

CRITICAS A LA DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA Nº 378 DEL 31 DE MAYO 2017

Jorge C. Kiriakidis L.
Abogado Profesor UCAB - UMA

Resumen: *El artículo pretende dar una revisión crítica a las interpretaciones que hace la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en la decisión 378 del 31/05/2017 constitucional para demostrar que sus conclusiones sobre la naturaleza y las atribuciones de la Asamblea Nacional Constituyente no se corresponden a lo que establece la Constitución de 1999.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional Constituyente, Soberanía, Pueblo, Constitución, Democracia Participativa, Modificación de la Constitución, Consulta, Referéndum.*

Abstract: *The article intends to give a critical review of the interpretations made by the Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme Court of Justice in decision 378 of May 31, 2017, to demonstrate that its conclusions on the nature and powers of the National Constituent Assembly do not they correspond to what the 1999 Constitution establishes.*

Key words: *National Constituent Assembly, Sovereignty, People, Constitution, Participatory Democracy, Modification of the Constitution, Consultation, Referendum.*

INTRODUCCIÓN

Mediante decisión Nº 378 del 31 de mayo de 2017, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia hizo una interpretación abstracta –resolviendo un “recurso” de interpretación constitucional¹– de dos (2) normas constitucionales vinculadas con la Asamblea Nacional Constituyente: los artículos 347 y 348 de la Constitución, que textualmente establecen:

¹ Solo un comentario vale hacer a este punto, que no es ni innovador ni original: el “recurso” de interpretación es una competencia que se ha atribuido la Sala Constitucional por vía jurisprudencial y luego por asignación legislativa, de muy cuestionable constitucionalidad.

En efecto, de una parte tenemos que el mismo no aparece en la enumeración de competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que hace la Constitución en el artículo 336 (asunto que, por ejemplo, determinó la primera desaplicación de una ley en la historia del constitucionalismo en la conocida decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica en 1803 caso *Marbury vs. Madison*), esto, por si solo hace de dudosa constitucionalidad esa “competencia”.

Es cierto que ante lo dicho antes podría replicarse que el último ordinal de ese mismo artículo 336 de la Constitución le da a la Sala una competencia “residual” (“las demás que establezcan esta Constitución y la Ley”). Ahora bien, esta competencia residual no puede entenderse como una habilitación para autorizar a que la Sala haga cualquier cosa, por el contrario, esas atribuciones que puede hacer el Legislador están limitadas por la propia naturaleza del órgano constitucionalmente

“Artículo 347. El Pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. 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.”

“Artículo 348. La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrá hacerla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; y el quince por ciento de los electores inscritos o electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral”.

La interpretación se produce justo en momentos en que se estaba planteado, desde el gobierno central, y en medio de una de las crisis políticas y económicas más profundas que la República jamás haya experimentado, el llamado a una Asamblea Nacional Constituyente.

definido y sus funciones, y no pueden, bajo ningún respecto, invadir esferas competenciales que la Constitución asigna a otros órganos (no sin incurrir en una usurpación).

Y el caso es que esta función de “interprete abstracto” es decir, de intérprete que resuelve sin hacer justicia y sin resolver un conflicto concreto y real, no es una función de naturaleza judicial. Aquella es una función administrativa, pues evacuar consultas y dar opiniones abstractas son funciones típicas de los órganos asesores como las Consultorías Jurídicas.

Y, de otra parte, la función de interpretar en abstracto la Constitución para establecer normas obligatorias con carácter erga omnes y de ejecución directa de la Constitución no es una función de naturaleza judicial. Aquella es una función legislativa propia y constitucionalmente atribuida al Poder Legislativo (y excepcionalmente al Presidente, previo cumplimiento de ciertas condiciones, tal y como la Constitución expresamente autoriza). Pero nunca y de ningún modo al Poder Judicial o a la Sala Constitucional.

