

EL ESTADO CONSTITUCIONAL ABIERTO Y LOS DERECHOS HUMANOS. LA (DE)CONSTRUCCIÓN VENEZOLANA

Mariela MORALES ANTONIAZZI

SUMARIO: I. *Breve contextualización retrospectiva.* II. *Conceptualización: una doble estatalidad abierta.* III. *La progresista constitucionalización del Estado abierto en Venezuela.* IV. *Regresión del Estado abierto: elementos erosivos.* V. *Reflexión final a título de desafío.*

Participar en esta obra homenaje a Jorge Carpizo es motivo de profundo orgullo, ya que me permite sumarme a este excelente esfuerzo académico, que combina tradición con innovación, para debatir la temática emergente de los desafíos del constitucionalismo contemporáneo, enmarcado en los ejes de trabajo del eminente jurista, el *maestro* Jorge Carpizo, a quien me unen profundos lazos de admiración, afecto y gratitud. Agradezco a Héctor Fix-Fierro y a Miguel Carbonell ofrecerme la posibilidad de presentar estas reflexiones, que se inscriben en el proyecto de sistematización del *ius constitutionale commune* en derechos humanos, gestado progresivamente desde el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, encabezado por su director, Armin von Bogdandy, y en cooperación con expertos iberolatinoamericanos,¹ entre los que Jorge jugaba un

¹ Arango, Rodolfo, “*Ius constitutionale commune*”, *El Espectador*, 4 de noviembre de 2009; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, 2010, ts. I y II; voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010; Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, 2011; Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American judicial constitutionalism: on the constitutional rank of human rights treaties in Latin America through national and inter-American adjudication*, San José, 2011; Piovesan, Flávia, “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 77, núm. 4, São Paulo, octubre-diciembre de 2011; *id.*, “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC, núm. 19, enero-junio de 2012; Bogdandy, Armin von, “*Ius constitutionale commune*

papel principal.² Un giro clave hacia la transformación del Estado soberano al Estado abierto proviene de la creación de órganos supranacionales, entre los que Jorge Carpizo ubica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y a los tribunales de la integración, a los que cataloga como uno de los elementos comunes en el derecho constitucional latinoamericano.³ De allí la elección del tema, a fin de poner de relieve una de las tantas convergencias con el fraterno e inolvidable Jorge.

El análisis se estructura en cuatro partes: la referencia histórica de una doble estatalidad abierta pionera desde la primera Constitución y los aportes vía jurisprudencial precedentes a la Constitución vigente, luego se conceptualiza la noción de estatalidad abierta, a fin de seguidamente revisar los rasgos de la doble estatalidad abierta regulada en la Constitución de 1999. Una vez comprobado un punto de inflexión con la tesis nacionalista o soberanista que utiliza el Tribunal Supremo de Justicia para “cerrar” el Estado abierto establecido en la Constitución, se examinan los elementos erosivos que caracterizan la regresión del Estado abierto, concluyendo con el esbozo del desafío actual.

I. BREVE CONTEXTUALIZACIÓN RETROSPECTIVA

1. *Una apertura dual precursora en Suramérica*

El proceso evolutivo de los derechos humanos en Venezuela en sus orígenes denotó una postura iusnaturalista por parte del Constituyente de 1811, carta que comprende disposiciones vinculadas al reconocimiento de derechos y garantías, como por ejemplo el artículo 151, que alude a la felicidad común como objeto de la sociedad y del deber de proteger “la mejora y perfección de sus facultades físicas y morales”, aumentar la “esfera de sus goces” y procurarle “el más justo y honesto ejercicio de sus derechos”, el artículo 152 contempla “la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad” como derechos individuales.

latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, 2013, pp. 39-66; Ferrer MacGregor Poisot, E., Voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

² Carpizo, Jorge, “Prólogo”, en Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, pp. X y ss.

³ Carpizo, Jorge, “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, vol. 7, núm. 1, 2006, p. 279.

Ideas como las expresadas en el Congreso de Angostura en 1819 respecto a la igualdad entre los hombres o la elección de los jueces por el Legislativo a proposición del pueblo como mecanismo para salvaguardar los derechos individuales y todas las garantías de orden social propuesta en el Proyecto de Constitución de Bolivia en 1826, fueron manifestaciones concretas de esta concepción original. A mediados del siglo XIX se continúa esta tendencia con tres pasos relevantes: el Decreto de Abolición de la Pena de Muerte en 1849, en un esbozo del instituto del hábeas corpus por ley en 1850 y la promulgación de la Ley de Abolición de la Esclavitud en 1854.

En Venezuela, la vocación integracionista se advierte no sólo en el antecedente remoto del constitucionalismo independista de 1811⁴ y en el ideario de Simón Bolívar, sino también a lo largo de su historia constitucional. Especial mención debe hacerse a la carta magna de 1961, que dispuso en el preámbulo la cooperación internacional y, en particular, “con las Repúblicas hermanas del Continente” como propósito básico del Estado.⁵ En el artículo 108 estableció una cláusula genérica de integración latinoamericana.⁶ Durante la vigencia de este texto constitucional se constataban posiciones antagónicas respecto al alcance del preámbulo y de la cláusula de integración contemplada en el capítulo V, que versaba sobre los derechos económicos. La polémica se centraba en la concepción predominante sobre el carácter programático de la norma y su consecuente insuficiencia para habilitar la adhesión a procesos de naturaleza supranacional.⁷ No obstante, de conformidad con la interpretación que en su día hiciera la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) sobre el preámbulo de la Constitución de 1961, se dejó sentado que “contiene los ‘considerandos’ o ‘motivos’ que guiaron al constituyente para decretar una Constitución en los términos

⁴ La Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811 contemplaba en su parte preliminar la posibilidad de celebrar y concluir tratados y alianzas con las demás naciones. Igualmente, el artículo 93, referido a las atribuciones del Poder Ejecutivo, regulaba que “Con previo aviso, consejo y consentimiento del Senado, sancionado por el voto de las dos terceras partes de los Senadores, que se hallaren presentes en número constitucional, podrá el Poder Ejecutivo concluir tratados y negociaciones con las otras Potencias o Estados extraños a esta Confederación”.

⁵ Según el preámbulo de la Constitución de 1961, un objetivo básico de la organización política es la cooperación internacional y “de modo especial, con las Repúblicas hermanas del Continente”.

⁶ Artículo 108: “La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin se procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes”.

⁷ Suárez Mejías, J. L., *El derecho administrativo en los procesos de integración. La Comunidad Andina*, Caracas, 2005, pp. 209 y ss.

como lo hizo”.⁸ En la misma dirección, la doctrina entiende que las declaraciones del Preámbulo representan el conjunto de principios y políticas que los órganos del Estado están comprometidos a cumplir, entre ellos los objetivos internacionales.⁹

2. *Jurisprudencia pionera a favor de la estatalidad abierta*

En efecto, Venezuela fue uno de los países pioneros en exhibir una jurisprudencia a favor de la apertura constitucional por parte de la antigua Corte Suprema de Justicia, que desde el inicio de la década de los noventa dio muestras de una postura amigable hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

En Venezuela, la incorporación de los tratados sobre derechos humanos como parámetro de constitucionalidad e integrantes del bloque de control de la constitucionalidad de las leyes tiene antecedentes que datan de los comienzos de la década de los noventa. La sentencia dictada el 3 de diciembre de 1990 por la CSJ en la Sala Político-Administrativa, para proteger la maternidad y la mujer trabajadora, aplicó normativa de carácter supranacional (artículo 3o. del Convenio 103 de la OIT; artículo 11 de la Ley aprobatoria de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer G.O. 3074 Ext. 16-12-82) bajo la vigencia de la Constitución de 1961. La Sala, en atención a las disposiciones contempladas en los artículos 93 (la mujer y el menor trabajadores serán objeto de protección especial) y 50 (la enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos), precisó la existencia y el reconocimiento del derecho a la protección de la maternidad, aunque no exista ley que desarrolle su contenido. Se trató del *caso Mariela Morales vs. Ministerio de Justicia*, sentencia 661, S.P-A, 04/12/90).¹⁰

⁸ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 8 de agosto de 1989, *Revista de Derecho Público*, núm. 39, 1989, p. 102.

⁹ Brewer-Carías, A. R., “El preámbulo de la Constitución”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 45, 1991, pp. 31-36.

¹⁰ Calcaño de Temeltas, J., “Tratamiento de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, *Revista III*, publicaciones jurídicas venezolanas, disponible en <http://www.zur2.com/fejp/111/derhum.htm>; Ayala Corao, C., “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela”, *Tribunales Constitucionales Andinos*, Lima, 1997.

Un segundo antecedente relevante data de la sentencia del 5 de diciembre de 1996, referida a los pueblos indígenas del estado Amazonas (Yanomami, Piaroa, Piapoco, Baré, Jevi, Ye'Kuana, Yabarana, Sanema), organizaciones indígenas (Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Amazonas —ORPIA—; Unión Guahiba Venezolana; y Unión Maquiritare del Alto Ventuari) y miembros del Vicariato Apostólico del Puerto Ayacucho, contra la Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas de 1994, en la que se reconoció el derecho a la participación política como derecho humano de rango constitucional a partir de lo estipulado en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela: artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 2o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 20 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH). La Corte aclaró que los tratados sobre derechos humanos “forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano” y el derecho de participación ciudadana de las comunidades indígenas, constituye una forma de expresión política en el contexto del régimen de excepción previsto en el artículo 77 de la Constitución de 1961, del ámbito de los derechos humanos de las minorías. Desde 1996, la Corte sostuvo que los indígenas constituyen uno de los grupos sociales más expuestos a la violación de sus derechos humanos por sus condiciones de vida, e invocó el deber de la nación de protegerlos en virtud de la solidaridad y protección de los intereses superiores del pueblo venezolano (artículos 51 y 57 constitucionales).¹¹

Avanzando en la incorporación de los tratados sobre derechos humanos como “parámetro de constitucionalidad”, la CSJ en Sala Plena, con fundamento en la CADH como norma interna ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, declaró la inconstitucionalidad de la Ley sobre vagos y maleantes, por omitir las garantías establecidas por las normas internacionales para un juicio justo, incluyendo el derecho a la defensa y la presunción de inocencia (artículos 9o. y 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7o. y 8o. de la CADH). Sentencia del 14 de octubre de 1997, publicada el 6 de noviembre de 97. La antigua CSJ declaró que dicha Ley vulnera *ipso iure* la CADH.

¹¹ Ayala Corao, C., “El derecho a la participación política de los pueblos indígenas” (jurisprudencia constitucional en Venezuela), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, 1996.

