

§3. CONSTITUCIÓN Y “BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD”

Claudia Nikken*

Profesora de la Universidad Central de Venezuela

En homenaje a los primeros cien números de la *Revista de Derecho Público*, nos permitimos publicar un ejercicio académico que venimos haciendo ya desde hace algún tiempo en otros escenarios: teniendo un concepto de “constitución” y de “bloque de la constitucionalidad”, definir los lineamientos del “bloque de la constitucionalidad” venezolano.

Partiendo de la idea de que no existe alguna noción “absoluta” de constitución más que en el sentido presentado por Schmitt en su *Teoría de la Constitución*,¹ es decir, de que existen diversas definiciones del objeto “constitución” -y sin detenernos en ellas-, fundamentaremos nuestro estudio en las que han sido aceptadas por todos -o casi todos- los autores: la formal y la material.

Desde un punto de vista material, la constitución consiste en el conjunto de normas de creación de las normas *esenciales* del Estado, así de determinación de sus órganos y sus atribuciones. Desde un punto de vista formal, la constitución es el conjunto de normas así calificadas por el “poder constituyente”.

En los Estados que se han dotado de constituciones escritas y rígidas, la noción formal de constitución prima sobre cualquier otra concepción. Ahora bien, es posible que, entre normas que *formalmente* no están incluidas en la constitución, existan algunas que *materialmente* se compadezcan con ella. Así, si hay normas cuyo valor constitucional es fácilmente constatable, existen otras cuyo igual valor no puede ser deducido más que a través de la interpretación².

* El presente trabajo es una expresión de la libertad de pensamiento, que pretende dar cabida al ejercicio del derecho del lector a la información.

1 SCHMITT, C., *Théorie de la Constitution*, PUF, París, 1993, pp.131-139. Según el autor, la noción absoluta de constitución se refiere a la idea de totalidad unitaria. En ese sentido, la constitución designaría un modo de existencia concreto (la estructura global concreta de la unidad política y del orden social de un Estado preciso; una cierta forma de orden político y social o; el principio del devenir dinámico de la unidad política, del proceso de formación y origen de esa unidad a partir de una fuerza que la funda o actúa fundada en ella). Permitiría designar una ley fundamental reguladora, es decir, un sistema unitario y cerrado de normas supremas y últimas.

2 No en vano, en 1928 advertía EISENMANN –representante de la escuela normativista- que la noción material de constitución es fundamental. Señalaba que, independiente de toda norma de derecho positivo, esa noción caracteriza al mismo tiempo el contenido esencial de la constitución y su ubicación en la jerarquía de las normas. Por ello, tiene un valor teórico o científico y una universalidad superiores (EISENMANN, C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*, Economica -PUAM, París- Marsella, 1986 (ed. de 1928), p. 3).

Si en sentido material, la constitución es “el conjunto de las normas sobre la legislación, es decir, sobre la creación de las normas jurídicas generales” (EISENMANN, C., p. 3) o, como lo apuntaba KELSEN, “la regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de la determinación de los órganos y del procedimiento de legislación” (KELSEN, H., *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, Revue de droit public et de la science politique en France et a l’étranger, 1928, p. 204), la posibilidad de una definición jurídica

Por lo anterior, en los últimos tiempos, el estatismo característico de la constitución escrita y rígida se ha visto matizado por el juez constitucional que, en uso de su poder de interpretación -específicamente de interpretación auténtica-, ha convertido la “constitución” en un objeto dinámico: el “bloque de la constitucionalidad”.

En efecto, la idea de “bloque de constitucionalidad” está estrechamente vinculada a la interpretación auténtica de la constitución, es decir, a la interpretación de la cual resulta un acto cuya anulación no está prevista en el ordenamiento jurídico³. Por ello, la primera y la más fundamental de las *funciones* de la interpretación auténtica de la constitución es determinar en qué consiste la constitución de un Estado determinado o, en otros términos, el “bloque de la constitucionalidad” del mismo⁴.

La expresión “bloque de la constitucionalidad” fue utilizada por primera vez en Francia, por el Profesor C. Emeri⁵, quien al comentar la decisión del Consejo constitucional

material de la constitución deriva exclusivamente del carácter particular de las normas de procedimiento, independientemente del lugar que ocupen en el ordenamiento jurídico: “en cualquier nivel de ese sistema, esas normas gozan de una suerte de supremacía sobre las otras normas, las normas llamadas de fondo, pues formulan la ley de su creación”. En tal sentido “están dotadas de una permanencia relativamente superior a la de las normas de fondo, que rigen y dominan, moldean y conforman”. Más aun, esas normas “no se aplican sólo a la creación y abrogación de todas las demás normas: regulan también su propia desaparición, presiden su propia muerte” (EISENMANN, C., pp. 6-7). Así, las normas de creación de las normas supremas de un Estado, “forman la armadura de la propia pieza fundamental del sistema de derecho y, en consecuencia, del sistema entero, cuya unidad aseguran a través de sus transformaciones materiales. Son, pues, el núcleo permanente, el centro fijo –relativamente- de la Constitución” (EISENMANN, C., p. 7). Ahora bien, si las normas de procedimiento son superiores a las normas de fondo, entre esas normas aparece una que goza por sobre las demás de una suerte de prioridad o de primacía lógica: la que establece el órgano de creación del derecho. Esa es la única norma indispensable. Es, en efecto, esa norma la que, a cada nivel del ordenamiento jurídico, determina la creación del grado inferior y, de esa manera, lo vincula o lo ata al nivel superior. La primera de esas normas -la que instituye un órgano constituyente- es entonces el primer eslabón de la cadena de creación del derecho y, por ello, el asiento fundamental del ordenamiento jurídico. Su preeminencia deriva de que su violación rompe siempre la continuidad del orden estatal, marcando el nacimiento de un nuevo orden, sin relación jurídica -al menos directa- con el precedente, pues su validez deriva de una norma diferente. Es una revolución (EISENMANN, C., pp. 6-9).

Aclarando conceptos, EISENMANN señalaba que, en sentido formal, la constitución es “el conjunto de leyes cuya confección obedece a un procedimiento excepcional con relación al de la legislación ordinaria”. Las normas de ese procedimiento excepcional constituyen las normas de la *legislación constitucional* o la *forma constitucional*, que pueden revestir tanto normas generales, como disposiciones individuales (EISENMANN, C., p. 4). Sin embargo, advertía que no puede decirse que las disposiciones constitucionales que establecen las normas de la legislación constitucional estén revestidas de la forma que prescriben: “esas normas no podrían regir más que hacia el futuro; no han podido evidentemente ser aplicadas a la Constitución que las contiene”. Por ello, es preferible presentar la constitución formal como “*el conjunto de normas -disposiciones generales o individuales- cuya revisión está sometida a un procedimiento excepcional*” (EISENMANN, C., pp. 4-5).

Constitución formal y constitución material no coinciden necesariamente. Algunas normas inherentes al procedimiento de legislación, pueden no estar revestidas de la *forma constitucional*. En cambio, normas que nada tienen que ver con ese procedimiento, pueden estar dotadas de la forma constitucional.

Ahora bien, podría decirse que muchas de las normas que, *a priori*, no serían materialmente constitucionales, como las que definen los derechos fundamentales y las libertades públicas, se traducen en “principios, direcciones, límites” para el contenido de los actos a ser dictados y que, en consecuencia, son en realidad normas de procedimiento (KELSEN, H., *cit.*, p. 204): si alguna ley las violara, se habría incurrido en un vicio de forma, pues se habría utilizado el procedimiento equivocado o habría usurpado el legislador la competencia del constituyente.

3 KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Bruylant – LGDJ, París, 1999 (reimpresión de la traducción de Ch. EISENMANN al francés de la segunda edición, 1962), p. 335. A este respecto, se entiende por interpretación “el proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho en su progresión de un grado superior a un grado inferior” (p. 341).

4 NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, Tesis de doctorado, Universidad Panthéon-Assas, París II, París, 2001, p. 320.

5 DENIZEAU, C., *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité?*, LGDJ, París, 1997, p. 10.

del 21 de noviembre de 1969 *relati* al reglamento de la Asamblea nacional⁶, señaló que: *[a] justo título uno puede sorprenderse de que la Alta jurisdicción construya así un verdadero ‘bloque de la constitucionalidad’ compuesto por la Constitución y las ordenanzas del artículo 92 que establecen ‘los principios de organización del parlamentarismo limitado’*⁷.

