

Discurso

De la Constitución de Weimar a la Constitución venezolana de 1999: Las bases ético políticas de un sistema constitucional *

Jesús Esparza Bracho**

1. La inesperada llamada del despacho de ceremonial de la gobernación del Estado para invitarme a disertar esta mañana como el orador de orden de la más importante efeméride patria, me sacó momentáneamente de una lectura que no prometía ser otra cosa que una simple ilustración histórico jurídica para llenar el vacío de un ocio vespertino.

Se trataba de un artículo escrito por el ensayista político del Diario *Le Monde* ALAIN DE BENOIST en defensa de CARL SCHMITT, un jurista alemán acusado de pro-nazi, por haber dado, supuestamente, base jurídica a la instauración del oprobioso régimen de Adolf Hitler. Calificado como *filósofo nazi*, su obra era despreciada y al decir de su detractor YVES CHARLES ZARKA, la misma no debía ser considerada sino con el carácter

* Discurso de Orden en el acto conjunto de conmemoración del 5 de julio de 1811, Día de la Independencia venezolana. Teatro Baralt de Maracaibo, 5 de julio de 2009.

** Abogado, Lic. en Filosofía, doctor en Derecho. Profesor Titular de la Universidad del Zulia (emérito) y de la Universidad Rafael Urdaneta. Rector de la Universidad Rafael Urdaneta.

de “documento” de la historia de aquel régimen, mas no como oportunidad para la reflexión filosófico política.¹

Además, cómo podía ser nazi y filósofo al mismo tiempo, alegaba en una cuasi defensa de SCHMITT, la también ensayista de *Le Monde*, BARBARA CASSIN.² Defensa auto defensiva para aquellos académicos que al igual que la mayor parte de la burocracia alemana simpatizaron con Hitler y apostaron a su proyecto nacional socialista. De alguna manera se sentían arropados en la seguridad de un estado de legalidad, ante la inestabilidad de un temido enfrentamiento civil.

El mismo CARL SCHMITT adujo que los funcionarios no veían en Hitler ningún peligro, ni para sus derechos adquiridos ni para el poder burocrático que resultaba de una fuente de legislación positiva de lo que llamó el “legislador extraordinario *ratione necessitatis*”, es decir, de una legislación que discurre *ratione temporis ac situationis* en manos del poder administrador, basados en la idea de que las normas solo valen para situaciones normales, algo muy distinto del cometido del comisario ejecutivo de la situación anormal que debe restablecer la situación normal de seguridad y de orden; esta equiparación de leyes del parlamento ordinario con las “medidas” legislativas del comisario ejecutivo destruye el sistema de legalidad del Estado legislativo. A la postre sustituye al Estado Constitucional Legislativo y se impone como una nueva legalidad que se infiltra en desmedro y deterioro del sistema constitucional.

Y en un texto que seguramente no lo coloca al lado de Hitler y su legalidad *ratione necessitatis*, añade SCHMITT lo siguiente:

Ahora bien: si estas “medidas” se convierten en ordenanzas con fuerza de ley, como ha sucedido con el Reich alemán, en virtud de una práctica decenaria del gobierno, con la aprobación judicial sancionadora de los tribunales y el reconocimiento por parte de la Teoría del Estado, entonces se ha infiltrado en el sistema de legalidad de la Constitución una nueva y heterogénea ilación de ideas. El nuevo legislador extraordinario del artículo 48³ puede disponer ahora sobre la libertad y la propiedad, tanto por la vía de la disposición cuanto por la vía de la ordenanza con fuerza de ley.⁴

¹ *Vd.* http://www.alaindebenoist.com/pdf/una_campana_contra_carl_schmitt.pdf

² *Ibid.*

³ Poderes legislativos sobre derechos fundamentales otorgados por ley habilitante al poder ejecutivo.

