

MUERTE DE UNA CONSTITUCIÓN

(Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, núm. 17, del 19 de enero de 1999) (*)

ALESSANDRO PACE

1. El 6 de diciembre de 1998 Hugo Chávez Frías, de cuarenta y cuatro años, *ex* Teniente Coronel de los paracaidistas y autor del fallido golpe militar del 4 de febrero de 1992, es elegido Presidente de la República de Venezuela con el 56 por 100 de los sufragios, basándose en un programa en el que se comprometía a aumentar inmediatamente el poder adquisitivo de las masas populares con los recursos derivados de la lucha contra la corrupción y contra la evasión fiscal (en efecto, el 80 por 100 de los venezolanos vive claramente en condiciones críticas de indigencia). Antes aún de entrar en el ejercicio de sus funciones, el Presidente electo anuncia su intención de convocar lo más pronto posible un referéndum consultivo para la institución de una Asamblea Constituyente.

El 19 de enero, con dos Sentencias (las números 17 y 18) dictadas en el ejercicio de la atribución de interpretación de las leyes ordinarias, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con origen en recursos planteados por asociaciones privadas, interviene en el encendido debate abierto entre los partidos políticos y en la opinión pública a propósito del procedimiento a seguir para poder convocar una Asamblea Constituyente: bien a través de un referéndum consultivo, o con arreglo a una reforma de la Constitución vigente. Fundándose en una discutible (y extensiva) interpretación de los artículos 4 y 50 de la Constitución, y no —como hubiera debido hacer— en la interpretación únicamente del artículo 181 de la Ley Orgánica so-

(*) Traducción del italiano de Carlos Ortega Santiago, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Valladolid.

bre el Sufragio y sobre la Participación Política (LOSPP), la Corte hace suya la tesis sostenida por Chávez y establece, en consecuencia, la plena legitimidad constitucional de la convocatoria del referido referéndum, no obstante la vigencia de la Constitución de 1961 y aún cuando ésta prevea, en su artículo 246, un procedimiento específico para su reforma total (diferente del previsto para proceder a modificaciones puntuales).

El 2 de febrero de 1999 el Teniente Coronel Chávez, al asumir oficialmente el cargo de Presidente de la República de Venezuela, pronuncia las siguientes palabras: «Juro delante de Dios, juro delante de la Patria, juro delante de mi pueblo, que sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la República nueva tenga una Carta Magna adecuada a los nuevos tiempos. Lo juro.» El mismo día el Presidente Chávez firma el Decreto de convocatoria del Referéndum sobre la Asamblea Constituyente, que contiene dos preguntas dirigidas a los ciudadanos: 1) «¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?»; 2) «¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?».

Sin embargo, la segunda de estas dos preguntas (aceptadas mientras tanto por el Consejo Nacional Electoral a través de una decisión autónoma y, como tal, impugnada judicialmente) es anulada por la misma Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, con Sentencia núm. 271, de 18 de marzo de 1999, a partir del recurso de un ciudadano elector. Esta segunda pregunta, al ratificar implícitamente la confianza en el Presidente Chávez, tendría para la Corte un ilegítimo valor plebiscitario y no un valor meramente consultivo; valor este último que había sido considerado conforme con el artículo 181 LOSPP por la propia Corte, en la referida Sentencia núm. 17 de 1999 (1). En consecuencia, el Consejo Nacional Electoral reformula como sigue la segunda pregunta: «¿Está usted de acuerdo con las bases propuestas por el Ejecutivo Nacional para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, examinadas y modificadas parcialmente por el Consejo Nacional Electoral en sesión de fecha 24 de

(1) Previamente, con la Sentencia del 4 de marzo de 1999, la misma Sala había rechazado un recurso para la anulación de la misma pregunta, basado en idénticos motivos pero dirigido directamente contra el Decreto presidencial y, como tal, inadmisibile. Dicha decisión —como, por lo demás, los otros datos recogidos en esta primera parte del Comentario—, se puede encontrar en Internet en el URL <http://www.analitica.com/bitbllo/constituyente.htm>.

marzo de 1999, y publicadas en su texto íntegro en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, núm. 36.669 de fecha 25 de marzo de 1999?».