II. CONCEPTUALIZACIÓN: UNA DOBLE ESTATALIDAD ABIERTA

La comprensión del Estado abierto trae consigo examinar la construcción convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración bajo una concepción multinivel.¹² Gracias al proceso de democratización, la permeabilidad fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las cartas fundamentales de los últimos años del siglo XX y la primera década del siglo XXI en doble vía: una, para incorporar al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales y, otra, para regular la participación en la integración, que en el caso de análisis es la suramericana.

El proceso de apertura del Estado en América Latina se distingue por dos cambios de paradigma: el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo¹³ y la internacionalización entendida como humanización.¹⁴ El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía,¹⁵ la superación de la concepción de un Estado cerrado¹⁶ y su consiguiente pérdida del carácter omnicompreensivo en el ámbito del derecho constitucional. Es un proceso vinculado a la globalización,¹⁷ signado por la concurrencia de la democratización, junto a la internacionalización, constitucionalización y judicialización,¹⁸ así como la creciente

¹² Un enfoque actual referido al contexto europeo pero con citas al modelo latinoamericano, *cf.* Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Pamplona, 2013, pp. 63 y ss.

¹³ Entre otros, Bustos, R., *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, 2012, pp. 13 y ss.

¹⁴ Brewer-Carías, A., *Constitutional protection of human rights in Latin America. A comparative study of amparo proceedings*, Nueva York, 2008, pp. 31 y ss.

¹⁵ Vásquez, A., “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, 2001, p. 234; Häberle, P. y Kotzur, M. (eds.), *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003.

¹⁶ Calliess, C., “60 Jahre Grundgesetz – ein Jubiläum im Lichte der Europäisierung”, *AnwBl*, vol. 7, 2009, p. 478.

¹⁷ Pisarello, G., “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, 2001, pp. 352 y ss.; Carbonell, M., “Globalización y derecho: siete tesis”, en Díaz Müller, Luis (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, 2003, pp. 1-16.

¹⁸ Toro Huerta, M. del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 38, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325-363.

interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional.¹⁹

La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparten espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, otras disposiciones. Algunos autores, entre ellos Flávia Piovesan, acuden a la figura del trapecio para explicar este fenómeno de achatamiento de la pirámide;²⁰ otros, como Armin von Bogdandy, hacen mención de la necesidad de reconfigurar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno desde el acoplamiento.²¹ César Landa apunta hacia la tesis de la coordinación entre sistemas y parte de la premisa de la ausencia de una relación de jerarquía entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa, ya que dicha relación se rige más bien por principios de complementariedad, interconexión y convergencia.²²

El paradigma de la internacionalización, entendida como humanización, se ha encauzado tanto por el rango constitucional que se le asigna a los tratados de derechos humanos, su primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional mediante las cláusulas de “prevalencia”,²³ así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.²⁴ El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos,²⁵ y la constelación contemporánea se vincula con las nuevas formas de articulación del espacio político.²⁶

¹⁹ Sobre la relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los derechos nacionales y el derecho internacional, *cf.* Fix-Fierro, H. y López Ayllón, S., “El impacto de la globalización en la reforma del Estado y el derecho en América Latina”, *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, 1997, p. 328; Cançado Trindade, A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XX*, Santiago, 2006, p. 315.

²⁰ Piovesan, F., “Direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*, núm. 19, 2012, p. 67.

²¹ Bogdandy, A. von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, 2011, pp. 285 y ss.

²² Landa, C., *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 3a. ed., Lima, 2007, p. 114.

²³ En la calificación de Manuel Góngora Mera. *Cfr.* Góngora Mera, M. E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José de Costa Rica, 2011, p. 91.

²⁴ Capaldo, G. *et al.*, *Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, 2012 (en prensa).

²⁵ Desde hace más de un década, la doctrina alemana se refiere a una situación “flotante” de la soberanía. *Cfr.* Fabio, U di., *Das Recht offener Staaten*, Tubinga, 1998, p. 94; Oeter, S., “Souveränität – ein überholtes Konzept?”, *Festschrift H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.

²⁶ Bayón, J., “Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea”, en <http://www2.uah.es/filder//ciudadania-soberaniaydemocracia.pdf>.

Estos fenómenos encuentran fundamento constitucional en las cláusulas de apertura suramericanas. No obstante, las fórmulas de recepción constitucional son heterogéneas. En la doctrina suramericana se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura (también llamadas cláusulas de reenvío)²⁷ y más bien delimitado a los derechos humanos.²⁸ Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoyado en la noción háberliana de “Estado constitucional cooperativo” para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros Estados constitucionales miembros de una comunidad, en la que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales.²⁹

Recientemente, el fenómeno se vincula con el neoconstitucionalismo. Se sostiene que “el neoconstitucionalismo” sirve de marco al fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional en América Latina ocurrido con las transformaciones constitucionales,³⁰ sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia, y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino.³¹

²⁷ Interesante resulta que la Corte Internacional de Justicia en el caso de las plantas de celulosas sobre el río Uruguay alude a las cláusulas de reenvío. CIJ, sentencia del 20 de abril de 2010, *Argentina vs. Uruguay*, párrs. 53 y ss., en [http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/CPyD/file/sentencia_2010%20\(2\).pdf](http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/CPyD/file/sentencia_2010%20(2).pdf).

²⁸ Entre otros, Uprimny, R., “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en O’Donnell *et al.* (comps.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de Justicia, 2001.

²⁹ Häberle, P., *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, 2003, pp. 75-77. La obra del profesor Häberle ha sido traducida al español y ha encontrado eco en la región. Entre otras traducciones figuran Häberle, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997; Häberle, P., *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, 2001; Häberle, P., *El Estado constitucional*, Buenos Aires, 2007. Al idioma portugués, Häberle, P., *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1997; Mendes, G. y Rufino do Vale, A., “O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *Observatório da Jurisdição Constitucional*, año 2, 2008-2009, p. 2.

³⁰ Por todos, véase García Jaramillo, L., “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 45, núm. 33, enero-abril de 2012, pp. 94 y ss.

³¹ Capaldo, G. *et al.*, *op. cit.*

1. *Potencial del concepto de estatalidad abierta*

En este estudio propongo considerar el fenómeno de la estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*), partiendo del concepto jurídico-institucional de típico cuño germánico de estatalidad (*Staatlichkeit*), bajo su construcción en el contexto integrado, debido al potencial e impacto que esta constelación abre en el debate suramericano como condición necesaria de la supranacionalidad.

Desde hace casi cincuenta años, el concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*), acuñado por Klaus Vogel,³² describe la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado; es decir, la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional, como lo afirma Karl-Peter Sommermann.³³ En el contexto alemán se atribuye una especial connotación a la “decisión constitucional a favor de la apertura” en tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la *Grundgesetz* (Ley Fundamental - LF) se pronunciaron favorablemente hacia el Estado abierto, tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional como en el posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella, bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos.³⁴

Javier García Roca afirma que el Estado constitucional contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y, por lo tanto, limitado en idéntica perspectiva, particularmente en materia de derechos humanos.³⁵ Ampliamente conocidas son las estructuras constitucionales permeables reguladas en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que traducen la vocación de los Estados nacionales

³² Vogel, K., *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964, p. 42.

³³ Sommermann, K., “Offene Staatlichkeit Deutschland”, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. II: *Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg, núm. 12, 2008, p. 10.

³⁴ El preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en el inciso 2, dispone: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”. La Ley Fundamental regula separadamente la incorporación de los tratados internacionales en el orden público nacional en el artículo 59.2 de la LF, la cláusula de apertura hacia la integración europea en el artículo 23 y la membresía en otros sistemas, como las Naciones Unidas, en el artículo 24. En idioma español, véase Bank, R., “Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán”, *Ius et Praxis*, Santiago, vol. 9, 2003, pp. 23-38.

³⁵ García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, 2010, p. 31.

de abrir su ordenamiento jurídico al influjo del derecho inter y supranacional, configurando la condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la Unión Europea y del espacio jurídico europeo.³⁶ Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como “bisagra”,³⁷ “cláusula europea”³⁸ o “bridging mechanism”.³⁹

En esta línea, el término “permeabilidad”, que significa en sentido literal penetrable o traspasable, a pesar de ser un concepto tomado de la biología para explicar lo social,⁴⁰ sirve como técnica de extrapolación y herramienta útil para interpretar el cambio de paradigma hacia un Estado no cerrado. En sentido estrictamente jurídico, Mattias Wendel define la permeabilidad como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico,⁴¹ lo que en definitiva representa un mecanismo de entrelazamiento normativo.⁴²

Actualmente es incuestionable la recepción cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno.⁴³ Considero que esta constelación del Estado abierto tiene el potencial e impacto necesarios en el debate suramericano, entendido como una condición esencial de la protección internacional y, en particular, la supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. En Latinoamérica se utiliza la expresión “mestizaje jurídico” como uno de los rasgos “característicos, típicos y diferenciales del *ius constitutionale commune* americano, que contempla una

³⁶ Huber, P., “Offene Staatlichkeit: ein Vergleich”, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. II: *Offene Staatlichkeit, Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg, 2008.

³⁷ Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004 v. 13.12.2004, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3, suplemento, 4 de enero de 2005, pp. 5, 9 (II 3). Silva García, *La declaración 1-2004 del Tribunal Constitucional Español*.

³⁸ Claes, M., “Constitucionalizando Europa desde su fuente. Las ‘cláusulas europeas’ en las Constituciones nacionales: evolución y tipología”, en Cartabia *et al.* (eds.), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, 2005, pp. 123 y ss, p. 127.

³⁹ Walker, N., “Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union”, *European Law Journal*, vol. 4, 1998, p. 375.

⁴⁰ Botero Bernal, A., “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”, *Diálogos de Saberes: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Bogotá, núms. 18 y 19, 2003, pp. 147-174.

⁴¹ Wendel, M., *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionebene im Vergleich*, Tubinga, 2011, p. 71.

⁴² Nettesheim, M., “Europäischer Verfassungsverbund?”, *Festschrift J. Isensee*, 2007, pp. 733 y ss, p. 736.

⁴³ Ríos Álvarez, L., “El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las Constituciones modernas”, *Revista de Derecho Público*, vol. 66, 2004, p. 40.

superposición, convivencia y fusión de diversas tradiciones jurídicas”.⁴⁴ El fenómeno de un orden policéntrico,⁴⁵ dominio policéntrico,⁴⁶ o policentrismo jurídico⁴⁷ no es nuevo,⁴⁸ aunque sí presenta una cara novedosa propia en sociedades multiculturales, como son, en el caso, las suramericanas.⁴⁹ En los Estados constitucionales suramericanos se constata una progresiva codeterminación en la medida en que se influyen más recíprocamente en la incorporación del factor multicultural que los caracteriza⁵⁰ y la Constitución, como orden abierto, cumple una función de inclusión en el seno de las sociedades diversas.⁵¹

Al repensar la relación entre los distintos órdenes jurídicos en razón de sus interacciones y la consecuente deconstrucción de la pirámide explicativa de la jerarquía normativa,⁵² emerge una nueva dogmática con base en un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes internacional, supranacional y estatal, fenómeno contemporáneo categorizado bajo distintas nociones, como “acoplamiento”,⁵³ “redes horizontales de colaboración”,⁵⁴

⁴⁴ Pampillo Baliño, J., *La integración jurídica americana. Reflexiones y propuestas para un nuevo ius commune*, Bogotá, 2012, p. 129.