Así, la de interpretar en abstracto dando opiniones o la de interpretar en abstracto creando normas generales de aplicación generalizada y obligatoria, no son funciones propias de ningún tribunal pues no se compadecen con la naturaleza de la función judicial. No son tampoco funciones excepcionalmente atribuidas –de modo expreso y en contra de su naturaleza– a la Sala por la Constitución. Y finalmente se trata de funciones que pertenecen a otros órganos del poder público, así que cuando la sala pretende asumirlas, usurpa a tales poderes, con lo que se produce una actuación inconstitucional.

Y es cierto que la Sala Constitucional tiene, en el ejercicio normal de su función judicial (la que limita y determina la Constitución), la posibilidad de producir precedentes en materia constitucional (artículo 335 segundo párrafo). Pero el precedente (las “interpretaciones vinculantes” para el Poder Judicial que puede hacer la Sala en materia de normas y principios constitucionales, según esta norma) como tipo normativo muy particular: (i) es un sub producto y no “el producto” del ejercicio de la función judicial, la de hacer justicia y componer un caso concreto, un conflicto concreto y real, y; (ii) tiene un carácter ultra concreto limitado a los hechos del caso que ha sido planteado y solo vinculante para los órganos del Poder Judicial, que solo mantiene su vigor hasta que el legislador, en ejercicio libre de su función legislativa (solo limitada por la constitución) regule ese asunto.

La realidad es que establecer un juicio para hacer precedentes (y eso es lo que es el “recurso de interpretación constitucional”), es confundir la herramienta judicial de interpretación y el sub producto de la interpretación, el precedente, con la función judicial de la Sala, que por “constitucional” que sea, no es más que un tribunal.

En resumen, el que la Sala haya creado y el legislador luego haya plasmado en una ley, un juicio especial para interpretar con carácter abstracto normas de la Constitución del que se hace competente a la Sala Constitucional, es sin dudas una desnaturalización de la función judicial constitucionalmente atribuida a la Sala Constitucional y una usurpación de funciones constitucionalmente atribuidas a órganos de otros poderes. Y por eso, el juicio o recurso de interpretación constitucional es, sin dudas, una inconstitucionalidad en sí mismo considerado.

El asunto sobre el que la Sala hace su interpretación es justamente el referido a la necesidad de que el Pueblo sea consultado en torno a su voluntad de convocar a la Asamblea Nacional Constituyente de cara al poder de *iniciativa* que la Constitución les reconoce a algunos órganos del Poder Público. El alcance de la indagación que emprende la Sala lo expresa así:

“(...) esta Sala pasa a dilucidar (...) el contenido de los artículos 347 y 348 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente lo relativo a la realización de la iniciativa y la consulta para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, así como la iniciativa o solicitud al Consejo Nacional Electoral, a fin de que realice la consulta al poder originario, para que manifieste si está de acuerdo en que se efectúe o no el proceso Constituyente (...)”

En su decisión la Sala Constitucional concluyó que para **convocar a la Asamblea Nacional Constituyente no se requiere de consulta alguna al Pueblo Soberano**, debido a que: (i) no hay previsión expresa en torno a la consulta para proceder a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente; (ii) que cuando en el pasado esa convocatoria se hizo, fue exclusivamente debido a que la Asamblea Nacional Constituyente no estaba prevista como medio de modificación de la Constitución de 1961; (iii) que para los otros medios de modificación constitucional esa consulta inicial tampoco está prevista; (iv) que el estado de excepción en vigor hace innecesaria la consulta; (v) que Pueblo y Asamblea Nacional Constituyente son “lo mismo”; (vi) que las actuaciones del Poder Popular son una forma de “participación directa” o “democracia directa”, y por ello (vii) iniciativa y convocatoria son una misma cosa.

Lo dicho por la Sala no sorprende, pues ese *tribunal* nos tiene acostumbrados a interpretaciones que favorecen al Ejecutivo Nacional y sus políticas, por encima, incluso, de lo que textualmente establecen las normas de la Constitución.

En todo caso, hay que señalar que no sólo la conclusión de la interpretación, sino el contenido de todos los supuestos argumentos basales de lo interpretado, son tanto jurídica como constitucionalmente errados, por apartarse abiertamente de lo que establece la Constitución. De lo que es inevitable percibir que la Sala Constitucional pretende –con esta como con otras actuaciones– imponer una Constitución distinta de aquella plasmada en el texto de 1999.

