

Sobre la constitución, la constituyente y otros menesteres

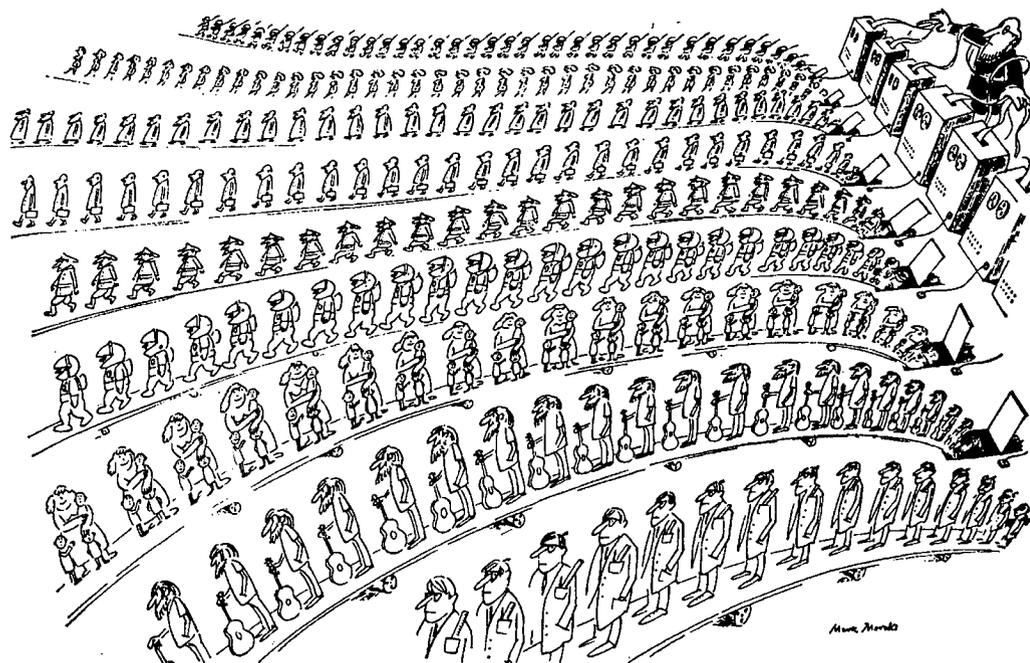
Pero ocurre que, al reducir la realidad política a pura facticidad no se tiene en cuenta que frecuentemente el comportamiento político responde a ciertas normas o reglas, tanto culturales como jurídicas, de forma que todo intento de explicar o, incluso, meramente describir el funcionamiento de un sistema político establecido, prescindiendo de la idea de normatividad, resulta insatisfactorio. Gran parte de las regularidades de comportamiento que ocurren en el interior del Estado, no son una pura regularidad fáctica, sino son expresión de una normatividad, es decir de una conducta en conformidad con ciertas normas o reglas, que aunque puedan ser distintas de las expresamente formuladas de la constitución escrita (constitución de papel), no dejan por esto de ser exigibles y obligatorias, y dan lugar, en caso de ser infringidas, a verdaderas sanciones jurídicas. Y si bien es evidente que el Estado no puede ser analizado mediante categorías puramente jurídicas, no lo es menos -y en esto debemos dar la razón a Kelsen- que todo intento de definir o explicar el Estado o la Constitución, sin hacer referencia a categorías jurídicas, conduce a un simple juego de palabras y a la sus-

titución de términos y conceptos jurídicos consagrados, por otros no jurídicos, sin tener en cuenta que aquéllos han sido categorías centrales desarrolladas por el Derecho Público durante siglos y que es insensato ignorar. Por consiguiente voy a utilizar en lo que sigue el término tradicional constitución, pero con un significado distinto al que normalmente tiene en el enfoque jurídico-formal tradicional¹

Si consideramos al Estado como un sistema para la toma de decisiones colectivas, obligatorias para el conjunto de la sociedad, en él se pueden distinguir analíticamente al menos dos niveles de funcionamiento. Por un lado, el nivel constitucional, en el que se establecen las reglas básicas del orden político, en virtud de las cuales se tomarán las decisiones colectivas obligatorias; y, por otro lado, el nivel operacional, en el que el gobierno, de acuerdo a esas reglas, toma dichas decisiones. De modo que el establecimiento de la constitución es un acto político de la más alta jerarquía: es una metadecisión, es decir, una decisión acerca de la forma de tomar decisiones colectivas².

