

SOBRE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y EL DILEMA ENTRE SOBERANÍA POPULAR Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Allan R. Brewer-Carías*

***Resúmen:** Este estudio analiza las vicisitudes de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela en 1999, que no estaba regulada para reformar la Constitución en el Texto entonces vigente de 1961, y la interpretación ambigua que hizo la antigua Corte Suprema de Justicia de la Constitución y la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, con base en la cual fue electa.*

Los artículos 127 a 129 de la Constitución de Chile, que conforman su Capítulo XV (“La Reforma de la Constitución”) establecen un procedimiento de reforma constitucional que no prevé la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. El procedimiento previsto exige la iniciativa del Presidente de la República o de cualquiera de los miembros del Congreso (art. 127), debiendo aprobarse el proyecto de reforma en cada Cámara con votos calificados (3/5 y 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio) según el objeto de la reforma, y remitirse al Presidente de la República para su promulgación. El proyecto solo debe ser sometido a consulta a la ciudadanía mediante plebiscito, en caso excepcional de divergencia entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (arts. 128 y 129).

Ante la propuesta de reformar la Constitución mediante una Asamblea Nacional Constituyente que se había venido discutiendo en Chile durante los últimos años, lo que no era posible por no preverlo la Constitución, la Presidente Michelle Bachelet acogiendo la idea, a comienzos de abril de 2017 sometió a la consideración del Congreso un proyecto de reforma puntual de la Constitución para agregar al Capítulo XV de la misma un nuevo artículo 130, previendo en el mismo un nuevo mecanismo de reforma integral de la Constitución conforme al cual el Congreso Nacional, con el voto conforme de dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio, podría convocar a una “Convención

* Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela. Ha sido Profesor en la Universidad de Cambridge UK (1985-1986), en la Universidad de París II (1989-1990), y en la Columbia Law School (2006-2008). Fue Senador por el Distrito Federal (1980-1986), Ministro de Estado para la Descentralización (1993-1994) y Miembro independiente electo en la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela de 1999.

Constitucional” para la elaboración de una nueva carta fundamental. El proyecto remite a una Ley para que en la misma se regule la convocatoria de la Convención, su forma de integración, el sistema de nombramiento y elección de sus integrantes, su organización, funciones y atribución, así como los mecanismos de participación ciudadana que la convención constitucional establezca. La propuesta de reforma agrega que una vez que se apruebe el proyecto de Nueva Constitución, el mismo deberá ser sometido a consulta a la ciudadanía, a través de un plebiscito, para aprobarlo o rechazarlo.¹

En esta forma, la Presidenta de Chile tomó el camino constitucional que consideramos es el correcto ante la propuesta generalizada de convocar una Asamblea Nacional Constituyente para reformar íntegramente la Constitución, que no está regulada en su texto, que ha sido la de tomar la iniciativa de proponer una reforma puntual del texto constitucional, de manera de prever y regular en el mismo a la Asamblea Constituyente, denominada “Convención Constitucional,” como mecanismo de reforma constitucional, y así poder proceder posteriormente a convocarla.

Desafortunadamente, en una coyuntura similar, ese no fue el camino constitucional que se siguió en Venezuela en 1999, al quererse reformar íntegramente la Constitución de 1961, de manera que a pesar de que en su texto no se regulaba la “Asamblea Constituyente” como mecanismo de reforma de la misma, el entonces recién electo Presidente de la República Hugo Chávez Frías, en un error histórico político imperdonable, al cual nos opusimos sistemáticamente,² procedió voluntariosamente a convocar una Asamblea Nacional Constituyente que en definitiva controló totalmente, y que en efecto sancionó una nueva Constitución, la de 1999,³ dando origen a la crisis política de la cual luego de 18 años de

¹ Véase la reseña: “Bachelet envía proyecto que permite al Congreso crear una “Convención Constitucional. Iniciativa señala que esta instancia será el espacio para discutir los contenidos de la nueva carta fundamental, para luego someterlo a plebiscito,” en *T13*, Lunes 3 de abril de 2017, en <http://www.t13.cl/noticia/politica/proceso-constituyente-bachelet-firma-reforma-capitulo-xv-constitucion-convencion-constitucional>

² Véase lo que expusimos en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Serie Estudios N° 53, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999.