El 25 de abril de 1999, con la abstención de más del 60 por 100 de los electores, la «convocatoria» de la Asamblea Constituyente logra un resultado positivo, merced también a la referida normativa para la elección de la Asamblea Constituyente predispuesta por el Consejo Nacional Electoral (las llamadas *bases del proceso comicial* que Chávez habría querido definir de forma autónoma, recuérdese la formulación originaria de la segunda pregunta). En efecto, dicha normativa prescribe que, para la validez de la decisión adoptada en el referéndum, es suficiente la mayoría relativa de los votos, cualquiera que sea el resultado.

El resultado fue, pues, el siguiente: de 3.983.302 votantes (las abstenciones ascienden a 6.543.062 electores, equivalente al 62 por 100), los «síes» a la primera pregunta son 3.500.746, igual al 92,36 por 100, mientras los «síes» a la segunda pregunta son 3.259.812, igual al 86,43 por 100. La intención de Chávez de «tumar la Constitución de 1961» se encuentra ya a un paso de realizarse (2).

2. La Sentencia que se comenta es la primera de las dos decisiones del 19 de enero de 1999 (y también la más importante, ya que la segunda confirma en la práctica la primera), con la cual —como ya se ha indicado— la Corte Suprema venezolana ha considerado legítimo instituir una Asamblea Constituyente a través de un referéndum popular consultivo, no obstante la vigencia de la Constitución de 1961, y a pesar de que esta Constitución prevea un procedimiento especial para su reforma total.

La Sentencia deja mucho que desear, tanto en la coherencia de su argumentación, como en su claridad conceptual. Sin embargo, debe prestarse atención a esta Sentencia y reflexionarse detenidamente sobre la misma, tanto por la importancia práctica que ha tenido en Venezuela —al legitimar dicha decisión, con toda la autoridad que le es propia, una decisión política bastante discutible desde el punto de vista jurídico—; como por la relevancia teórica de los problemas afrontados por la misma, esto es, la posibilidad de identificar al poder constituyente con la soberanía constitucionalmente reconocida al pueblo; además de individuar, entre los derechos constitucionales implícitamente atribuidos a la persona humana, el derecho de los ciudadanos a participar en el referéndum para ser consultados acerca de la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Pero no sólo. La Sentencia es importante también por los pro-

(2) Según los críticos del nuevo Presidente, el diseño político de Chávez sería el de concentrar en sus manos los tres poderes del Estado, para poder hacer frente a la profunda crisis económica y social venezolana. Véase la crónica de J. J. AZNÁREZ, en el periódico *El País* de 25 de abril de 1999, pág. 12.

blemas subyacentes, aun cuando no se afronten explícitamente, y que se refieren: a la naturaleza (jurídica o fáctica) del poder constituyente, cuando éste se ejercita de forma pacífica; y a la naturaleza (constituyente o constituida) del poder general (o total) de reforma.

Sin embargo, antes de continuar es necesario subrayar que la situación político-institucional venezolana era, y es, bastante compleja, y que sería un error considerar a la Corte Suprema alineada a favor del Presidente Chávez. Aún más, las modalidades de nombramiento de sus jueces (elegidos por las Cámaras en sesión conjunta: art. 214 de la Constitución) podría acreditar más bien, desde un punto de vista «periodístico», la opinión contraria (3). Como quiera que sea, la violenta polémica surgida a principios de abril entre el Presidente Chávez, que negaba «autoridad legítima y moral» a la Corte Suprema, y esta última que, por toda respuesta, ha declarado oficialmente, en reunión plenaria, su «exigencia» para que el «ciudadano Presidente de la República Hugo Chávez Frías, cese en su actitud irrespetuosa y hostil contra la Corte Suprema de Justicia, a la cual le corresponde como función primordial preservar el Estado de Derecho» (4), despoja de cualquier fundamento a la tesis —que sólo un lector superficial podría deducir de las Sentencias números 17 y 18 de 1999— según la cual, con la decisión que se comenta, la Corte Suprema habría pretendido favorecer al Presidente Chávez. Y, precisamente, la independencia de la Corte Suprema respecto del Presidente constituye un elemento importante de reflexión que se deriva de los sucesos venezolanos, de los que emerge la existencia no de un movimiento unitario dirigido a la instauración de un nuevo orden constitucional, contrastado por un movimiento unitario opuesto, sino la existencia de una multiplicidad de posiciones, algunas contrarias a la instauración de una nueva Constitución, otras sin embargo favorables, pero divididas entre sí por diferentes estrategias acerca de las modalidades para instituir la Asamblea Constituyente. Lo que no es diferente de lo que sucede en ciertas situaciones excepcionales (y en concreto, no es diverso de lo que sucedió después de la II Guerra Mundial en Francia y en Italia y, más recientemente, en España), pero que, precisamente por eso, ha de hacer reflexionar de modo crítico, una vez más, sobre la validez conceptual de *apriorísticas* identificaciones subjetivas del titular del llamado poder constituyente (5).