Por tanto, un análisis adecuado del funcionamiento de cualquier gobierno debe comprender esos dos niveles. Está,

...a menos que el Estado democrático esté acompañado de formas de gobierno también democrático, que permitan al pueblo controlar efectivamente a los gobernantes a través de las elecciones, desplazándoles del poder cuando su conducta sea insatisfactoria, el poder último que se atribuye al pueblo no pasa de ser una ilusión...



por un lado, el análisis de la constitución, que versa sobre el origen y el contenido de las reglas fundamentales en las que se establece la forma de gobierno y los límites de su actuación; y está, por otro lado, el análisis de decisiones obligatorias que toma dicho gobierno para el conjunto de la sociedad.

LA CONSTITUCIÓN EFECTIVA

El análisis constitucional ocupa hoy en día un papel muy destacado, en todo el mundo, debido a los problemas constitucionales que tienen que ver con lo que Huntington ha llamado la "tercera ola" de democratización³ y con el interés por proveer a los países que participan en ella, instituciones de gobierno que aseguren el éxito del proceso y la posterior consolidación de la democracia. Ello explica que la gran mayoría de tal literatura tenga una orientación de ingeniería constitucional. También en Venezuela se había observado en los últimos años una revitalización del análisis constitucional, impulsada por los proyectos de reforma del Estado y de la Constitución de 1961. Pero hoy, el tema

que ocupa (con razón) la primera plana de todos los periódicos es la discusión sobre la Asamblea Constituyente propuesta por el candidato a presidente que, según las encuestas, goza del mayor respaldo entre los electores. Y creo que merece la pena aclarar algunas cuestiones muy elementales sobre esta materia.

En el sentido más general de este término, se puede entender por constitución el conjunto de normas fundamentales del orden político de un Estado que regula, como mínimo, las siguientes cuestiones:

- (i) La estructura especializada (gobierno) que estará encargada de tomar decisiones obligatorias para el conjunto de la sociedad, y la forma de seleccionar a sus titulares;
- (ii) Los requisitos formales y sustantivos que deben cumplir esas decisiones para poder ser consideradas obligatorias. Lo cual comprende, tanto los procedimientos para la toma de decisiones, como los límites materiales de las mismas, incluyendo el señalamiento de ciertas materias que no pueden ser objeto de decisiones colectivas obligatorias. También puede incluir criterios generales acerca del contenido positivo de las decisiones; y

(iii) Normalmente incluye, también, los procedimientos que deben seguirse para modificar válidamente las propias reglas constitucionales.

La constitución así entendida equivale a las "reglas de juego" básicas que rigen efectivamente la vida política, pero no coincide necesariamente con la constitución jurídico-formal, recogida en un texto escrito, pues una constitución, en el sentido que estamos examinando (que es distinta a la constitución de papel), supone la existencia de un amplio consenso social acerca de la validez y obligatoriedad de esas reglas. Es este consenso el que permitirá al gobierno contar con el apoyo moral y/o material, necesario para poder movilizar con éxito el conjunto de recursos sociales y colectivos que se requieran para hacer efectivas sus decisiones.

LA OBEEDIENCIA A LA CONSTITUCIÓN

El funcionamiento efectivo de cualquier tipo de gobierno supone, como mínimo, la obediencia de sus decisiones por parte de sus destinatarios, obediencia que ocurre por regla general y para la

mayoría de los casos. Pero, prescindiendo de aquellos casos (muy abundantes en tiempos "normales"), en que la obediencia es el resultado de la inercia psíquica y mental, o de la fuerza de la costumbre, podemos distinguir tres posibles mecanismos a partir de los cuales se puede explicar y justificar esa obediencia.