³ Véase mis comentarios iniciales a la Constitución de 1999 en Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000

gobierno autoritario el país aún no ha salido, habiendo sido en todo caso, un soberano fracaso en lo que a cambio político se refirió.⁴

Mi intención en estas notas escritas para el muy merecido *Libro Homenaje* al apreciado amigo *Lautaro Ríos Álvarez*, es analizar las vicisitudes iniciales de aquél proceso constituyente que fue convocado sin sustento constitucional, basándose solo basado en un referendo consultivo que se convocó luego de que la antigua Corte Suprema de Justicia adoptó una ambigua “interpretación” de la Constitución y de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en un proceso judicial donde la Corte debatió para decidir sobre dos de los principios esenciales del Estado Constitucional, como son el de la soberanía popular y el de la supremacía constitucional.⁵

I. CAMBIO POLÍTICO Y ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

La crisis del período político del *Estado Democrático Centralizado de Partidos* en Venezuela que se inició con la Revolución de Octubre de 1945 y la Asamblea Constituyente de 1947, y que se consolidó posteriormente a partir de 1958 con la sanción de la Constitución de 1961, producto de un gran pacto político democrático,⁶ puede decirse que estalló a partir de 1993, surgiendo desde entonces la necesidad de recomponer el sistema político.

En ese contexto, y como consecuencia del intento de golpe de Estado liderado por el teniente Coronel Hugo Chávez Frias en febrero de 1992, surgió la propuesta de convocar una Asamblea Nacional Constituyente con la participación de todos los actores políticos, nuevos y viejos, nacionales y regionales, para establecer las nuevas bases de gobernabilidad democrática que entonces se requería para el futuro.⁷ En el pasado, la convocatoria y

⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El proceso constituyente y la fallida reforma del Estado en Venezuela” en *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, pp. 25-48.

⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)*, Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

⁶ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Venezuela: Historia y crisis política” en *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Montevideo*, N° 3, Caracas, Abril 2002, pp. 217-244

⁷ Véase lo que expusimos en las siguientes entrevistas y reportajes de prensa: Allan R. Brewer-Carías: “La Constituyente es la única salida a la crisis política,” declaraciones a Elías García Navas, *El Nacional*, Caracas, 01/03/92, p. D-2; “La revolución nos arrollará si no admitimos que está en marcha,” declaraciones a Antonio Grillet, *El Mundo*, Caracas, 04/03/92, p. 1; “Asamblea Constituyente es la salida más democrática,” declaraciones a Milagros Durán, *El Nacional*, Caracas, 08/03/92, p. D-2; “Venezuela debe reconstituir su legitimidad democrática,” entrevista con Teresa Delgado, *Diario Pueblo*, San

elección de las Asambleas o Congresos Constituyentes de 1811, 1830, 1858, 1863, 1893, 1901, 1904, 1946, 1952 y 1958 se había hecho sin mayores discusiones jurídicas, pues en todos los casos las mismas habían sido producto de una situación de hecho consecuencia de una ruptura del hilo constitucional precedente, a los efectos incluso de legitimar el nuevo orden.

En contraste, entre 1992 y 1998, la propuesta fue convocar una Asamblea Constituyente en democracia, para formular un nuevo pacto social constitucional que se reflejase en una nueva Constitución. El tema de discusión fue, en todo caso, cómo hacerlo, pues la Constitución de 1961 no regulaba en su texto la figura de una Asamblea o Convención Constituyente como Poder Constituyente Instituido de revisión constitucional; lo que tornó que el debate adquiriera contornos jurídicos. Unos planteamos que en virtud del Estado Constitucional de derecho fundado en la democracia representativa que regulaba la Constitución de 1961, para convocar una Asamblea Constituyente resultaba indispensable regularla previamente mediante una reforma de la Constitución,⁸ que fue la opción seguida en Chile por la Presidenta Bachellet en 2017; y otros en cambio, entre ellos el mismo Hugo Chávez Frías como candidato presidencial y luego como Presidente electo en 1998, sostuvieron que en virtud de que la soberanía reside en el pueblo, éste, como Poder Constituyente Originario siempre podía manifestar su voluntad y, por tanto, como consecuencia de un referéndum consultivo, se podría convocar la Asamblea Constituyente para la reforma de la Constitución sin que fuera necesario preverla previamente en la Constitución.

El referendo consultivo al que se aludía era el previsto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998 que lo regulaba “con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional,” asignando la iniciativa para convocarlo al Presidente de la República en Consejo de Ministros; al 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 al 10% de electores inscritos en el Registro Electoral.

Cristóbal, 29/04/92, p. A-8; “Inmediata convocatoria de la Asamblea Constituyente plantean grupos de la sociedad civil,” reseña de documento, *El Universal*, Caracas, 15/03/92.

⁸ Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y ordenamiento constitucional*, Serie Estudios N° 53, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999.

El tema de discusión, por tanto, radicó en qué es lo que en el Estado Constitucional debía prevalecer, o la soberanía popular o la supremacía constitucional.

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

Esa fue por tanto la discusión jurídica que resultó de dichas posiciones antagónicas, que en definitiva se refirió a las dos columnas en las cuales está cimentado al Estado Constitucional: por una parte, el principio de la democracia representativa como expresión de la soberanía popular, y por la otra, el principio de la supremacía constitucional.