La anterior afirmación resulta de que, en la decisión comentada, el Consejo constitucional apreció la constitucionalidad del reglamento en cuestión no sólo en función de la Constitución, sino también de la Ordenanza N° 58-1100 del 17 de noviembre de 1958, relativa al funcionamiento de las asambleas legislativas⁸.

Cinco años más tarde, el Profesor L. Favoreu publicó un artículo⁹ en el que comentaba tres decisiones del Consejo constitucional¹⁰, que afirman expresamente que los principios y las normas constitucionales no son exclusivamente los comprendidos en el articulado de la Constitución, convirtiéndose así en el *padre adoptivo* de la noción¹¹; en el sentido de que, según se dice, a partir de la publicación de ese artículo se inició la *teorización* de una expresión que ha tenido tanto éxito entre los autores como la de “Estado de derecho”¹².

La expresión “bloque de la constitucionalidad”, utilizada de ordinario por la doctrina, especialmente en Francia y en España, tiene un sentido muy preciso en cada uno de esos países.

En Francia, el “bloque de constitucionalidad” abarca la diversidad de elementos que sirven como fundamento a la existencia jurídica de las diferentes categorías de actos y de autoridades: la Constitución de 1958 y las otras normas de valor constitucional, esclarecidas por el Consejo constitucional, que son las normas de referencia utilizadas por él al ejercer el control de constitucionalidad. Se trata del preámbulo de la Constitución de 1958 y del de la Constitución de 1946; de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789; de los principios de valor constitucional, como los principios particularmente necesarios a nuestros tiempos, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, los principios generales del derecho de valor constitucional y, los objetivos de valor constitucional.

En España, la misma expresión tiende a incluir entre las normas de referencia del juez constitucional, además de la Constitución, las leyes orgánicas relativas a la repartición de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, los estatutos de autonomía y las leyes ordinarias concernientes a las competencias autonómicas o estatales¹³.

6 Que, junto al Senado, conforma el Parlamento francés.

7 “Chronique constitutionnelle et parlementaire française, vie et droit parlementaires”, *Revue de droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, 1970, p. 678.

8 En Francia, las “ordenanzas” son actos jurídicos cuya naturaleza es similar a la de los decretos-leyes.

9 FAVOREU, L., *Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in “Mélanges Eisenmann”, Cujàs, Paris, 1975, pp 33-48.

10 70-39 DC, *Traité de Luxembourg*; 71-44 DC, *Liberté d'association*; 73-51 DC, *Loi de finances 1974*.

11 DENIZEAU, C., *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité?*, p. 13.

12 GOYARD, C., Prólogo a “Existe-t-il un bloc de constitutionnalité”, por DENIZEAU, C., p. VII.

13 Ver FERNÁNDEZ, T.R., *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Cívitas, Madrid, 1981, pp. 97-120; RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 99-134.

Así, la noción de “bloque de la constitucionalidad” se refiere ciertamente a las fuentes del derecho constitucional, pero va más allá: el “bloque de la constitucionalidad” encierra la noción misma de constitución¹⁴. Por ello, la idea cobra especial relevancia en la actualidad jurídica venezolana¹⁵.

Como lo señalamos ya en otra parte¹⁶, la Constitución promulgada el 30 de diciembre de 1999 carece de vigencia, no sólo por ser jurídicamente inaplicable, sino también por ser ineficaz su norma fundamental. Sin embargo, existe sin duda un conjunto de *normas de referencia*, escritas o no, que fundamentan el control judicial de constitucionalidad. Así lo ha entendido siempre la Máxima Jurisdicción¹⁷, con la particularidad de que el Tribunal Supremo de Justicia ha utilizado la *expresión* en numerosas decisiones¹⁸.

De hecho, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, en sentencia dictada el 22 de septiembre de 2000, inherente a la interpretación de los artículos 26 y 27 de la Constitución *Servio Tulio León*, definió en términos relativamente claros el contenido del “bloque de la constitucionalidad” venezolano, al establecer el objeto de su “interpretación vinculante” y, además, del denominado “recurso de interpretación constitucional”.

Según dicha sentencia, el “bloque de la constitucionalidad” estaría compuesto por: 1) la Constitución; 2) los principios constitucionales; 3) las doctrinas referidas por la Constitución; 4) los tratados internacionales que se remiten a organismos multiestatales; 5) el régimen legal transitorio; 6) las bases comiciales de la Asamblea Nacional Constituyente. A esto se añade la jurisprudencia constitucional.

14 NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, p. 322.

15 En Venezuela, la expresión “bloque de la constitucionalidad” no había sido retenida hasta una época reciente. Hasta donde nuestro conocimiento llega, para 1999 había sido utilizada sólo por el Profesor J.C. FERNÁNDEZ TORO, para explicar únicamente el valor de la Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado y la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (*La distribución territorial del poder en Venezuela. Del Estado centralizado y autoritario a la descentralización democrática*, en “II Jornadas colombo-venezolanas de derecho público”, pp. 353-354). También había sido utilizada como término de referencia en un estudio de derecho comparado, específicamente en lo que atiene al control de constitucionalidad en Francia, por LEJARZA, J. y ORTIZ-ÁLVAREZ, L. en el Estudio Preliminar de su obra *Las Constituciones Latinoamericanas*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997, pp. 60-61. Nuestra colega y amiga Jacqueline LEJARZA, en un artículo titulado “El carácter normativo de los principios y valores constitucionales en la Constitución de 1999”, *RDC* 1, 1999, pp.200, 203, hace una primera aproximación de la idea de “bloque de la constitucionalidad” al ordenamiento jurídico venezolano, señalando que el mismo comprende: 1) las disposiciones constitucionales establecidas como preceptos o normas; 2) los principios y valores consagrados en la Constitución; 3) el preámbulo de la Constitución; 4) los tratados internacionales sobre derechos humanos; 5) los derechos humanos que no se encuentren expresamente establecidos (p. 201). También hace referencia al “plexo normativo comunitario” y, en general, a lo que denomina el “derecho internacional constitucional”. En nuestra tesis doctoral defendida en enero de 2001, *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 320-345, hicimos un estudio sobre la idea de “bloque de la constitucionalidad”, señalando que, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, ese “bloque” estaba compuesto por: 1) la Constitución, incluidos el preámbulo, las “normas” inscritas en la Constitución y las leyes de revisión constitucional (enmiendas, reformas, Ley de Elección y Remoción de Gobernadores de Estado y Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público); 2) los derechos inherentes a la persona humana; 3) los principios constitucionales; 4) la jurisprudencia complementaria de la Constitución. Igualmente, advertimos que existían normas que consideramos tenían rango constitucional, excluidas del “bloque de la constitucionalidad” (las constituciones de los estados y la Ley Orgánica de Régimen Municipal).

16 NIKKEN, C., “Sobre la invalidez de una Constitución”, en *Libro-Homenaje a Allan R. BREWER-CARÍAS*, t. I, Thomson, Cívitas, Madrid, 2003, pp. 205- 218.

17 V., NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 320-345.

18 V., TSJ-SC, 5-5-2001, *Consejo Legislativo del Estado Barinas*; TSJ-SC, 19-2-2002, *Beatriz CONTASTE RAVELO*; TSJ-SC, 21-8-2003, *Victoria Eugenia ZURITA*; TSJ-SC, 29-10-2003, *Tulio ÁLVAREZ (referendo consultivo)*; TSJ-SC, 11-2-2004, *Asociación Bolivariana de Abogados con la Constitución*.

Agrupando esas “categorías” de normas según sus elementos comunes, encontramos que el “bloque de la constitucionalidad” venezolano está conformado, en ese orden, por normas no escritas y por normas escritas. Caso especial es el de los denominados “derechos inherentes a la persona”, que será tratado separadamente.

I. LAS NORMAS NO ESCRITAS QUE CONFORMAN EL “BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD”

Las normas no escritas que se incorporan al “bloque de la constitucionalidad” venezolano son la Constitución *positiva*, los principios constitucionales y la jurisprudencia constitucional.

1. La Constitución *positiva*

Para poder hablar de *constitución positiva*, es necesario que la misma sea jurídicamente exigible y, en consecuencia, aplicable en un Estado determinado; en otros términos, esa constitución debe estar *vigente*.

En Venezuela, la exigibilidad y la aplicabilidad de la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999, es decir, su entrada en vigencia, dependía de su publicación en la *Gaceta Oficial*, según lo establece la disposición final de la misma. Esa publicación tuvo lugar el día 30 de diciembre de 1999, como puede constatarse de la *Gaceta Oficial* n° 36.860 de esa fecha.

