



Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina
Nº 1 - Año 1 - setiembre, Lima 2005

Doctrina constitucional comparada

- ❑ ALESSANDRO PACE:
«Muerte de una Constitución»
- ❑ ALFONSO CELOTTO:
«El control sobre la reforma
constitucional en Italia»

Muerte de una Constitución*

ALESSANDRO PACE

Profesor ordinario de Derecho Constitucional
Universidad de la Sapienza - Roma

1.- El 6 de diciembre de 1998 Hugo Chávez Frías, de 44 años, ex-teniente coronel de paracaidistas y autor del fallido golpe de estado del 4 de febrero de 1992, es elegido Presidente de la República de Venezuela con el 56% de los votos, sobre la base de un programa electoral en el que proponía aumentar de forma inmediata el poder adquisitivo de la masa popular con los recursos derivados de la lucha contra la corrupción y el fraude fiscal (el 80% de los venezolanos vive, en efecto, en evidentes condiciones de extrema pobreza). Aun antes de iniciar el ejercicio de sus funciones, el Presidente electo anuncia su intención de convocar lo antes posible un referéndum consultivo sobre la formación de una Asamblea Constituyente.

El 19 de enero de 1999, la sección político-administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con dos sentencia (nº 17 y 18) dictadas en el ejercicio de su competencia de interpretación de las leyes ordinarias, a raíz de dos recursos interpuestos por asociaciones privadas, interviene en el encendido debate suscitado entre los partidos políticos y en el seno de la opinión pública, en relación con el procedimiento a seguir para poder convocar una Asamblea Constituyente: si ha de ser por el trámite de un referéndum consultivo o a partir de una reforma de la Constitución vigente. Basándose en una discutible (y también extensiva) interpretación de los artículos 4 y 50 de la Constitución y no -como debería haber sido- en la interpretación sólo del Art. 181 de la Ley Orgánica sobre el Sufragio y la Participación Política (LOSPP), la Corte hace suya la tesis sostenida por Chávez y establece, por tanto, la plena legitimidad constitucional de la convocatoria de un referéndum de tales características, no obstante la vigencia de la Constitución de 1961, y a pesar de que ésta prevea en su Art. 246 un procedimiento específico para su reforma total (distinto de aquel previsto para sus modificaciones puntuales).

El 2 de febrero de 1999, el teniente coronel Chávez, al tomar posesión de su cargo como Presidente de la República de Venezuela, pronuncia las

* Traducción realizada por el Prof. Dr. Benito Aláez Corral, Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

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*». Ese mismo día, el Presidente Chávez firma el decreto de convocatoria del referéndum sobre la Asamblea Constituyente, que incluía dos preguntas formuladas a cada uno de los ciudadanos: 1ª) «: ¿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?»; 2ª) «¿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?».

La segunda de las cuestiones formuladas (hecha suya en el ínterin por el Consejo Nacional Electoral mediante una decisión autónoma, impugnada como tal judicialmente), fue, sin embargo, anulada por la misma sección político-administrativa de la Corte Suprema, en sentencia n° 271 de 18 de marzo de 1999, a raíz de un recurso presentado por un elector. Esta segunda pregunta, que implícitamente ratificaba la confianza en el Presidente Chávez, tenía para la Corte un valor plebiscitario ilícito y no meramente consultivo, como, sin embargo, se desprendía del Art. 181 LOSPP, acorde con la citada sentencia n° 17 de 1999¹. Consecuentemente, el Consejo Nacional Electoral reformula la segunda de las cuestiones, como sigue: «¿Está Usted de acuerdo con las bases propuestas por el Ejecutivo Nacional para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, examinadas y parcialmente modificadas por el Consejo Nacional Electoral en su sesión de 24 de marzo de 1999, íntegramente publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela n° 36.669 de 25 de marzo de 1999?».