En cuanto al principio democrático, desde su formulación a raíz de las revoluciones norteamericana, francesa e hispanoamericana de fines del Siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX,⁹ ha sido el de 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 la Constitución, a la cual deben someterse tanto los Poderes Constituidos como el propio soberano.

En este contexto de la democracia representativa, cuando el pueblo como 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 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.

En la situación política que existía en Venezuela en 1998, en el conflicto político que podía surgir entre la soberanía popular que quería manifestarse y la supremacía constitucional, conforme al principio democrático el pueblo soberano sólo podría manifestarse como lo indicaba la Constitución como Poder Constituyente Instituido

⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la revolución americana (1776) y la revolución francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992..

mediante los mecanismos de modificación constitucional previstos en la misma (art. 246), lo que planteaba el dilema mencionado que debía resolverse.

La ocasión para resolver el conflicto, la tuvo la antigua Corte Suprema de Justicia con motivo de sendos recursos de interpretación que se presentaron ante su Sala Político-Administrativa, en los cuales se requirió de la Corte que decidiera en definitiva si era constitucionalmente posible convocar y elegir una Asamblea Nacional Constituyente, como lo proponía el candidato presidencial Hugo Chávez Frías, mediante un pronunciamiento del pueblo en un referéndum consultivo que se efectuara 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 antigua Corte Suprema de Justicia dictó las dos sentencias resolviendo los recursos de interpretación el 19 de enero de 1999 (casos *Referéndum Consultivo I* y *Referéndum Consultivo II*),¹⁰ en las cuales lamentablemente no resolvió abierta y claramente ni las preguntas que le fueron planteadas y el conflicto jurídico que implicaban, el cual encontró vías de resolución políticas pero sin mayor base constitucional.

El dilema, en efecto, como lo resumió la Corte Suprema en la sentencia del caso *Referéndum Consultivo I*, fue, por una parte, en relación con el principio de la soberanía popular que:

“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..”.

Y por la otra, en relación con el otro principio de la supremacía constitucional, que si se estimaba que para preservarlo:

“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.”

La solución del dilema hubiera podido haber sido relativamente fácil en una situación de hecho, de ruptura constitucional, en cuyo caso el pueblo, como Poder Constituyente

¹⁰ Véase el texto de las sentencias en el libro: Véase Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)*, Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999. Véase igualmente Allan R. Brewer-Carías, “La configuración judicial del proceso constituyente en Venezuela de 1999 o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LVI, No. 68, 2006, pp. 55-130.

puede manifestarse siempre, particularmente porque no existe el principio de la supremacía constitucional al haber sido roto el hilo constitucional.

Pero ello no ocurrió así en un proceso político desarrollado bajo la vigencia de un orden constitucional, el cual, si bien se trataba de una discusión jurídica, la solución al dilema entre el pueblo y los gobernantes, entre la soberanía popular y la supremacía constitucional e, incluso, entre los Poderes Constituidos, tenía que ser política, pero conducida por el único órgano del Estado Constitucional que podía resolverla que era el Juez Constitucional, en ese caso, la antigua Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, lamentablemente, la Corte Suprema se abstuvo de hacerlo.

III. LAS DECISIONES DE LA ANTIGUA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL REFERÉNDUM CONSULTIVO RELATIVO A LA CONVOCATORIA A UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE 19 DE ENERO DE 1999

1. La sentencia del caso Referéndum Consultivo II

El primer recurso de interpretación había sido interpuesto el 21 de octubre de 1998, antes de la elección presidencial de diciembre de 1998, por un grupo de jóvenes abogados actuando en su propio nombre, con el objeto de obtener la interpretación del mencionado artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política sobre la figura del referendo consultivo, frente a las dos posiciones que entonces existían, tal como lo reseña la sentencia: por una parte la que sostenía sobre “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,” y por la otra, la que sostenía “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.”

En razón de ello anterior, los recurrentes solicitaron a la Corte que:

“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 referéndum consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, lo que evidentemente era posible por ser una materia de trascendencia nacional, sino si efectuado el referéndum consultivo, podía convocarse la Asamblea sin que fuera necesaria una reforma previa de la Constitución que regulara la Asamblea Constituyente, que era realmente la parte importante del recurso.

La Sala Político Administrativa en su sentencia del 19 de enero de 1998 (*Referéndum Consultivo II*), sin embargo, 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.”

Sin embargo, lamentablemente, el aspecto que estimamos era el esencial del recurso de interpretación, 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 en el caso *Referéndum 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 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 forma, en realidad, en esta sentencia del caso *Referéndum Consultivo II*, la antigua Corte *no resolvió la discusión constitucional que estaba planteada*, sino que al contrario, la dejó abierta al señalar que efectuado el *referéndum consultivo* sobre la convocatoria de la Asamblea Constituyente, ello sería factor decisivo para que los órganos *competentes* del Poder Público Nacional 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 de la antigua Corte, en sus razonamientos concluyó que para convocar una Asamblea Constituyente no bastaba una consulta popular (*referéndum consultivo*), sino que ésta 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 para realizar una enmienda o reforma constitucional que incluyera la figura de una Asamblea Constituyente, lo que conforme a los artículos 245 y 246 de la Constitución de 1961 solo correspondía, según los casos, a los miembros de las Cámaras Legislativas o a las Asambleas Legislativas de los Estados de la federación.