Ahora bien, ¿está esa Constitución realmente vigente?

Nominalmente, la respuesta a la pregunta formulada es afirmativa: nadie niega que la Constitución fue publicada en la *Gaceta Oficial* ni que, conforme a lo establecido en su disposición final, la misma entraría en vigencia a partir de la fecha de su publicación.

Sin embargo, la cuestión de la vigencia de un acto jurídico no se limita al cumplimiento de la *formalidad* consistente en su publicación. Esa vigencia atiende a la efectiva exigibilidad y aplicabilidad del acto jurídico en cuestión. En otros términos y a manera de ejemplo, el hecho de que una ley publicada ordene que un hombre se transforme biológicamente en mujer, no hace posible esa transformación.

Una de las condiciones esenciales para la entrada en vigencia, es decir, para la *exigibilidad* y la *aplicabilidad* de una nueva constitución, es el establecimiento de un conjunto de normas que definan la manera en que se dará inicio a esa aplicación.

En efecto, el surgimiento de una *nueva* constitución tiene lugar cuando se *crea* un nuevo Estado, o bien, cuando dentro de un Estado ya existente se produce un *cambio constitucional*. En ambos supuestos, el fundamento del ordenamiento jurídico vigente hasta ese momento desaparece, dando paso al fundamento de un nuevo orden.

Para que pueda surgir el nuevo orden es necesario que su fundamento, es decir, la nueva constitución, determine el principio del elemento subjetivo de los órganos que habrán de aplicarla de manera *originaria*. En otros términos, esa constitución debe definir la oportunidad, los mecanismos y las condiciones que regirán para la “designación” de las nuevas autoridades, de los titulares de los nuevos órganos del poder público.

Además, debe prever de manera expresa quiénes ejercerán la autoridad hasta el momento en que tenga lugar esa “designación”.

Lo antes descrito es lo que comúnmente se denomina *régimen de transición*, que no es más que el conjunto de normas que *permite* el paso de una constitución a otra; que demarca el fin de la vigencia de una constitución y la entrada en vigencia de una nueva, es decir, su exigibilidad y su aplicabilidad desde un punto de vista jurídico.

La Constitución sancionada en Venezuela el 15 de diciembre de 1999 no establece régimen de transición alguno en ese sentido. Tampoco define quién y cómo debe adoptarse ese régimen de transición. Ello es particularmente grave, dado que la nueva Constitución modificó sustancialmente el elemento subjetivo de los órganos que ejercen el poder público tanto a nivel nacional, como a nivel estatal y municipal¹⁹.

Por lo anterior, difícilmente podía pensarse que las autoridades *designadas* hasta el momento de la entrada en vigencia de la nueva Constitución pudieran continuar en el ejercicio de sus cargos, poniendo en práctica las atribuciones que les fueron asignadas en ella.

Así, dada la ausencia de regulación de las normas que debían regir entre la Constitución de 1961 y la de 1999, es jurídicamente imposible sostener que esta última pudiera entrar en vigencia, es decir, que fuera exigible y aplicable.

Tal circunstancia *obligó* a la Asamblea Nacional Constituyente a establecer un “régimen de transición” que, posteriormente, fue complementado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, derivándose así una primera modificación de la Constitución a la que nos referiremos luego. Además, existen otras resultantes de las dos publicaciones sucesivas de que la misma ha sido objeto.

En cuanto a lo último, es necesario señalar en primer lugar que, como lo han advertido diversos autores e, incluso, integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, el proyecto sometido a referendo el día 15 de diciembre de 1999 y, por lo tanto, sancionado como Constitución en esa misma fecha, no se corresponde con el publicado en la *Gaceta Oficial* el 30 de diciembre de 1999²⁰.

Aunado a lo anterior, el 24 de marzo de 2000 fue reimpresso el texto de la Constitución, con el pretexto de corregir “errores de gramática, sintaxis y estilo”, lo que es a todas luces inadmisibles, pues ello implica cambios en el texto constitucional aprobado por el *pueblo*. Además, como lo señala Brewer-Carías, con esa excusa “*se introdujeron múltiples cambios sustanciales al texto constitucional*”²¹. De hecho, el Fiscal General de la República, quien detectó cambios en ciento setenta y nueve artículos, ejerció un recurso de interpretación ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a fin de que ésta determine cuál es la Constitución vigente²². El recurso aún no ha sido resuelto.

19 Así, por ejemplo, se eliminó el carácter bicameral del órgano legislativo nacional; se modificó la duración del mandato de los titulares de los órganos existentes; se establecieron condiciones y procedimientos distintos para la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Fiscal General de la República, del Contralor General de la República, de los miembros del Consejo Nacional Electoral; se modificó la estructura del Tribunal Supremo de Justicia; se creó la Defensoría del Pueblo; etc.

20 V., BREWER-CARÍAS, A.R., *La Constitución de 1999*, 3ª edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 282-289.

21 BREWER-CARÍAS, A.R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, UNAM, México, 2002, p. 403.

22 V., el diario “El Universal” del 10 de diciembre de 2000, pp. 1-4. Por su parte, el abogado Herman ESCARRÁ, quien presidió la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente, detectó doscientas setenta y ocho “reformas” al texto constitucional (v., el diario “El Universal” del 13 de diciembre de 2000, pp. 1-4).

La aludida “reimpresión” de la Constitución está precedida de la publicación de su su-puesta “exposición de motivos”, que aparece aprobada por la Asamblea Nacional Cons-tituyente el 30 de enero de 2000.

Esa publicación es absolutamente írrita. Por una parte, la “exposición de motivos” de la Constitución nunca fue sometida a consulta popular, de manera que el pueblo nunca cono-ció los “motivos” de la Constitución²³. Además, para la fecha de la publicación de esa “exposición de motivos”, la Asamblea Nacional Constituyente estaba ya disuelta, por lo que mal pudo haber ordenado su publicación en ese entonces. Así, la publicación, al igual que la propia reimpresión de la Constitución, deriva de una usurpación de autoridad²⁴.

A todo evento, a partir del principio de la separación de poderes²⁵, la Ley de Publicacio-nes Oficiales establece como único motivo de reimpresión de un acto, *la evidente discre-pancia entre el original y su impresión*, esto es, en el caso, la disconformidad entre la Constitución sancionada mediante referendo el 15 de diciembre de 1999, y la Constitución impresa en la *Gaceta Oficial* n° 36.860 de 30 de diciembre del mismo año²⁶. No puede entonces tratarse de la corrección de “errores de gramática, sintaxis y estilo” cometidos por la autoridad encargada de elaborar y adoptar el proyecto de Constitución, aprobado (san-cionado) así por el titular del poder constituyente: corregir la obra del poder constituyente se traduce, necesariamente, en la vulneración del fundamento mismo del principio de sepa-ración de poderes que rige en todo Estado que se pretende democrático.

De todo lo antes expuesto resulta que la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 no está vigente ni siquiera desde un punto de vista formal, pues su texto, tal como fue sancionado, nunca ha sido objeto de publicación en la *Gaceta Oficial*. En cuanto a la publicación del 24 de marzo de 2000 cabe señalar que, las modificaciones introducidas no contemplaron tampoco un verdadero régimen de transición y, por lo mismo, la Constitución -originaria o modificada- sigue siendo jurídicamente inaplicable.

A pesar de lo anterior, existe en la colectividad la *creencia* de que la Constitución pu-blicada el 30 de diciembre de 1999 y “reimpresa” el 24 de marzo de 2000 está vigente y,

23 Se hace la acotación, pues es necesario recordar que el recurso a los debates y a la exposición de motivos que preceden a todo acto normativo, incluso a la constitución, debe permitir determinar la *voluntad* de su *autor*. La *voluntad* es el conjunto de elementos que el autor conocía al momento de tomar su decisión y que, por esa razón, per-miten aclararla. Por su parte, el *autor* del acto es aquél cuya voluntad lo ha producido, porque su consentimiento era indispensable para la incorporación de la norma al ordenamiento jurídico; no lo es, en cambio, quien elaboró el texto y que, por ello, puede reivindicar su “paternidad literaria” (V., AVRIL, P., *Les conventions de la constitution*, PUF, París, 1997, pp. 54-56).