⁴ SCHMITT, C. *Legalidad y legitimidad*, trad. J. Díaz García. Aguilar, Madrid,

Pero éste no había sido el único ataque al sistema de legalidad constitucional. La Constitución de Weimar, instituida luego de la tragedia de la Primera Guerra Mundial, introdujo un nuevo legislador extraordinario, un legislador plebiscitario sostenido, *ratione supremitatis*, en razón de la soberanía del pueblo, bajo el argumento de que cuando el pueblo habla, la ley calla. Este legislador extraordinario, insubordinado, desnaturaliza el Estado Legislativo, hasta el punto que la consulta directa, la democracia directa plebiscitaria, se asume en cuanto que ejercicio de la soberanía popular, en poder supraordenado, generando constitucionalmente una dualidad no siempre armónica: un Estado Legislativo parlamentario y, al mismo tiempo, un Estado Legislativo plebiscitario.

Este último se impone por encima de toda regla o procedimiento legislativo y hace del pueblo, en actos plebiscitarios, un legislador directo, un poder generador de una nueva legalidad que va sustituyendo paulatinamente la legalidad de base constitucional, hasta el punto que la misma Constitución va quedando arrinconada como el sumidero residual de una representatividad popular, que está sometida a la voz superior de la Constitución en virtud del procedimiento legislativo, y por ende limitada.

En esta dinámica, en esta dualidad de legisladores —el ordinario de representantes (la democracia representativa) y el extraordinario de la consulta plebiscitaria (la democracia directa y participativa)— va quedando rezagada la voluntad constitucional misma y se va imponiendo mediante una legalidad de origen plebiscitario un nuevo régimen de Estado y de Derecho que ya no se alimenta de los valores abiertos y generales o quizá de una neutralidad axiológica instituida en el pacto constitucional, sino de una regulación jurídica material singular, esto es, de una estructura de reglas más parecida a un sistema de mandatos que a un orden de legalidad constitucionalmente sostenido.

La pérdida de la superioridad constitucional causada por la recurrencia del procedimiento legal plebiscitario, se infiltra en la base misma del sistema de valores, o de principios o de libertades y derechos básicos, como se prefiere decir, que sostiene a la Constitución en cualquiera de sus modalidades, y la alejan de la dignidad suprallegal e incluso supraconstitucional que debe sostener todo el sistema de la legalidad. Como decía MAURICE HAURIOU, de una superlegalidad constitucional que se eleva por encima de

las leyes simples ordinarias, e incluso de las leyes constitucionales escritas y excluye su derogación mediante leyes modificativas de la Constitución.¹ El mismo SCHMITT comparte la opinión de HAURIUO y admite que toda Constitución reconoce tales “principios” fundamentales, y que éstos forman parte del “sistema constitucional” fundamentalmente inmutable.

SCHMITT venía observando en la evolución de la República de Weimar cómo el fundamento constitucional del Estado iba quedando marginado por esa nueva legalidad extraordinaria y plebiscitaria que el líder indiscutido de la nación, hablo de Adolf Hitler, iba imponiendo gradualmente en una nueva justicia material y singular, muy de *aquí* y de *ahora*, en su circunstancia histórica, hasta hacerse prácticamente de la totalidad del poder en nombre de la voluntad popular directa.

Sin embargo, esta democracia directa es, como dije, plebiscitaria, sólo puede expresarse diciendo “SÍ” o “NO”, sin posibilidad real de debate o deliberación contradictoria, y siempre sobre una fórmula legislativa patrocinada por alguna élite de poder, con la ventaja no constitucional de que buscará su legitimidad en la inapelable voz del pueblo, en la expresión soberana insubordinada a los valores y principios inmutables que, al decir de HAURIUO, sostienen el Estado Constitucional.

Es una expresión de justicia material y singular *ratione supremitatis* que se impone con su 51% o más, a todos, es decir a aquellos otros que siendo también titulares de la soberanía popular no pertenecen al conglomerado que legisló plebiscitariamente, y que no están de acuerdo con esa decisión, pero que no tuvieron la posibilidad de debatir, de contradecir, de enriquecer la propuesta, y que perdieron el amparo de ciertas garantías constitucionales que en un Estado de Legalidad Parlamentaria hubieran tenido, es decir, perdieron el cobijo de un sistema de valores y principios que evitaría la violación de sus esferas particulares de derechos en nombre de la voz popular mayoritaria.