Estas notas hacen un sucinto análisis crítico de los argumentos con los que la decisión Nro. 378 de mayo de 2017 construye esta interpretación. El mismo se lleva adelante, punto por punto, siguiendo el orden de exposición de la sentencia que se comenta, y así, en cada sección primero se transcriben los razonamientos y luego se comentan y critican, con fundamento en el texto de la Constitución venezolana vigente.

Dicho lo anterior, entramos seguidamente en materia.

1. *Del Argumento según el cual las normas sobre la ANC no prevén “expresamente” la consulta a través de un referéndum en torno a la “convocatoria”*

La decisión sostiene como argumento central que las normas que regulan la Asamblea Nacional Constituyente no prevén “expresamente” el referéndum como mecanismo parte de ese procedimiento y de cara a la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente. Aun cuando no es “el primer argumento” que presenta la decisión en su exposición, es, no obstante, el punto de partida de su argumentación y lo que justifica que proceda una “interpretación”.

La afirmación escuetamente la hace de este modo:

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

En este argumento central como en los que luego va sumando, la sentencia se sirve de una argumentación que construye sobre medias verdades. Efectivamente, es cierto que ni el artículo 347 ni el 348 de la Constitución se refieren al Referéndum, sin embargo, esas normas son claras al señalar que es “Pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario” y que en uso de ese poder es el –y solo el– quien “puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente”. Y así, lo que omite la Constitución es identificar en esas normas el mecanismo a través del cual el Pueblo va a manifestar esa decisión.

Pero la Constitución es clara en señalar que quien convoca es ÚNICAMENTE el Pueblo, no los poderes constituidos, no una parcialidad del pueblo, sino la totalidad de ese cuerpo que conforma el elemento humano del Estado.

Así, es cierto, los artículos 347 y 348 no hacen referencia al referéndum como mecanismo de consulta, pero es indudable que, si la convocatoria es del Pueblo, de lo que se trata es de conseguir en la Constitución un mecanismo a través del cual el pueblo, de manera directa, convoque.

De modo que la falta de mención del mecanismo de consulta, no supone la desaparición de lo que sí está escrito expresamente, y eso es, que la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente debe hacerla, única y exclusivamente el Pueblo.

Y de este modo, el verdadero objeto de una interpretación debió ser la determinación del mecanismo, de los constitucionalmente previstos, a través del cual se consulta al Pueblo para conocer su voluntad de convocar o no a una Asamblea Nacional Constituyente. Lo otro, sostener que la no mención del mecanismo supone la traslación de la potestad del Pueblo a otros titulares distintos a él, es una interpretación imposible, y, sin embargo, es la que asume la decisión.

2. *Del argumento según el cual consultar al Pueblo la convocatoria a una Asamblea Constituyente (para modificar la Constitución de 1961), era solo necesario porque en ese texto no estaba expresamente prevista la Asamblea Nacional Constituyente como método de modificación de la Constitución*

La Sala da cuenta que para convocar a la Asamblea Nacional Constituyente que sustituyó a la Constitución de 1961 se consultó al *Pueblo Soberano* mediante referéndum, sin embargo, sostiene que ese procedimiento era entonces necesario debido a que la Asamblea Nacional Constituyente, como mecanismo de modificación constitucional, no estaba prevista. Textualmente, la Sala Constitucional expresó que:

“(…) el Presidente de la República convocó (...) el referéndum para que el Pueblo se pronunciase sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Asimismo, (...) el convocante publicó la propuesta que fijó las Bases de la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, a fin de que fueran sometidas a la aprobación del Pueblo en el referéndum convocado por el Consejo Nacional Electoral (...).

Ahora bien, de lo expuesto se evidencia que el proceso constituyente que dio a luz la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se inició mediante la convocatoria, por parte del Jefe de Estado, de un referéndum consultivo para que el Pueblo se pronunciase sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, en cuya oportunidad, el

convocante propuso las bases para la elección de los integrantes del cuerpo encargado de la elaboración del nuevo texto fundamental

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

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

La realidad es que la afirmación que hace la Sala es enteramente falsa.