24 La usurpación está incluso expresada en el encabezado de esa publicación, en el que la Asamblea Nacional Constituyente esgrime falsamente el “*ejercicio del poder constituyente originario otorgado por éste* (el pueblo soberano de Venezuela) *mediante referendo aprobado democráticamente el veinticinco de abril de mil novecientos noventa y nueve, para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, y en concordancia con el Artículo 1° del Estatuto de funciona-miento de la Asamblea Nacional Constituyente*”.

25 En este caso, del poder constituyente y de los poderes constituidos.

26 Creemos que tanto la Ley de Publicaciones Oficiales, como el Reglamento Interior y de Debates de la Asam-blea Nacional deben ser considerados como parte del “bloque de la constitucionalidad”. La justificación de nuestra posición debería estar incorporada a este estudio. Sin embargo, la hemos excluido, pues nos alejaría del objeto del mismo. Nos contentamos con remitirnos a lo expresado por C. EISENMANN en cuanto a la noción material de “cons-titución” (nota 1). En todo caso, nos parece necesario hacer una remisión a la sentencia dictada por la Sala Constitu-cional -cuyo contenido nos abstendremos de comentar por “falta de espacio”- el 20-8-2003 en el caso del *Reglamen-to Interior y de Debates de la Asamblea Nacional* (Vestalia ARAUJO SAMPEDRO, Carlos TABLANTE y otros).

por lo tanto, que es la “constitución positiva” venezolana. Por ende, ese *texto* es el pilar de nuestro “bloque de la constitucionalidad”.

A ese respecto, es necesario aclarar que el *pilar* de nuestro “bloque de la constitucionalidad” tiene, por decirlo de alguna manera, *cuatro componentes*: el preámbulo de la Constitución; sus trescientos cincuenta artículos; las disposiciones transitorias, así como la derogatoria y la final; y las (aún no dictadas) *leyes* de “revisión constitucional”.

2. Los principios constitucionales

Según aparece de lo establecido en el artículo 335 de la Constitución, el control de constitucionalidad que ha de ejercer el Tribunal Supremo de Justicia debe tender a garantizar, además de la eficacia y la vigencia del texto “positivo”, los *principios constitucionales*²⁷.

Así, el recurso a los principios constitucionales no puede ser considerado como una mera *técnica* que permite al juez develar el significado de la Constitución²⁸, sino que se trata de un *imperativo*, de un deber impuesto al juez llamado a aplicar el texto fundamental.

Ahora bien, ¿qué son los principios constitucionales?, ¿cuáles son esos principios?

Los principios constitucionales, si nos atenemos a un significado netamente literal, llaman a las ideas de base, fundamento, origen, razón o motivo, todos de la Constitución. De allí que pueda decirse que se trata de *normas no escritas*, derivadas de doctrinas o ideas, que la comunidad jurídica -especialmente los tribunales- acepta como *fundamento, base u origen* de las normas *inscritas* en la Constitución.

Se trata entonces, en palabras de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de las *doctrinas en general, a las que se remite la Constitución como principios, sin precisar en qué consisten*²⁹, y no necesariamente, como podría pensarse, a las “normas” vertidas en el Título I de la Constitución, referido a sus *principios fundamentales*, en el que, en realidad, aparecen normas *inscritas* propiamente tales.

Así, por ejemplo, el artículo 7 recoge el *principio de la supremacía de la Constitución*, al establecer que ésta es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico, imponiendo a las personas y órganos que ejercen el poder público su sujeción a ella. En cambio, en cuanto al artículo 2, que señala que Venezuela se constituye *en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia* y, aunque seguidamente se enumeran los *valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación*³⁰, es necesario, para aplicar la norma en toda su amplitud, definir los *principios* del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, derivados de las doctrinas del Estado democrático, del Estado social, del Estado de Derecho y del Estado de Justicia; es decir, las *normas no escritas* que la comunidad jurídica acepta como fundamento de ese precepto.

27 Sobre este aspecto, ver LEJARZA, J., *El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999*, pp. 195-220.

28 Como lo afirmaba, por ejemplo, LINARES BENZO, G., *Leer la Constitución*, EJV, Caracas, 1998, p.157.

29 TSJ-SC, 22-9-2000, *Servio TULLIO LEÓN*.

30 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 político.

Cuando la operación antes descrita es realizada por el juez, particularmente por el juez constitucional, se crea una nueva *norma* -de tipo jurisprudencial- a través de la cual el *principio* se incorpora al ordenamiento jurídico. Tales son los *principios constitucionales* que forman parte del “bloque de la constitucionalidad” venezolano.

Nos contentaremos con la anterior afirmación, vista la evidente dificultad de establecer un catálogo de *principios constitucionales* en este espacio.

3. La jurisprudencia complementaria de la Constitución

Según aparece de lo establecido en el artículo 335 de la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia está llamado a garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, *así como a velar por la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución*, por ser su máximo y último intérprete. La misma norma dispone que *la interpretación que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales es vinculante para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*.

La disposición en cuestión es tenida como una importante (e incluso grave) innovación, lo que no es cierto. Innovación es que una norma como la expresada haya sido “positivizada”. No lo es, en cambio, que la más alta instancia judicial venezolana haya sido llamada a garantizar la supremacía constitucional, o erigida como máximo y último intérprete de la Constitución. Tampoco es cierto que las interpretaciones constitucionales emanadas de la *formación* de esa máxima instancia llamada a controlar la constitucionalidad de las leyes no resultaran vinculantes para sus otras formaciones y los demás tribunales de la República³¹.

Esa norma, en todo caso, recoge y “positiviza” la idea de “poder constituyente secundario” desarrollada jurisprudencialmente en Venezuela desde mediados de los años treinta del siglo XX³², y que recoge, justamente, la de interpretación auténtica de la Constitución.

31 V., NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 270-279; 336-338.

32 No es común -lejos de ello- encontrar en los libros de derecho constitucional la distinción entre algún poder constituyente “primario” y otro “secundario”. En nuestros estudios de pre-grado nunca encontramos tal distinción, como tampoco la hallamos durante nuestros estudios de post-grado en Francia. Sin embargo, en el curso de esos estudios de post-grado, uno de nuestros profesores de derecho constitucional -Claude GOYARD- nos pidió que preparáramos un trabajo sobre el *poder constituyente secundario*, refiriéndose a una “nota” contenida en el “Código constitucional” de Th. S. RENOUX y M. de VILLIERS, quienes afirman que *“El juez constitucional es a la vez legislador implícito y constituyente secundario”* (RENOUX, Th. S., y de VILLIERS, M., *Code constitutionnel*, Litec, París, 1994, p. 467). Entendimos entonces que ese poder constituyente “secundario” se refería a la interpretación de la constitución y, sobre esa base, preparamos nuestro trabajo. Cuál fue nuestra sorpresa, pasado ya algún tiempo, cuando en el curso de la investigación relativa a la preparación de nuestra tesis doctoral -referida a la Corte Suprema de Justicia-, nos encontramos con que la antigua Corte Federal y de Casación venezolana había definido un “poder constituyente secundario”, empleando esos mismos e idénticos términos. Ese “descubrimiento” -si así puede llamarse- fue importante en dos sentidos. Primero, en lo que nos corresponde, pues pudimos establecer en nuestra tesis, con fundamento en el derecho positivo, la *idea* de poder constituyente secundario y su desarrollo en Venezuela (NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 247-408). Además, ha servido como punto de referencia para una de nuestras compañeras, quien escogió como tema para su tesis doctoral el estudio del Senado Conservador francés del año III (1794) como “constituyente secundario” y, por ende, se ha *internacionalizado* un “concepto” formulado en nuestro país.

En efecto, la interpretación, es decir, “el proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho en su progresión de un grado superior a un grado inferior”³³, es *auténtica* si de ella resulta *la creación de una norma individual en virtud de un acto que no puede ser anulado*³⁴.

Tal creación aparece de que la interpretación implica necesariamente una escogencia: “no existe ningún criterio sobre cuya base una de las posibilidades presentes en el cuadro del derecho a ser aplicado podría ser preferida a las demás. No hay pura y simplemente ningún método que pueda decirse de derecho positivo que permitiría distinguir, entre varias significaciones lingüísticas de una norma, una sola, que sería su verdadera significación”³⁵.

Por lo anterior, el *intérprete auténtico* de la constitución *secunda* tanto al poder constituyente (originario), como al poder de revisión; en uso de un poder *accesorio*, que completa los principales, colaborando con ellos en diversos aspectos que se relacionan con su puesta en práctica, con su materialización. En otros términos, ejerce un “poder constituyente secundario”³⁶.