⁴⁵ Weiler *et al.*, “European Democracy and Its Critique”, en Hayward (ed.), *The Crisis of Representation in Europe*, London, 1995, pp. 4-39, p. 16; Weiler, J. H. H., “European Neo-Constitutionalism”, *Search of Foundations for the European Constitutional Order*, 1996, pp. 517-533; Wind, M., “The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-medieval Europe?”, en Weiler y Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, 2003, pp. 103-131, pp. 126 y s.

⁴⁶ Di Fabio, U., “Öffentliche Meinung im System polyzentrischer Herrschaft”, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, vol. 7, 2009, pp. 666-682.

⁴⁷ Díez de Urdanivia, X., *El Estado en el contexto global*, México, 2008.

⁴⁸ Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid, 2002.

⁴⁹ Yrigoyen Fajardo, R., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, pp. 139 y ss.

⁵⁰ Valadés, D., “Prólogo”, en Häberle, *El Estado constitucional*, cit.

⁵¹ Gomes Canotilho, J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 1450.

⁵² Aguilar Cavallo, G., “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 117-154.

⁵³ Bogdandy, A. von, “Pluralismo, efecto directo y última palabra: la relación entre derecho internacional y derecho constitucional”, en Escobar García (ed.), *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, 2010, p. 409.

⁵⁴ Pampillo Baliño, J., “The legal integration of the American continent: an invitation to legal science to build a new ius commune”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 17, núm. 3, p. 519.

“interconstitucionalidad”,⁵⁵ “metaconstitucionalidad recíproca”,⁵⁶ influjos y lecturas simultáneas,⁵⁷ “*multilevel constitutionalism*”,⁵⁸ normativismo supranacional,⁵⁹ transconstitucionalismo.⁶⁰ Se está dibujando la figura geométrica del trapecio⁶¹ o, como otros autores sostienen, se quedó atrás el modelo jerárquico, y debe abordarse el modelo de redes.⁶²

2. *Del enfoque del Estado cerrado al enfoque de la estatalidad abierta*

Con la llegada de la democracia al subcontinente florecieron las ideas de apego al derecho internacional de los derechos humanos, concurrente con los planteamientos existentes a nivel de la comunidad internacional.⁶³ Se observó una tendencia hacia la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la definición e implementación de un Estado-nación-multiétnico⁶⁴ y la inclusión de cláusulas de

⁵⁵ Gomes Canotilho, J., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 2004.

⁵⁶ Cruz Villalón, P., “El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión”, *Une communauté de droit*, 2003, pp. 271-282.

⁵⁷ Como zona de convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional, véase Nikken, P., “El derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, núm. 72, 1989; Bidart Campos, G. y Herrendorf, D., *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, p. 195 y ss.

⁵⁸ Pernice, I., *Constitutional law implications for a state participating in a process of regional integration. German Constitution and “multilevel constitutionalism”*, German Rapport to the XV International Congress on Comparative Law, Bristol, 1998, pp. 2 y 3, citado por Brewer-Carías, A., *Las implicaciones constitucionales de la integración económica regional*, Caracas, 1998, p. 18.

⁵⁹ Gordillo, A., *Derechos humanos*, Buenos Aires, 2005, p. III.10.

⁶⁰ Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, pp. 115 y ss.

⁶¹ Pizzolo, C., “Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino”, en Méndez Silva (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2002, p. 514.

⁶² Bustos, R., “Integración y pluralismo de Constituciones. Hacia una red de Constituciones o un constitucionalismo en red”, en Morales Antoniazzi et al. (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Bilbao, IVAP, 2011, pp. 149-173.

⁶³ Boutros Boutros-Ghali expresó la relevancia del paso de los regímenes autoritarios en distintas latitudes (América Latina, África, Europa y Asia) hacia la democratización y la democracia, “increasingly responsive Governments and increasingly open societies”. Boutros-Ghali, B., *An Agenda for Democratization*, Nueva York, ONU, 1996, p. 2, en [http://www.un.org/en/events/democracyday/pdf/An_agenda_for_democratization\[1\].pdf](http://www.un.org/en/events/democracyday/pdf/An_agenda_for_democratization[1].pdf).

⁶⁴ Büschges, C., “Estado, ciudadanía y nación. Repúblicas liberales y comunidades indígenas en los Andes sudamericanos durante el siglo XIX”, *Culturas políticas en la región andina*, Madrid, 2011, p. 217.

apertura a la integración, lo que no excluye la mención de los principios de soberanía, no intervención y de igualdad de los Estados.

Esta metamorfosis a nivel constitucional tiene como trasfondo el cambio de ciertos paradigmas. En primer término, se destaca el cambio de paradigma respecto a la soberanía. Kathryn Sikkink advertía que en la década de los noventa las Américas enfrentaban un proceso gradual de transformación y reconceptualización de la soberanía, pasando de la tradicional defensa de la no intervención a encabezar la lucha por la defensa de la democracia y los derechos, en la que eran protagonistas la academia, activistas y operadores políticos.⁶⁵ En la doctrina suramericana se afirma que no es realista la idea de un Estado “que encarna un poder pleno y exclusivamente soberano sobre un territorio claramente delimitado” y se resalta la conveniencia de abandonar las aproximaciones monodisciplinarias para “vehicular” el cambio de paradigma científico de estudio del Estado.⁶⁶ La soberanía de los Estados ya no consiste en su poder para controlar lo que pasa al interior de sus fronteras,⁶⁷ pues debe proteger y respetar los derechos humanos como límites de la soberanía. La idea de soberanía se ha transformado, impulsando un nuevo paradigma para orientar la cultura jurídica en América Latina, ya no centrada en el *State approach*, sino en el *human rights approach*.⁶⁸ Independientemente de las críticas que puedan formularse al enfoque centrado en los derechos humanos,⁶⁹ la clave es mantener su sentido original como marco ético internacional, que emergió para resolver y prevenir los estragos de la Segunda Guerra Mundial.⁷⁰

Conforme a los argumentos aportados por la corriente ‘internacionalista’, con fundamento en la CADH y teniendo en cuenta la recepción del de-

⁶⁵ Sikkink, K., “Reconceptualizing sovereignty in the Americas: historical precursors and current practices”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, 1997, pp. 705 y ss.

⁶⁶ Florez Ruiz, J. E., “De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 29, 2012, pp. 138 y ss.

⁶⁷ Sobre la evolución, *cf.* Kotzur, M., *La soberanía hoy*, México, 2003, pp. 85 y ss.

⁶⁸ Piovesan, F., “*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano. Rasgos, potencialidades y desafíos”, en Bogdandy, A. von *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, 2014, pp. 61-81, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3655>.

⁶⁹ Respecto a la ambigüedad entre la limitación y la garantía simultánea de la soberanía, *cf.* Montoya Londoño, M., “Ética y derechos humanos. La importancia del concepto ‘validez moral’ de Jürgen Habermas para la justificación racional de los derechos humanos”, *Magistro*, Bogotá, vol. 4, núm. 7, 2010, pp. 127-142.

⁷⁰ Ferrer, M., “La población y el desarrollo desde un enfoque de derechos humanos: intersecciones, perspectivas y orientaciones para una agenda regional”, *Población y desarrollo*, Santiago de Chile, CEPAL, 2005, pp. 18 y ss.

recho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, autores como Carlos Ayala Corao enfatizan que

La soberanía nacional libremente expresada ha adquirido compromisos internacionales a través de tratados como la Convención Americana, mediante los cuales se asumen obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos; y en caso de que las violaciones no sean reparadas integralmente por los tribunales nacionales, las personas tienen derecho a ser protegidas por los órganos de protección internacional (CIDH y la Corte Interamericana). En este sentido, los tratados de derechos humanos —como muchos otros tratados multilaterales y bilaterales— representan una cesión de soberanía nacional.⁷¹

La Corte IDH ha manifestado “que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados” y en determinadas cuestiones, “no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos”.⁷²

Otro cambio de paradigma es el relativo al pluralismo normativo. Como modelo alternativo al constitucionalismo de base estatal, en el modelo del pluralismo constitucional coexisten un conjunto de ordenamientos jurídicos, en parte separados, pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas.⁷³ La Constitución no es la norma suprema única, sino que comparten espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, otras disposiciones. Miguel Carbonell, usando la expresión “apertura ad extra”, le atribuye a tal apertura la facultad de configurar un tipo de pluralismo jurídico que implica que la Constitución se abre tanto al derecho nacional de otros Estados como a las normas internacionales.⁷⁴

La doctrina considera fuera del objeto de análisis las controversias irreconciliables entre las teorías monistas (Kelsen) y dualistas (Triepel) sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, porque, al menos para el sistema internacional de protección los derechos humanos en el

⁷¹ Ayala Corao, C., “Comentarios sobre la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (núm. 1939) de 18 de diciembre de 2008”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, 2009, p. 394.

⁷² Referido al tema de la nacionalidad. Cfr. Corte IDH, *caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 101.

⁷³ Torres, A., “En defensa del pluralismo constitucional”, en Ugartemendía y Jáuregui (coords.), *Derecho constitucional europeo*, Valencia, 2011, pp. 155-180.