Es cierto que el texto Constitucional de 1961 no contemplaba, como método de modificación de su texto la Asamblea Nacional Constituyente (cuestión que si hace el texto vigente, justamente enriquecido por esa experiencia), pero el caso es que para resolver el potencial conflicto que causaba esa *falta de regulación* (y ante el empeño generalizado de acudir a ese mecanismo), la Corte Suprema de Justicia acudió al principio republicano –previsto en la Constitución de 1961 en su artículo 4² y que repite de modo casi textual el artículo 5³ de la Constitución de 1999– según el cual “la Soberanía reside en el Pueblo”(valga observar que la norma del texto de 1999 además señala que esa soberanía que reside en el Pueblo lo hace de modo INTRANSFERIBLE). Y en razón de ello aquel tribunal sostuvo (la Sala Político Administrativa⁴ y el Pleno⁵ de la Corte Suprema de Justicia) que esa soberanía hacía del Pueblo el único poder constituyente originario y le permitía convocar a una Asamblea Nacional Constituyente (aún sin previsión constitucional expresa para ello), para lo cual, evidentemente, era necesario consultarle por la vía del referéndum.

Ninguno de esos fallos –por lamentables que ellos sean desde el punto de vista jurídico– limitan la necesidad de consultar al Pueblo al caso de que la Constitución no prevea el mecanismo de la Asamblea Nacional Constituyente, tal aserto es, de nuevo, enteramente falso.

La realidad es que conforme a la Constitución –y a los principios del constitucionalismo– cualquier asunto que requiera del Poder Constituyente o para el que se necesite o se invoque el Poder Constituyente, debe ser, por eso, sujeto a consulta popular (por vía electoral o de referéndum), pues requiere de la participación directa –no por medio de representantes– del Pueblo, que es el único depositario del Poder Constituyente originario.

² “Artículo 4.- **La soberanía reside en el pueblo**, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público.”

³ “Artículo 5.- **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.”

⁴ Sentencia de la SPA de la Corte Suprema de Justicia N° 17 del 19/01/1999 (Caso *Fundahumanos*); Sentencia de la SPA de la Corte Suprema de Justicia del 18/03/1999 (y su aclaratoria del 23/03/1999); Sentencia de la SPA de la Corte Suprema de Justicia del 13/04/1999 (Caso *Gerardo Blyde*)

⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 14/10/1999 con ponencia de Iván Rincón Urdaneta (y de la que salvan su voto los Magistrados Grisanti, Harting, La Roche, Rondon de Sanso y Ramírez Landaeta).

3. *Del argumento según el cual como los “otros mecanismos” de modificación de la Constitución no prevén la consulta al Pueblo para ponerse en marcha, tampoco se requiere para el caso de la Asamblea Nacional Constituyente*

Seguidamente la Sala se sirve de una suerte de argumento analógico, pero falsa o incorrectamente construido. Uno según el cual, la falta de previsión *expresa* de la consultar al Pueblo para poner en marcha a la Asamblea Nacional Constituyente es común a los mecanismos de Reforma y Enmienda. Ese argumento lo suma luego a otros –en una suerte de argumentación *por aluviones*– para concluir en la falta de necesidad de la consulta para convocar a la Asamblea Constituyente. El argumento –falaz– es del tenor siguiente:

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

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

Hay que aclarar que el argumento es doblemente falaz.

En primer lugar, porque no es cierto que la Constitución no se refiere a la necesidad de consultar al Pueblo el llamado a la Asamblea Nacional Constituyente. El artículo 347 textualmente dispone que “*El Pueblo de Venezuela (...) puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente*”. Además, la norma aclara que ese poder le corresponde única y exclusivamente a “El Pueblo de Venezuela” debido a que él es “el depositario del poder constituyente originario”. Y así, es cierto que la Constitución no dice textualmente que se tiene que consultar al Pueblo por vía de referéndum, pero dice que es el pueblo, y nadie más, el que tiene el poder de *convocar* a la Asamblea Nacional Constituyente.