Es decir, en nuestro criterio, en su decisión, la sentencia en el caso *Referéndum Consultivo II*, no resolvió en forma clara y precisa la cuestión constitucional que se le había planteado.

2. La sentencia caso *Referéndum Consultivo I*

El segundo recurso de interpretación fue introducido ante la misma Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia el 16 de diciembre de 1998, ya electo el Presidente Chávez, 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, dadas las mismas dos posiciones que existían en cuanto a la forma como debía convocarse la Asamblea Constituyente, solicitándole a la antigua Corte que:

“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.”

En el recurso se resumieron las dos posiciones antagónicas antes referidas así: por una parte la “propuesta por el Presidente Electo, 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 por la otra, la posición de quienes consideraban, entre los cuales me encontraba,¹¹ que para que el soberano se expresara sobre el tema, hacía falta “una reforma puntual de la Constitución de la República que cree la figura de la Asamblea Constituyente para llevar a cabo dicha convocatoria.”¹²

En este caso, en la decisión del recurso contenida en la sentencia del mismo día 19 de enero de 1999 (caso *Referéndum Consultivo I*), la antigua Corte Suprema también se limitó a interpretar el 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política sobre el alcance del referéndum consultivo allí regulado, limitándose a decidir, lo que no generaba dificultad interpretativa alguna, que sí se podía realizar un referéndum consultivo para consultar el parecer del cuerpo electoral sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente; pero sin resolver la segunda cuestión planteada que era la importante constitucionalmente de era si era necesaria la reforma puntual de la Constitución para regular dicha Asamblea, para poder convocarla.

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

“Aun cuando el resultado de la decisión popular adquiriera vigencia inmediata, su eficacia solo procedería *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. Dichos órganos estarán en la obligación de proceder en ese sentido.”

¹¹ Véase las declaraciones de prensa: Allan R. Brewer-Carías: “No basta un referéndum para convocar la Asamblea Constituyente,” declaraciones a Máximo Peña, *El Nacional*, Caracas, 10/08/98, p. D-4; “Convocar a una Asamblea Constituyente sin reformar la Constitución es un salto al vacío,” declaraciones a Elaine Alvarado Hernández, *El Mundo*, Caracas, 13/08/98, p. 2.

¹² Dicha reforma incluso fue formalmente planteada al Congreso. Véase las declaraciones de prensa: Allan R. Brewer-Carías, “Sobre la Constituyente: Brewer solicita a Caldera convocar a referendo,” reseña de texto por Luisana Colomine, *El Universal*, Caracas, 25/08/98, p. 1-16; “Sobre la Constituyente: Brewer pidió a Caldera referéndum para una Constituyente,” reseña de texto por Milena Vera > *El Diario de Caracas*, Caracas, 26/08/98.

De nuevo, con este párrafo, surgía la misma perplejidad que con su equivalente en la sentencia del caso *Referéndum 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* procedieran 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 que estas modificaciones se efectuasen, conforme al criterio de la antigua Corte, era que la consulta popular sería efectiva.

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 en el caso *Referéndum Consultivo I* como la dictada en el caso *Referéndum Consultivo II*, con una ambigüedad pasmosa, dejaron abierta la discusión constitucional.

Ello condujo a que en definitiva fuera la opinión pública, reflejada en titulares, declaraciones, editoriales y noticias de prensa del día siguiente, la que estimó que con las mencionadas decisiones supuestamente se había legitimado el referéndum consultivo para convocar la Asamblea Constituyente sin necesidad de reforma constitucional previa.¹³

De las sentencias, sin embargo, a pesar de su decisión a medias, lo que quedó fue un conjunto de párrafos en su parte motiva con múltiples consideraciones sobre el Poder Constituyente, quizás puestos allí para el caso de que posteriormente, una vez efectuado el referéndum consultivo sobre la Asamblea Constituyente, surgiera la necesidad de adoptar otras decisiones.