⁷⁴ Carbonell, M., *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho de México*, México, 1998, p. 202.

contexto suramericano, se trata de un debate estéril.⁷⁵ Las Constituciones dejaron de ser ordenamientos cerrados, para hacerse permeables, por diversas técnicas, a otros órdenes y principios a los que se les atribuye valor constitucional aun cuando no se encuentran regulados expresamente en el respectivo texto constitucional.⁷⁶

La intención de optimizar los derechos humanos y concederle ubicación prioritaria al derecho internacional de los derechos humanos incluso respecto de la propia Constitución se considera una cuestión que decide cada Estado cuando dispone la gradación de los mismos, sin que pierda toda su esencia el principio de supremacía constitucional. Según las enseñanzas de Germán Bidart Campos, esta primacía no queda desprovista de su valor cuando entran los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, pues, en esencia, la clave es resguardar a la persona humana en su convivencia política.⁷⁷

3. *La estatalidad abierta y la creación de órganos supranacionales*

Focalizo el análisis en la Corte IDH debido a su relevancia en un contexto marcado por la interrelación entre privación de derechos humanos y presencia de regímenes antidemocráticos y por la tensión entre proteger la no intervención y respetar esos derechos.⁷⁸ Al momento de suscribirse la CADH existían numerosos gobiernos dictatoriales en la región⁷⁹ y se hacía latente la necesidad de obligarse al órgano jurisdiccional previsto en ella. La Corte fue formalmente establecida en septiembre de 1979. En ejercicio de su soberanía, los Estados, al reconocer la competencia de la Corte IDH (artículo 62.1 de la CADH), se obligan a cumplir sus decisiones (artículo 68.1), sus sentencias son “definitivas e inapelables” (artículo 67). En este sentido, los Estados están obligados a cumplir sus obligaciones convencionales en los términos exigidos en los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

⁷⁵ Voto Vogal del ministro Gilmar Mendes, Recurso extraordinário 466.343-1, São Paulo, p. 2, en <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>.

⁷⁶ Vélez García, J., “La Constitución: una norma abierta”, en Arismendi y Caballero Ortiz (coords.), *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, Madrid, 2003, p. 185.

⁷⁷ Bidart Campos, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1991, p. 353.

⁷⁸ Cabranes, J., “Human Rights and Non-Intervention in the American system”, *Military Law Review*, vol. 65, 1967, pp. 1147 y 1164.

⁷⁹ Goldman, R. K., “Historia y acción: el sistema interamericano de derechos humanos y el papel de la comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Covarrubias Velasco y Ortega Nieto (comps.), *La protección internacional de los derechos humanos, un reto en el siglo XXI*, México, 2007, p. 123.

La aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH no se produjo en un mismo momento, sino paulatinamente: Venezuela y Perú fueron los pioneros (1981), seguidos de Argentina y Ecuador (1983), luego Colombia y Uruguay (1985). Es en la década de los noventa cuando se ratifica por el resto de los países suramericanos, de modo que Chile lo hizo a comienzos (1990), mientras Bolivia y Paraguay en el penúltimo impulso (1993), y en la zaga se había quedado Brasil hasta casi finales del siglo XX (1998). Como es conocido, el telón de fondo era el retorno a la democracia. De los treinta y cinco Estados que conforman la OEA, veintiuno han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH,⁸⁰ advirtiendo que Venezuela presentó el preaviso de denuncia de la CADH en septiembre de 2012.

La Corte IDH ha sostenido que

cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aún cuando las cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma de derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.⁸¹

III. LA PROGRESISTA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESTADO ABIERTO EN VENEZUELA

Una cuestión preliminar debe acotarse, y consiste en deslindar el proceso de la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución, de sus predecesoras en Colombia y Argentina. En el caso venezolano, fue sumamente controvertido, ya que por sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999, se autorizó su convocatoria gracias a una consulta referendaria, sin adoptarse los procedimientos formales de revisión constitucional

⁸⁰ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Este último país presentó en septiembre de 2012 un instrumento de denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al secretario general de la OEA, que sólo entrará en vigor en el plazo de un año contado desde su interposición. Véase Informe Anual de la Corte IDH 2012, San José de Costa Rica, p. 6.

⁸¹ Corte IDH, *caso Las Palmeras vs. Colombia*, excepciones preliminares, sentencia del 4 de febrero de 2000, párr. 32.

previstos en la Constitución de 1961.⁸² También el debate constituyente estuvo polarizado, incluido el ámbito específico de la cláusula de habilitación para la integración.⁸³ Finalmente, se aprobó por *referéndum* la Constitución de 1999, con un 33% de los electores.⁸⁴

1. *El mandato constitucional*

Es conveniente redibujar el paisaje constitucional de las disposiciones incorporadas en la Constitución de Venezuela de 1999 en materia de estatalidad abierta. Tanto en el plano de la apertura hacia los derechos humanos como en la apertura hacia la integración, el texto constitucional venezolano regula desde 1999 explícitamente el alcance del mandato del Estado para alcanzar estos fines incorporando los avances jurisprudenciales y doctrinarios en la materia. Como parte del “credo” que el preámbulo de la Constitución proclama, partiendo del “fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia”, se compromete, entre otros objetivos, a impulsar y consolidar “la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional”.

Si bien se recurre, como rasgo típico del constitucionalismo venezolano, a la mención expresa de la no intervención y la autodeterminación, define al Estado heterogéneo mediante la incorporación del reconocimiento a la pluralidad cultural y refleja la inspiración contemporánea propositiva de una concepción multicultural de derechos humanos, inspirada en el diálogo entre las culturas. Según Boaventura de Souza Santos, el multiculturalismo representa una precondition de una relación equilibrada y mutuamente potenciadora entre la competencia global y la legitimidad local, que constituyen los dos atributos de una política contrahegemónica de los derechos humanos en nuestro tiempo. La Constitución de Venezuela fue la primera de la segunda expansión de la estatalidad abierta (seguida por Ecuador y

⁸² Combellas, R., “La Constitución de 1999 y la reforma política: implicaciones para la gobernabilidad democrática”, *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, 8-11 de octubre de 2002.

⁸³ Brewer-Carías, A., *Debate constituyente*, Caracas, 1999, t. I, pp. 178-180.

⁸⁴ El 15 de diciembre de 1999 se aprobó el texto constitucional con un 72% a favor del SI y un 28% del NO. Sólo votó el 46% de los inscritos en el registro electoral y la abstención alcanzó un 54%, por lo que la Constitución fue aprobada por un 33% de los electores, según datos del órgano electoral. Fuente: Consejo Nacional Electoral.

Bolivia), que marcaron la profundización del paradigma, a nivel constitucional, del pluriverso en lugar del universo normativo en este siglo XXI.

Igualmente, el texto constitucional añade el término “consolidar” la integración en conjunción con la garantía de los derechos humanos. De las distintas acepciones de la palabra “consolidar” se deduce una vocación de reunir o integrar en un *todo*, con firmeza y afianzamiento profundo. No es un mero enunciado declarativo, sino que se trata de principios y políticas que los órganos del Estado están comprometidos a cumplir. Esta concepción vinculante y no mera declarativa de los considerandos del preámbulo ya regía desde la Constitución de 1961, y un retroceso en la interpretación sería contrario a su espíritu, propósito y razón.

Respecto a los tratados de derechos humanos, dispone en el artículo 23 que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen tres rasgos: jerarquía constitucional, prevalecen en el orden interno y se aplican inmediata y directamente por los tribunales y demás órganos del poder público. La norma recoge la tradición constitucional de la condicionalidad de aplicación de los tratados a que se trate de “normas más favorables sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República”. Está claro que la disposición se hace eco de la cláusula hermenéutica de favorabilidad o principio *pro homine*, máxima central incorporada en los tratados de derechos humanos a nivel universal (artículo 5o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el artículo 29.c de la CADH). El Estado venezolano se compromete a que siempre debe aplicarse la norma que resulte más favorable a la persona, y cuando se trate de una restricción, debe interpretarse la norma en el sentido que menos limite el derecho subjetivo. En esta norma se refleja, como se mencionó, el influjo del constitucionalismo español y portugués, así como los desarrollos de sus respectivos tribunales constitucionales.

Asimismo, manteniendo la tradición constitucional venezolana, el artículo 22 acoge la cláusula de los derechos inherentes a la persona y ratifica que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros ni la falta de ley reglamentaria de estos derechos menoscaba su ejercicio. Por vía de esta cláusula de apertura a los derechos no consagrados puede incorporarse la protección de derechos humanos prevista en los instrumentos de integración y procurar su recepción por la jurisprudencia, como son las normas del Mercosur en protección de derechos laborales, de libre circulación de personas, de acceso a la información.

Corroborando el compromiso del Estado venezolano con los derechos humanos, el artículo 31 preceptúa que toda persona tiene derecho, “en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República”, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

En materia de integración hubo grandes avances con la Constitución de 1999. Además de la determinación como fin del Estado en el preámbulo, se incluye en el artículo 153 la cláusula constitucional específica de integración, que trasciende la perspectiva netamente económica, regula la posibilidad de transferir competencias a organizaciones supranacionales, prioriza las relaciones con Iberoamérica para favorecer una política común de integración y otorga primacía y aplicación directa al derecho comunitario.⁸⁵ Vale transcribir íntegramente el artículo 153 para diseñar el alcance que regula:

La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

Una lectura contextualizada de la Constitución venezolana permite interpretar que la regulación de la estatalidad abierta es extensa y progresista en comparación con la Constitución de 1961. De la interpretación conjunta de la cláusula de apertura con el propio preámbulo se desprende un haz de fines del Estado venezolano vinculados con la realización de este propósito particular de la integración. Se afirma el compromiso con la paz y la inte-

⁸⁵ Suárez Mejías, J. L., “La Constitución venezolana y la integración regional”, *Estudios de derecho administrativo. Libro homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, vol. 2, núm. 2, 2001, pp. 439-471.

gración como país miembro de un orden internacional que, respetando los principios tradicionales de la no intervención y la autodeterminación, garantice los derechos humanos y procure valores como la democratización de la sociedad internacional. Podría argumentarse que en materia de la garantía de los principios constitucionales estructurales que deben acompañar a este tipo de cláusula, la norma específica de la estatalidad abierta en integración, el citado artículo 153, guarda silencio.

La Constitución no subordina explícitamente la pertenencia a los proyectos de integración a una garantía estructural como *conditio*; esto es, que la integración de Venezuela esté condicionada a la salvaguarda de los principios democráticos, del Estado de derecho y la protección de los derechos fundamentales a nivel supranacional. Este sí es el caso del prototipo europeo con la cláusula del artículo 23.1 de la Ley Fundamental alemana o de los casos emblemáticos de Argentina y Paraguay. En mi criterio, sin embargo, tal condicionalidad se desprende de los propios fines del Estado establecidos desde el preámbulo, que inspiran todo el orden constitucional. Asimismo, la cláusula se inserta en el marco de una estatalidad abierta hacia la protección de los derechos humanos, eje transversal que permea todos los ámbitos de actuación de la autoridad pública estatal. Las amplias garantías contenidas en el catálogo de derechos, la cláusula de los derechos no enunciados y los principios y valores que promulga el texto constitucional de 1999 permiten calificar la apertura del Estado como una de las extensas de la región.

2. *La restricción por vía jurisdiccional*

Desde el 2000, a pesar de haber reconocido en algún momento que la CADH forma parte del ordenamiento constitucional de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en adelante TSJ) fue desarrollando la tesis del control de la constitucionalidad por dicho Tribunal de las sentencias emanadas de los tribunales internacionales, en especial de la Corte IDH, argumentando la necesidad de su control de conformidad con la Constitución antes de poder proceder a su ejecución en el derecho interno. El último eslabón se produjo con la decisión de la Sala Constitucional del TSJ que declaró “inejecutable”⁸⁶ la sentencia de la Corte en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*.