Pero, además, dos normas (una de las cuales la Sala Constitucional evita leer) completan lo expresamente dicho por el artículo 347, y esas normas son el artículo 70 y el 71.

El artículo 70 textualmente dice que “*las iniciativas (...) constitucional y constituyente*” son un medio “*de participación y protagonismo del Pueblo en ejercicio de su soberanía*”. Luego el artículo 71 se refiere al referendo consultivo y establece que el mismo podrá llevarse a cabo para consultarle al Pueblo “*materias de especial trascendencia nacional*”. Es, además, interesante observar que –según la norma– le corresponde la “iniciativa” de consultar (i) al “*Presidente (...) de la República en Consejo de Ministros*”; (ii) a “*la Asamblea Nacional*” “*por acuerdo*” “*aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes*”; o (iii) a “*un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral*”.

Así, en contra de lo que afirma la Sala, la Constitución expresamente exige que sea el Pueblo quien convoca, y además la Constitución regula los mecanismos para esa convocatoria, y concretamente el referéndum consultivo, para cuya puesta en marcha le da la “iniciativa” a, entre otros, el Presidente.

En segundo lugar, si bien la Enmienda, la Reforma y la Asamblea Nacional Constituyente son “mecanismos” para modificar la Constitución, hay una diferencia orgánica entre los tres.

Los primeros dos se canalizan sin la necesidad de llamar o constituir un órgano extraordinario (tanto la enmienda como la reforma son puestos en marcha por órganos constituidos y

preexistentes, o de un número de electores, todos los cuales preexisten a la intención de modificar la Constitución y existen con propósitos distintos a la modificación constitucional), el tercero requiere de la convocatoria de un órgano extraordinario, que no existe y que solo se constituye cuando el Pueblo decide emprender ese especial método de modificación, y sólo con el propósito de participar en el proceso de modificación constitucional.

De modo que, si bien se trata de tres métodos de modificación constitucional, ocurre que solo el último de ellos (la Asamblea Nacional Constituyente) (i) se pone en manos de un órgano que normalmente no existe, y cuya existencia depende (por expreso mandato del artículo 347) de la voluntad del Pueblo y (ii) cuya función se limita exclusivamente a participar del proceso de modificación de la constitución, agotada la cual el mismo debe desaparecer.

Así, en contra de lo que pretende hacer ver la Sala, ni es cierto que las normas sobre la Asamblea Nacional Constituyente no requieran de la consulta para llamar a ese órgano, ni es cierto que el que no se requiera tal consulta para emprender los otros métodos de modificación determine que igualmente para este último no hace falta dicha consulta.

4. *Del argumento según el cual “el estado de excepción” hace innecesaria la consulta sobre la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente*

En otro argumento que expresa la decisión “para hacer bulto”, y que sin embargo no tiene sustento jurídico alguno, es aquel según el cual el que exista un *estado de emergencia* hace inviable la posible consulta a que se refiere el artículo 71, y permite o justifica no consultar al Pueblo la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente. El argumento se presenta en el fallo comentado de este modo:

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

Lo primero que hay que observar es que este argumento –que parece plantearse a manera de “excusa”– entra en contradicción con la línea argumental central del fallo. En efecto, si la consulta no es necesaria para dar inicio al proceso (entre otras cosas, según lo afirma la Sala, debido a que no está prevista para ninguno de los métodos de modificación constitucional), ¿porque decir que no se hace uso de la consulta *“en esta oportunidad, por tales circunstancias”* (las de la emergencia)?

Lo así dicho encierra la afirmación –contradictoria con la línea argumental del fallo– de que la consulta si es necesaria, pero que, la emergencia declarada, opera como un supuesto de excepción o habilitación para proceder sin la misma.

Pero más allá de la contradicción, el asunto es que lo así afirmado es enteramente falso.

En efecto, si se leen las normas sobre los Estados de Excepción (artículos 337, 338 y 339 de la Constitución) nada dice sobre esto, es decir, no hay allí norma alguna que permite entender que los Estados de Excepción habilitan al Presidente para no consultar al Poder Soberano (el Pueblo) la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

Y así, el argumento no sólo es contradictorio con lo que la Sentencia sostiene antes, es, además, carente de fundamento normativo, y de allí, inconstitucional.