(3) Véase de nuevo la referida crónica publicada en *El País* del 25 de abril de 1999.

(4) El texto del Comunicado oficial de la Corte Suprema puede leerse íntegramente consultando el servidor *Web* de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en el URL <http://www.csj.gov.ve>.

(5) Con tal locución pretendo referirme aquí, como he hecho en escritos precedentes (publicados ahora en *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padua,

Una segunda premisa —necesaria, a la vez que bastante obvia— es que, en el examen de la Sentencia y de los acontecimientos institucionales venezolanos, no hay que dejarse condicionar por la simpatía hacia la «Constitución moribunda» o por el aclamado «bolivarismo» del Presidente Chávez. Por tanto, sin tomar partido por una o por otro, me limitaré a verificar la corrección jurídica de las argumentaciones planteadas como fundamento de la Sentencia comentada.

3. Los pasajes fundamentales de la sentencia son los siguientes:

Primer problema. La competencia interpretativa de la Corte Suprema de Justicia. Para comenzar, la Corte afronta el problema de su competencia para pronunciarse sobre la interpretación del artículo 181 de la citada LOSPP (6), y

1997, págs. 59 y sigs., 105 y sigs., a los que se añade «Processi costituenti italiani 1996-1997», ahora en *Studi in onore di L. Elia*, tomo II, Giuffrè, Milán, 1999, págs. 1127 y sigs.), al poder *de hecho* encaminado a la instauración —pacífica si es posible, pero, si fuera el caso, también violenta— de una nueva Constitución. Pero que se trate de efectivo poder constituyente se sabrá, por regla geneal, sólo *ex post*, es decir, sólo después de que la «nueva» Constitución haya sido no sólo aprobada, sino también legitimada por el consenso popular (en este sentido, véase también M. LUCIANO: «L'antisovrano e la crisi delle costituzioni», en *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, pág. 154): Dicho poder es ejercido por líderes individuales carismáticos, por el monarca, por las facciones o por movimientos políticos, para «orientar la historia, pero al mismo tiempo detenerla, para imprimir al futuro la fisonomía de hoy, eternizándola» (así, con agudeza, M. DOGLIANI: *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1994, pág. 66); y, por eso, moviéndose *en contraposición* con el orden constitucional precedente, o bien *en ausencia* del mismo (piénsese en los acontecimientos constitucionales alemanes y japoneses de la II posguerra), pero siempre en consonancia con el ordenamiento estatal precedente, cuya continuidad no está condicionada por eventuales modificaciones constitucionales [sobre la cuestión, por todos, V. CRISAFULLI: «La continuità dello Stato» (1964), ahora en ID.: *Stato, popolo, governo*, Giuffrè, Milán, 1985, págs. 3 y sigs., 35 y sigs. Sin embargo, la identificación del poder constituyente (de hecho) únicamente con el poder instaurador violento y, al mismo tiempo, la falta de percepción de que el ordenamiento jurídico no decae con el cambio de la Constitución del Estado, es lo que ha llevado a R. CARRÉ DE MALBERG: *Contribution a la théorie générale de l'État*, tomo II, Sirey, París, 1922, págs. 495 y 497 y sigs., a considerar —erróneamente— que cada cambio constitucional, incluso cuando es total, debe operar «según las reglas determinadas por la Constitución que pretende modificar». Distingue correctamente el poder constituyente *de la Constitución*, del poder constituyente original *del Estado* (y, por tanto, considera irrelevantes las modificaciones constitucionales para la continuidad del ordenamiento jurídico), J. L. REQUEJO PAGÉS: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEC, Madrid, 1998, págs. 57 y sigs., 101 y sigs.; quien, sin embargo, en sentido diverso a la opinión compartida aquí, considera que el poder constituyente *de la Constitución* está condicionado jurídicamente por los precedentes constitucionales positivos del propio Estado).