El 25 de abril de 1999, con la abstención de más del 60% de los electores, la «convocatoria» de la Asamblea Constituyente obtiene un resultado positivo, gracias, también, a las mencionadas normas para la elección de la Asamblea Constituyente, preconfiguradas por el Consejo Electoral Nacional (las llamadas bases comiciales que Chávez había querido determinar autónomamente: véase la originaria formulación de la segunda pregunta). Esta

1. Anteriormente, con la sentencia del 4 de marzo de 1999, la misma sección había desestimado un recurso que pretendía la anulación de esta misma cuestión, sobre la base de los mismos requisitos pero dirigido directamente contra el decreto presidencial, por lo que era, como tal, inadmisibile. Esta decisión, así como el resto de los datos referidos en esta primera parte del comentario, es posible hallarlos en Internet en el URL <http://www.analitica.com/constituyente>

normativa prescribe, ciertamente, que a los fines de la validez de la consulta referendaria es suficiente la mayoría relativa de los votos, sea cual sea el resultado.

El resultado, pues, es el siguiente: sobre 3.983.302 votantes (las abstenciones suman 6.543.062 electores, el equivalente al 62%), el «sí» a la primera cuestión lo dieron 3.500.746 electores, el equivalente al 92, 36%, mientras el «sí» a la segunda cuestión lo dieron 3.259.812 electores, el equivalente al 86, 43%. La intención de Chávez de «tumbar la Constitución de 1961» está ahora ya a un paso de su realización².

2.- La sentencia que aquí se comenta es la primera de las dos decisiones de 19 de enero de 1999 (y también la más importante, dado que la segunda es prácticamente confirmación de la primera), con la cual la Corte Suprema venezolana, como ya se ha señalado, ha considerado legítimo instituir una Asamblea Constituyente mediante un referéndum popular consultivo, a pesar de la vigencia de la Constitución de 1961, y aunque esta Constitución prevea un procedimiento especial para su reforma total.

La sentencia deja mucho que desear tanto en su coherencia argumentativa como en su claridad conceptual; a pesar de ello, está siendo objeto de atención y reflexión, sea por la importancia práctica que ha tenido en Venezuela -tal decisión ha legitimado con toda su autoridad una decisión política muy discutible desde el punto de vista jurídico-, sea por la relevancia teórica de los problemas por ella afrontados, esto es, la posibilidad de identificar el poder constituyente con la soberanía constitucionalmente reconocida al pueblo, además de singularizar entre los derechos constitucionales implícitamente atribuidos a la persona humana el derecho de los ciudadanos a participar en un referéndum, para ser consultados sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Pero no sólo por esto. La sentencia también es importante por los problemas que se someten a la misma, aunque no los afronte explícitamente, y que implican: la naturaleza (jurídica o fáctica) del poder constituyente cuando éste se ejerce de forma pacífica; y la naturaleza (constituyente o constituida) del poder general (o total) de reforma.

Antes de ir más allá, se debe, sin embargo, subrayar que la situación político-institucional venezolana era, y es, muy compleja, y que sería un error considerar que la Corte Suprema se ha alineado apriorísticamente en favor del Presidente Chávez. Más bien la forma de nombramiento de sus jueces

2. Según los críticos del nuevo Presidente, el diseño político de Chávez sería aquél consistente en concentrar en sus manos los tres poderes del Estado, para poder afrontar la profunda crisis económica y social venezolana. Véase la carta de J. J. Aznárez en el diario español *El País* de 25 de abril de 1999, 12.