5. *Del argumento según el cual existe una identidad entre el Pueblo (Soberano y titular del Poder Constituyente originario) y la Asamblea Nacional Constituyente, que hacen de esta última “soberana” y “Poder Constituyente”*

La Sala –a pesar del artículo 5 y el artículo 347– establece una relación de **identidad** entre el poder constituyente y la Asamblea Nacional Constituyente. La inconstitucional afirmación –y argumento en favor de sostener la no necesidad de consultar al Pueblo sobre la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente– la hace la Sala de este modo:

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

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

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

Como se observa la Sala afirma una relación de identidad entre el Poder Constituyente y la Asamblea Nacional Constituyente. Pero el caso es que esta asimilación resulta imposible desde la propia letra del artículo 347.

En efecto, comencemos por observar una obviedad, la Asamblea Nacional Constituyente no es “el Pueblo”. El Pueblo –al que no define la Constitución– es el componente humano del Estado, es la reunión de los ciudadanos (los nacionales titulares de derechos políticos).

El Pueblo es, conforme al artículo 5 de la Constitución, el único titular de la soberanía, quien la ejerce de modo directo por medio de los mecanismos de participación directa (pero directo es directo, no mediante representantes, directo es mediante la expresión de la opinión y el voto de cada integrante del cuerpo que compone el Pueblo) o indirecto a través de la actuación de los órganos o funcionarios elegidos (y entre los funcionarios *elegidos* se encuentran los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente).

La Asamblea Nacional tampoco es el Poder Constituyente. El depositario del Poder Constituyente, según lo dice el artículo 347, es el Pueblo, y en ejercicio de ese poder puede –entre otras cosas– convocar a una Asamblea Nacional Constituyente para que esta REDACTE un texto constitucional.

Ahora bien, si se observa lo que prescribe la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente no es el Poder Constituyente, ella es tan solo un órgano que resulta del ejercicio del poder constituyente por su titular (el Pueblo).

Se trata de un órgano con un propósito: reformar el estado y el ordenamiento; y una función, redactar un texto constitucional. La Asamblea Nacional Constituyente es un mecanismo parte del proceso para la reforma de la Constitución. Lo es pues está regulada en el Capítulo III, del Título IX, referido concretamente este título a la “Reforma Constitucional”.

La propia sentencia se hace eco de esta realidad cuando, al intentar hacer el argumento analógico antes referido, señala que la Asamblea Nacional Constituyente es, como la Enmienda y la Reforma, un mecanismo de modificación de la Constitución.

Así, la Asamblea Nacional Constituyente, ni es el Pueblo, ni es Soberana ni es Poder Constituyente. Es tan solo un órgano extraordinario constituido –conforme a las reglas de la Constitución– para redactar un texto constitucional y someterlo, luego, a la aprobación del Pueblo.

6. *Del argumento según el cual la soberanía se ejerce “directamente” a través del “Poder Popular”*

Más adelante, y en esta misma línea de confundir –indebida e inconstitucionalmente– al Pueblo con *órganos del Poder*, la Sala se refiere a los mecanismos de participación “directa” y afirma, sin base constitucional para ello –e incluso contradiciendo afirmaciones de un párrafo a otro– que es una modalidad de participación directa del Pueblo la actuación de los órganos “del Poder Popular”. Y eso lo dice, aún luego de leer y transcribir el artículo 70. Así la Sala textualmente señala:

“(…) En lo que atañe concretamente al artículo 347 constitucional, se advierte claramente el principio de la soberanía popular plasmado en el artículo 5 de los Principios Fundamentales (Título I) de la misma Constitución. En efecto, esta disposición, en su encabezamiento, pauta que la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley e, indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Eso significa que el titular (o depositario) de la soberanía es el Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela; pero en lo que concierne a su ejercicio (de la soberanía) es necesario distinguir el ejercicio directo (democracia directa), que en nuestro ordenamiento jurídico se manifiesta en los medios de participación y protagonismo contenidos en el artículo 70 de la Constitución y que fueron desarrollados fundamentalmente mediante las leyes del Poder Popular (...).