(6) El artículo 181 de la LOSPP dispone: «El Presidente de la República en Consejo de Ministros, el Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras,

lo resuelve positivamente a la luz de la interpretación conjunta del artículo 42, apartado 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ) —que atribuye a la Corte, precisamente, la competencia para «conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos por la ley»—, con el artículo 234 de la LOSPP, que admite a su vez el recurso de interpretación en materia de referendos consultivos. Y aquí asistimos al primer salto lógico de la Sentencia comentada. Después de haber afirmado que «el recurso se prevé exclusivamente para determinar el alcance y el significado de los actos legislativos», la Corte, contradiciéndose, extiende su jurisdicción de interpretación a la propia Constitución venezolana (refiriéndose primero al art. 4 y después al art. 50); y lo hace poniendo de manifiesto que la doctrina más acreditada considerada superada ya la interpretación de la ley «efectuada de manera subsuntiva y aislada», debiendo el intérprete, incluso si su atención se dirige en concreto a una ley, tener en cuenta el ordenamiento jurídico «como combinación de principios, valores y métodos, en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del Derecho». Lo que puede compartirse en términos generales, pero no cuando la competencia interpretativa del órgano judicial se refiere *exclusivamente* a los actos legislativos. En ese caso el magistrado, en el ejercicio de dicha atribución, deberá tomar en consideración más bien los principios y los valores constitucionales con el objeto de interpretar correctamente la norma legislativa ordinaria, pero no podrá avanzar hasta el punto de ampliar el contenido propio de su competencia interpretativa, extendiéndola hasta incluir *directamente* las normas constitucionales. Y, por otra parte, la misma estudiosa española citada explícitamente por la Corte con tal fin, no deja de afirmar que «la interpretación no puede ir más allá de los límites definidos en el sistema de fuentes, alterándolo» (7).

Segundo problema. ¿Supremacía de la Constitución o primacía de la soberanía popular? ¿La Constitución, como norma suprema y fundamental, puede prever y organizar sus propios procesos de transformación y de modificación, o ha de considerarse que corresponde siempre «al pueblo soberano», como ti-

convocada con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación a la fecha de su realización, por el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los miembros presentes; o un número no menor del diez por ciento (10%) de aquellos electores inscritos en el Registro Electoral, tendrán la iniciativa para convocar la celebración de un referendo, con el objetivo de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional. La celebración de los referendos en materias de interés propio de los Estados y Municipios, se regirá por lo establecido en las normas que los rigen, respectivamente.»

(7) M. L. BALAGUER CALLEJÓN: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 115.

tular del poder constituyente, realizar y aprobar cualquier modificación constitucional? Bien visto, esta pregunta —que la Corte se plantea de forma dramática (si fuese correcta la primera hipótesis, sin duda se salvaguardaría la supremacía de la Constitución, pero el principio democrático pasaría a ser pura retórica; sin embargo, si fuese correcta la segunda hipótesis, se preservaría la soberanía popular, pero la supremacía constitucional resultaría perjudicada irremediablemente)—, plantea una falsa alternativa.