(elegidos por las dos Cámaras en una sesión conjunta: Art. 214 de la Constitución) podría demostrar desde un punto de vista «periodístico», en todo caso, la opinión contraria³. Sea como sea, la violenta polémica surgida a primeros de abril entre el Presidente Chávez, que negaba «autoridad legítima y moral» a la Corte Suprema, y esta última, que, como única respuesta, ha declarado oficialmente en sesión plenaria exigir 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 que corresponde como función primordial preservar el Estado de Derecho⁴, priva de todo fundamento a la tesis -que sólo un lector superficial podría deducir de las sentencias n° 17 y 18 de 1999- según la cual, con la decisión aquí comentada, la Corte Suprema habría intentado favorecer al Presidente Chávez. Y, ciertamente, la independencia de la Corte Suprema respecto del Presidente constituye un elemento importante de reflexión que surge de las vicisitudes venezolanas, de las que emerge la existencia no de un movimiento unitario dirigido a la instauración de un nuevo orden constitucional contrario a otro movimiento unitario opuesto, sino de una multiplicidad de posiciones, algunas contrarias a la instauración de una nueva Constitución, otras, sin embargo, favorables, pero diferenciadas entre sí, por la diversa estrategia en cuanto a la modalidad de establecimiento de la Asamblea Constituyente. Lo cual no es distinto de lo que ocurre, en general, en tales situaciones quebradizas (en particular, no es distinto de los que aconteció en la posguerra en Francia y en Italia y, más recientemente, en España), pero, precisamente por ello, debe servir para reflejar críticamente, una vez más, la validez conceptual de *apriorísticas* identificaciones subjetivas del titular del denominado poder constituyente⁵.

Una segunda premisa -aunque debería ser muy obvia- es que, en el examen de la sentencia y de las vicisitudes institucionales venezolanas, uno no se debe dejar condicionar por la simpatía hacia la «constitución moribunda» o por el aclamado «bolivarismo» del Presidente Chávez. Sin tomar partido por uno o por otro, nos limitaremos, por tanto, a verificar la corrección jurídica

3. Véase, incluso, la carta antes mencionada, publicada en *El País* de 25 de abril de 1999.
4. El texto del comunicado oficial de la Corte Suprema de Justicia puede leerse íntegramente el sitio Web de la Corte Suprema de Justicia venezolana, en el URL <http://www.csj.gov.ve>.
5. Con tal locución, trato de referirme aquí, como ya he hecho en escritos precedentes (publicados por segunda vez en *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997, pág. 59 y ss., 105 y ss., a los que se añade *Processi costituenti italiani 1996-1997*, también publicado en *Studi in onore di L. Elia*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1999, pág. 1127 ss.), al poder *de hecho* tendente a la instauración -pacífica si es posible, pero también violenta, si fuera el caso- de una

de las argumentaciones colocadas como fundamento de la sentencia aquí comentada.

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

Primer problema. La competencia interpretativa de la Corte Suprema de Justicia. La Corte afronta, ante todo, el problema de su propia competencia para pronunciarse sobre la interpretación del art. 181 de la mencionada LOSPP⁶, y lo resuelve positivamente a la luz de la combinación de lo dispuesto en el art. 42.24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ) - el cual atribuye precisamente a la Corte la competencia para «conocer del recurso de interpretación y (para) resolver las cuestiones que se plantean acerca del alcance y significado de los actos legislativos en los casos previstos por la Ley»- con lo dispuesto en el art. 234 de la LOSPP, el cual, a su vez, admite el recurso de interpretación en materia de referéndum consultivo. Y