Precisamente porque es obvio que toda interpretación implica creación, y que toda interpretación judicial es “*law making*”³⁷, la antigua Corte Federal y de Casación, actuando como juez constitucional, se declaró como “intérprete soberana” de la Constitución, afirmando ser titular de un “poder constituyente secundario”. De esa manera, flexibilizó la *idea* de interpretación-conocimiento, adoptando la *idea* de interpretación voluntad³⁸.

33 KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, p. 335.

34 *Idem*, p. 341.

35 KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, p. 338. Dicho lo anterior cabe señalar que, si la interpretación es un acto de “voluntad”, no por ello estaría desprovista de límites. Esa interpretación, al menos, está sujeta a lo que ha sido denominado “directivas”, entre las cuales aparecen la competencia, el “texto”, la intención del autor del acto, etc.

36 En efecto, como lo escribía HAURIU, “El poder es una libre energía de la voluntad, es decir que es al mismo tiempo una libertad y una energía de la voluntad”. De hecho, “*El poder gobierna a través de la creación del orden y del derecho*. Ello deriva de que el poder es una libertad que contiene orden en potencia y que tiende a expresarlo” (HAURIU, M., *Précis de droit constitutionnel*, 2º ed., Sirey, París, 1929, pp. 14-16).

37 CAPPELLETTI, M., *Le pouvoir des juges*, Economica -PUAM-, París, 1990, p. 33.

38 NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 256-262. En Venezuela, desde su origen, existe un poder judicial que, en principio, es independiente e igual a los poderes legislativo y ejecutivo, como en los Estados Unidos de América y a diferencia de lo que sucede en Francia. Se hace la acotación, pues en el primero se entiende que la función del poder judicial es *decir la ley*, estando los jueces en el deber de exponerla y de expresarla (Cfr. *Marbury vs. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803)). De hecho, en “El Federalista” N° LXXVIII, se señaló que: “Es mucho más racional suponer que los tribunales han sido designados para ser un Cuerpo intermediario entre el pueblo y la legislatura, a efectos, entre otras cosas, de mantener a la última entre los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es la función propia y particular de los tribunales. Una Constitución es de hecho, y debe ser mirada por los jueces como una ley fundamental. Por ello, es a ellos a quienes corresponde determinar su sentido, tanto como el sentido de toda ley particular emanada del Cuerpo legislativo (...). Esta conclusión no supone en modo alguno una superioridad del poder judicial sobre el poder legislativo. Supone solamente que el poder del pueblo es superior a ambos, y que, cuando la voluntad de la legislatura, expresada en sus leyes, está en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, es a la última, más que a las primeras que deben obedecer los jueces”.

A pesar de lo dicho, dada la indudable influencia francesa en el derecho venezolano, se entendía –y muchos siguen entendiendo– que la interpretación es un acto de conocimiento: el juez pronuncia las palabras de la ley y, aunque las interprete, su interpretación es un acto de ejecución de la ley y no un acto de creación del derecho. La interpretación consiste, entonces, en hallar la *intención* del autor del acto en el texto interpretado o en los debates que lo precedieron, pues sólo habría “un sentido verdadero” de ese texto. Esto, según la llamada teoría *cognitiva* de la interpretación es un acto de ejecución y no de un acto de creación de derecho, que consiste en aplicar a un caso concreto las normas tal y como han sido establecidas y, en caso de duda, hallar la “intención” de su autor en el texto

La Corte Suprema de Justicia instituida por la Constitución de 1961 pareció abandonar ese “poder constituyente secundario”; sin embargo, según su jurisprudencia más avanzada, realizaba “interpretaciones constitucionales” en ejercicio del poder judicial, que se traducían en actos de creación de derecho, hasta el punto de haber establecido el mecanismo que dio lugar a la nueva Constitución de 1999³⁹.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia erigido por la Constitución de 1999, en especial su Sala Constitucional, retomó la idea de “poder constituyente secundario”, admitiendo expresamente que sus interpretaciones son actos de creación de derecho⁴⁰.

Ese “poder constituyente secundario” está llamado a cumplir tres *funciones* esenciales. A través de su ejercicio se define, justamente, el “bloque de la constitucionalidad”; se mantiene la unidad de la “constitución”; y por último, se pone al día o *actualiza* esa “constitución”⁴¹.

Lo anterior para expresar que las interpretaciones de la “constitución”, contenidas en la *jurisprudencia* emanada del Tribunal Supremo de Justicia, forman parte indiscutiblemente del “bloque de la constitucionalidad” venezolano; siendo las de mayor “jerarquía” las emanadas de la Sala Constitucional⁴².

II. LAS NORMAS ESCRITAS QUE CONFORMAN EL “BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD”

Las únicas normas verdaderamente escritas que conforman el “bloque de la constitucionalidad” venezolano son las que definen el denominado *régimen de transición* y los tratados internacionales referidos a “órganos multiestatales”.

a ser aplicado o en sus antecedentes o motivos. Lo expresado se funda en el pensamiento de MONTESQUIEU, para quien “*los jueces de la nación no son más (...) que la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar su fuerza ni su rigor*”, pues, aunque separado del poder legislativo y del poder ejecutivo, de la que a todo evento forma parte, “*el poder de juzgar es en cierto modo nulo*” (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Libro IX, Capítulo VI, t. I, p. 337).

39 NIKKEN, C., *idem*, pp. 265-269.

40 En este espacio cabe hacer la acotación de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, abusando del poder que ostenta y, sobre todo, en abierta usurpación de funciones, más que admitir que sus interpretaciones son actos de creación de derecho en el sentido que venimos comentando, ha afirmado expresamente que el acto de *sentenciar* es un acto de “legislación” y, en ese sentido, luego de establecer que alguna interpretación contenida en UNA sentencia es vinculante, ordena su publicación en la *Gaceta Oficial*. Hay muchos ejemplos de ello, entre otros, TSJ-SC, 6-6-2001, *José Vicente ARENAS CÁCERES*; TSJ-SC, 19-8-2004, *Constitución Federal del Estado Falcón*.

41 NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 318-356. Lamentablemente, la función de mantener la unidad de la Constitución no está siendo cumplida cabalmente por el Tribunal Supremo, en especial por su Sala Constitucional. Ver por ejemplo, decisiones encontradas dictadas por la Sala Constitucional en materia de referendo consultivo, en especial, las dictadas el 1-12-2000 (*Frente Constituyente de Trabajadores*) y el 22-1-2003 (*Interpretación del artículo 71 de la Constitución*).

42 Sin entrar en demasiadas explicaciones, lógicamente la jurisprudencia constitucional debería estar ordenada -de mayor a menor jerarquía- como sigue: 1) de la Sala Constitucional: A) la derivada del “recurso” de interpretación constitucional; B) la derivada de la acción de inconstitucionalidad de leyes y actos de rango similar; C) la derivada del ejercicio de todos los demás juicios. 2) de las demás salas: A) la derivada del recurso de interpretación de leyes; B) la derivada del ejercicio de cualquier otro tipo de acción. Queda a salvo la jurisprudencia relativa a los derechos inherentes a la persona, sobre lo que se hablará más adelante.

1. El régimen de transición

Un “régimen de transición”, en materia constitucional, se refiere al conjunto de normas que permiten, por una parte, la instauración de un nuevo orden y, por la otra, de modo previo, el *desmantelamiento* del orden anterior.

De allí que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considere, a justo título, que tienen rango constitucional las normas que configuran los regímenes de transición pre y post constitucional.

El régimen de transición preconstitucional teóricamente cesó en su vigencia, por lo que no será objeto de análisis en esta oportunidad⁴³. Nos detendremos únicamente en el *régimen de transición* definido por la Asamblea Nacional Constituyente, para dar solución al enorme vacío normativo derivado de la sanción de la nueva Constitución el 15 de diciembre de 1999, toda vez que tal *régimen* no fue definido en ese acto.

Al respecto debemos señalar que la Asamblea Nacional Constituyente emanó, por una parte, el Régimen de Transición del Poder Público el 22 de diciembre de 1999⁴⁴ y, por la otra, el Estatuto Electoral del Poder Público el 30 de enero de 2000⁴⁵. De esa manera, la Asamblea Nacional Constituyente estableció, desde antes de la promulgación de la nueva Constitución -pero luego de su sanción-, las normas que regirían la transición entre ésta y la del 23 de enero de 1961⁴⁶.