La primera inexactitud se encuentra en lo siguiente: Que —en sentido diverso a lo que sostiene la Corte— poder constituyente y soberanía popular reconocida en la Constitución (*legal sovereignty* en el léxico de I. W. Jennings) (8), no se identifican. El primero es un poder de hecho e ilimitado; la segunda —en cuanto reconocida por la Constitución— se descompone en poderes jurídicos y en derechos funcionales, ambos esencialmente limitados (9). En efecto, los límites del poder constituyente son meros límites de oportunidad (autolímites políticos) que el sujeto que pretende ejercitar tal poder (no obstante, si lo ha ejercido en realidad se sabrá, por regla general, ¡sólo *ex post!*) no puede dejar de respetar, si pretende que su proyecto constituyente pueda transformarse en realidad efectiva a través de la sucesiva legitimación popular de la Constitución. Por contra, los límites al ejercicio de la soberanía (jurídica) popular, derivan de la Constitución en cuanto suprema norma organizativa de todos los poderes públicos, como se establece explícitamente (y de modo realista), por ejemplo, en el artículo 1, apartado 2 de la Constitución italiana, en el artículo 20, apartado 2 de la Ley Fundamental alemana y en el artículo 4 de la propia Constitución venezolana. La autorizada afirmación según la cual «en el Estado constitucional no existe un soberano» (10), significa precisamente que la soberanía jurídica, en el Estado constitucional, no corresponde en exclusiva a ningún sujeto u órgano, sino que está parcelada y distribuida a través de las funciones públicas y de los derechos funcionales, ambos intrínsecamente limitados.

(8) I. W. JENNINGS: *The Law and the Constitution* (5.ª ed.), University of London, Londres, págs. 144 y sigs.

(9) Acerca del carácter limitado de la soberanía jurídica, véase también M. LUCIANI: «L'antisovrano e la crisi delle costituzioni», *op. cit.*, págs. 136 y sigs., quien, entre otras cosas, recuerda la certera afirmación de H. KELSEN: *Il problema della sovranità (Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre, 1920)*, trad. it. A. Carrino, Giuffrè, Milán, 1989, pág. 65, para quien «El Estado (...) según su esencia más profunda, es en sí mismo ordenamiento, límite y limitación. Un Estado sin límites e ilimitable sería ordenamiento sin orden, límite no limitado».

(10) M. KRIELE: *Einführung in die Staatslehre*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1994, págs. 121 y sigs.

La segunda inexactitud se encuentra en la afirmación de la pretendida existencia de un poder constituyente del pueblo. La concreta experiencia histórica nos muestra que el poder constituyente ha sido ejercido siempre por el monarca, por un líder carismático y/o por facciones y por movimientos políticos; nunca por el pueblo, que ha desarrollado *siempre* otra función —no menos importante, pero esencialmente diversa—: la de *legitimar* la Constitución, o rechazarla, no sólo en el momento de la ratificación (cuando ésta se encuentre prevista), sino también en las primeras e inciertas fases de aplicación de la «nueva» Constitución, siempre y cuando la efectividad de ésta no se confunda una vez más con la efectividad del ordenamiento jurídico en su conjunto (11). Debe advertirse, sin embargo, que lo que se ha de considerar en la legitimación no es la soberanía *jurídica*, sino la soberanía popular *de hecho* (*political sovereignty* en el ya referido léxico de I. W. Jennings), como tal no disciplinada y en ningún caso disciplinable por el Derecho.

Todavía en relación con el segundo problema. La solución de la Corte venezolana. Siendo irresoluble, desde un punto de vista lógico, la cuestión que se plantea la Corte (encaminada a encontrar una solución al caso concreto garantizando, a un tiempo, la supremacía jurídica de la Constitución y la primacía jurídica de la soberanía popular), la Corte Suprema resuelve dicha cuestión... habilitándose una «vía de escape» en el ámbito del derecho positivo, a costa de no pocas «invenciones» interpretativas y torsiones lógicas.

Aun cuando la propia Corte admita que, «según los criterios interpretativos tradicionales considerados válidos», el artículo 4 de la Constitución venezolana consagra «exclusivamente el principio de la representación popular», en cuanto establece que «la soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del Poder Público», la Corte abandona esta interpretación absolutamente correcta. Sobreponiendo su propia voluntad a la del Constituyente de 1961, la Corte opina que un sistema participativo «consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente, quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce. De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación».