IV. SOBRE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO E INSTITUIDO Y LAS MANIFESTACIONES DE DEMOCRACIA DIRECTA

En relación con las sentencias en los dos casos mencionados (*Referéndum Consultivo I*, y *Referéndum Consultivo II*), es claro que nada en el ordenamiento impedía que se pudiese convocar en 1999 a un *referéndum consultivo* para consultar al pueblo sobre el tema de la

¹³ Véase los titulares de *El Nacional*, Caracas 21-01-1999, pág. A-4 y D-1; *El Universal*, Caracas 21-01-1999, pág. 1-2 y 1-3; *El Universal*, Caracas 20-01-1999, pág. 1-15

convocatoria a una Asamblea Constituyente. En cambio, en la Constitución de 1961 nada se regulaba para que una reforma constitucional la se pudiese realizar por una Asamblea Constituyente derivada de una consulta popular, sin que en el texto constitucional hubiera sido previamente reformado por las Cámaras que integraban el Congreso, y sometida dicha reforma a *referéndum aprobatorio*.

La antigua Corte Suprema de Justicia, sin embargo, en la extensa parte motiva de la sentencia en el caso *Referéndum Consultivo I*, argumentó que las normas constitucionales relativas a la reforma constitucional no ataban al Poder Constituyente manifestado mediante un referéndum consultivo, de lo que podía derivar la conclusión de la posibilidad de que mediante éste se pudiera estructurar otra vía para la reforma de la Constitución, mediante una Asamblea Constituyente, no prevista expresamente en ella.

Para llegar a estas afirmaciones la Corte, indicando que el objeto del recurso de interpretación que se había intentado era la interpretación del artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, indicó que lo que debía determinar era “si de conformidad con dicha norma, puede convocarse a un referéndum consultivo, a los fines de determinar si corresponde a la voluntad popular que se convoque a Asamblea Constituyente.” En este marco impreciso, al precisar sus consideraciones sobre este tema, la Corte puntualizó que el “análisis interpretativo” que hizo, versó “sobre la convocatoria a referéndum” y nada más; precisando que la interpretación que realizó no versaba ni se refirió “a consulta plebiscitaria,” sobre lo cual agregó:

“En realidad, si bien ambas figuras tienden a confundirse teóricamente, mientras el referéndum se refiere a un texto o proyecto, el 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).”

En el proceso, a pesar de que nadie había hablado de plebiscito, la Corte consideró indispensable deslindar esos conceptos para precisar que el mecanismo de participación política que regulaba el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, era solo un “referéndum consultivo,” que como se ha dicho antes, tiene por objeto consultar la opinión del pueblo sobre una decisión, que, por supuesto, normalmente está plasmada en un proyecto presentado por escrito. Por eso, la antigua Corte señaló que el referéndum consultivo se refiere a un texto o proyecto, que es el que debe someterse a consulta, y *no tiene carácter decisorio*.

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

Hechas estas precisiones y analizado el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política sobre el referendo consultivo, la antigua Corte concluyó señalando que de lo que se trataba era 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 podían someterse a referéndum, 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.”

Ello no estaba en duda; repitiendo la antigua Corte el razonamiento ya referido de que el resultado del referéndum consultivo no tenía efectos de inmediato, sino “sólo procedería cuando, mediante los mecanismos legales establecidos, se dé cumplimiento a la modificación jurídica aprobada.” Es decir, el referéndum consultivo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente podía realizarse y el mismo no era decisorio, sino de consulta, de manera que si bien podía adquirir vigencia, no podía ser eficaz para reformar la Constitución sino una vez que fuera 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.

Sin embargo, si bien el razonamiento lógico de la sentencia conducía a esta conclusión, la misma se convirtió en difusa al haber pasado la Sala a hacer otras distinciones – siempre en la parte motiva – entre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos.

En efecto, la antigua Corte Suprema en la misma sentencia del caso *Referéndum 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 la motiva de su sentencia, tres conceptos esenciales del constitucionalismo moderno. En primer lugar, la del Poder Constituyente Originario el cual, a decir verdad, en los Estados Constitucionales estables solo se manifiesta una vez, al constituirse el Estado, como “potestad primigenia de la comunidad política para darse una organización jurídica y constitucional.” En ese caso, como lo dijo el Abate Sieyès el 20 de julio de 1789 ante el Comité Constitucional de la Asamblea revolucionaria 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 adoptar.”¹⁴

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 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 ese fue el representado en el Congreso General de las Provincias de Venezuela, cuando organizó la Confederación de Venezuela en 1811 y antes, así fueron las manifestaciones de los Cabildos Capales de las Provincias de la Capitanía General de Venezuela que adoptaron las Constituciones Provinciales.¹⁵

¹⁴ Véase la cita en Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1988, p.. 28.

¹⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Sobre el constitucionalismo hispanoamericano pre-gaditano 1811-1812*, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Charles Brewer Maucó, sobre Historia del Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, No. 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013.

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 golpe de Estado, 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, e incluso más reciente de 1999, 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 destacó 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 competencias.”¹⁶

Esto condujo, incluso, a que en Europa se pasara inconvenientemente de la soberanía nacional a la soberanía y absolutismo de los Parlamentos, principio que sigue rigiendo en la Constitución del Reino Unido (el de la soberanía parlamentaria por delegación del pueblo), manifestada incluso recientemente en el caso *Brexit*.¹⁷

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.