43 La transición preconstitucional se inició el día 19 de enero de 1999, con la publicación de dos decisiones dictadas por la Sala Político-Administrativa de la entonces denominada Corte Suprema de Justicia. Mediante tales decisiones, en efecto, se dio inicio al proceso que culminaría -teóricamente- con la sanción y posterior promulgación de una nueva “constitución”.

Con fundamento en esas decisiones, el 2 de febrero de 1999 el recién juramentado Presidente de la República dictó el conocido Decreto N° 3, mediante el cual procedió a “convocar” un referendo consultivo a fin de que el cuerpo electoral se pronunciara sobre la conveniencia de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente. En complemento de ese decreto aparecen las sentencias dictadas por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 18 de marzo y el 14 de abril de 1999, referidas ambas a la nulidad de la convocatoria del referendo consultivo.

Todos los actos mencionados anteriormente determinaron -o así debían hacerlo- el origen y la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente, convocada mediante referendo el día 25 de abril de 1999, “electa” el 25 de julio del mismo año, e instalada el día 3 de agosto de 1999. Ninguno de ellos está hoy en día vigente, toda vez que la Asamblea Nacional Constituyente cesó en sus funciones. Sin embargo, no cabe duda de que, en algún momento, formaron parte del “bloque de la constitucionalidad”, como bien lo apuntó la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia del 14-10-1999 (*Decretos de organización del Congreso de la República – Enrique CAPRILES RADONSKI*).

También pasaron a formar parte del “bloque de la constitucionalidad”, como normas reguladoras de la transición preconstitucional, los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente, en uso de las atribuciones que le confirieron las Bases comiciales para la elección de sus miembros. Entre tales actos encontramos el Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente; el “decreto” de ratificación del Presidente de la República en su cargo; el “decreto” de reorganización de todos los órganos del poder público; el “decreto” de reorganización del poder judicial; el “decreto” de reorganización del poder legislativo y su ¿revocatoria?; el “decreto” mediante el cual se suspendió el proceso electoral relativo a los municipios, que debía tener lugar durante el segundo semestre de 1999.

44 Publicado en la *Gaceta Oficial* n° 36.857 de fecha 27 de diciembre de 1999 y reimpresso por error material en la *Gaceta Oficial* n° 36.859 del 29 de diciembre de 1999.

45 Publicado en la *Gaceta Oficial* n° 36.884 de fecha 2 de febrero de 2000.

46 Sobre el “proceso” de instauración del régimen de transición, v., BREWER-CARÍAS, A.R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, pp. 343-374; 381-400.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no sólo ha dado aval a esa irregular actuación de la Asamblea Nacional Constituyente⁴⁷, sino que, además, se ha permitido perfeccionar y complementar el régimen de transición definido por ella⁴⁸. Por demás, dicho cuerpo ha afirmado expresamente que el régimen de transición en cuestión forma parte del “bloque de la constitucionalidad”⁴⁹.

En todo caso, a pesar de que han pasado seis años desde la entrada en vigencia *nominal* de la Constitución, ese régimen de transición postconstitucional se mantiene en vigor en muchas de sus normas⁵⁰. De hecho, así se confirma que la Constitución *positiva* no está jurídicamente vigente.

2. Los tratados internacionales referidos a órganos multiestatales

En su sentencia del 22 de septiembre de 2000 (*Servio Tulio León*), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia incluyó en el “bloque de la constitucionalidad” los tratados internacionales que “*se remiten a organismos multiestatales que producen normas aplicables en los Estados suscritores*”, señalando que surgen discusiones sobre si esas normas “*se convierten en fuente del derecho interno a pesar de no ser promulgadas por la Asamblea Nacional, o no haberlo sido por el antiguo Congreso de la República*”.

47 Las normas en cuestión fueron dictadas por una autoridad *incompetente*: si materialmente la Asamblea Nacional Constituyente podía dictar, además de su estatuto de funcionamiento, otros actos jurídicos, temporalmente estaba limitada para ejercer su función creadora y transformadora. Ese límite temporal era el momento de la sanción (o el rechazo) de la nueva Constitución: después de ese momento, sólo podía proclamar el resultado del referendo y, de resultar aprobatorio, promulgar la nueva Constitución. En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente fue creada como órgano *extraordinario* que, por la misma razón, detenía un mandato *temporal*. A ese órgano extraordinario se le confirió el carácter de instancia decisoria del poder constituyente, es decir, se le confirió la potestad, principalmente, de adoptar un proyecto de constitución cuya sanción definitiva se reservó el pueblo, titular del poder constituyente. De allí que, una vez cumplido el fin para el cual fue creada, la Asamblea Nacional Constituyente debía cesar en sus funciones, salvo que el titular del poder constituyente, es decir, *el pueblo*, previera otra cosa en las *disposiciones transitorias* de la nueva Constitución. Ello, muy a pesar de que las Bases Comiciales sobre el referendo consultivo relativo a la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente señalaban que dicha Asamblea funcionaría por ciento ochenta días: se trataba del límite máximo de tiempo que podía tomarse la Asamblea Nacional Constituyente para adoptar el proyecto de constitución que le fue encomendado. En el mismo orden de ideas, es necesario tomar en consideración que, a tenor de lo establecido en esas Bases, la Asamblea Nacional Constituyente debía declarar sancionada la nueva Constitución si el número de votos afirmativos expresados en el referendo convocado a tal fin era superior al número de votos negativos y, posteriormente, promulgar esa Constitución, ordenando su publicación en la *Gaceta Oficial*. De tal manera, una vez realizado el referendo constituyente, la Asamblea no podía más que proclamar la sanción de la nueva Constitución y ordenar su publicación, dado que en el texto sancionado no se le otorgó facultad alguna, salvo la de adoptar la ley especial relativa al Distrito Capital. Admitir lo contrario sería tanto como afirmar que el órgano legislativo (órgano ordinario y permanente) puede, luego de haber sancionado el texto de una ley, modificarlo mientras la autoridad encargada de su promulgación procede a ello.

Es por lo anterior que consideramos que, al haber procedido a dictar las normas que regirían la *transitoriedad* a partir de la publicación de la nueva Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente *constituyó* un régimen de transición, *usurpando*, primero las “funciones” y, posteriormente, la autoridad del pueblo soberano. En otros términos, actuó como una “*junta de gobierno provisoria*”, emanando actos “constituyentes” no previstos en el ordenamiento jurídico vigente, tal como sucede luego del acaecimiento de un *golpe de Estado*, con la variante de que, generalmente, esos actos aparecen *antes* de que surja el cambio constitucional que resulta del *golpe de Estado*, y no después (*vid.* NIKKEN, C., “Sobre la invalidez de una Constitución”, pp. 206-211).

48 V., entre otras decisiones, TSJ-SC, 26-1-2000, *Eduardo GARCÍA*; TSJ-SC, 27-1-2000, *Milagros GÓMEZ, María BASTIDAS y otros*; TSJ-SC, 12-12-2000, *Defensoría del Pueblo*; TSJ-SC, 5-4-2001, *Francisco ENCINAS VERDE y otros*; TSJ-SC, 16-5-2001, *Asamblea Nacional*.

49 V., entre otras decisiones, TSJ-SC, 29-10-2003, *Tulio ÁLVAREZ (referendo consultivo)*.

50 V., por ejemplo, TSJ-SC, 11-2-2004, *Asociación Bolivariana de Abogados con la Constitución*, referida a la extensión de la vigencia *-contra legem-* del Estatuto Electoral del Poder Público.

De tal manera, la Sala Constitucional incluye en el “bloque de la constitucionalidad”, no los *tratados referidos a organismos multiestatales que producen normas aplicables en los Estados-parte*, sino, específicamente, los tratados referidos a *órganos supranacionales*⁵¹.

Debe, en efecto, hacerse una distinción entre los organismos *multiestatales* -que configuran una categoría general-, y los *órganos supranacionales* que, aunque son multiestatales, tienen sus especificidades propias.

Los organismos multiestatales son, en términos generales, aquéllos que sirven como medio o canal para que los Estados-parte de un tratado tomen decisiones conjuntas. Esas decisiones dan lugar a actos de diversa naturaleza, que pueden requerir o no aprobación *interna* para su vigencia; que establecen o no obligaciones para los Estados o; que más allá de obligar a los Estados entre sí, obligan a cada Estado con sus habitantes. Ejemplos típicos de tales organismos son la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos.

