo consultivo se le pedía al pueblo su opi-

nión sobre una decisión que debía adoptar el órgano del Poder Público que formulaba la consulta. 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 referendo 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 referendo 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 referendo, 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 referendo 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 referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente podía hacerse y adquiriría vigencia, pero no era 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.

Si bien el razonamiento lógico de la sentencia conducía 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.

3. *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 *Caso Referendo Consultivo I* 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, y sólo en este caso, como lo dijo el Abate Sieyès el 20 de julio de 1789 ante el Comité Constitucional de la Asamblea revolucionaria francesa,

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 adoptar⁸¹.

81 Véase la cita en Pedro De Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1988, p. 28.

Así concebido, el poder constituyente originario es *supra leges* y queda *legibus solutus*, fuera de toda limitación. Es un hecho que preexiste 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, por ejemplo, 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 actuó el Congreso General de las Provincias de Venezuela, cuando organizó la Confederación de Estados de Venezuela en 1811 y antes, así fueron las manifestaciones de los Cabildos Capitales 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 *fáctica*, 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 Venezuela 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:

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 competencias⁸².

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 principio, salvo por lo que se

82 Véase Pedro De Vega, *op. cit.*, p. 32

refiere al ingreso a la Unión Europea, 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 encuentran insertos 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 imprescriptible de cambiar su Constitución; sin embargo, considerando que es más conforme con el interés nacional usar solamente, por los medios expresados en la propia Constitución, del derecho de reformar los artículos que, según la experiencia, se estime deben ser cambiados, decreta que se procederá a ello por medio de una Asamblea de revisión en la forma siguiente...⁸³.

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 sometidos a ésta. Por ello, tenía razón la Corte Suprema cuando en la sentencia *Caso Referendo Consultivo I* 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

83 Art. Primero, Título VII, Véase en Jacques Godechot (ed), *Les Constitutions de la France, depuis 1789*, Paris 1979, pp. 65-66.

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 p. 353, citado por Pedro DE VEGA en *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, p.231).

De ello resulta, por tanto, que el poder constituyente tanto originario como instituido no pueden quedar subrogados 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 confundida en forma alguna con el poder constituyente originario, ni nunca podría ser “soberana”.

4. *El poder constituyente instituido y la reforma constitucional*

Por último, en el Capítulo de la sentencia *Caso Referendo Consultivo I* relativo a la “técnica interpretativa de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política”, la Corte Suprema 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, está 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 de 1961, era incorrecto decir que la reforma constitucional se atribuía a “los poderes constituidos, en función de poder constituyente derivado”.

Al contrario, en la Constitución de 1961 se distinguía con toda precisión, entre los poderes constituidos (de los cuales formaban 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 podía confundir con aquellos. Una cosa era constatar que algunos poderes constituidos, en alguna forma, participaran en el poder constituyente instituido de reforma constitucional; y otra es decir que el poder constituyente instituido de reforma constitucional se atribuía a los poderes constituidos, lo cual no era correcto.

En efecto, el poder constituyente instituido para la reforma constitucional, conforme al artículo 246 de la Constitución de 1961, funcionaba como un proceso complejo, con la participación de las siguientes instituciones: los representantes populares electos; las Cámaras Legislativas Nacionales; y el pueblo directamente mediante referendo aprobatorio.

En efecto, en la reforma constitucional, por ejemplo, *primero*, debían participar los miembros del Congreso, es decir, los Senadores y Diputados electos. Eran estos, a título de representantes populares individualmente considerados, los que podían tener la iniciativa para la reforma constitucional, siempre que sumasen al menos una tercera parte de los miembros del Congreso. En sentido similar la iniciativa de la reforma también podía partir de los diputados de las Asambleas Legislativas, considerados individualmente como representantes populares, siempre que adoptasen acuerdos en cada Asamblea, con no menos de dos discusiones, por la mayoría absoluta de los miembros de cada Asamblea, y siempre que se manifestasen la mayoría absoluta de las Asambleas Legislativas.