¹⁶ Véase Pedro De Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid 1988, p. 32

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “El caso “Brexit” ante los jueces constitucionales del Reino Unido: Comentarios a la sentencia de la Alta Corte de Justicia de 3 de noviembre de 2016, confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia del 24 de enero de 2017,” en *Revista de Administración Pública*, No. 202 (enero/abril 2017) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 133-156

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: por una parte, el principio de la democracia representativa, y por la otra, el principio de la supremacía constitucional, y que se encuentra inserto en el constitucionalismo desde la primera Constitución de la República Francesa de 1791, que estableció:

“La Asamblea Nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescindible de cambiar su Constitución, sin embargo, considerando que es más conforme al interés nacional, usar únicamente por los medios expresados en la propia Constitución del derecho de reformar los artículos que, según la experiencia, se estime deben ser cambiados, establece que se procederá a ello por medio de una Asamblea de revisión.”¹⁸

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, tuvo razón la antigua Corte Suprema cuando en la sentencia del caso *Referéndum 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 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 sometidos a los Poderes Constituidos; y que si bien el Poder

¹⁸ Art. Primero, Título VII, Véase en Jacques Godechat (ed), *Les Constitutions de la France, depuis 1789*, París 1979, págs. 65-66.

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.

Por otra parte, debe destacarse que en su sentencia, la antigua Corte Suprema al hacer unas consideraciones sobre la reforma constitucional confundió lamentablemente, el Poder Constituyente Instituido con los Poderes Constituidos. La Corte, en efecto, 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, aparecería como aplicable la consecuencia jurídica prevista en la disposición transcrita en relación con la responsabilidad de los mismos, y en modo alguno perdería vigencia el Texto Fundamental.”

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

Al contrario, en la Constitución 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, participaban 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 es correcto.

Siendo errada la premisa de la que partió la antigua Corte al confundir el Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional con los Poderes Constituidos, en nuestro criterio, fue 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 conforme a los principios de la democracia representativa y de la supremacía constitucional, era un freno a la aparición del Poder Constituyente originario, que solo podría manifestarse *de facto*.

Sin embargo, la antigua Corte Suprema, en la parte motiva de su sentencia en el caso *Referéndum 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, aun cuando éstos ejerzan de manera extraordinaria la función constituyente.

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

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

Tres aspectos hay que destacar sobre estos párrafos de la sentencia:¹⁹

En *primer lugar*, la afirmación de que el Poder Constituyente no está regulado por las normas jurídicas que hayan podido emanar de los Poderes Constituidos. Ello es evidente y entendemos que nadie lo niega, pues sería contrario al principio de la soberanía popular. Sin embargo, una cosa es que el Poder Constituyente Originario no esté 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

¹⁹ Véase sobre estos comentarios lo que expusimos en 1999, en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente (Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente)*, Colección Estudios Jurídicos N° 72, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

Constitución, la constitucionalización del Estado y del orden jurídico implica que el texto es supremo y que, como lo afirmó la antigua 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 auto-limita y se somete a su propia norma. Como también lo dijo la antigua 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 estaban sólo “dirigidas al Poder Constituido.” Constituían, sin duda, manifestaciones de la rigidez constitucional que prohíbe que la Constitución pueda ser modificada mediante la legislación ordinaria adoptada a las Cámaras Legislativas como Poder Constituido, pero no puede 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 impuso.

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, conforme al cual, 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 antigua Corte de que los Poderes Constituidos pueden ejercer “de manera extraordinaria la función constituyente.” Ello, se insiste, es incorrecto. De acuerdo 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 referéndum

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 antigua Corte al Preámbulo de la Constitución de 1961, como consagradorio de la democracia como sistema político de la nación, con el reconocimiento de la soberanía radicada directamente en el pueblo. Ello llevó a la sentencia a dedicarle un Capítulo (VI) al “Preámbulo de la Constitución,” particularmente por lo que se refiere a la declaración relativa al orden democrático “como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos.” El Preámbulo, sin duda, constituía expresión de un “proyecto político nacional,” que era el de la democracia *representativa* plasmado en el artículo 4 del Texto Constitucional, 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 en el caso *Referéndum 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 fue quien se impuso la autolimitación de que la misma fuera reformada con su directa participación (referéndum aprobatorio), en el Poder Constituyente Instituido.

Pero en *segundo lugar*, el mencionado párrafo de la parte motiva de la sentencia permitió que en caso de que la soberanía popular se manifestase mediante los mecanismos jurídicos de participación, como un referéndum consultivo, a través del mismo podía 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 pretendió darle al conflicto que estaba planteado entre soberanía popular y supremacía constitucional, no en su decisión sino en los párrafos de la parte motiva de la

sentencia fue, que aun cuando la Constitución no regulaba expresamente la Asamblea Constituyente como Poder Constituyente Instituido para la reforma constitucional, la misma, en virtud de que el derecho a la participación política era un derecho inherente a la persona, podía ser convocada como resultado de una consulta popular realizada mediante referéndum consultivo regulado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; convirtiéndose entonces la soberanía popular, de nuevo, en supremacía constitucional.