En primer lugar, las personas pueden obedecer decisiones gubernamentales concretas, caso por caso, en razón de una evaluación de los méritos intrínsecos de cada una de ellas y de las eventuales consecuencias de oponerles resistencia (incluyendo la probabilidad de que les sean aplicadas sanciones jurídicas). En tal tipo de situaciones, el gobierno debe lograr obediencia para cada decisión, una tras otra, tratando de convencer a los destinatarios de las mismas sobre la bondad y/o utilidad de cada medida específica, a través de un complejo proceso de interacción estratégica que puede incluir, además de la argumentación y la persuasión, negociaciones expresas o tácitas y el eventual uso de promesas y amenazas diversas. Aunque no puede excluirse que a través de tales medios se pueda lograr imponer una cierta regularidad de comportamiento, es evidente que el "orden" político que de esta manera puede surgir es efímero, pues debe ser reconstruido o renegociado para cada nueva decisión y, con toda probabilidad, será inestable.

En segundo lugar, la gente puede obedecer decisiones gubernamentales, sin necesidad de evaluar sus méritos intrínsecos, en razón de ciertas cualidades positivas que atribuye a la persona concreta de la que provienen (es decir, al gobernante) y/o de la confianza o crédito que éste les merece. Aquí la obediencia no depende del contenido de la decisión, sino que es el resultado de una relación de adhesión y seguimiento, por parte de quien obedece, con la persona o personas que ocupan posiciones de gobierno. Pero el orden político que puede surgir a partir de semejantes procesos de personalización del poder público, es frágil, pues carece de base institucional. El problema típico, aunque no único, es el de la "sucesión" del gobernante.

En tercer lugar, es posible que la gente obedezca las decisiones del gobierno, sin necesidad de evaluar los méritos in-

trínsecos de cada una de ellas, y con independencia de las cualidades que le atribuya a las personas de los gobernantes, en virtud de haber sido dictadas de acuerdo a ciertas "reglas de juego" (= constitución) que se consideran como válidas y obligatorias. En este caso la obediencia es el resultado de un compromiso -bien sea de carácter normativo o de naturaleza racional- con esas reglas, y de la consiguiente disposición a obedecer las decisiones que tomen las autoridades establecidas en la constitución, siempre que cumplan los requisitos estipulados en la misma. El orden político que así resulta es un orden constitucional y, en principio, debería gozar de un grado alto de estabilidad y permanencia, pues está verdaderamente institucionalizado.

Es evidente que, en la realidad, la obediencia a las decisiones del gobierno en los distintos sistemas políticos concretos, se debe a una mezcla de los tres tipos de mecanismos que acaban de ser considerados, por lo que el problema que se presenta es el de precisar, para cada caso, el peso relativo de cada uno de ellos.

Es importante señalar que no todos los órdenes políticos están acompañados de una verdadera constitución. En ciertos casos, la falta de consenso entre los principales grupos o actores políticos y sociales acerca de unas reglas básicas del juego político, hace que podamos hablar de falta o ausencia de una constitución real (aunque pueda existir una constitución de papel), de modo que el "orden" político es el resultado de una constante interacción estratégica entre los distintos factores de poder.

LA FORMA DEMOCRÁTICA DEL ESTADO Y EL GOBIERNO

La separación del nivel constitucional y del nivel operacional de decisión política, nos permite recuperar la distinción, clásica en la historia del pensamiento político occidental (Bodino, Rousseau, etc.), entre, por un lado, la forma de Estado o naturaleza de la constitución, que se refiere a la cuestión de cuál es la autoridad en la que reside el poder soberano, y, por otro lado, la forma de gobierno, que se re-

