

La regresión constitucional en materia de Derechos Humanos

Víctor Rafael Hernández-Mendible
*Profesor de Derecho Administrativo en la
Universidad Católica Andrés Bello*

I. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2007 se ha dado un intenso debate relacionado con la modificación de la Constitución de 1999¹, los mecanismos constitucionales formales que se han empleado para ello y los aspectos sustantivos que se van a ver afectados por la modificación del texto constitucional. Sería muy extenso dedicarle tiempo a cada uno de ellos en esta ocasión, por lo que he asumido abordar sucintamente el aspecto relacionado con la regresión en materia de derechos humanos.

II. LOS POSTULADOS FUNDAMENTALES DEL ACTUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El actual Estado democrático de Derecho² es el producto de un conjunto de circunstancias históricas, políticas, económicas, sociales y culturales que condujeron a la vigente Constitución y cuyo antecedente jurídico más próximo se ubica en el proceso constituyente de 1999.

Se ha predicado a partir de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia³, que el pueblo en ejercicio de su soberanía popular puede ser convocado para reunir una Asamblea Constituyente dirigida a la transformación del ordenamiento constitucional del Estado, lo que permitió la convocatoria de un referendo para constituir y celebrar una Asamblea Constituyente, que tendría como límites: (i) los valores y principios de nuestra historia republicana, (ii) el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República; (iii) el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre; y, (iv) las garantías democráticas⁴.

No obstante, luego la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la Asamblea Constituyente, -que según su criterio no es un poder derivado, sino que ejerce el Poder Constituyente-, no

1 Allan R. Brewer Carías, *La Reforma constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007; *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido del anteproyecto de reforma constitucional 2007*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007.

2 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 85, de 24 de enero de 2002 y en sentencia 1632, de 11 de agosto de 2006.

3 Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 17, de 19 de enero de 1999 y en sentencia 18, de 19 de enero de 1999.

4 Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 311, de 13 de abril de 1999.

se encuentra sujeta a los límites del orden jurídico establecido, como podría ser la Constitución vigente⁵.

Estas decisiones -entre otras- allanaron el camino para la aprobación de la Constitución de 30 de diciembre de 1999, que estableció como postulados fundamentales la ratificación de la República como un Estado democrático y social de Derecho⁶, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político⁷, estableciéndose entre los fines esenciales del Estado, la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos en la Constitución⁸, en tanto que el gobierno y las entidades políticas que la componen serán siempre democrático, participativo, electivo, alternativo, descentralizado, responsable, pluralista y de mandatos revocables⁹.

En materia de derechos, el Estado garantiza a todas las personas, conforme al principio de progresividad y no discriminación, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respecto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución y los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República, debiendo tener presente que conforme a la cláusula constitucional de los derechos innominados, los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos¹⁰.

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por la República tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución y las leyes, resultando de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público¹¹.

A ello deben sumarse dos disposiciones fundamentales, una que reconoce que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados en la Constitución es nulo; y la otra que establece el deber que tienen todas las personas, investidas o no de autoridad pública de colaborar en el restablecimiento de la efectiva vigencia de la

5 Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 14 de octubre de 1999. Todas las decisiones judiciales que avalaron el proceso constituyente de 1999, han sido comentadas por Víctor Rafael Hernández-Mendible, La Contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, de la Democracia y el Estado de Derecho. *El nuevo Derecho Constitucional Venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2000. pp. 81-108.

6 Ricardo Combellas, *Estado de Derecho. Crisis y Renovación*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1990. pp. 91-98.

7 Artículo 2 de la Constitución.

8 Artículo 3 de la Constitución.

9 Artículo 6 de la Constitución.

10 Artículos 19 y 22 de la Constitución.

11 Artículo 23 de la Constitución.

Constitución, si ésta dejare de observarse por un acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella¹².