En otras palabras, olvidando haber admitido poco antes que ésta no es la

(11) La referencia obligada ha de ser a las espléndidas páginas de C. ESPOSITO: «La consuetudine costituzionale», ahora en ID.: *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Giuffrè, Milán, 1992, págs. 306 y sigs.

decisión adoptada positivamente por el artículo 4 de la Constitución venezolana, la Corte se contradice y, partiendo del artículo 50 de dicha Constitución («La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos»), colma tal supuesta laguna... excluyendo que exista una laguna. En consecuencia, afirma que «el referéndum previsto en la LOSPP es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución». Y concluye, «... la interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la LOSPP, respecto del alcance del referéndum consultivo que consagra, en cuanto se refiere al caso concreto objeto del recurso que encabeza las presentes actuaciones, es que: a través del mismo puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional distinto a los expresamente excluidos por la propia LOSPP en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente».

Sin embargo, es evidente que para llegar a tal conclusión la Corte, en primer lugar, ha desatendido —al haberla admitido, precisamente, en la propia Sentencia— la única interpretación considerada válida tradicionalmente del artículo 4 de la Constitución venezolana; en segundo lugar, ha considerado posible un ejercicio directo de poderes «soberanos», prohibido explícitamente por dicha norma; y, por último, ha aplicado al ejercicio de poderes «soberanos» o, como quiera que sea, al ejercicio privado de una función pública (esto es, ¡al referéndum con fines institucionales!), una norma como la del artículo 50 de la Constitución venezolana, que tiene su única razón de ser en la referencia exclusiva a las libertades civiles «inherentes a la persona humana» (cfr. la análoga IX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos).

Pero no son éstas las únicas críticas. Así, afirmar que el artículo 4 de la Constitución venezolana permite el ejercicio popular directo de la soberanía (que la Corte identifica con el poder constituyente), ¿no significa consentir, quizá, «un llamamiento al pueblo contra la Constitución vigente» (12), colocando así a la Constitución en contraste consigo misma? ¿Cómo es posible, como hace la Corte, negar exactamente —por un lado— que el poder constituyente esté previsto en las normas sobre la revisión constitucional (arts. 245 a 249 de la Constitución venezolana), porque es característico de «su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario, no ser regulado por

(12) M. DOGLIANI: «Potere costituente e potere costituito», en *Alternative*, núm. 4, 1996, pág. 66.

normas jurídicas»; y, por otro lado, sostener contradictoriamente que el desempeño efectivo de dicho poder constituyente esté atribuido directamente al pueblo por el artículo 4 de la Constitución de este país? Por último, ¿cómo se hace para sostener que los mecanismos jurídicos de la participación (propios de la soberanía popular) garantizarían «la supremacía de la Constitución», cuando estos mismos mecanismos se evocan con el objeto preciso de «tumbar» la propia Constitución?

4. No obstante, más allá de todas las perplejidades referidas con anterioridad, la Sentencia suscita también algunas reflexiones «en positivo». En efecto, no se debe olvidar cuanto se refiere en las alegaciones de los recurrentes y a lo que la Corte no responde. Es decir, que el desacuerdo político-institucional en Venezuela, en el momento de la decisión comentada, no era tanto entre los defensores de la Asamblea Constituyente y los detractores de la misma, sino entre los defensores de la institución de la Asamblea Constituyente a través de un referéndum y los defensores de su creación a través de una revisión constitucional adoptada por las dos Cámaras (una solución, ésta, no menos ilegítima que la otra).

Mas si esto es cierto, se comprende políticamente (aunque no se justifica jurídicamente) por qué la Corte no rechazó la tesis favorable a la institución de la Asamblea Constituyente a través de un referéndum consultivo, sirviéndose del argumento —absolutamente correcto— según el cual el artículo 246 de la Constitución venezolana, al prever la posibilidad de la revisión constitucional total, indicaría el camino que se habría de recorrer para modificar también radicalmente la Constitución de 1961, pero dentro del marco del ordenamiento constitucional instaurado por la misma. Con toda probabilidad no existían, en aquel momento, espacios «políticos» para una interpretación constitucionalmente correcta de este tipo; y también con toda probabilidad, la Corte no quería arriesgar «deslegitimarse» en un conflicto político-institucional que la habría situado en oposición tanto con los defensores de la creación mediante referéndum de la Asamblea Constituyente, como con los defensores de su institución a través de la revisión constitucional.