nueva Constitución. Sin embargo, que se trata de un efectivo poder constituyente, en general, se sabrá sólo *ex post*, es decir, después de que la «nueva» Constitución haya sido no sólo aprobada sino también legitimada por el consenso popular (en este sentido véase también M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, en *Riv. Dir. Cost.* 1996, pág. 154): tal poder es ejercitado por concretos líderes carismáticos, por el monarca, por grupos o por movimientos políticos, a fin de «orientar la historia, pero al mismo tiempo pararla, para imprimir al futuro la fisonomía del hoy, eternizándola» (así, muy perspicazmente, M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, pág. 66), y, por ello, moviéndose *en contraste* con el orden constitucional precedente, o *en ausencia* de éste, pero siempre bajo la presencia del anterior ordenamiento estatal, cuya continuidad no se halla condicionada por eventuales modificaciones constitucionales [sobre este punto, véase por todos, V. Crisafulli, *La continuità dello Stato*, (1964), también publicado en *Idem, Stato, popolo, governo*, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 3 y ss., 35 y ss. La identificación del poder constituyente (de hecho) sólo con el poder de instauración violento y, al mismo tiempo, la no percepción de que el ordenamiento jurídico no desaparece con la mutación de la Constitución del Estado, es lo que, sin embargo, ha inducido a R. Carré de Malberg, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, Tome II, Sirey, Paris, 1922, pág. 495, 497 ss., a considerar, erróneamente, que todo cambio constitucional, incluso aunque sea total, debe llevarse a cabo «según las reglas establecidas por la Constitución que se intenta modificar». J. L. Requejo Pagés, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, Madrid, 1998, pág. 57 ss. y 101 ss. distingue, exactamente, el poder constituyente *de la Constitución*, del originario poder constituyente *del Estado* (y, por ello, considera las modificaciones constitucionales irrelevantes para la continuidad del ordenamiento jurídico), pero, a diferencia de cuanto aquí se comparte, considera que el poder constituyente *de la Constitución* está jurídicamente condicionado por las Constituciones positivas precedentes del mismo Estado].

6. El art. 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, 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 transcendencia nacional.

con ello, asistimos al primer salto lógico de la sentencia aquí comentada. Después de haber replicado que «el recurso ha sido previsto exclusivamente para determinar el alcance y significado de los actos legislativos, en los casos previstos en la Ley», la Corte, contradiciéndose, extiende su jurisdicción interpretativa a la propia Constitución venezolana (con referencia primero al art. 4 y después al art. 50), y lo hace, observando que la doctrina más autorizada considera ya superada la interpretación de la ley «realizada de manera sustantiva y aislada», debiendo el intérprete, aunque su atención se concentre en la concreta ley de que se trate, tener en cuenta «el ordenamiento jurídico como combinación de principios, valores y métodos dirigidos a integrar los textos legales en el proceso de aplicación del derecho». Esto se puede compartir con carácter general, pero no cuando la competencia interpretativa del órgano jurisdiccional se halla reducida *exclusivamente* a los actos legislativos. En tal caso, el magistrado, en el ejercicio de esta competencia, deberá tener en cuenta los principios y valores constitucionales con el fin de interpretar correctamente la norma legislativa ordinaria, pero no podrá extenderse hasta el punto de ampliar el contenido mismo de su competencia interpretativa, llevándola a abarcar *directamente* las mismas normas constitucionales. Por lo demás, la misma estudiosa española, expresamente citada por la Corte a tal efecto, no ha dudado en afirmar que «la interpretación no puede ir más allá de los límites definidos en el sistema de fuentes, alterándolos»⁷.

Segundo problema. ¿Supremacía de la Constitución o primacía de la soberanía popular? ¿Puede la Constitución, como norma suprema fundamental, prever y organizar los propios procesos de su transformación y modificación o debe considerarse que siempre pertenece al «pueblo soberano», en tanto titular del poder constituyente, el llevar a cabo y aprobar cualquier modificación constitucional? Esta cuestión -que la Corte expone de forma dramática (si fuese cierta la primera tesis, se vería salvaguardada la supremacía constitucional, pero el principio democrático se habría convertido en retórica vacía; sin embargo, si fuese cierta la segunda tesis, se vería preservada la soberanía popular, pero se perjudicaría irremediablemente la supremacía constitucional)-, correctamente vista, plantea una falsa alternativa.