V. EL DERECHO A REFERENDO Y LAS SECUELAS DE LA FALTA DE DECISIÓN PRECISA POR PARTE DE LA JURIDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Partiendo de la consideración del derecho a referendo como un derecho inherente a la persona humana en los términos del artículo 50 de la Constitución, la Corte en su sentencia concluyó lo que era evidente, en el sentido de que 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.

Pero en realidad, ese no era el problema que se le había planteado a la antigua Corte; el problema, en realidad resultaba de la secuela de la realización de la consulta popular, en el sentido de si bastaba la misma para convocar la Asamblea Nacional Constituyente, o ello era solo un mandato para que el Poder Constituyente Instituido procediera a reformar la Constitución para regular dicha institución de reforma constitucional y poder proceder a convocarla.

En efecto, una vez efectuado el referéndum consultivo, que 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 ‘si’ 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 “si” para la convocatoria a la Asamblea Constituyente, lo que había que determinar, como lo dijo la antigua Corte en las dos sentencias analizadas, era si 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 propia Corte en la sentencia del caso *Referéndum 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, precisamente, el problema jurídico que quedó sin resolver en Venezuela con las comentadas ambiguas sentencias de la Corte Suprema de 19 de enero de 1999.

La falta de decisión expresa en dichas sentencias, interpretadas por la opinión pública, como se dijo, como si la Corte al contrario hubiese decidido, condujo a que una semana después, el Presidente de la República, al tomar posesión de su cargo el 2 de febrero de 1999, procediera a convocar mediante decreto un referendo consultivo sobre la Asamblea Nacional Constituyente.²⁰

El referendo consultivo tuvo lugar en abril de 1999, y una vez efectuado, con la manifestación de la mayoría a favor de la convocatoria de una Asamblea Constituyente, no ningún órgano del Poder Público Nacional *con competencia* para ello siguió lo sugerido en las sentencias, que era establecer formalmente en la Constitución el régimen de la misma, los cuales obligatoriamente, mediante los mecanismos legales *establecidos*, debieron dar cumplimiento a la modificación jurídica aprobada en el referéndum. Nada de ello ocurrió.

Por otra parte, en el ordenamiento constitucional y legal vigente no había atribución de competencia alguna, a órgano alguno del Poder Público Nacional, para establecer el régimen de una Asamblea Constituyente con poder para reformar la Constitución por una vía distinta a la de los artículos 245 y 246 de la Constitución. Ese régimen además, no podría establecerse ni por una Ley del Congreso ni por un Decreto del Presidente de la República, salvo que en la consulta popular se preguntase expresamente sobre los diversos elementos que configurarían dicho régimen (carácter, número de miembros, forma de elección, condiciones de elegibilidad, duración, mandato acorde con la Constitución vigente), como al final ocurrió después de diversas correcciones judiciales a lo resuelto por el Ejecutivo.²¹ Por lo demás, 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

²⁰ Véase lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002.

²¹ Véase las referencias en Allan R. Brewer-Carías, “La configuración judicial del proceso constituyente en Venezuela de 1999 o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LVI, No. 68, 2006, pp. 55-130

garantizase el derecho a la representación proporcional de las minorías como lo preveía el artículo 113 de la Constitución; nada de lo cual se respetó en las bases comiciales fijadas por el Ejecutivo.

Dichas bases comiciales de funcionamiento de la Asamblea Constituyente, en definitiva, elaboradas por el propio Presidente de la República convocante al referendo, llegaron incluso a establecer que la Asamblea Nacional Constituyente que se iba a elegir, tendría el carácter de “poder constituyente originario,” lo que por supuesto era totalmente inconstitucional pues solo el pueblo tiene tal carácter. Por ello, incluso, en una de sus sentencias posteriores correctivas de marzo de 1999, la misma Corte Suprema ordenó eliminar dicha frase de las bases comiciales, lo cual no se cumplió.²²

En todo caso, lo cierto es que ningún caso político se hizo desde el Ejecutivo a lo que se había indicado en las sentencias de los casos *Referéndum Consultivo I* y *Referéndum Consultivo II*, sobre a las vías que se abrían para resolver el escollo jurídico para hacer efectivo el referéndum consultivo sobre la convocatoria a una Asamblea Constituyente:

La primera, que 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, no ocurrió. Para que esta primera vía hubiese sido 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 Asamblea 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 jurídico-constitucional, era que en la propia consulta popular no sólo se formularan las preguntas sobre el régimen de la Constituyente, sino se inquiriera al pueblo sobre el órgano del Poder Público que debí formalizar ese régimen, y siempre que el mismo no implicase modificaciones a la Constitución vigente, lo que en forma alguna se siguió.