En el exhaustivo análisis que ofrece Carlos Ayala Corao se comprueba que tal tesis jurisprudencial representa una clara y flagrante violación del derecho internacional; una violación de la propia Constitución; la vulnera-

⁸⁶ Artículo 75.24 de la Constitución argentina y artículo 145 de la Constitución de Paraguay.

ción del principio del derecho a la tutela judicial efectiva, al no ejecutarse la sentencia de la Corte IDH y, como advierte, es equivalente a la denuncia de los tratados de derechos humanos.⁸⁷ Se trata de un quiebre o punto de inflexión de la línea jurisprudencial, precedente, en la que, por vía de los derechos innominados y mediante el recurso de amparo, se ampliaban las garantías de los derechos con fundamentos en el derecho internacional de los derechos humanos. La doctrina autorizada ha llamado la atención sobre este retroceso, pues la CADH establece el principio de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH y de su carácter definitivo; esto es, son inapelables.⁸⁸

Las sentencias de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento por los Estados partes. Como comenta Carlos Ayala Corao, de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 67 a 69 de la CADH, las sentencias de la Corte Interamericana tienen dos caracteres adicionales: se transmiten a todos los demás Estados como parte de la protección internacional colectiva a fin de que se tomen en cuenta las interpretaciones auténticas que hace la Corte IDH como parte del *corpus iuris* interamericano, y deben ejecutarse sin necesidad de procedimiento de pase en el derecho interno o *exequátur*.⁸⁹ Ayala Corao sostiene que el derecho a la ejecución de las sentencias de la Corte IDH se fundamenta en el propio derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, que exige entre sus elementos esenciales que los Estados partes se comprometan a cumplir lo dispuesto en el artículo 25 de la CADH, en el sentido de “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.⁹⁰

La interpretación realizada por el TSJ es improcedente porque la interpretación auténtica de los tratados le corresponde a los órganos de la jurisdicción internacional. Como máximo y último intérprete de la Constitución lo es en el orden interno y conforme al artículo 29 de la CADH, podrá interpretar un tratado para establecer normas más garantistas para la protección de la persona siguiendo el principio *pro homine*. El rol del TSJ es aplicar la interpretación conforme a la Convención. Como bien señala Néstor Sagués, ello facilita al operador

⁸⁷ Ayala Corao, C., *La doctrina de la “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, 2010.

⁸⁸ Brewer-Carías, A., “El juez constitucional vs. la justicia internacional en materia de derechos humanos”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 116, 2009, pp. 261-266.

⁸⁹ Ayala Corao, C., “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 5, núm. 1, 2007, p. 130.

⁹⁰ *Idem*.

evitar la declaración de invalidez, por ‘inconvenionalidad’, de normas constitucionales o subconstitucionales *prima facie* colisionantes con el Pacto de San José de Costa Rica. Se trata de un dispositivo práctico de rescate de esas normas, que podrán permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccione para aplicarlas, sus interpretaciones posibles ‘conformes’ con la Convención Americana, y se descarten las interpretaciones conflictivas con la misma Convención.⁹¹

Las decisiones del TSJ dejan ver la ausencia de cualquier atisbo de la interamericanización y de la transformación del concepto clásico de soberanía. Parafraseando a José Martín y Pérez de Nanclares en su crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso del Tratado de Lisboa, este tipo de posturas conduce a una consideración miope y extraordinariamente Estadocéntrica del principio democrático.⁹² En el caso venezolano, es una postura centrada en el nacionalismo, desvinculada de la continua construcción de un *ius constitutionale commune* en materia de democracia y derechos humanos en la región, gracias, en gran medida, a la recepción de la internacionalización y la interamericanización. Cabría preguntarse si existe alternativa a una valoración forzosamente crítica de la llamada tesis de la inejecutabilidad y la afirmación del TSJ de erigirse como controlador constitucional último de la CADH. La respuesta categórica es, a mi entender, negativa. El TSJ convierte en poco más que en letra muerta las normas constitucionales que regulan la doble estatalidad abierta.

IV. REGRESIÓN DEL ESTADO ABIERTO: ELEMENTOS EROSIVOS

1. *La reelección indefinida*

La tercera reelección del presidente venezolano en octubre de 2012 con un 55% de los votos y un 80% de participación,⁹³ le permite un nuevo periodo presidencial que, sumado a los dos anteriores, significará la permanencia en el cargo durante un lapso de veinte años. Se trata de un tema

⁹¹ Sagüés, N., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las Constituciones nacionales”, *La Ley*, Buenos Aires, año 73, núm. 35, 19 de febrero de 2009, p. 3.

⁹² Martín y Pérez de Nanclares, J., “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea – algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa”, *REAF*, núm. 13, abril de 2011, pp. 97-145.

⁹³ Consejo Nacional Electoral, en http://www.cne.gob.ve/resultado_presidencial_2012/r/1/reg_000000.html.

controversial en los ámbitos político y jurídico, que no escapa del contexto reeleccionista imperante en la región. Dada su relevancia en el constitucionalismo suramericano contemporáneo, producto de sus implicaciones a nivel de reforma constitucional y de la actuación de la justicia constitucional, examino el caso en contexto, pasando revista a la enmienda constitucional avalada por la decisión del Tribunal Supremo de Justicia.

A. *La reelección en contexto*

El reciente fenómeno en la región de la reelección sin límites puede interpretarse como una vulneración del principio de alternancia en el gobierno, de modo que se lesiona el núcleo esencial de la democracia. La no reelección se configuró, precisamente, como mecanismo protector para hacer frente a una historia de caudillismo y dictaduras, así como para impedir las amenazas de regresión autoritaria.⁹⁴ Sin embargo, la ola reeleccionista,⁹⁵ en mi criterio, ya ha alcanzado la magnitud de *tsunami*.⁹⁶ Se trata de un tema político de alta sensibilidad que ha polarizado⁹⁷ en extremo algunos países como Venezuela, Ecuador, Bolivia, Colombia y actualmente Argentina. Se prevé en las modalidades de reelección inmediata, alterna e indefinida (sólo Cuba y Venezuela). De los países suramericanos objeto de estudio, únicamente en Paraguay no se permite la reelección en ninguna modalidad.

Líderes populistas, de izquierda y de derecha, mediante asambleas constituyentes, reformas, enmiendas constitucionales o referéndum, aspiran permanecer en el gobierno, mientras los expertos constitucionalistas y politólogos advierten los *pro* y los *contra* de esta tendencia de la reelección.⁹⁸ Las nuevas Constituciones han permitido pasar de la reelección alterna a la

⁹⁴ Córdova Vianello, L., “Las relaciones Ejecutivo-Legislativo y la gobernabilidad democrática”, en Carbonell *et al.*, *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, 2009, p. 352.

⁹⁵ Daniel Zovatto ha llamado el fenómeno como un crecimiento de la ola reeleccionista, en <http://www.infolatam.com/2009/08/12/crece-la-ola-reeleccionista-en-america-latina/>.

⁹⁶ Un hecho ilustrativo fue la suspensión de Honduras de la OEA por el golpe de Estado, que entre sus factores detonantes tenía la propuesta del presidente de reelegirse, contraviendo el texto constitucional.

⁹⁷ Flores, I., “Democracia y polarización: ¿(in)compatibilidad?”, en Díaz Müller (ed.), *Crisis y derechos humanos*, México, 2010, pp. 97-116.

⁹⁸ Brewer-Carías, A., “Reforma constitucional, Asamblea Nacional Constituyente y control judicial contencioso administrativo. El caso de Honduras (2009) y el antecedente venezolano (1999)”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 7, núm. 2, 2009, pp. 317-353.

inmediata, como en Ecuador desde 2008⁹⁹ y Bolivia desde 2009.¹⁰⁰ En Brasil se presentó un proyecto de reforma constitucional para permitir un tercer mandato presidencial consecutivo, pero en julio de 2009 fue rechazado por la Cámara de Diputados.¹⁰¹ En Argentina se promueve una reforma constitucional para permitir un tercer mandato presidencial, aunque la propuesta genera reacciones negativas.¹⁰²

Especial mención merece el caso colombiano. La Constitución fue modificada en 2004 para permitir que el presidente de turno pudiera ejercer dos mandatos consecutivos, y en 2006 ganó la reelección. En 2009 sus partidarios impulsaron otra enmienda que permitiría la reelección para un tercer mandato, que no llegó a materializarse gracias a la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, que lo declaró contrario a la Constitución.¹⁰³

Como se constata en los estudios doctrinarios, la llamada ola reeleccionista ha generado posturas de muy diversa naturaleza: los no reeleccionistas, los reeleccionistas alternados, los reeleccionistas consecutivos y los reeleccionistas indefinidos.¹⁰⁴ En la literatura de ciencias políticas se encuentran distintos matices en el abordaje del tema, incluso se alude a la “reelección expansiva”, característica de este nuevo milenio, sin calificarlo como necesariamente negativa.¹⁰⁵

En el caso de Venezuela, la reelección es ahora indefinida luego de que fuera aprobada la enmienda a la Constitución mediante referéndum en 2009, que la permite.¹⁰⁶ Esta enmienda se produjo a pesar del rechazo a la reforma constitucional en 2007, que, entre otras propuestas, preveía esta reelección ilimitada.

⁹⁹ Artículo 144 de la Constitución de Ecuador de 2008.

¹⁰⁰ Artículo 168 de la Constitución de Bolivia de 2009.

¹⁰¹ Figueiredo, M., *Direito constitucional. Estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e administração pública*, Belo Horizonte, 2012, pp. 20 y ss.

¹⁰² “Senadores de oposición en Argentina no apoyarán una reforma constitucional para un tercer mandato”, *Última Hora*, Buenos Aires, 31 de octubre de 2012, en <http://www.ultimahora.com/notas/573666-Oposicion-argentina-no-apoyara-una-eventual-reforma-para-una-nueva-reeleccion-de-Fernandez>.

¹⁰³ CCC, sentencia C-141, del 26 de febrero de 2010, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2010/C-141-10.rtf>.

¹⁰⁴ Arenas J. C. y Valencia A., “Elecciones y reelecciones presidenciales en América Latina”, *Perfil de Coyuntura Económica*, Bogotá, núm. 13, 2009, pp. 84 y ss.

¹⁰⁵ Zelaya, R. M., *Estudio de legislación comparada. La reelección presidencial: un estudio comparativo de casos en América Latina*, Managua, 2010; Treminio Sánchez, I., *Segundas partes nunca fueron... La reelección presidencial en las Constituciones políticas de América Latina*, Salamanca, 2011.