III. LA FRAUDULENTE PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL ELABORADA POR LOS PODERES CONSTITUIDOS

El proceso de “reforma” constitucional ha sido promovido por el Presidente de la República a partir del día 15 de agosto de 2007, cuando presentó al Poder Legislativo sus propuestas para el cambio de 33 artículos de la Constitución de 1999, propuestas éstas que han sido ampliadas por el órgano legislativo para incluir nuevas modificaciones (36 artículos más), en la calificada formalmente como tercera discusión realizada por el Poder Legislativo, entre los días 12 y 15 de octubre de 2007.

Este proceso se ha realizado sin ajustarse al procedimiento de reforma establecido en la propia Constitución (que exige tres discusiones para toda la propuesta, incluidas las disposiciones transitorias, derogatorias y finales)¹³, generando un *nuevo fraude constitucional* conforme a la correcta formulación efectuada por el Tribunal Supremo de Justicia¹⁴, pues dada la magnitud de las modificaciones planteadas que implican una transformación del modelo de Estado republicano que ha tenido Venezuela desde su surgimiento como país independiente¹⁵, de una redistribución territorial y un cambio en materia de derechos humanos, ha debido realizarse la convocatoria de una Asamblea Constituyente¹⁶.

Si bien esto es sumamente grave, todavía resulta más grave aún, si se actúa coherentemente con las sentencias que abrieron el camino a la Constitución de 1999, y en particular, con la sentencia de 14 de octubre de 1999, en la cual se excluía del sometimiento a la Constitución vigente en ese momento a la Asamblea Constituyente, no así a los poderes constituidos (Ejecutivo y Legislativo), que sí se encuentran sometidos a los límites impuestos por la Constitución. No obstante, actualmente estos poderes usurpando la soberanía popular (Poder Constituyente originario), han planteado y ejecutado en desconocimiento de la Constitución, una modificación del modelo de Estado, así como la restricción y supresión de derechos fundamentales, que incluso deben considerarse irrenunciables para una Asamblea Constituyente, al menos en el marco de una sociedad que se califica de democrática en un Estado constitucional de Derecho, porque ningún colectivo puede disponer de los derechos y liberta-

12 Artículos 25 y 333 de la Constitución.

13 Artículo 343 de la Constitución.

14 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 74, de 25 de enero de 2005, señaló que el empleo de un “procedimiento de cambio en las instituciones existentes, aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales” o utilizando “el procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido”, así como “una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional ...”.

15 Declaración de Independencia de 5 de julio de 1811 y Constitución de la República de Venezuela, de 21 de diciembre de 1811.

16 El artículo 347 de la Constitución señala que “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”. Incluso así lo reconoce el voto salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia 2042, de 2 de noviembre de 2007.

des que le corresponden a cada persona, por su sola condición de integrar parte de la especie humana.

IV. LA APROBACIÓN DE LA INCONSTITUCIONAL TRAMITACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

A lo anterior se suma el hecho que la pregunta elaborada por el Consejo Nacional Electoral para la realización del referendo contiene un problema en su formulación, porque si bien dividió la propuesta de "reforma" constitucional en dos bloques, que podían ser votados de manera separada, no formuló opción alguna sobre las disposiciones transitorias, derogatoria y final, lo que produce como consecuencia, para solo referirme a un ejemplo hipotético, que podría rechazarse el bloque donde se encuentra contenida la modificación de los estados de excepción, contemplados en los artículos 337, 338 y 339 y llegar a sostenerse que si fueron aprobadas las disposiciones transitorias, derogatoria y final, quedando derogada la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, sin que exista un auténtico y expreso pronunciamiento mediante el voto popular para abrogar dicha ley¹⁷.

V. LOS DERECHOS INHERENTES A LAS PERSONAS Y LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Los principios de progresividad, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, incluidos aquellos inherentes a la persona humana no mencionados expresamente en la Constitución, tratados, pactos o convenciones deben respetarse y garantizarse por todos los órganos del Poder Público¹⁸ e incluso, todos los derechos reconocidos en los mencionados instrumentos jurídicos tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que la garantía de su goce y ejercicio sea más favorable a las establecidas en la Constitución y en las leyes, resultando en tales casos, de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público¹⁹.