Por su parte, los *órganos supranacionales* son el producto de una *transferencia* de competencia -políticamente, de soberanía- que hacen los Estados-parte de un tratado, para que sean *órganos comunes* a ellos quienes dicten determinados actos jurídicos, aplicables directamente a sus *habitantes*. De allí que, en esencia, esos actos no deban ser aprobados previamente para su aplicación, por los *órganos* internos de cada uno de los Estados-parte del tratado. El ejemplo clásico de esos *órganos* viene dado por los creados mediante los tratados propios de la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea.

Venezuela ha *transferido* algunas competencias a *órganos supranacionales*, al suscribir y ratificar diversos tratados internacionales. Esto, principalmente, mediante los tratados relativos a la Comunidad Andina de Naciones, a los que conforman el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, a la jurisdicción penal internacional.

Obviando entrar en discusiones que nos alejarían del objeto del presente análisis, debemos entonces señalar que los *tratados internacionales* que crean y regulan el funcionamiento de los *órganos supranacionales* que conciernen a Venezuela son efectivamente parte del “bloque de la constitucionalidad”, pues sólo a través de ellos pueden los tribunales, especialmente el Tribunal Supremo de Justicia, determinar si los *órganos nacionales* han actuado en desconocimiento de los límites que les imponen esos tratados, asumiendo competencias transferidas a *órganos supranacionales* o, incluso, si han transgredido los actos dictados por estos últimos.

Con esto no queremos decir que los actos dictados por los *órganos supranacionales* formen parte del “bloque de la constitucionalidad” pues, aunque tengan mayor rango que los actos dictados por *órganos nacionales* en la jerarquía de las normas⁵², no pierden su naturaleza “legal” o “reglamentaria” y, en el caso, de “acto administrativo” o “sentencia judicial”. Sin embargo, cuando un *órgano estatal* incumple alguno de esos actos, viola el tratado internacional mediante el cual el Estado venezolano transfirió parte de su competencia a un *órgano supranacional* y, en consecuencia, el acto por el que lo hace es *inconstitucional*⁵³.

51 Confirmando esta posición, ver entre otras decisiones TSJ-SC, 15-7-2003, Rafael CHAVERO GAZDIK.

52 La superioridad de tales actos en la jerarquía de las normas aparece de lo establecido en los artículos 31 y 153 de la Constitución. En todo caso, esa superioridad resulta de que los *órganos nacionales* están principalmente llamados a *ejecutar* las decisiones tomadas por los *supranacionales*, sin que puedan modificarlos en modo alguno.

53 No compartimos la posición adoptada por la Sala Constitucional en su sentencia del 22-9-2000 (*Servio TULLIO LEÓN*), en la que señala que “surge una discusión casuística, que debe ser aclarada por algún organismo, siendo

III. EL CASO PARTICULAR DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA

Siguiendo una tradición fundada en la Constitución de 1858⁵⁴, el texto de 1999, en su artículo 22, postula que: “*La enunciación de los derechos y garantías constitucionales contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos*”.

Por otra parte, el artículo 23 dispone que: “*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, 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 esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público*”. En ese sentido, el artículo 19 establece que: “*El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen*”.

Las normas citadas llaman a tres reflexiones que justifican el título de este capítulo. La primera es definir en qué consisten los *derechos inherentes a la persona*. La segunda, cuáles serían las *fuentes* de esos derechos. La tercera, el *rango* de esas fuentes en la ordenación jerárquica de las normas en Venezuela.

En cuanto a la determinación del significado de los *derechos inherentes a la persona*, de manera simplificada y evitando entrar en discusiones que nos alejarían de nuestro objeto, puede decirse que se trata de los *derechos subjetivos* que el constituyente reconoce como esenciales a toda persona -natural o moral-, individual o colectivamente considerada, o que, universalmente, son tenidos como tales. Esto llama a hacer dos consideraciones.

esta Sala la máxima autoridad para reconocer su vigencia en el Derecho Interno”, en lo que respecta a la constitucionalidad de las normas dictadas por los órganos multietatales. La Sala Constitucional es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los *tratados internacionales*, antes de su ratificación (artículo 336, numeral 5, de la Constitución) e, incluso, sobre la constitucionalidad de las *leyes aprobatorias de tratados internacionales*, lo que indirectamente incidiría sobre la constitucionalidad de los tratados mismos (artículo 336, numeral 1, de la Constitución). No puede, sin embargo, controlar la “constitucionalidad” de los actos dictados por órganos supranacionales, si así no ha sido expresamente establecido en los tratados que regulan su organización y funcionamiento y, ello, en el sentido de determinar si esos actos se acuerdan con tales tratados. Por lo mismo, tampoco compartimos la posición adoptada por esa Sala, en el mismo sentido, en sentencia del 15-7-2003 (Rafael CHAVERO GAZDIK).

⁵⁴ Seguramente inspirada de la novena enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América. A pesar de su antigüedad, la norma ha sido aplicada en su mayor amplitud sólo a partir de 1983 (v., CSJ-SPA, 20-10-1983, Andrés VELÁSQUEZ) y, especialmente, de finales del siglo XX (ver CSJ-CP, 5-12-1996, *Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas*; CSJ-CP, 6-10-1998, *Ordenanza sobre la Delimitación de los Ejidos del Municipio Maturín del Estado Monagas*). Así, por ejemplo, con anterioridad la máxima instancia había declarado que el establecimiento de un procedimiento judicial constituye una *garantía accesoría* del derecho a la defensa (CFC 8-8-1937, *Artículo 32-6° de la Constitución*); y declarado conformes a la letra y al espíritu de la Constitución las tendencias del “colectivismo sano y eminentemente nacional”, contrapuestas al individualismo (CFC-SPA, 13-1-1940), dando paso, por ende, al nacional-socialismo y al fascismo, doctrinas ambas opuestas al individualismo y al comunismo, también rechazado por la Máxima instancia patria (CFC-SPA, 6-8-1936, *Artículo 32-6° de la Constitución*).

En primer lugar, es una innovación de la Constitución de 1999 colocar en un plano de igualdad, en lo que a derechos “fundamentales” se refiere, a las personas físicas y a las personas morales: a diferencia de lo que ocurría con anterioridad, la norma protectora de derechos a título *residual* se refería únicamente a la *persona humana*⁵⁵. De hecho, la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos -si no todos- se refieren a las *personas naturales*.

Por otra parte en su artículo 26, la Constitución garantiza expresamente la tutela judicial efectiva, no sólo de los derechos individuales y de los sociales, sino también de los derechos colectivos y difusos, que constituyen categorías específicas.

En lo que se refiere a las *fuentes*, es decir, los *puntos de emergencia* de las normas que determinan los derechos inherentes a la persona que, al mismo tiempo, *justifican su obligatoriedad*, encontramos que los artículos 22 y 23 de la Constitución se refieren a *cuatro* categorías: la Constitución misma -como principal punto de emergencia de derechos inherentes a la persona-; los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República; los *instrumentos internacionales* sobre derechos humanos en general; y la *jurisprudencia*.

En cuanto a la “Constitución” no parece necesario formular ninguna aclaratoria. Sin embargo, es obligante llamar la atención sobre la distinción, que aparece en la Constitución, entre los tratados internacionales ratificados por la República y los instrumentos internacionales.

Nótese que los primeros son mencionados -en tanto que actos jurídicos que obligan al Estado venezolano- como fuente directa de *derechos inherentes a la persona* en los artículos 19 y 23. De hecho, se advierte que tienen rango superior al de la Constitución, en la medida en que establezcan normas sobre su ejercicio más favorables que las propias del derecho interno.

Los segundos, en cambio -que en todo caso comprenden a los primeros-, son designados como fuente de derechos *residuales* inherentes a la persona⁵⁶.

En cuanto a la jurisprudencia, al margen de lo que ya fue expuesto, su alusión como fuente directa de “derechos inherentes a la persona” encuentra una explicación en lo establecido en el artículo 22 constitucional citado: si el constituyente reconoce la existencia de derechos inherentes a la persona distintos a los enumerados por él expresamente, o a los definidos en instrumentos internacionales -entre los que cuentan los tratados-, ¿dónde, si no es en la *jurisprudencia*, podemos encontrar esos *derechos*?