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

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

La Constitución de 1999 consagra el principio de la soberanía popular (...) Es decir, en la nueva Carta el Pueblo no solo es titular de la soberanía, sino que, además, puede ejercerlo directamente a través de los medios de participación contenidos en el artículo 70 eiusdem y las modalidades “referendarias” contempladas en los artículos 71, 72, 73 y 74 eiusdem.

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

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

Democracia participativa es democracia directa y sus expresiones son medios de participación y protagonismo del pueblo, no una representación del cuerpo electoral (democracia representativa).” (Énfasis añadido)

En este punto, es necesario hacer hincapié en el hecho que la Sala Constitucional erróneamente sostiene que la soberanía se ejerce *directamente* a través del “Poder Popular”, y que, por ende, ese poder popular “encarna” la democracia directa.

Y lo afirmado por la Sala es un error pues, de una parte, sucede que cuando la Constitución se refiere a la soberanía y su titular claramente señala que la misma reside de modo intransferible en el Pueblo, que la ejerce directamente por los mecanismos constitucionalmente previstos (pero que en todo caso involucran su participación directa) o *indirectamente mediante los órganos que elige por vía de sufragio*. Efectivamente el artículo 5 textualmente refiere:

“Artículo 5.- 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.”

Como se ve, nada dice la norma de los órganos del Poder Popular, y menos aún que las actuaciones de tales órganos impliquen una modalidad de ejercicio directo de la soberanía. De hecho, la redacción del artículo 5 de la Constitución permite sostener justamente lo contrario, esto es que la actuación de órganos elegidos por los ciudadanos encierra, en todo caso, un supuesto de representación o de ejercicio indirecto de la soberanía.

Por otra parte, la Constitución establece que es el mismo Pueblo, titular de la SOBERANÍA, el depositario del Poder Constituyente, y que en ejercicio de ese poder **es el único que puede** “convocar a una Asamblea Nacional Constituyente”. Textualmente el artículo 347, prescribe:

“(…) El Pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. 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 Constitución (…)”.

Ahora bien, el caso es que la convocatoria –en la que se involucra la totalidad del Pueblo– es un proceso cuyo inicio no está programado en la Constitución en una oportunidad predeterminada, la Asamblea será convocada cuando el Poder Constituyente (el pueblo) la convoque, y el asunto es entonces, ¿cómo se pone en marcha la convocatoria? La Respuesta a esa pregunta la da el artículo 348, a través de la iniciativa.

“Artículo 348.- La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrá tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.”

Así, la iniciativa es, procedimentalmente hablando, un antecedente de la convocatoria. La iniciativa de convocatoria es un acto diferente a la convocatoria. Tiene un contenido distinto y unos titulares distintos.

El texto de la Constitución no permite duda alguna sobre este asunto, su texto es claro y expreso.

Otro asunto es determinar el modo en cómo el titular del *poder de iniciativa* le plantea al titular del *poder de convocatoria* el asunto de si se convoca o no a una Asamblea Constituyente. Es allí donde está el *aparente* vacío: en la determinación del mecanismo de consulta.

La respuesta a la pregunta no está en los artículos 347 y 348 donde la buscó la Sala, pero sí está en la Constitución, primero, en el artículo 70, que dispone que las iniciativas constitucional y constituyente son medios de participación y protagonismo del pueblo, y luego en el artículo 71, que regula el referendo consultivo para los asuntos de trascendencia nacional.

Las normas mencionadas textualmente disponen:

“Artículo 70.- Son medios de participación y protagonismo del Pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativas, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.”

“Artículo 71.- Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral.

También podrán ser sometidas a referendo consultivo las materias de especial trascendencia parroquial, municipal y estatal. La iniciativa le corresponde a la Junta Parroquial, al Consejo Municipal y al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; al Alcalde o Alcaldesa, o al Gobernador o Gobernadora de Estado, o un número no menor del diez por ciento del total de inscritos e inscritas en la circunscripción correspondiente, que lo soliciten.”