Segundo, en el poder constituyente instituido también debían 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, debían pronunciarse sobre la procedencia de la iniciativa, la cual sólo era admitida por el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes;

Tercero, una vez admitida la iniciativa, el proyecto respectivo se debía comenzar a discutir en la Cámara señalada por el Congreso, y se debía tramitar 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 debía participar el pueblo soberano, al cual

debía someterse el proyecto de reforma constitucional sancionado para que mediante referendo aprobatorio, se pronunciase en favor o en contra de la reforma, de manera que la nueva Constitución se declaraba sancionada si era aprobada por la mayoría de los sufragantes de la República.

Como se puede apreciar, por tanto, no es cierto que la Constitución de 1961 atribuyera al Congreso de la República (poder constituido) la potestad de poder modificar la Constitución; y tampoco es cierto que la reforma constitucional se atribuía a los poderes constituidos, en función de constituyente derivado; al contrario, se atribuía al poder constituyente instituido en cuya formación participaban, en un acto complejo, tanto los representantes electos popularmente considerados individualmente, como las Cámaras Legislativas Nacionales y el pueblo soberano mediante referendo aprobatorio.

Siendo errada la premisa de la cual había partido la Corte al confundir el poder constituyente instituido para la reforma constitucional con los poderes constituidos, en nuestro criterio, era igualmente errada la apreciación que formuló en el sentido de que el artículo 250 de la Constitución de 1961 sobre la inviolabilidad de la Constitución, solo estaba dirigido a los poderes constituidos y no al poder constituyente. Al contrario, mientras la Constitución estuviese vigente, el artículo 250 se aplicaba al poder constituyente instituido para la reforma constitucional y era, 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 *Caso Referendo Consultivo II*, 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, aún 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 estaba regulado por las normas jurídicas que hubieran 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 esté 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 estuviesen sólo “dirigidas al poder constituido”. Constituían, sin duda, manifestaciones de la rigidez constitucional que proscibía que la Constitución pudiera ser modificada mediante la legislación ordinaria adoptada por las Cámaras Legislativas como poder constituido, pero no podía decirse que sólo estaban dirigidas a los poderes constituidos. Al contrario, esencialmente regulaban al poder constituyente instituido y constituían una autolimitación que el poder constituyente originario se había 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 acuer-

do con la Constitución de 1961, las Cámaras Legislativas como poderes constituidos, jamás ejercían ni ordinaria ni extraordinariamente la función constituyente. Participaban en el poder constituyente instituido, como también participaba el pueblo soberano al aprobar mediante referendo aprobatorio la reforma constitucional. Pero de allí a atribuirle a los poderes constituidos la función constituyente, había una gran distancia.

En *tercer lugar*, debe destacarse la referencia que hizo la Corte al Preámbulo de la Constitución, como consagrador de la democracia como sistema político de la Nación, con el reconocimiento de que la soberanía radicaba 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, constituía expresión de un “proyecto político nacional”, que era el de la democracia representativa que estaba plasmado en el artículo 4 del Texto constitucional de 1961, la cual siempre debía conciliarse con el principio de la supremacía constitucional que informaba todo el articulado de la Constitución.

Finalmente, de nuevo, debe hacerse particular referencia al último párrafo de la cita anterior de la sentencia, *Caso Referendo Consultivo I*, donde se afirmó, 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 regía incluso para el pueblo, que era quien se había impuesto la autolimitación de que la misma fuera reformada, con su directa participación (referendo aprobatorio), en el poder constituyente instituido.

Pero en *segundo lugar*, el mencionado párrafo de la sentencia permitía que en caso de que la soberanía popular se manifestase mediante los mecanismos jurídicos de participación, como un referendo consultivo, a través del mismo pudiera 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 buscó darle al conflicto que estaba planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional: aún cuando la Constitución no regulaba expresamente la Asamblea Constituyente como poder constituyente instituido para la reforma constitucional, la misma podía ser convocada como resultado de una consulta popular realizada

mediante referendo consultivo regulado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; convirtiéndose entonces la soberanía popular, de nuevo, en supremacía constitucional.