Así las cosas, todas las disposiciones elaboradas por los poderes constituidos, dirigidas a ampliar el catálogo de derechos o a mejorar su ejercicio, goce y disfrute deben considerarse bienvenidas, en tanto que aquellas normas expedidas por los poderes constituidos, con independencia que sean estos el Poder Ejecutivo, Legislativo o incluso una Asamblea Constituyente, dirigidas a suprimir, limitar, restringir o debilitar el grado de protección que han alcanzado los derechos y libertades públicas deben ser consideradas nulas, por mandato expreso de la propia Constitución²⁰.

17 Debe recordarse que entre los mecanismos de participación política, el artículo 74 de la Constitución contempla el referendo abrogatorio tanto de leyes, como de decretos con rango y fuerza de ley, pero para ello exige una concurrencia al proceso referendario de no menos del 40% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.

18 Artículo 19 de la Constitución.

19 Artículo 23 de la Constitución.

20 El artículo 25 de la Constitución señala que "Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que le sirvan de excusa órdenes superiores". Conforme a esta disposición tanto el acto jurídico del Presidente de la República a través del cual asume la iniciativa constitucional como el acto parlamentario de sanción de la "reforma" constitucional, de 2 de noviembre de 2007, que desconoce o peor aún anula derechos reconocidos en la Constitución de 1999 son absolutamente nulos y comprometen la responsabilidad penal, civil y administrativa,

En efecto, las propuestas que desconocen, debilitan o restringen los niveles de protección de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución son regresivas y plantean un problema de difícil anclaje constitucional, porque al gozar de la misma jerarquía los derechos reconocidos en el texto constitucional y aquellos establecidos en los tratados, convenciones o pactos sobre derechos humanos y contener estos últimos una mayor y mejor protección, los órganos de los poderes públicos deberán otorgarle aplicación inmediata, directa y preferente a estos textos jurídicos de origen supranacional, respecto a los derechos reconocidos en la Constitución.

Sin embargo, en caso que las propuestas conlleven a la supresión o eliminación de los derechos o las libertades públicas, ni siquiera se plantearía un problema de prevalencia de normas de origen supranacional que gozan de rango constitucional, sino que simplemente habría que darle aplicación inmediata y plena a los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la República²¹, pues como consecuencia de su rango constitucional constituyen disposiciones superiores que fundamentan el ordenamiento jurídico y deben ser respetadas y aplicadas por todos los poderes públicos²².

VI. LA SUPRESIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA INCONSTITUCIONAL REFORMA CONSTITUCIONAL

Las propuestas de modificación de derechos y libertades conquistadas por la humanidad²³ y que producto de la evolución del Estado constitucional de Derecho han sido reconocidos por el pueblo en la Constitución de 1999²⁴ tienen una doble incidencia: En el primer supuesto, aquellos derechos y libertades que son afectados positivamente, amparados por el principio de progresividad, verán reforzados o ampliados los mecanismos de protección frente a las actuales garantías que refuerzan su goce y disfrute; en el segundo supuesto, los derechos y libertades que son afectados negativamente (desconocidos y suprimidos) serán debilitados en cuanto a su protección por el ordenamiento jurídico interno, en manifiesta contravención a los instrumentos internacionales que prohíben a los Estados suspender los derechos por ellos reconocidos, así como le impiden la posibilidad de negación de aquellos que se hayan reconocido por los mismos Estados, aunque no se encuentren expresamente reconocidos en dichas declaraciones internacionales.

En caso de producirse este segundo supuesto, el operador jurídico tiene no solo la posibilidad, sino el deber que comparar, estudiar, interpretar y aplicar la cláusula de progresividad para aplicar aquellas normas, disposiciones, principios y criterios contenidos en los tratados sobre derechos humanos, que garanticen un mejor y mayor ejercicio y que brinden una

tanto del Presidente de la República y de los diputados que los sancionaron, como de los miembros del Consejo Nacional Electoral que en ejecución de dicha inconstitucional actuación han convocado un referendo para aprobar la modificación regresiva de la Constitución.