¹⁰⁶ Penfold, M., “La democracia subyugada: el hiperpresidencialismo venezolano”, *Revista de Ciencia Política*, Santiago de Chile, vol. 30, núm. 1, 2010, pp. 21-40.

B. *La reelección y la justicia constitucional*

¿Y quién limita el poder? En la región, la justicia constitucional,¹⁰⁷ que actúa en el contexto de Estados poscoloniales, con democracias aún no consolidadas, marcados por una fragilidad institucional, enfrenta retos singulares para reducir la brecha entre normatividad y efectividad de los derechos,¹⁰⁸ pero también para hacer frente a la tensión entre los tribunales constitucionales y el Poder Ejecutivo. Un caso específico se plasma en la toma de posición ante la reciente tendencia a desconstitucionalizar el mecanismo por excelencia de protección de la democracia latinoamericana, como es la no reelección inmediata del presidente, para dar paso a la constitucionalización de la reelección.

Las Constituciones suramericanas regulan el sistema presidencial,¹⁰⁹ en los que la figura del presidente desempeña un papel predominante,¹¹⁰ combinando algunas veces con la incorporación de ciertas atenuaciones.¹¹¹ Este sistema, que se inspiró en el modelo constitucional norteamericano, se diferencia del presidencialismo de ese país por carecer de los mecanismos de *check and balances*.¹¹² La creación de los tribunales constitucionales sí introduce un elemento de *check and balance* de altísima importancia para el control del ejercicio de los poderes del Estado. Ha entrado como nuevo actor en la escena política, que asume un rol significativo en el proceso político como órgano constitucional y político,¹¹³ lo que conlleva al control del ejercicio

¹⁰⁷ Entre la abundante doctrina, Fernández Segado, F., “La justicia constitucional en América Latina”, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, 2009, t. III, pp. 51 y ss.

¹⁰⁸ Pásara, L., *El uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la administración de justicia*, Quito, 2008, pp. 23 y ss.

¹⁰⁹ Carpizo, J., *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, 2007, pp. 189 y ss.

¹¹⁰ Un clásico, Nohlen, D., *Presidencialismo versus parlamentarismo. América Latina*, Caracas, 1991; Nohlen, D., *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, 1998; Andueza, J. G., “¿Presidencialismo caudillista o cesarista?”, *Tendencias actuales del derecho constitucional*, 2007, pp. 431-464; García Belaunde, D., “Evolución y características del presidencialismo peruano”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 13, 2008, pp. 95-110; Valadés, D. (ed.), *El gobierno en América Latina ¿presidencialismo o parlamentarismo?*, México, 2000.

¹¹¹ Eguiguren Praeli, F. J., “El régimen presidencial ‘atenuado’ en el Perú y su particular incidencia en las relaciones entre gobierno y Congreso”, en Carbonell *et al.*, *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, 2009, pp. 357 y ss.

¹¹² Acosta Silva, A., “Estado y régimen presidencialista en México: los dilemas de la gobernabilidad democrática”, en Labastida Martín del Campo *et al.* (eds.), *Transición democrática y gobernabilidad: México y América Latina*, México, 2000, p. 86.

¹¹³ Landa, C., “Los precedentes constitucionales”, *Justicia Constitucional*, Lima, núm. 5, 2007, pp. 33, 35 y ss.

de los poderes del Estado desde una óptica consorciada para consolidar la democracia.¹¹⁴

Pero la efectividad y objetividad de dichos tribunales constitucionales se ven afectados por el fenómeno de la circularidad: por una parte, el tribunal constitucional participa en la dirección del Estado cuando controla el comportamiento de los otros poderes del Estado; por otra parte, el Ejecutivo controlado pretende controlar al tribunal constitucional nombrando jueces afines a su partido político. Particularmente en la región, gracias al dominio de una cultura de toma de decisiones jerárquica-decisionista y al fuerte presidencialismo, las estructuras son especialmente proclives al intervencionismo político en la esfera de la jurisdicción constitucional. Las decisiones de los tribunales constitucionales en general son interpretadas como “perturbantes”.¹¹⁵

Un ámbito de fricción en el que el tribunal constitucional se hace mucho más vulnerable a los ataques políticos es justamente en materia de las decisiones relativas a la reelección del presidente. Como casos paradigmáticos se pueden mencionar la destitución del Tribunal Constitucional peruano durante el régimen de Fujimori (1997),¹¹⁶ caso que fue sometido a la Corte IDH, que encontró una violación de los artículos 1.1., 8o. y 25 de la CADH,¹¹⁷ así como la destitución de magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Congreso, con anuencia del presidente en Ecuador (2004).¹¹⁸

Se constata una paradoja concretizada en el intento de manipulación, con independencia de las preferencias ideológicas —incluyendo las décadas de dictaduras— bien para “utilizar o deprecia a la jurisdicción”, y, a la vez, “con su clásica ductilidad manipuladora, cambiar bruscamente el discurso y proclamar su irrestricto respeto a la jurisdicción, cuando consideran que es conveniente en esa coyuntura derivarle un problema político o social, que no tienen solución o que la solución que se le podría deparar afectaría a su clientelismo político”.¹¹⁹

¹¹⁴ Hennig, M. C., *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*, Río de Janeiro, 2007, p. 210.

¹¹⁵ Nohlen, D., “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Tribunales constitucionales y democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, pp. 13 y s.

¹¹⁶ Wieland Conroy, H., “La reelección presidencial: análisis de la disposición constitucional y su ley interpretativa”, *Constitución de 1993, análisis y comentarios*, Lima, 1996, t. III, pp. 197-212.

¹¹⁷ Corte IDH, *caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia del 31 de enero de 2001, serie C, núm. 71.

¹¹⁸ Resolución del Congreso Nacional, núm. R-25-160, del 20 de diciembre de 2004.

¹¹⁹ Zaffaroni, E. R., “Dimensión política de un Poder Judicial democrático”, en Andrade Ubidia y Ávila Linzán (eds.), *La transformación de la justicia*, Quito, 2009, pp. 113 y ss.

No resulta una tarea fácil para la justicia constitucional salvaguardar la intangibilidad del núcleo de la democracia y no permitir el vaciamiento de su contenido. Sin embargo, es uno de sus cometidos fundamentales. La alternancia en el poder, especialmente en el contexto descrito, adquiere una significación mayor y deja en evidencia cuando el Poder Judicial no actúa con suficiente independencia, como lo prescriben los instrumentos interamericanos y los propios órdenes constitucionales. Muchas veces el Poder Judicial no es visto como un tercer poder, sino como un poder de tercera.¹²⁰

C. *La reelección y el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*

Un elenco de normas es relevante a la hora de determinar la contradicción entre la Constitución y la incorporación de la reelección indefinida por medio de una enmienda durante el mismo periodo constitucional en que se rechazó una reforma constitucional con el mismo objeto. En primer lugar, en Venezuela se distingue la enmienda, que tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos que no alteren su estructura fundamental (artículo 340), de la reforma consiste en una revisión parcial de la Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional (artículo 342). En segundo lugar, conforme a lo dispuesto en el artículo 345, cuando una iniciativa de reforma constitucional no sea aprobada, no podrá presentarse de nuevo en un mismo período constitucional a la Asamblea Nacional. En tercer lugar, el artículo 6o. de la Constitución, cuando regula el principio democrático, establece entre las características del gobierno, que es y será “alternativo”.

En el recurso de interpretación ante el TSJ se solicitó interpretar el concepto jurídico indeterminado ‘estructura fundamental’ de la Constitución, y si a través de una enmienda constitucional puede permitirse la reelección presidencial ilimitada, a pesar de que uno de los principios básicos del sistema de gobierno es la alternabilidad; asimismo se pidió al Tribunal esclarecer la procedencia de establecer la reelección ilimitada del presidente de la República vía enmienda, cuando se trataba de la misma modificación ya fue rechazada por la voluntad popular el 2 de diciembre de 2007 vía proyecto de reforma.

El TSJ de Venezuela declaró en su decisión núm. 53 del 3 de febrero de 2009, que el referéndum propuesto por el presidente para la reelección

¹²⁰ Parafraseando a Héctor Fix-Fierro en el análisis de la realidad mexicana. *Cfr.* Fix-Fierro, H., *La reforma judicial en México ¿de dónde viene? ¿Hacia dónde va?*, México, documento de trabajo, núm. 31, 2002.

indefinida era constitucional, a pesar del rechazo de la reforma constitucional de 2007, en la que estaba contemplada esta materia.¹²¹

En una apretada síntesis, el TSJ decidió, luego de un repaso histórico a doctrinario y de una gama de argumentos, que la reelección no supone un cambio de régimen o forma del Estado, “y muy por el contrario, reafirma y fortalece los mecanismos de participación dentro del Estado Democrático, Social de Justicia y Derecho que estableció el Constituyente en 1999”. La reelección

optimiza los mecanismos de control por parte de la sociedad respecto de sus gobernantes, haciéndolos examinadores y juzgadores directos de la administración que pretenda reelegirse, y por lo mismo, constituye un verdadero acto de soberanía y de ejercicio directo de la contraloría social. Negar lo anterior, es tanto como negar la existencia de sociedades cambiantes y en constante dinámica e interacción. Es pretender concebir el Derecho Constitucional como un derecho pétreo e inmovible, ajeno a las necesidades sociales. Más aún, en nuestras sociedades, donde estas necesidades sociales son tan ingentes, los cambios constitucionales son más necesarios en la medida en que se constate su existencia para mejorar las condiciones de los ciudadanos en peor situación socioeconómica, pues la norma constitucional sólo debe estar a su servicio.

Respecto a la alternabilidad, considera que “este principio lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes. Solo se infringiría el mismo si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones”. Puntualizó que la enmienda que sería sometida a consulta referendaria se distingue de la reforma de 2007 en cuanto propone, como principio, la posibilidad de reelección continua para todos los cargos de elección popular.