Pero, ¿por qué defender la institución de una Asamblea Constituyente y no cultivar, sin embargo, la vía de la reforma constitucional total prevista en el artículo 246 de la Constitución venezolana? La respuesta está en que la previsión constitucional de un procedimiento para la reforma total no equivale a la evocación del poder constituyente (13). En efecto, mientras aquel procedimiento

(13) Véase, en ese sentido, mi *Potere costituente...*, cit., pág. 114, nota 39.

presupone, de cualquier modo, la existencia de límites procedimentales (una propuesta parlamentaria, un debate parlamentario o, cuando menos, el respeto de determinadas reglas procedimentales); el poder constituyente, como ya se ha recordado, es por definición ilimitado, y la Asamblea constituyente representa quizás el único caso, históricamente verificable, de un sujeto dotado *a priori* de poder constituyente. Lo cual, si por una parte excluye que sea posible equiparar apriorísticamente el poder constituyente con el poder total de reforma constitucional —como es el poder previsto, por ejemplo, en el artículo 168 de la Constitución española— (14); por otra parte, podría explicar la amplísima convergencia de la opinión pública venezolana en favor de la institución de una Asamblea Constituyente, aunque dicha opinión se encuentre dividida internamente entre la vía del referéndum y la vía parlamentaria. Así, la gravedad de la crisis económica y social se convierte en el pretexto para sancionar, de todas formas, la muerte de la Constitución de 1961; y la Corte suprema diseña para sí, en este cuadro, una posición autónoma: favorable, sí, a la hipótesis del referéndum, pero contraria a la utilización plebiscitaria de este instrumento de democracia directa. En otras palabras, una posición alejada prudentemente de la «aventurera» posición del Presidente Chávez.

5. Una última observación. A pesar de las opiniones contrarias muy autorizadas (15), es indudable que la instauración de un nuevo ordenamiento constitucional en contraste con la Constitución vigente siempre es ilegal, aunque se lleve a efecto de forma pacífica. La diferencia es que, mientras la instauración violenta, si fracasa, es sancionada penalmente, el intento fallido de instauración pacífica puede quedar a veces sin sanción. Lo que es cierto, sin duda, por lo que se refiere al intento de instaurar un nuevo ordenamiento constitucional mediante un proceso de revisión constitucional inválido por motivos de forma o de sustancia —en ese caso, al menos en Italia, los parlamentarios invocarían la inviolabilidad parlamentaria *ex* artículo 68, apartado 1 de la Constitución italiana (16); y los ciudadanos privados invocarían, por su parte, la atenuante de la obediencia a la Ley constitucional—. Sin embargo, algo más dudoso es que eso pueda acontecer cuando el intento se llevare a efecto mediante leyes ordinarias en contraposición con la Constitución vigente: en ese caso, dejando de lado la inviolabilidad parlamentaria, aquéllos que hubieren cumplido dichas

(14) En ese sentido, véase P. DE VEGA: *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 228 y sigs.; y en sentido contrario, M. ARAGÓN REYES: *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 35 y sigs.

(15) R. CARRÉ DE MALBERG: *Contribution...*, cit., tomo II, págs. 497 y sigs.

(16) Véase mi «Processi costituenti italiani 1996-1997», *op. cit.*, pág. 1146.

leyes podrían quedar exentos —a lo máximo— de la responsabilidad penal, al haber obedecido leyes formalmente existentes aunque inválidas; pero no de responsabilidad civil y administrativa, después de que dichas leyes fueren declaradas inconstitucionales. Sin embargo, en relación con la responsabilidad penal, civil y administrativa, es menos discutible la hipótesis del intento fallido de instauración no violenta de una nueva Constitución que se hubiera servido sólo de actos del Gobierno, aun con fuerza de Ley, para dar paso al nuevo ordenamiento constitucional. De la adopción de un Decreto-Ley no convertido, y aún más si ha sido dictado en contraposición con la Constitución, no se derivan efectos atenuantes respecto de los comportamientos disciplinados por dicha norma (17). Y lo dicho es válido *a fortiori* en la hipótesis examinada aquí, del intento ilegal de instauración de una nueva Constitución.

Trasladando ahora lo que se ha recordado hasta el momento a los sucesos venezolanos, se ha de partir necesariamente de la lectura del artículo 250 de la Constitución de este país, según el cual: «Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia» (párrafo 1.º). «Serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas de conformidad con ellas, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior, y así mismo los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdos aprobados por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado» (párrafo segundo).