fiere a la estructura política especializada encargada de la toma de decisiones colectivas y a la forma de seleccionar a sus titulares. Ahora bien, es un hecho reconocido a lo largo del pensamiento político occidental que la forma de Estado y la forma de gobierno no siempre coinciden, sin que esta falta de coincidencia signifique necesariamente una patología. Un Estado que reconoce al pueblo como titular de la soberanía y del poder constituyente -y que en este sentido podría ser calificado como democrático- puede estar acompañado de formas de gobierno no democráticas. Carl Schmitt recuerda los ejemplos de varias constituciones europeas del siglo XIX, en las que el pueblo es soberano y, sin embargo, el Poder Ejecutivo es monárquico⁴. En América Latina, hemos visto constituciones (entre ellas la Venezolana de 1961) que supuestamente son expresión de la soberanía del pueblo y que adoptan formas de gobierno no totalmente democráticos, sino que responden a verdaderos gobiernos mixtos.

...una constitución supone la existencia de un amplio consenso social acerca de la validez y obligatoriedad de esas reglas. Es este consenso el que permitirá al gobierno contar con el apoyo moral y/o material, necesario para poder movilizar con éxito el conjunto de recursos sociales y colectivos que se requieran para hacer efectivas sus decisiones...

Sin embargo, la mayoría de las discusiones recientes sobre la democracia se centran en la cuestión de la forma de gobierno, olvidándose de la forma de Estado, y tal olvido es explicable. Una notoria debilidad del Estado democrático reside en el hecho de que el pueblo, en cuanto sujeto de la soberanía y titular último del poder público, es una entidad puramente abstracta o ideal que, al no estar permanentemente organizado, no puede hacerse presente, ni manifestar su voluntad sino muy ocasionalmente y de manera intermitente. En teoría, el pueblo es la fuente última de toda autoridad y, por tanto, el que autoriza los actos de los gobernantes, pero esto no es, muchas veces, sino una mera imputación o una ficción jurídica. El poder del pueblo es en gran parte puramente nominal pues, en la práctica, aun en los casos más favorables, no va más allá de aprobar la constitución y autorizar a los gobernantes, en tanto que el poder real y efectivo está en manos de estos últimos. Resulta así que, a menos que el Estado democrático esté acompañado de formas de gobierno también democrático, que permitan al pueblo controlar efectivamente a los gobernantes a través de las elecciones, desplazándoles del poder cuando su conducta sea insatisfactoria, el poder último que se atribuye al pueblo no pasa de ser una ilusión. Eso explica el que la mera idea de Estado democrático, sin gobierno democrático, resulte insatisfactoria; y explica, también, que no pocas veces los enemigos de la democracia estén dispuestos a reconocer la soberanía nominal del pueblo, siempre que ellos conserven el control del gobierno.

Pero tampoco debería ser satisfactorio, para la legitimidad de la democracia, un mero gobierno democrático (en el sentido de que los gobernantes sean seleccionados mediante elecciones competitivas), pero en el que el poder último y supremo -la soberanía- resida en titulares distintos del mismo pueblo (por ejemplo, en una aristocracia u oligarquía, en el estamento militar, etc.), pues estos otros eventuales sujetos de la soberanía no son entidades ideales o abstractas, sino grupos reales, organizados y dotados de poderosos recursos; de modo que en este caso el poder soberano no sería meramente nominal, sino muy real y efectivo.