5. *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 *Caso Referendo Consultivo I*, 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 de 1961, 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 humana⁸⁴.

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 referendo 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, debía celebrarse porque era una muestra más de la progresión en la consagración de los derechos fundamentales, mediante la aplicación del artículo 50 de la Constitución. Sin embargo, derivar que el derecho a la participación política era un derecho inherente a la persona humana quizás era una exageración, porque no se trataba 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, que sólo había sido establecido en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, perfectamente podía considerarse como un derecho político inherente al ciudadano venezolano.

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

⁸⁴ Claudia Nikken argumentó, con razón, que considerar que el referendo consultivo es un derecho inherente a la persona humana se tradujo por un artificio que sirvió para justificar que la Corte Suprema de Justicia admitiese que se trataba de una vía de ejercicio del poder constituyente, en *La Cour Suprême de Justice et la Constitution...cit.*, p. 376. Cfr. M.E. Lares, *Contribution à l'étude du processus constituant vénézuélien de 1999*, OEA de droit public interne, Université Panthéon Sorbonne (Paris I), Paris 1999, p. 47.

Ahora bien, la Corte, en su sentencia, al considerar el referendo 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 atribuía al poder constituido como impropriamente se afirmó en la sentencia, sino al poder constituyente instituido en cuya conformación participaban los representantes y las Cámaras Legislativas, pero también participaba el pueblo directamente mediante referendo 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 era el problema; este resultaba de la secuela de la consulta popular.

En efecto, el referendo consultivo, conforme al artículo 182 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política debía 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 “sí” o un “no”.

Si la mayoría (que había que determinar si era sobre los electores inscritos en el Registro Electoral o los votantes efectivos) la obtenía el “sí” para la convocatoria a la Asamblea Constituyente, como lo dijo la Corte en las dos sentencias analizadas, ello tenía “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 *Caso Referendo Consultivo I*, 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 hiciera la consulta popular o de la manera cómo se manifestara la voluntad popular. Una vez que el pueblo, mediante el referendo consultivo, se manifestare a favor de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, venía 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 referendo.

Sin embargo, en el ordenamiento constitucional y legal que estaba 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 de 1961 por una vía distinta a la de los artículos 245 y 246 de la misma.

Ese régimen no podía 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 configuraban 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, por ejemplo, que no garantizase el derecho a la representación proporcional de las minorías, como lo preveía el artículo 113 de la Constitución.

Para establecer un régimen de esa naturaleza, indudablemente que en la Constitución de 1961, la competencia la tenía el poder constituyente instituido para la reforma constitucional conforme al artículo 246 de la Constitución.

Precisamente, por este escollo jurídico, quizás, la sentencia *Caso Referendo Consultivo II*, expresamente se refirió a las dos vías que se abrían para hacer efectivo el referendo 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, tenía que existir en el ordenamiento 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. La única posibilidad que quedaba, sin embargo, desde el punto de vista jurí-

dico-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 implicara modificaciones a la Constitución que estaba 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 referendo consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, pero no resolvió expresamente 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 produjese una reforma constitucional previa⁸⁵.

El paso inicial para dilucidar la situación, con el cual se abrió el proceso constituyente, lo dio el Presidente de la República, Hugo Chávez Frías, el día 2 de febrero de 1999, día de la toma de posesión de su cargo, lo que ocurrió sólo semanas después de la publicación de las sentencias comentadas de la Corte Suprema de Justicia.

85 La Corte Suprema de Justicia, en definitiva, como lo dijo Claudia Nikken, validó, de entrada, la decisión de iniciativa presidencial del Presidente electo, en *La Cour Suprême de Justice et la Constitution...*, cit., p. 363