La primera inexactitud reside en que -al contrario de lo que opina la Corte- poder constituyente y soberanía popular, reconocida en la Constitu-

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.

ción («*legal sovereignty*» en el léxico de I.W. Jennings⁸), no se identifican. El primero es un poder de hecho e ilimitado; la segunda -en tanto reconocida por la Constitución- se plasma en poderes jurídicos y en derechos funcionales, ambos esencialmente limitados⁹. En efecto, los límites del poder constituyente son meros límites de oportunidad (autolímites políticos) que el sujeto que pretenda ejercitar tal poder (si ya lo hubiese ejercitado sólo se sabrá, en general, *ex post*) no puede sino respetar, siempre que quiera que su proyecto constituyente se convierta en una realidad efectiva mediante la sucesiva legitimación popular de la Constitución. Por el contrario, los límites de ejercicio de la soberanía (jurídica) popular proceden de la Constitución, en tanto norma suprema organizadora de todos los poderes públicos, tal y como explícitamente (y también de forma realista) ha establecido, por ejemplo, el art. 1.2 de la Const. italiana, el art. 20.2 de la Ley Fundamental de Bonn y el art. 4 de la misma Constitución venezolana. La autorizada afirmación, conforme a la cual «en el Estado constitucional no hay soberano»¹⁰, significa, precisamente, que la soberanía jurídica no corresponde en el Estado constitucional a ningún sujeto u órgano, sino que se encuentra dividida y distribuida en forma de funciones públicas y de derechos funcionales, todos ellos intrínsecamente limitados.

La segunda inexactitud se encuentra en la afirmación de la pretendida existencia de un poder constituyente del pueblo. La experiencia histórica concreta muestra que el poder constituyente ha sido siempre ejercido por el monarca, por un líder carismático y/o por facciones y movimientos políticos; pero no por el pueblo, el cual, sin embargo, *siempre* ha desempeñado otra función -no menos importante, pero esencialmente diversa-: aquélla de *legitimar* o rechazar la Constitución, no sólo en el trámite de su ratificación (cuando ésta ha sido prevista), sino también en las primeras fases inciertas de aplicación de la «nueva» Constitución, cuando la efectividad de ésta no se confunde ya con la efectividad del ordenamiento jurídico en su

8. I. W. Jennings, *The Law and the Constitution*⁵, Univ. of London, London, pág. 144 ss.
9. Sobre el carácter limitado de la soberanía jurídica, véase también M. Luciani, *L'antisovrano*, ob. cit., pág. 136 ss., que, entre otras cosas, recuerda la exacta afirmación de H. Kelsen, *Il problema della sovranità* (*Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, 1920), traducción italiana de A. Carrino, Giuffrè, Milano, 1989, pág. 65, según el cual, «el Estado (...)», conforme a su esencia más profunda, es en sí mismo un ordenamiento, límite y limitación. Un Estado sin límites e ilimitable sería un ordenamiento sin orden, un límite no limitado».
10. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1994, pág. 121 ss., etc...

conjunto¹¹. Advuértase, sin embargo, que lo que se tiene en cuenta en la legitimación no es la soberanía *jurídica*, sino la soberanía popular *de hecho* («*political sovereignty*» en el ya mencionado léxico de I. W. Jennings), que, como tal, no está disciplinada ni es disciplinable por el derecho.

De nuevo sobre el segundo problema. La solución de derecho positivo de la Corte venezolana. Siendo irresoluble, desde un punto de vista lógico, la cuestión por ella misma planteada (tendente a encontrar una solución al caso concreto que garantice a un tiempo la supremacía jurídica de la Constitución y la primacía jurídica de la soberanía popular), la Corte suprema la resuelve abriendo una «vía de escape» en el plano del derecho positivo, a costa de no pocas «invenciones» interpretativas y requiebros lógicos.

Aunque ella misma admita que «conforme a los criterios interpretativos tradicionalmente considerados válidos», el art. 4 de la Const. venezolana, cuando establece que «La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del poder público», se refiere «exclusivamente al principio de la representación popular», la Corte se aparta de esta interpretación absolutamente correcta. Superponiendo su propia voluntad a la del constituyente de 1961, 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, olvidándose de haber admitido poco antes que ésta no es la opción positivamente adoptada por el art. 4 de la Const. venezolana, la Corte se contradice y, apelando al art. 50 de esta Const. («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 la pretendida laguna...excluyendo que la misma exista. Consecuentemente, afirma que «el referéndum previsto por la LOSPP es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo fundamento se encuentra en el art. 50 de la

11. Son de obligada referencia las espléndidas páginas de C. Esposito, *La consuetudine costituzionale* (1962), publicado también en Idem, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 306 ss.