En efecto, aunque el artículo 22 es amplísimo al determinar las *fuentes* de derechos inherentes a la persona, la misma norma advierte que no es *exhaustiva*, al reconocer que pueden existir derechos distintos a los señalados en esas fuentes. Así, la norma entiende que “derechos” definidos, por ejemplo, en textos legales o reglamentarios, pueden ser

55 En una sentencia de cuyo contenido discrepamos en de más de un aspecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia pretende desconocer la aludida innovación introducida por el constituyente, dejando entender que los derechos garantizados en forma residual lo están únicamente a las personas naturales y no a las morales, contrariando lo expresado en los artículos 19 y 22 de la Constitución (v., TSJ-SC, 15-7-2003, Rafael CHAVERO GAZDIK).

56 Tal designación, a nuestro modo de ver, sigue la interpretación vertida en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, el 6-10-1998 (*Ordenanza sobre la Delimitación de los Ejidos del Municipio Maturín del Estado Monagas*), en la que se recurrió a instrumentos internacionales diversos que no formaban parte del ordenamiento jurídico venezolano.

inherentes a la persona y que, por ello, gozan de *protección constitucional*. Ahora bien, en la medida en que tales “derechos” estarían expresados en textos *infraconstitucionales*, sólo podría el juez considerarlos como *inherentes a la persona*⁵⁷. Lo mismo ocurre con derechos inherentes a la persona que no estén *inscritos* en ningún documento, como los que pueden derivar de *principios generales del derecho*, de alguna *práctica constitucional* o, cualesquiera otros que el juez considere como tales.

Ahora bien, ¿tienen todas las *fuentes* de derechos inherentes a la persona el mismo *rango* en la jerarquía de las normas?

La respuesta a la interrogante formulada está inscrita en el artículo 23 de la Constitución: *no*.

Aplicando, en parte, la teoría de la *supraconstitucionalidad*, la norma dispone que los tratados internacionales ratificados por la República tienen un rango *superior* al de la Constitución, en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos inherentes a la persona más favorables que los previstos en el orden interno, advirtiendo, en todo caso, que de no ser así, tienen rango *constitucional*⁵⁸.

Alcanzan el rango de la Constitución, por aplicación del artículo 22, los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia que defina derechos inherentes a la persona⁵⁹. En efecto, si la Constitución establece que *la falta de ley reglamentaria* no menoscaba el ejercicio de los derechos inherentes a la persona *no enunciados*, debe entenderse que la Constitución misma garantiza su goce y ejercicio, como garantiza el goce y ejercicio de los que ella enuncia⁶⁰.

57 Así ocurrió, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, con el “derecho a la participación ciudadana en la ordenación y planificación territorial”, definido por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en sentencia del 5-12-1996 (*Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas*), a partir de lo previsto en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal. También ocurrió con el “derecho a referéndum consultivo”, definido por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19-1-1999 (*Fundahumanos*), a partir de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

58 En una sentencia de cuyo contenido discrepamos en más de un aspecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró que “[e]n materia de derechos humanos, *adquieren rango constitucional*, equiparadas a normas contenidas en la Constitución, las disposiciones de los Tratados, Pactos y Convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela *que resulten más favorables* a las establecidas en nuestra Carta Magna o en las leyes nacionales” (TSJ-SC, 15-7-2003, *Rafael CHAVERO GAZDIK*; énfasis nuestro). De tal manera -aunque en forma confusa- la Sala parece obviar el rango constitucional e, incluso, *supraconstitucional* de los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República, asignándoles rango constitucional, sólo a “los más favorables”. Esto, además, para seguir diciendo que, “[a] incorporar las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales” (*idem*). Esa última apreciación es parcialmente correcta: la Sala Constitucional debe ajustar sus interpretaciones a lo establecido por los órganos que, según el tratado en cuestión, están llamados a interpretarlo, por ejemplo, a las interpretaciones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Corte Penal Internacional. Esto, por la misma razón que las interpretaciones de la Constitución emanadas del Tribunal Supremo de Justicia alcanzan el rango de la Constitución.

59 Vale señalar que, al margen de lo expresado en la nota anterior, se ha dicho que, en general, los derechos inherentes a la persona tienen valor *supraconstitucional* (NIKKEN, P., Prólogo a *Los derechos del niño vs. los abusos parlamentarios de la libertad de expresión*, de ANDUEZA, J.G., BREWER-CARÍAS, A.R., y FERNÁNDEZ, G., EJV, Caracas, 1994, p. 13).

60 Por extraño que pueda parecer, a partir de lo previsto en el artículo 50 de la Constitución de 1961 (antecedente inmediato del artículo 22 vigente), la jurisprudencia había señalado que gozaban de protección directa de la Constitución los derechos inherentes a la persona humana *no enumerados*, pues era a tales derechos a los que se refería la norma al señalar que la falta de ley reglamentaria de los mismos no menoscabaría su ejercicio. En cuanto a los dere-

Forman, entonces, parte del “bloque de la constitucionalidad” venezolano los tratados internacionales ratificados por la República y demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como la jurisprudencia que defina derechos inherentes a la persona.

* * *

Hasta aquí hemos hecho un ejercicio académico, consistente en definir el “bloque de la constitucionalidad” venezolano.

La aludida definición es, sin embargo, incompleta: no se sintetiza el *contenido* del “bloque de la constitucionalidad”, ni se hace referencia a las constituciones estatales que, a nuestro juicio, son normas de valor constitucional excluidas jurisprudencialmente del “bloque de la constitucionalidad”⁶¹.

En cuanto a la primera omisión, pedimos la indulgencia del lector esperando sepa comprender que si es difícil sintetizar el contenido de la Constitución *positiva*, de los actos que conforman el régimen de transición o de los tratados internacionales ratificados por la República aludidos, lo es todavía más analizar y sintetizar el contenido no ya de los diversos instrumentos internacionales suscritos o no por la República, sino la vastísima y cambiante “jurisprudencia” constitucional, que es la que, finalmente, define los valores y principios constitucionales, tanto como los derechos inherentes a la persona.

En lo que se refiere a las constituciones estatales, la especificidad del tema y su tratamiento jurisprudencial actual, nos llevan a considerar que su análisis amerita un estudio aparte que esperamos poder presentar prontamente.

Por otra parte, si se atiende a que se definió el “bloque de la constitucionalidad” venezolano a partir de la idea de normas escritas y no escritas, pensamos que debimos hacer referencia a la flexibilidad o rigidez de nuestra vigente “constitución”. También creemos que debimos referirnos a su norma fundamental.

En cuanto a la rigidez o flexibilidad de la “constitución”, con independencia del matiz que sobre ambas características impone la idea de “bloque de constitucionalidad”, cualquier referencia a tales elementos carece de utilidad práctica, visto que la misma la “constitución” es en su mayor parte no escrita y que, además, el contenido de su parte escrita no depende de la *soberanía popular*, sino de órganos multiestatales y del poder judicial, representado fundamentalmente por el Tribunal Supremo de Justicia.

En lo que atiende a la *norma fundamental* de la “constitución”, nos basta con hacer referencia a lo que escribimos en homenaje a un maestro y amigo:

[e]sa norma fundamental supone que el pueblo está por encima de la Constitución y, además, que puede ejercer su soberanía por cualquier medio y en todo momento, incluso contra la Constitución”⁶².

chos *enunciados*, se advertía que, si su ejercicio suponía una ley que lo regulara, entonces no gozaban de protección constitucional, al estar inscritos en una norma *programática* (v., CSJ-SPA, 14-12-1970). Tal apreciación se modificó en sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 20-10-1983 (Andrés VELÁSQUEZ) y, desde entonces, se entiende que la Constitución protege todos los derechos inherentes a la persona, independientemente de que hayan sido o no reconocidos por ella o desarrollados mediante ley (v., en ese sentido, TSJ-SE, 19-5-2000, APUCV vs. CNE).

61 V., NIKKEN, C., *La Cour Suprême de Justice et la Constitution vénézuélienne du 23 janvier 1961*, pp. 338-342.

62 NIKKEN, C., “Sobre la invalidez de una Constitución”, p. 214.

Sin embargo, visto que la realidad muestra que esa norma fundamental no sólo es rechazada por el pueblo, sino que es desconocida por los órganos del Estado, más allá de lo expuesto *supra* en cuanto a la vigencia de la Constitución *positiva*, “la Constitución sancionada el 15 de diciembre de 1999 carece de validez: una constitución cuya norma fundamental no es generalmente aceptada en su aplicación es jurídicamente inválida”⁶³.

Queda entonces pendiente una importantísima tarea: develar el contenido de nuestra verdadera “Constitución”.

63 *Idem*, p. 217.