En definitiva, Adolf Hitler manipuló la Constitución de Weimar valiéndose de esas dos rendijas que descubrió en su texto: La primera, la posibilidad de producir una legalidad plebiscitaria circunstancial y acomodaticia, y en la práctica insubordinada incluso a los mismos valores de esa Constitución; y la segunda, la de producir una legalidad paralela producto de mandatos ejecutivos derivados de la habilitación legislativa o sencillamente,

¹ *Vd. Ibid.*, p. 92. Se refiere Schmitt a la obra *Précis de droit constitutionnelle* (M. Hauriou, 1923).

ratione necessitatis, para establecer un estado de orden en una situación de anormalidad institucional.

2. Pero quién se ocupa hoy de acontecimientos que ya le dieron más de media vuelta al siglo y que son tan distantes geográficamente que no vale la pena remontarlos si no con un propósito específico. Esa reflexión vespertina con el inicial propósito de llenar el vacío del ocio, me indujo a pensar que debemos revisar nuestro derecho constitucional. Que debemos alejarnos del constitucionalismo de vitrina y acercarnos, mirándonos en el espejo de la experiencia histórica, a un constitucionalismo de experiencias vivas, actuales y cercanas.

El proceso constituyente, por definición desinstitucionalizador, se justifica cuando el proceso político que alimenta el orden jurídico se ha desgastado a tal punto que la legalidad que procede de él no garantiza esos valores y principios básicos inmutables, como los calificó HAURIUO, de un Estado Constitucional. Se busca entonces, en apelación a la legitimidad del proceso, un nuevo Estado de Legalidad; y en esta apelación axiológica se recurre, con el remedo de una visión teocrática del Estado, a una nueva deidad, a un nuevo poder de aceptada e indiscutible legitimidad, que llene de justificación el poder asentado en la positividad jurídica. Y entonces se dice: “la voz del pueblo es la voz de Dios”, *vox populi vox Dei*, instancia inapelable y última de la legitimidad del poder. Supremo ordenador de lo público e instancia última de la verdad política.

Bajo esta enseña en Venezuela se modificó la Constitución de 1961, y un nuevo legislador no subordinado dijo “SÍ” a la Constitución elaborada por la Asamblea Constituyente de 1999. Y no obstante que el artículo 250 de la Constitución de 1961 decía que aquella 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”, nadie podía discutir la base de legitimidad que, fuera del llamado “hilo constitucional”, investía por decisión del legislador plebiscitario a la nueva Constitución de 1999. De alguna manera así lo había adelantado la sentencia del 19 de enero de 1999 de la Corte Suprema de Justicia.

No sé si la Asamblea Constituyente de 1999 estaba realmente de acuerdo con ese principio de validez originaria que hizo callar la voz de la ley constitucional (el artículo 250 de la Constitución de 1961), ante la voz del pueblo. Pues reconoció, en primer lugar, algunos valores inmutables –pétreos se suele decir en estos días–, los contemplados en el artículo 6º,

según el cual “el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen ES Y SERA SIEMPRE democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”.

Por supuesto, el concepto y extensión de cada uno de esos valores republicanos, pétreos e inmutables, parece tan solo limitar el ejercicio de la legalidad ordinaria derivada de la representación popular. Pero no ha habido tal limitación en la legalidad *ratione supremitatis* que procede del legislador plebiscitario. De nuevo la *vox populi* hace callar el ordenamiento constitucional y lo arrincona en ese depósito sedimentario de la legalidad ordinaria subordinada.