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 cómo, para llegar a tal conclusión, la Corte, en primer lugar, ha desatendido -por su misma admisión- la única interpretación tradicionalmente considerada válida del Art. 4 de la Const. venezolana; en segundo lugar, ha considerado posible un ejercicio directo de poderes «soberanos» expresamente prohibidos por aquella norma; y, finalmente, ha aplicado al ejercicio de los poderes «soberanos» o, si se quiere, al ejercicio privado de una función pública (iesto es, al *referéndum* con finalidad institucional!) una norma, como el art. 50 de la Const. venezolana, que tiene su exclusiva razón de ser en únicamente en la referencia a las libertades civiles «inherentes a la persona humana» (véase la analogía con la enmienda IX de la Const. de los EE.UU.).

Pero las críticas no sólo son éstas. ¿Afirmar que el art. 4 de la Const. venezolana consienta el ejercicio popular directo de la soberanía (que la Corte identifica con el poder constituyente), no significa, acaso, consentir «un llamamiento al pueblo contra la Constitución vigente»¹², poniendo así a la Constitución en una irremediable contradicción consigo misma? ¿Cómo es posible, de un lado, negar exactamente que el poder constituyente se encuentre previsto en las normas sobre reforma constitucional (arts. 245-249 de la Const. venezolana), puesto que es característico de «su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario no estar regulado por normas jurídicas», y, de otro, sostener contradictoriamente que el ejercicio práctico de tal poder constituyente haya sido atribuido al pueblo por el art. 4 de la Const. venezolana? Finalmente, ¿cómo se puede sostener que los mecanismos jurídicos de la participación (propios de la soberanía popular) garantizarán «la supremacía de la Constitución» cuando estos mismos mecanismos son llamados a la tarea de «tumbar» a la Constitución misma?

4.- La sentencia, más allá de todas las perplejidades puestas de relieve más arriba, también suscita, sin embargo, algunas reflexiones «en positivo». En efecto, no se debe olvidar todo lo que fue dicho por los recurrentes en sus

12. M. Dogliani, *Potere costituente e potere costituito*, en *Alternative*, n° 4, 1996, pág. 66.

argumentaciones de partida y que no fue contestado por la Corte. Es decir, que la confrontación político-institucional en Venezuela, en el momento de la decisión aquí comentada, no se daba tanto entre los que apoyaban una Asamblea Constituyente y los que se oponían a ella, sino entre los que apoyaban el establecimiento de una Asamblea Constituyente por el trámite de un *referéndum* y los que apoyaban su establecimiento por el trámite de una revisión constitucional deliberada en ambas Cámaras (una solución ésta no menos ilegítima que la otra).

Pero si esto es verdad, se comprende políticamente (aunque no se justifique jurídicamente) por qué la Corte no rechazó la tesis favorable al establecimiento de una Asamblea constituyente por el trámite de un *referéndum* consultivo, aduciendo el argumento, absolutamente correcto, de que el art. 246 de la Const. venezolana, al prever la posibilidad de una reforma constitucional total, indicaría el camino a recorrer para modificar, incluso radicalmente, la Constitución venezolana de 1961, en el ámbito del ordenamiento constitucional por ella establecido. Con toda probabilidad, no había en aquel momento espacio «político» para tal interpretación constitucionalmente correcta; y la Corte tampoco quería, con igual probabilidad, arriesgarse a «deslegitimarse» en un conflicto político-institucional que la habría colocado en contradicción bien con los que apoyaban el establecimiento referendario de la Asamblea Constituyente, bien con los que apoyaban su establecimiento por el trámite de la reforma constitucional.