La pregunta consultada en el referéndum se formuló de la siguiente manera: ¿aprueba usted la enmienda de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230 de la Constitución de la República, tramitada por la Asamblea Nacional, que amplía los derechos políticos del pueblo, con el fin de permitir que cualquier ciudadano o ciudadana en ejercicio de un cargo de elección popular, pueda ser sujeto de postulación como candidato o candidata para el mismo cargo, por el tiempo establecido constitucionalmente, dependiendo su posible elección, exclusivamente, del voto popular? Algunos autores apuntan que las notas o formulaciones absolutamente inductivas podrían violar la

¹²¹ TSJ, Decisión núm. 53 del 3 de febrero de 2009, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html>.

libertad electoral y, en consecuencia, se vulneran el artículo 23 de la CADH y el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan la libertad del elector.¹²² El referéndum aprobó la enmienda constitucional que permite la reelección indefinida en todos los cargos de elección popular en Venezuela.¹²³

Las voces críticas hacia el funcionamiento de la Sala Constitucional del TSJ se han expresado en la doctrina.¹²⁴ Según mi opinión, el Estado sería responsable de haber promovido, incluso por un mecanismo de democracia directa como el referéndum, la alteración del orden democrático consagrado en la propia Constitución. Se ha alterado uno de los elementos esenciales de la democracia, como es la alternancia en el poder, con el aval TSJ, que no estaría salvaguardando la democracia en su dimensión material.¹²⁵ Cabe destacar que el artículo 23.1 de la CADH tiene por objeto garantizar que cualquier ciudadano pueda participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, de votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal y por voto secreto, y de tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas. Los estudios empíricos demuestran que, “aplicando el enfoque neoinstitucional, y los postulados de Rawls sobre el velo de la ignorancia, se sostiene que entre más alejados de su diseño e implementación estén los hacedores de políticas públicas y sus copartidarios, el diseño constitucional será más justo”.¹²⁶ No puede ser justo si el diseño implica la personalización del poder público.¹²⁷

¹²² Morales Viteri, J. P., “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, en Santamaría (ed.), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Quito, 2008, p. 109.

¹²³ El resultado arrojó 54,85% a favor del sí y 45,14% a favor del no. Fuente: Consejo Nacional Electoral de Venezuela, en http://www.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_enmienda_2009.

¹²⁴ Casal, J. M., “Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela)”, en Ferrer MacGregor (coord.), *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires, 2009, pp. 503-527; Brewer-Carías, A., *Crónica sobre la ‘in’ justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, 2007.

¹²⁵ Brewer-Carías, A. R., “El juez constitucional vs. la alternabilidad republicana (la reelección continua e indefinida)”, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 117, 2009, pp. 205-211.

¹²⁶ Velásquez Gavilanes, R. et al., “Reelección inmediata de alcaldes y gobernadores: ventajas, riesgos y recomendaciones de política”, *Vniversitas*, Bogotá, núm. 109, p. 534.

¹²⁷ Aguiar, A., “El derecho a la democracia. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia”, *Colección Estudios Jurídicos*, Caracas, núm. 87, 2008, p. 410.

Comparto la crítica formulada por Luigi Ferrajoli en lo concerniente a considerar la personalización de la representación, en esencia, como anticonstitucional. Afirma que

las demagogias populistas y autoritarias soportadas sobre la base de la omnipotencia del ‘jefe’ como voz y expresión orgánica del pueblo son a la vez anticonstitucional y antirrepresentativa y tienen lugar en un proceso deconstituyente: la democracia degenera en sentido plebiscitario y con riesgos muy peligrosos como reducir los partidos políticos a comités electorales del líder, una relación directa de esto con el pueblo mediante la televisión, descalificación de las normas y de los límites constitucionales al poder del gobierno, la excepción de la emergencia se convierte en la regla para la administración de los asuntos públicos, el rechazo a la separación de poderes y al control jurisdiccional.¹²⁸

No es un fenómeno exclusivo del subcontinente, sino parece existir también en otras latitudes y de ninguna manera circunscrito a una forma de gobierno, porque aplica igualmente al modelo parlamentario y al presidencialista.

Sin embargo, es pertinente comentar dos sentencias, una de otro tribunal nacional, la Corte Constitucional de Colombia (en adelante CCC), de reconocida reputación como un actor imparcial y capaz de establecer límites a las actuaciones del Poder Ejecutivo,¹²⁹ y una de la Corte IDH, que dan algunas luces sobre los límites a la reelección y sobre los límites al referéndum. Según la denominada doctrina de la no sustitución de la Constitución, en el caso del “Referendo reeleccionista”, la CCC sostiene que los principios fundamentales, como los de Estado democrático y social de derecho, no pueden ser modificados por vía de una reforma constitucional, incluso ni mediante referendo de iniciativa popular. Ello significa que sólo por vía de una asamblea nacional constituyente podría cambiarse totalmente la fisonomía del Estado constitucional de derecho regulado desde 1991. Una segunda reelección presidencial sustituye ejes estructurales de la Constitución Política de 1991.

En la decisión adoptada por la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay* se advierte que aun cuando una ley tenga el respaldo vía referéndum, este hecho no “le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a

¹²⁸ Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, 2011, pp. 46 y ss.

¹²⁹ Estrada, A. J., “Corte Constitucional (Colombia)”, en Ferrer MacGregor (coord.), *Crónica de tribunales constitucionales...*, cit., pp. 139 y ss.

dicha ley... se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél”.¹³⁰

Colofón: los periodos constitucionales y legales predeterminados reflejan los límites temporales del ejercicio del poder político, así como su necesidad de control, y en una democracia la posibilidad de que distintos partidos o corrientes ideológicas accedan al ejercicio del poder debe estar garantizada con elecciones periódicas que en la praxis aseguren el principio del pluralismo político y la posibilidad de acceso al poder.

2. Denuncia de parte de Venezuela de la CADH

El Pacto de San José prevé la figura de la denuncia, reconocida por el derecho internacional público y estipulada en la misma Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, en los términos del artículo 78:

1. Los Estados parte podrán denunciar esta Convención... mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. 2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención, en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

El preaviso presentado por Venezuela para denunciar la CADH el 10 de septiembre de 2012 fue un hecho de especial trascendencia jurídica. La posibilidad de recurrir a un organismo internacional, como la Corte Interamericana, es un derecho que todos los venezolanos han adquirido, y esta decisión constituye sin duda una regresión al estado en que tal posibilidad era inexistente. Al divulgarse la mencionada denuncia, Amnistía Internacional reiteró que la promoción y protección de los derechos humanos, sin discriminación, es la piedra angular sobre la que se sustenta el Estado de derecho, y constituye una herramienta fundamental con la que cuentan los Estados para garantizar que todas las personas puedan vivir con dignidad, independientemente de su género, raza, origen étnico o cualquier otra condición.¹³¹

¹³⁰ Corte IDH, *caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 238.

¹³¹ Amnistía Internacional, Declaración Pública, “Decisión de Venezuela de denunciar la Convención Americana es una afrenta a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a generaciones futuras de venezolanos”, 12 de septiembre de 2012, en <http://www.amnesty.org/es/library/info/AMR53/005/2012/es>.

A pesar de ser una temática con múltiples aristas, en las líneas siguientes se sintetiza el estado de la cuestión en tres aspectos cardinales: contexto, los argumentos que sustentan la denuncia y los argumentos que la critican.

A. *Contexto*

Si bien el análisis acerca de los estándares del sistema interamericano corresponde al capítulo II, en este apartado es pertinente examinar, desde la perspectiva constitucional, el preaviso de denuncia a la CADH presentado por Venezuela el 10 de septiembre de 2012. Contextualizar la decisión del Estado venezolano implica mencionar los dos casos de “rechazo sistemático” al sistema interamericano acontecidos en Suramérica. Como lo advierte Manuel Góngora, el rechazo sistemático ha tenido lugar cuando “el gobierno tiene una influencia muy significativa sobre la rama judicial, y la supervisión del sistema interamericano es percibida como una amenaza para el régimen (v. gr. durante el gobierno de Alberto Fujimori en Perú) y/o una forma de intervención extranjera y de violación de la soberanía (v. gr. durante el gobierno de Hugo Chávez en Venezuela)”.¹³² En ambos casos, Perú y Venezuela, el papel del Poder Judicial, paradójicamente, ha sido determinante para avalar una acción de esta naturaleza.¹³³ En Perú no llegó a concretizarse el retiro de la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte IDH por cuanto se dejó sin efecto la decisión al producirse el cambio de gobierno.¹³⁴

Haciendo una breve retrospectiva de la evolución de la postura negativa de Venezuela, que es el caso de estudio, vale puntualizar que los pronunciamientos provenientes de la autoridad pública venezolana se produjeron por la vía del Poder Judicial y por el Poder Ejecutivo. Existen antecedentes mediatos e inmediatos del referido preaviso. Por parte del Poder Judicial se encuentran una serie de decisiones dictadas objetando la aplicación de estándares y resoluciones del sistema interamericano desde el 2000 y, pro-

¹³² Góngora, M., “Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo”, en Bogdandy, A. von *et al.* (coords.), *Estudos avançados de direitos humanos direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, pp. 324 y ss.

¹³³ *Cfr.* Decisión de la Corte Suprema de Perú, del 14 de junio 1999, que declaró que los tratados de derechos humanos, según la Constitución de 1993, tenían rango de meras leyes ordinarias y las decisiones interamericanas estaban sujetas al principio de primacía del orden constitucional.

¹³⁴ El 9 de julio de 1999, Perú procedió a depositar en la Secretaría General de la OEA; en 2000 se reincorporó.

gresivamente, arrogándose la competencia para interpretar los tratados de derechos humanos, actitud fuertemente criticada en la doctrina.¹³⁵ Sin embargo, a los efectos del asunto específico de la denuncia de la CADH, el precedente relevante se dio con la decisión del TSJ en lo concerniente a la sentencia de la Corte IDH, del 5 de agosto de 2008, que ordenaba la reincorporación en el cargo de tres exmagistrados.¹³⁶

El TSJ decidió que el fallo del contencioso interamericano era “inejecutable”, y añadió que con

fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.¹³⁷

Dicha sentencia del TSJ cita como ejemplo de inejecutabilidad la decisión en 1999 bajo el régimen de Fujimori, del Consejo Supremo de Justicia Militar frente a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Castillo Petruzzi*. No puede obviarse mencionar que el pretendido retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH fue calificado en la doctrina como jurídicamente inválido.¹³⁸ El TSJ omitió en todo caso referir en su sentencia que dichas decisiones de la justicia militar, con el retorno de la democracia, fueron dejadas sin efecto por la propia Corte Suprema de Justicia peruana, y el Congreso aprovechó la coyuntura para dictar una ley haciendo obligatorio el cumplimiento de los fallos de la justicia internacional.¹³⁹

¹³⁵ Por ejemplo, la Sentencia 1492 del 7 de julio de 2003. *Cfr.* Brewer Carías, A., “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, el control del poder y la protección de los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. I, 2007, pp. 92 y ss.

¹³⁶ Corte IDH, caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, sentencia del 5 de agosto de 2008.

¹³⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, expediente 08-1572, sentencia del 18 de diciembre de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>.

¹³⁸ Entre otros, *cfr.* Dulitzky, A., “El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú. Análisis jurídico”, *Pensamiento Constitucional*, Lima, año VI, núm. 6, 1999, pp. 705-727.