Y en segundo lugar, ya saben ustedes que ese artículo 250 de la Constitución de 1961 se repite en el artículo 333 de la Constitución de 1999.¹ Y no quiero entrar en el terreno de las conjeturas para analizar qué podría ocurrir en un nuevo proceso constituyente que discurra fuera del famoso “hilo constitucional”; o, en el terreno de la especulación, si alguien se alzara “constitucionalmente” en acatamiento de aquel artículo 250 (Constitución de 1961), pétreo e inmutable a la luz del mismo texto de la Constitución de 1999, para restablecer el Estado Constitucional.

Cuando el constituyente de Weimar introdujo en su texto al legislador plebiscitario no podía imaginar que estaba abriendo la brecha para la trasgresión de sus propios valores fundantes supralegales. Quizá pudo ocurrir lo mismo con el constituyente venezolano de 1999.

3. El desenlace histórico del quebrantamiento constitucional *ratione supremitatis* de la Constitución de Weimar fue terrible. Y la nación de Goethe, de Wagner, de Kant, de Hegel, de Beethoven, de Einstein, y tantos otros, tuvo años después, en las décadas de los cincuenta y sesenta, que mirar ese pasado reciente con vergüenza, con dolor, con arrepentimiento, con sentimiento de culpa por no haber advertido lo que estaba pasando. Porque les hicieron creer que *vox populi vox Dei*, y en la emoción nacionalista y la adhesión al líder sumieron de violencia, de pobreza y de persecución a un pueblo culto y civilizado. Porque la tal *ratione supremitatis* no fue otra

¹ El artículo 333 de la Constitución de 1999 dice: “Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.”

cosa que la recurrencia oportuna a un poder que sin duda es la base de toda legitimidad, pero que lo debe ser en una estructura de respeto a valores supralegales no sometidos a esa *vox*. Porque esa *vox populi* no delibera, no discute, no dialoga en el acto constructivo del proceso ético político.

La profesora ADELA CORTINA en el estudio introductorio a la obra de KARL-OTTO APEL, *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*, bajo el título "... que Auschwitz no se repita", nos enseña lo siguiente:

Un pueblo que carece de la capacidad crítica que proporciona la reflexión desde *principios universalistas*; un pueblo que no quiere argumentar de modo que sus argumentos sean también convincentes para los adversarios, ha perdido la iniciativa propia del *logos* para dirigir racionalmente la historia y está pasivamente a la espera de cualquier caudillo que sepa persuadirle. Hitler supo conectar con el «sano sentir» del pueblo que, orgulloso de su raza y de sus virtudes, parecía haber olvidado la capacidad de juicio moral universalista, expresada por Kant con mano maestra, para regresar a una eticidad *prekantiana*. Por eso era desaconsejable argumentar y fundamentar: bastaba con el sano sentir del pueblo.¹

Entender esa *ratione suprematatis*, la supremacía del soberano, sin construir la base ético política del ejercicio del poder nos desliza peligrosamente a resultados que lamentablemente no son inéditos en la historia de los pueblos.

Yo no quiero que nuestra generación cargue con el lastre histórico de un proceso político que no supimos entender y que creemos que no será fácil reconducir. Estoy seguro que este sentimiento es compartido por todos los bandos y partidos, desde los más conservadores en la tradición democrática venezolana hasta los impulsores actuales de las reformas políticas, económicas y sociales. Porque esta preocupación no está dirigida a darle plausibilidad al conservadurismo y mucho menos a la regresión política. Quiere darle piso ético político a un proceso que descansa en valores supralegales, como la misma constitución reconoce, y que están implícitos en la amplia lectura de los derechos fundamentales y en el acervo universal de los derechos humanos.

Y que podamos sentir el futuro con la misma visión constructiva y optimista de quienes gestaron la independencia política iberoamericana en

¹ CORTINA, Adela. "Karl-Otto Apel. Verdad y Responsabilidad". *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1991; p. 14.

las primeras décadas del siglo XIX. El 5 de julio es la fecha para hacer ese voto por un futuro de libertad, de justicia y de paz, en un sistema político construido mediante la deliberación compartida y respetuosa de todos los venezolanos.