No obstante, ¿por qué apoyar el establecimiento de una Asamblea Constituyente y no desarrollar, a la inversa, la vía de la reforma constitucional total, prevista en el Art. 246 de la Const. venezolana? La respuesta se encuentra en que la previsión de un procedimiento de reforma total no equivale a evocar al poder constituyente¹³. En efecto, mientras aquel procedimiento presupone, en todo caso, la existencia de límites procedimentales (una propuesta parlamentaria, un debate parlamentario, o, cuando menos, el respeto de algunas reglas procedimentales), el poder constituyente, como se ha recordado, es por definición ilimitado y la Asamblea Constituyente representa, quizás, el único caso, comprobable históricamente, de un sujeto dotado *a priori* de poder constituyente. Esto, si, de un lado, excluye que sea posible individualizar apriorísticamente al poder constituyente en el ejercicio del poder de reforma constitucional total -como, por ejemplo, aquel previsto por el Art. 168 de la Const. española¹⁴-, de otro lado, podría explicar la ampli-

13. En este sentido, véase mi *Potere costituente*, ob. cit., pág. 114, nota 39.

14. En este sentido, véase P. de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del*

ma convergencia de la opinión pública venezolana en favor del establecimiento de una Asamblea Constituyente, aunque estuviera dividida en su interior entre la vía referendaria y la vía parlamentaria. La gravedad de la crisis económica y social se convierte así, en el pretexto para sancionar, como quiera que sea, la muerte de la Constitución de 1961, y la Corte Suprema se reserva en este marco una posición autónoma: favorable, sí, a la hipótesis referendaria, pero contraria al uso plebiscitario de este instrumento de democracia directa. En otras palabras, una posición prudentemente distanciada de aquella «aventurera» del Presidente Chávez.

5.- Una última observación. A pesar de opiniones contrarias muy autorizadas¹⁵, no hay duda de que la instauración de un nuevo ordenamiento constitucional contrario a la Constitución vigente sea siempre ilegal, aun cuando es llevada a cabo de forma pacífica. La diferencia es que, mientras la instauración violenta, en caso de fracasar, se encuentra penalmente sancionada, el intento fallido de una instauración pacífica puede, alguna que otra vez, estar carente de cualquier sanción. Esto es seguramente cierto en lo que se refiere al intento de instaurar un nuevo orden constitucional mediante un procedimiento de reforma constitucional inválido por razones formales o materiales -en tal caso, al menos en Italia, los parlamentarios invocarán, ciertamente, la inmunidad *ex art. 68.1 Const. it.*¹⁶, y los ciudadanos particulares, a su vez, invocarán la eximente de la obediencia a la ley constitucional-. Sin embargo, es un poco más dudoso que esto pueda suceder cuando la tentativa haya sido realizada mediante una ley ordinaria contraria a la Constitución vigente: en tal caso, aún subsistiendo la inmunidad parlamentaria, aquellos que hubiesen ejecutado tales leyes podrían, todo lo más, eximirse de responsabilidad penal por haber obedecido leyes formalmente existentes aunque inválidas; pero no de responsabilidad civil y administrativa, después de que tales leyes hubieran sido declaradas inconstitucionales. Menos discutible, a los fines de la responsabilidad penal, civil y administrativa, es, sin embargo, la hipótesis del intento fallido de instauración no violenta de una nueva Constitución, el cual hubiese utilizado, como aval para el paso al nuevo ordenamiento constitucional, actos de gobierno con fuerza de ley. De la adopción de un decreto-ley no convertido, y tanto más si ha sido emanado en oposición a la Constitución,

poder constituyente, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 228 ss.; en contra, M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 35 ss.

15. R. Carré de Malberg, *Contribution*, ob. cit., Tome II, pág. 497 ss.

16. Véase mi *Processi costituenti italiani*, ob. cit., pág. 1146.

no se deducen efectos eximentes para los comportamientos por él disciplinados¹⁷. Y esto vale también *a fortiori* en la hipótesis, aquí examinada, de la tentativa ilegal de instauración de una nueva Constitución.