21 Allan R. Brewer-Carías, "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina". *Estudios sobre el Estado Constitucional (2005-2006)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2007. pp. 12-24.

22 Artículo 7 de la Constitución.

23 La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención América de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

24 Artículos 19 al 129 de la Constitución.

protección más efectiva, o dicho de otra manera, que garanticen el mejor derecho de las personas²⁵.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

La modificación de la Constitución que transforme la organización del Estado, suprima el derecho del pueblo para que en ejercicio de su soberanía popular elijan a todas las autoridades públicas que lo gobiernan²⁶, que en materia de estados de excepción elimina los controles orgánicos e institucionales internos (Poderes Legislativo y Judicial) y externos (Secretaría General de la Organización de Estados Americanos)²⁷, así como el carácter temporal de éstos, que retorne a la época de la suspensión de derechos como el debido proceso²⁸ o la libertad de información²⁹, que niega la libertad de militancia o no en una corriente política determinada (Democracia Cristiana o incluso socialismo democrático), a través de la extinción del derecho al pluralismo político (por una propuesta única de socialismo-totalitario) constituye un manifiesto proceso de regresión en materia de derechos humanos, contrarios a los instrumentos internacionales y a la Carta Democrática Interamericana³⁰.

El dilema que plantea una situación así, es determinar si se sigue perteneciendo a las organizaciones supranacionales que integran la comunidad internacional o si se procede a denunciar todos los tratados y a efectuar el retiro de las organizaciones supranacionales. Si se elige esta segunda opción, habría que prepararse para subsistir aislados del concierto de países civilizados que integran el mundo occidental, si es que ello fuese posible en el siglo XXI; pero si se decide mantener la vigencia y aplicación de los instrumentos y continuar perteneciendo a las organizaciones internacionales, entonces será el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, como el máximo y último intérprete de la Constitución y la suprema instancia jurisdiccional de protección de los derechos y libertades inherentes a la persona humana, reconocidos y garantizados éstos por el ordenamiento jurídico supranacional y nacional, quien estará llamado por mandato de la propia Constitución a aplicar de manera inmediata, directa, preferente y con carácter vinculante, los instrumentos que garanticen una mayor protección a los derechos humanos, tales como el derecho general de libertad³¹, el debido proceso³², la propiedad individual³³, la propiedad intelectual³⁴, la participación en los

25 El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 2507, de 5 de agosto de 2005, ratificada en sentencia 4986, de 15 de diciembre de 2005, estableció que "la progresividad de los derechos humanos se refiere a la tendencia general de mejorar cada vez más la protección y el tratamiento de estos derechos".

26 Artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

27 Artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

28 Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 15 de marzo de 1993.

29 Artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana.

30 Artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana, reconoce que la democracia es un derecho de los pueblos de América.

31 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencias 117, 6 de febrero de 2001; 968, de 5 de junio de 2001; 2641, de 1 de octubre de 2003; 1798, de 19 de julio de 2005; 1632, de 11 de agosto de 2006; 144, de 6 de febrero de 2007.

32 Artículos 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

33 Artículos 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos, 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

asuntos públicos (elegir las autoridades públicas y a ser electo)³⁵ y el derecho al pluralismo político³⁶, todos insitos a una sociedad democrática y que incluso en el orden internacional transitan un proceso de reforzamiento y ampliación -no de supresión- con la propuesta de Carta de Derechos Humanos Emergentes³⁷.

34 Artículos 27 de la Declaración Universal de Derecho Humanos, 14 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15 del Pacto Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

35 Artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. *Cfr.* Víctor Rafael Hernández-Mendible, La participación ciudadana en la Administración Local. *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo XIII, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2006. pp. 107-121.

36 El artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, reconoce el régimen plural de partidos y organizaciones políticas.

37 Sobre los derechos humanos emergentes, véase Víctor Rafael Hernández-Mendible, "El Derecho Administrativo y el Derecho a la Ciudad en el siglo XXI". *II Congreso Iberoamericano de Direito Administrativo. A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte. Brasil, 2007.