La segunda vía, como alternativa, que derivaba de la sentencia de la antigua Corte era que previamente a la convocatoria efectiva de la Asamblea Constituyente, los órganos del Poder Público Nacional tomaran “la iniciativa de enmienda o de reforma que incluya la

²² *Idem.*

figura de una Asamblea Constituyente;” lo cual resultaba necesario si el régimen de la Asamblea Constituyente implicaba reformas a la misma Constitución, como por ejemplo, lo señalado en los artículos 112 y 113 sobre sufragio. Esta vía, por supuesto, tampoco se siguió.

En definitiva, por tanto, lo que resolvió la antigua Corte fue la constitucionalidad del referéndum 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.

En todo caso, el voluntarismo presidencial condujo en 1999 a que luego que el referendo consultivo se efectuó en abril de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente fuera electa conforme a las bases comiciales elaboradas por el Presidente y que fueron sometidas a la consulta popular. El mismo día de su constitución a comienzos de agosto de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente, a pesar de lo decidido por la Corte en contrario, se declaró a sí misma como “Poder Constituyente Originario” sobre lo cual salvé mi voto como miembro independiente de la Asamblea.²³

La Asamblea procedió en los meses siguientes a barrer a los Poderes Públicos Constituidos,²⁴ comenzando por la propia Corte Suprema que con su decisión ambigua le había dado nacimiento, que fue la primera víctima, habiendo sido sus magistrados inmisericordemente removidos de sus cargos.²⁵

Pero esa es otra historia que escapa a estos comentarios,²⁶ no siendo posible concluir, sin embargo, sin dejar de mencionar que fue en esa Asamblea Nacional Constituyente de 1999, mal conformada, donde hay que situar el origen de un proceso de violación

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Misión y límites de la Asamblea Nacional Constituyente impuestos por el Poder Constituyente originario a través del referéndum consultivo del 25-04-99,” (Voto salvado), en *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 17-40.

²⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Decreto de declaratoria de reorganización de todos los órganos del Poder Público,” (Voto Salvado); “Decreto de reorganización del Poder Judicial,” (Voto salvado); y “Decreto de regulación de las funciones del Poder legislativo,” pp. 75-114, en *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 57-114

²⁵ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002.

²⁶ Véase en general. Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y proceso constituyente (1999)*, Colección *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VI, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015; *Golpe de Estado Constituyente, Estado constitucional y democracia*, Colección *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VIII, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015

permanente de la Constitución, que es lo que ha caracterizado el régimen político venezolano durante los últimos 18 años.²⁷

En cuanto a la experiencia de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 como mecanismo para reformar globalmente la Constitución, en todo caso, la misma fue recogida en la Constitución de 1999 estableciéndose a tal efecto en su artículo 347, que “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario,” y que “en ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.”

Por supuesto, la única forma cómo el pueblo puede manifestar su voluntad de convocar una Asamblea Nacional Constituyente es a través de un “referendo de convocatoria,” como el que se efectuó en abril de 1999, y fue lo que los proyectistas plasmaron en la Constitución.²⁸ Sin embargo, en fraude a la Constitución, el 1º de mayo de 2017 quien ejercía la Presidencia de la República en Venezuela, en un nuevo acto de desprecio a la Constitución, convocó inconstitucionalmente una Asamblea Nacional Constituyente sin participación popular, para ser electa el 30 de julio de 2017 – lo que ocurrió efectivamente en medio de denuncias de fraude y manipulación de resultados electorales -, con bases comiciales contrarias a lo previsto en la propia Constitución.²⁹

New York, 1 de agosto de 2017

²⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Constitución venezolana de 1999 como promesa incumplida (17 años de desprecio a una Constitución que nunca se ha aplicó).” Conferencia dictada en el Seminario sobre “Constitucionalismo Transformador en América Latina,” *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, programa *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Heidelberg, 8 de junio de 2017. Véase en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/06/1190.-conf.-Brewer.-Venezuela.-Const.-Promesa-incumplida.-17-a%C3%B1os-de-desprecio.-Heidelberg-1.pdf>

²⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Asamblea Nacional Constituyente de 1999 aprobó que solo el pueblo mediante “referendo de convocatoria” puede convocar una Asamblea Constituyente: Análisis del *Diario De Debates*,” New York, 17 de mayo de 2017. Véase en <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/05/159.-doc.-Brewer.-ANC-y-referendo-de-convocatoria.-17-5-2017.pdf>

²⁹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La inconstitucional convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en mayo de 2017. Un nuevo fraude a la Constitución y a la voluntad popular*, Colección Textos Legislativos, No. 56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017.