Trasladando cuanto se ha recordado hasta aquí a las circunstancias venezolanas, se debe partir de la lectura del Art. 250 de la Const. venezolana, conforme al 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 1º). Serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y asimismo 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 acuerdo aprobado 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 2º)».

No hay duda, después de todo lo que se ha puesto de relieve en las páginas precedentes, de que el establecimiento de una Asamblea Constituyente, aun cuando se realiza a través de un *referéndum*, representa una clara violación de la Constitución venezolana de 1961. Igualmente indubitado es que el art. 250, mencionado hace un momento, considera nulas las modificaciones de la Constitución que no respeten los procedimientos previstos. De lo que sigue, que los intentos pacíficos de establecer una nueva Constitución son tratados con el mismo rasero que aquellos otros violentos: ambos son ilegales. Por ello, es evidente, bajo este aspecto, la grave responsabilidad «histórica» que la Corte Suprema venezolana ha asumido con la decisión aquí comentada. Si es cierto que el intento de instauración pacífica pasa por el respeto (aunque meramente formal) de las normas constitucionales anteriormente vigentes, así como de la utilización de las «instituciones» y «lugares» típicos del régimen precedente -y ello con el fin de alcanzar la legitimación popular del futuro orden constitucional¹⁸-, se debe concluir que, sin la autorizada intervención de la Corte Suprema, el Presidente Chávez, no habría osado hablar de «Cons-

17. Cfr. Corte Costituzionale, Sentencia de 22 de febrero de 1985, nº 51, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, I, pág. 248 y ss.

18. En este sentido, véase de nuevo *Potere costituyente*, ob. cit., pág. 146 y ss.

titución moribunda», en el juramento prestado en el momento de la toma de posesión de su cargo*.

(5 de julio de 1999)

* *Apostilla* (10 de agosto de 1999). La larga «agonía» de la Constitución de 1961 prácticamente había concluido 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 anterior, en la cual los seguidores del Presidente Chávez -unidos en el *Polo Patriótico*- obtuvieron 120 de 131 escaños, si bien con una abstención del 52,9 por ciento de los electores. Inmediatamente después del anuncio de los resultados electorales, Chávez sostuvo que la Asamblea, por él denominada «la Soberanisima», al asumir la dirección política del país, podía disolver tanto al Congreso como a la Corte Suprema, ambos siempre muy críticos en los últimos tiempos con las tendencias autoritarias del nuevo presidente (véase *El país* de los días 27, 28 y 29 de julio de 1999). De aquí la firme (aunque tardía) oposición de la presidenta de la Corte Suprema, Cecilia Sosa, la cual subrayaba públicamente que «los constituyentes no están por encima de la ley» y que, por tanto, éstos debían respetar la Constitución vigente (sic!), hasta que el pueblo venezolano no haya aprobado la nueva Constitución en referéndum. El presidente de la Asamblea Constituyente, Luis Miquilena, en el acto de toma de posesión de la Asamblea (el 3 de agosto de 1999), proclamaba, por única respuesta, el carácter «originario» de la misma, con la consiguiente ausencia de límites legales a su propio poder de decisión. Comunicaba, también, que a partir del día siguiente, la Asamblea estaría reunida en la sede oficial del Congreso, «liberada» entre tanto de los parlamentarios que se hallaban aún en sus cargos, y ya no en la sede de la Universidad Central de Venezuela (*El país* del 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 ésta. En estridente contraste con tal manifestación de homenaje, Chávez (rápidamente confirmado como presidente de Venezuela por parte de la Asamblea Constituyente el 9 de agosto), trazaba ante ésta las líneas fundamentales de la nueva Carta Constitucional, según un esquema elaborado por él (*El país* del 6 de agosto de 1999), que los constituyentes deberán aprobar dentro de los próximos tres meses -como ha decidido Chávez- y no dentro de seis meses como inicialmente había sido previsto por Ley.