No cabe duda, después de todo lo que se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, que la institución de una Asamblea Constituyente, al menos si se lleva a efecto mediante referéndum, representa una manifiesta vulneración de la Constitución venezolana de 1961. En sentido similar, es indudable que el artículo 250 citado con anterioridad, considera nulas las modificaciones de la Constitución no respetuosas con los procedimientos previstos. De lo que se deriva que los intentos pacíficos de instauración de una nueva Constitución son considerados del mismo modo que los violentos: ambos son ilegales.

(17) Cfr. la Sentencia de la *Corte costituzionale* italiana núm. 51, de 22 de febrero de 1985, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, I, págs. 248 y sigs.

Por eso es evidente, desde esta perspectiva, la grave responsabilidad «histórica» que ha asumido la Corte Suprema venezolana con la decisión que se comenta. Si es verdad que el intento de instauración pacífica pasa a través del respeto (aun meramente formal) de las normas constitucionales vigentes previamente, así como a través de la utilización de las «instituciones» y de los «lugares» típicos del régimen precedente —y ello con el fin de facilitar la legitimación popular del futuro orden constitucional» (18); se debe concluir que, sin la intervención autorizada de la Corte Suprema, el Presidente Chávez, en el juramento prestado en el momento de asumir el cargo, no habría osado hablar nunca de *Constitución moribunda* (5 de julio de 1999) (*).

(18) En este sentido, véase una vez más *Potere costituente...*, cit., págs. 146 y sigs.

(*) *Apostilla* (traducida por BENITO ALAEZ CORRAL, Universidad de Oviedo) (10 de agosto 1999): La larga «agonía» de la Constitución de 1961 ha concluido prácticamente el 5 de agosto de 1999 con el anuncio de la «muerte» de la IV República venezolana, proclamada por el Presidente Chávez ante la Asamblea Nacional Constituyente elegida el 25 de julio precedente, en la cual los seguidores del Presidente Chávez —partidarios del Frente Patriótico— habían obtenido 120 escaños sobre 131, aun con la abstención del 52,9 por 100 de los electores. Inmediatamente después del anuncio de los resultados electorales, Chávez había sostenido que la Asamblea, denominada por él mismo «la Soberanísima», al asumir la dirección política del país, podría disolver tanto el Congreso como la Corte Suprema, ambos cada vez más críticos, en los últimos tiempos, con las tendencias autoritarias del nuevo Presidente (vid. *El País* del 27, 28 y 29 de julio de 1999). De ahí la firme (pero tardía) oposición de la Presidenta de la Corte Suprema, Cecilia Sosa, que subrayaba públicamente que «los constituyentes no están por encima de la ley» y que, por tanto, deberán respetar la Constitución vigente (*sic!*) hasta que el pueblo venezolano haya aprobado la futura Constitución en referéndum. Por toda respuesta, el Presidente de la Asamblea Constituyente, Luis Miquilena, proclamaba en la sesión constitutiva de la Asamblea (8 de agosto de 1999) el carácter «originario» de la misma, con la consiguiente ausencia de límites legales a su propio poder de decisión. Comunicaba, además, que a partir del día siguiente, la Asamblea se reuniría en la sede oficial del Congreso, dejaba «libre» en el interin por los parlamentarios todavía en el cargo, y ya no en la sede de la Universidad Central de Venezuela (*El País*, 4 de agosto de 1999). En la sesión del 5 de agosto intervenía el Presidente Chávez que, como ya se ha dicho, declaraba «muerta» la IV República y ponía su cargo a disposición de la Asamblea, para simbolizar el poder absoluto de la misma. En llamativo contraste con semejantes manifestaciones de pleitesía, Chávez (rápidamente confirmado Presidente de Venezuela por la Asamblea Constituyente el 9 de agosto) trazaba ante ésta las líneas fundamentales de la nueva Carta constitucional, según un esquema elaborado por él mismo (*El País*, 6 de agosto de 1999), que los constituyentes deberán aprobar en los próximos tres meses —según lo decidido por Chávez— y no dentro de seis meses, como estaba previsto inicialmente en la ley.