LA LEGITIMIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Un problema esencial en todo análisis constitucional es la legitimidad de la constitución, entendiendo por tal los motivos o razones que pueden llevar a los distintos actores sociales a reconocer una constitución como válida y obligatoria, de modo que estén dispuestos a obedecer y, en el extremo, a apoyar moral y/o materialmente las decisiones que el gobierno tome conforme a ella. Una posible forma de explicar y justificar ese reconocimiento, es a través de una teoría "decisionista", según la cual la legitimidad de la constitución -en tanto que acto de decisión política fundamental- deriva del reconocimiento de la fuerza y autoridad de quien la dicta: es decir, de aquel a quien se considera como titular del poder constituyente o soberano⁵. La idea, concebida originalmente para ser aplicada a la monarquía absoluta, significa que la constitución es válida y legítima por el solo hecho de ser la expresión de la voluntad (o decisión) de esa autoridad, con independencia del contenido (ético y/o racional) de tal mandato, de modo que, como se afirma en la conocida fórmula de Hobbes, "non veritas, sed voluntas facit legem." Desarrollada, posteriormente, en una teoría decisionista de la legitimidad democrática, vino a significar que la constitución vale en tanto que expresión de la voluntad del pueblo (o de la Nación, según Siéyès) y que sólo éste tiene autoridad para dictarla y modificarla. Desde el punto de vista de la autoridad de la que proviene una Constitución es democrática si está basada en el reconocimiento del principio de la soberanía popular; por consiguiente el titular del Poder constituyente es el pueblo. La legitimidad democrática (legitimidad de origen) supone que la Constitución vale en tanto que es acto de voluntad del pueblo y que sólo éste tiene autoridad para dictarla y para modificarla.

Pero el intento de fundar la legitimidad democrática en una teoría decisionista presenta varias dificultades. En primer lugar, la idea de voluntad (o decisión) del pueblo es tan vaga que, a menos que precisemos la manera de identificar tal voluntad, puede servir para justificar los más variados regímenes políticos. Para la moderna teoría de

la democracia sólo puede considerarse como verdadera voluntad del pueblo la que se expresa a través de procesos de votación, dotados de adecuadas garantías de pulcritud, en los que compiten diversos partidos políticos y en los que todos (o casi todos) los ciudadanos adultos gozan del derecho al sufragio. Esto supone que la cuestión de la democracia no puede limitarse a identificar en abstracto el sujeto último de la decisión política, sino que está indisolublemente unida a la exigencia de determinados procedimientos para la toma de tal decisión. En cambio, para quienes se proclaman demócratas, pero que en realidad son partidarios de diversas modalidades de autoritarismos, la voluntad del pueblo no se manifiesta mediante "artificios" o "procedimientos formales", como los que acaban de ser señalados, sino de alguna manera más "sustancial", como por ejemplo, a través de "aclamaciones" fervorosas de las masas (por supuesto, convenientemente manipuladas y movilizadas).

Por otro lado, el decisionismo puro supone una teoría de la soberanía absoluta e ilimitada, de acuerdo a la cual, como antes se indicó, la constitución vale por la sola autoridad de la voluntad que la dicta (el pueblo, en el caso de la democracia), sin que se exija que cumpla, en cuanto a su contenido, ningún requisito, así sea mínimo, de eticidad o racionalidad. Pero la moderna teoría de la legitimidad democrática, aspira a incorporar los valores de libertad propios del liberalismo político y no puede aceptar que ninguna voluntad (ni siquiera la del pueblo) sea absoluta⁶. Y aunque la mayoría de los defensores del principio de legitimidad democrática estarían dispuestos a reconocer que la voluntad del pueblo es una condición necesaria para tal legitimidad, muy pocos la considerarían una condición al mismo tiempo necesaria y suficiente. Una teoría decisionista pura y extrema de la legitimidad democrática da lugar a una democracia populista⁷ o, incluso, totalitaria⁸, que se expresa en ideas tales como "el pueblo nunca se equivoca", "Vox populi, Vox Dei", etc., y se basa, frecuentemente, en una falsa creencia romántica en la capacidad intuitiva del pueblo para captar la verdad o la justicia.

Hemos visto que dos requisitos mínimos para poder hablar de una verdadera legitimidad democrática, son la existencia de dos instituciones jurídicas, como son la regulación de la forma del voto, a fin de que exprese la verdadera voluntad del pueblo, y la existencia de ciertos límites en las decisiones que el pueblo puede adoptar. Es preocupante que hoy se oiga hablar en Venezuela de unos supuestos poderes ilimitados, que los eventuales miembros de una Asamblea Constituyente tendrían. Pero sólo el más chato positivismo jurídico puede explicar tal afirmación. Hay decisiones que ni el mismo pueblo puede tomar, y mucho menos es concebible que las tomen sus representantes. Existen límites morales y políticos que toda decisión de Estado tiene que acatar. El desconocerlos significaría la vuelta al "estado de naturaleza" hobbesiano con la guerra de todos.