Y es que, en definitiva, si es el Pueblo en el que reside intransferiblemente la Soberanía, y éste es el único depositario del Poder Constituyente, aunado al hecho que, la creación y redacción de un nuevo texto constitucional es palpablemente un asunto de “especial trascendencia nacional”, en insoslayable el hecho que es la voluntad del Pueblo la que debe consultarse, y no a otra, mediante los mecanismo que dispone la vigente Constitución de la República (como lo es el referendo consultivo), y así determinar si el Pueblo convoca o no a una Asamblea Nacional Constituyente cuyo único y exclusivo propósito es el de crear un nuevo ordenamiento jurídico, mediante la redacción de una Constitución.

7. *Del argumento según el cual el poder de “convocar” y la “iniciativa” se confunden y son una misma cosa*

La Sentencia concluye haciendo su interpretación según la cual no es necesario consultar al titular de la Soberanía y Poder Constituyente sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, ya que ese poder ha sido constitucionalmente delegado en los órganos a los que se reconoce la facultad de iniciativa.

La conclusión del fallo, para nada sorprendente (luego de leer la argumentación que le precede), se expresa así:

“El artículo 347, (...) debemos necesariamente articularlo con el artículo 348, ambos del texto constitucional. En efecto, el Pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario y, en tal condición, y como titular de la soberanía, le corresponde la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Pero la iniciativa para convocarla le corresponde, por regla general, a los órganos del Poder Público (el Presidente o Presidenta

de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; y los Concejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos) quienes ejercen indirectamente y por vía de representación la soberanía popular. La única excepción de iniciativa popular de convocatoria es la del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.

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

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

Al concluir, el fallo incurre en una última y muy grave asimilación, la hace de manera inadvertida, afirma ahora que el procedimiento para llamar a la Asamblea Nacional Constituyente se ve satisfecho cuando el órgano que tiene la “iniciativa” la “convoca”.

Pero esta asimilación es, de nuevo, incorrecta.

En efecto de una parte tenemos que el titular del poder de convocatoria es EL PUEBLO y los titulares de la iniciativa son una serie de órganos del Poder Público o un grupo de electores. Y así, se trata de facultades o poderes que pertenecen a “sujetos” distintos, de modo que no es posible confundirlos. Además, procedimentalmente hablando, la iniciativa constituye un acto previo a la convocatoria.

La realidad es que el método de modificación constitucional que supone la Asamblea Nacional Constituyente se diferencia de los otros dos –entre otros– debido justamente a que en éste se requiere siempre de la consulta previa al único titular del poder de convocar, el Pueblo. Solo el Pueblo –y el 347 es claro en esto– convoca, pero esa voluntad de convocar solo se revela o manifiesta cuando al Pueblo se le consulta sobre ella, y la Constitución le da ese poder de consultar a los unos órganos determinados, esa es la facultad o poder de iniciativa.

CONCLUSIONES

Como hemos visto, los criterios y argumentos con los que la Sala funda su interpretación son, todos ellos, contrarios a expresas disposiciones constitucionales. Y así, la conclusión que arriba con fundamento en esos argumentos se aparta, igualmente, de lo que prescribe la Constitución.

Y esto lo decimos pues leyendo la Constitución solo podemos concluir, **en contra de lo que la Sentencia comentada sostiene**, que:

(i) el poder de “convocar a la Asamblea Nacional Constituyente” y el poder de “iniciativa” son facultades distintas tanto por el órgano a que están atribuidas como por su contenido, e incluso, por su momento en el *iter* que compone el proceso de modificación constitucional llevado por la Asamblea Nacional Constituyente;

(ii) el Pueblo ejerce directamente la soberanía por los mecanismos que superen una consulta a todos los integrantes del cuerpo electoral y que la ejerce indirectamente cuando quienes actúan son órganos que lo representan, y que han sido previamente elegidos, sin importar si esos órganos son ordinarios o extraordinarios, y;

(iii) es solo el pueblo, titular de la soberanía y depositario del poder constituyente, quien puede decidir convocar o no una Asamblea Nacional Constituyente para redactar un proyecto de Constitución que luego, ese mismo pueblo, decidirá o no si aprueba.