UN COMENTARIO FINAL

El insistir en la importancia que tienen los mecanismos jurídicos institucionales, puede parecer a algunos círculos de Venezuela como algo desfasado. Durante años, muchos intelectuales y políticos de América Latina, (algunos son hoy ministros y hasta presidentes) mostraban un total desprecio con respecto a la instituciones de la democracia que califican de "formales", para propugnar una democracia "substancial" o "material" que, de acuerdo a su opinión, no sólo no tenía nada que ver con la "democracia formal" sino sólo era posible sin ella. Unas de las lecciones más valiosas que han aprendido muchos latinoamericanos de las feroces dictaduras que han sufrido, es que cuestiones tales como las libertades públicas, la protección de los derechos constitucionales o la elección de sus gobernantes mediante elecciones libres y realmente competitivas, son algo que merece conservarse. Ojalá que los venezolanos hayamos aprendido en cabeza ajena y seamos capaces de preservar las instituciones democráticas.

...que la cuestión de la democracia no puede limitarse a identificar en abstracto el sujeto último de la decisión política, sino que está indisolublemente unida la exigencia de determinados procedimientos para la toma de tal decisión

1. Aquí, como en el resto de esta intervención, utilizo ideas que desarrollé en J. C. Rey, "Apogeo y decadencia de la democracia representativa" (Juan Carlos Rey, Julia Barragán y Ricardo Hausmann, América Latina. Alternativas para la democracia. Caracas: Monte Ávila, 1992, pp. 15-50).
2. La formulación que se ha convertido en clásica, es la de James M. Buchanan y Gordon Tullock, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962). Como desarrollos y aplicaciones de esas ideas, deben mencionarse las obras de James M. Buchanan, *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan* (Chicago: The University of Chicago Press, 1975); Geoffrey Brennan & James M. Buchanan, *The Power to tax. Analytical foundations of a fiscal constitution* (Cambridge: Cambridge University Press, 1980); y Geoffrey Brennan & James M. Buchanan, *The reason of rules. Constitutional political economy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985).
3. Samuel Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century* (Norman and London: University of Oklahoma Press, 1991).
4. Teoría de la Constitución [1928] (Madrid: Alianza, 1982, p. 47)
5. El más ilustre representante contemporáneo del decisionismo político-constitucional es, sin duda, Carl Schmitt, que la utiliza en varias de sus obras, y especialmente en su *Teoría de la Constitución* [1928] (Madrid: Alianza, 1982), *passim* y especialmente, pp. 94-95 y 105. En su obra *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* [1934] (Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. Madrid: Editorial Tecnos, 1996), distingue con algún detalle el "normativismo", el "pensamiento del orden concreto" y el "decisionismo", como modalidades de pensamiento jurídico.
6. Entre lo textos clásicos de inspiración liberal, en los que se ha criticado la idea de una soberanía del pueblo ilimitada, destacan los de Benjamín Constant, "Sobre la Soberanía popular" (Capítulo I de sus *Principios de Política* [1815]) y *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos* [1819] (*Escritos Políticos. Estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejía*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989). Más reciente debe mencionarse la crítica, también de inspiración liberal, de Karl Popper, sobre las paradojas de la soberanía, en el Capítulo 7 de *La sociedad abierta y sus enemigos* [1945] (Barcelona: Editorial Paidós, 1981).
7. William H. Riker, *Liberalism against Populism* (San Francisco: W. H. Freeman, 1982), p. 11 y ss.
8. J. L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy* (London: Secker & Warburg, 1952).

JUAN CARLOS REY

Politólogo, Director de la Unidad de Ciencia Política del Instituto de Estudios Avanzados (IDEA).