¹³⁹ Ley núm. 27775, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Según el artículo 1o. se declara “de interés nacional el cum-

En reiteradas ocasiones, el presidente de Venezuela había expresado su intención de retirar al país del sistema interamericano. No sólo manifestó el desacuerdo con las condenas por parte de la Corte Interamericana a Venezuela, sino particularmente por el Informe 2008 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), que critica la situación de Venezuela de los derechos humanos, así como por los informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA. Venezuela insistió en sus severas críticas al sistema interamericano en los foros regionales y en las propias sesiones de la CIDH. Con motivo de la decisión de la Corte IDH respecto a la violación de la CADH en materia de condiciones de detención,¹⁴⁰ el Ejecutivo materializó su decisión, conforme al procedimiento previsto, remitiendo comunicación al secretario general de la OEA. No obstante, como advirtió Ariel en el caso peruano de 1999, de concretarse esta solicitud, transcurrido un año, Venezuela entrará en la lista de los Estados miembros de la OEA que no son parte de la CADH,¹⁴¹ reforzando el sistema a dos velocidades. El país está vinculado por la Declaración Americana y la Carta de la OEA, más todos los instrumentos de esta organización, pero no por la CADH ni bajo la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Este paso va en la dirección de reforzar la existencia en el hemisferio de “dos clases de habitantes o de ciudadanos”, lo que contraviene el interés por alcanzar la “verdadera universalización de los derechos humanos en América”.¹⁴² Representantes de la OEA y la alta comisionada de la ONU para los derechos humanos instaron inmediatamente a la reconsideración de esta decisión.¹⁴³ También las organizaciones no gubernamentales y la academia se manifestaron en contra de la denuncia de la CADH.

plimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado Peruano por Tribunales Internacionales constituidos por Tratados que han sido ratificados por el Perú de acuerdo con la Constitución Política”.

¹⁴⁰ Corte IDH, *caso Díaz Peña vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de junio de 2012, serie C, núm. 244.

¹⁴¹ Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago.

¹⁴² Discurso del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

¹⁴³ Se han producido distintas reacciones contrarias a la denuncia. El secretario general de la OEA lamentó la decisión en un comunicado de prensa (C-307/12), que la referida convención es “uno de los pilares de la normativa legal que ampara la defensa de los derechos humanos en el continente”. La alta comisionada de la ONU para los derechos humanos, Navi Pillay, instó enérgicamente a Venezuela a reconsiderar su decisión de retirarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y advirtió que eso podría ser un serio

A continuación se plasma un extracto de los argumentos que sirvieron de base para la denuncia, así como los argumentos utilizados en el recurso de inconstitucionalidad presentado ante el TSJ.

B. *Argumentos de la denuncia de la CADH*

El 10 de septiembre de 2012 el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela presentó su notificación de denuncia al secretario general de la Organización de los Estados Americanos manifestando la decisión de denunciar la CADH.¹⁴⁴ En dicha comunicación reconoce la vocación de Venezuela en la protección de los derechos humanos, habiendo sido parte de los países signatarios en 1969, el único en ratificar el Pacto de San José mediante declaración unilateral y el segundo en aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1981. Destaca la amplia cobertura de la Constitución de 1999 en cuanto a los derechos humanos y las libertades y garantías fundamentales, que ubican el régimen venezolano entre los vanguardistas de la región. Enuncia las nuevas instituciones creadas para velar por el respeto irrestricto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Como sustrato fáctico explica que en los últimos años tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han convertido en arma política destinada a minar la estabilidad de determinados gobiernos, especialmente el de Venezuela, adoptando una línea de injerencia en los asuntos internos, en abierta vulneración y desconocimiento del principio de la soberanía de los Estados y el principio de autodeterminación de los pueblos.

También señala la comunicación de denuncia que Venezuela ha sido emplazada y difamada por razones políticas, a través de denuncias infundadas, carentes de sustrato probatorio, provenientes de sectores políticos vinculados a actos contrarios a las leyes y la Constitución. Igualmente, resalta la falta de éxito en los esfuerzos por reformar el sistema, a diferencia del fortalecimiento experimentado a nivel universal con el Consejo de Derechos Humanos y el Mecanismo del Examen Periódico Universal. Como prueba de los argumentos que sustentan la denuncia se mencionan los siguientes casos: *Ríos, Perorzo y otros contra Venezuela*; *Allan Brewer Carías contra Venezuela*; *Díaz Pena contra Venezuela*; *Usón Ramírez contra Venezuela*;

revés para la protección de los derechos humanos en Venezuela y en toda la región (Ginebra, 11 de septiembre de 2012).

¹⁴⁴ Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.pdf.

Apitz Barbera y otros contra Venezuela; Leopoldo López contra Venezuela. Se alega que estos casos han recibido atención inmediata de la Comisión y de la Corte aun cuando dichos órganos han reconocido que no se habían agotado los recursos de jurisdicción internos y en algunos casos ni siquiera se habían interpuesto, violándose el artículo 46.1 de la Convención. Alegan politización y parcialización, a la vez que enumeran el retraso y la falta de pronunciamiento en otros casos denunciados por el país (*El Caracazo, las masacres de Cantaura y Yumare*, el reconocimiento a las autoridades de facto en 2002, entre otros).

Desde el punto de vista del derecho constitucional, aspecto a resaltar, la denuncia de la Convención jurídicamente la fundamenta el Ejecutivo en las siguientes disposiciones:

- El principio de supremacía constitucional regulado en el artículo 7o. (la Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico).
- Los principios de no intervención, soberanía y preeminencia de los derechos humanos conforme a los artículos 2o. (Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores... la preeminencia de los derechos humanos) y 152 (la República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales).
- El orden constitucional garantista de los derechos humanos y apegado a los principios de no regresividad ni discriminación (artículo 19), el principio de no taxatividad de los derechos (artículo 22) y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra (artículo 29).
- El artículo 23 debe interpretarse en los términos establecidos por el TSJ.

En el escrito de denuncia se cita la jurisprudencia del TSJ, sentencia 1572/2008, según la cual

el artículo 23 (de la CRBV) no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango 'supraconstitucional', por lo que en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del TSJ, atendien-

do al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 *eiusdem* y el fallo número 1077/2000 de esta Sala.

También acude a la decisión 1942/2003, para aclarar que la norma se refiere a derechos y no a fallos ni dictámenes, y resulta la cita de que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno. En consecuencia, de acuerdo con el TSJ, la ejecución de los fallos de los tribunales supranacionales no puede menoscabar la soberanía del país ni los derechos fundamentales de la República.

Alegan que las

reiteradas decisiones de la Corte IDH coliden con los preceptos y principios de la Carta Magna, la República Bolivariana de Venezuela considera importante poner fin a la incompatibilidad entre su legislación interna y los derechos soberanos, distanciándonos del pervertido ejercicio de los órganos Competentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, constituidos por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

C. Argumentos en contra de la denuncia de la CADH

Un grupo de prestigiosas ONG y destacados juristas venezolanos, que además han sido peticionarios y representantes de víctimas ante los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, presentaron ante la Sala Constitucional del TSJ la acción de nulidad por inconstitucionalidad en contra del acto de gobierno¹⁴⁵ de la denuncia de la CADH,¹⁴⁶ porque viola las normas y principios constitucionales relativos a

la jerarquía y supremacía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, el derecho de petición internacional para el amparo de los derechos humanos, los requisitos y límites constitucionales de los estados de excepción, los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales del Estado Venezolano y la progresividad de los derechos humanos, consagrados en los artículos 23, 333, 339, 31, 152 y 19, respectivamente, de la Constitución.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Nota oficial diplomática identificada con el número 000125, emanada del ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, del 6 de septiembre de 2012, por órdenes e instrucciones directas del presidente de la República.

¹⁴⁶ Acción de nulidad por inconstitucionalidad presentada el 27 de septiembre de 2012, en <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2012/09/Accion-inconst-DENU-NCIA-CADH-270912.pdf>.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 5.

En este punto vale la pena seguir los planteamientos formulados por Carlos Ayala Corao,¹⁴⁸ pues esbozan claramente los argumentos presentados que fundamentan la inconstitucionalidad, en razón de que dejan traslucir, enfáticamente, una mirada de la Constitución bajo el enfoque de la internacionalización e interamericanización y no desde una perspectiva de corte nacionalista. Esta nomenclatura obedece a una sistematización propuesta por José María Serna para aludir a las posturas entre internaciona- listas (favorable a la recepción en el orden interno de los estándares de los otros sistemas normativos de derechos humanos) y los nacionalistas, anclados en los principios de soberanía del Estado y resistentes a tal recepción. Se trata de un punto determinante a la hora de evaluar la denuncia de la CADH realizada por Venezuela.

En este sentido, en razón de adherirme a los razonamientos argüidos para fundamentar la inconstitucionalidad, expongo a continuación sucintamente los criterios alusivos a la jerarquía constitucional de los tratados, eje transversal del Estado abierto.

En el recurso se sostiene que

en el sistema constitucional venezolano, por disposición expresa del artículo 23 del Texto Fundamental, los tratados relativos a los derechos humanos tienen la *jerarquía constitucional*, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual conlleva como consecuencia, la incorporación de todos estos tratados al *bloque de la constitucionalidad o bloque de la constitución*. El acto impugnado (la denuncia), siendo un acto de rango legal y por tanto infra constitucional, pretende desconocer la jerarquía constitucional de la Convención Americana, al pretender de manera arbitraria su desincorporación del bloque de la constitucionalidad.¹⁴⁹

En el recurso se revela el alcance de la equiparación de los tratados relativos a los derechos humanos con la carta fundamental, en tanto implica que tienen el mismo valor en el orden interno, adquieren la supremacía y en consecuencia la rigidez propia de la Constitución. La CADH, ratificada por Venezuela en 1977, adquirió rango constitucional a partir del momento en que entró en vigencia la Constitución de 1999. La inclusión de la norma contenida en el artículo 23 de la Constitución de 1999 encuentra su fundamento en la Asamblea Nacional Constituyente, pero además, se inscribe

¹⁴⁸ Ayala Corao, C., “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 643-682, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200018&lng=es.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 26.

en la tendencia emergente en el constitucionalismo latinoamericano desde finales del siglo, como se dice abiertamente.

Vale subrayar que se procede a citar la Constitución argentina y se explica que el “*bloque de la constitucionalidad* está integrado por el propio texto de la Constitución y por todos los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado —y las decisiones de los órganos de estos tratados—”. En soporte a esta evolución se recurre a enunciar decisiones judiciales que incorporan la noción del bloque de constitucionalidad, del propio TSJ,¹⁵⁰ así como de otros cinco órganos jurisdiccionales latinoamericanos, a saber: Argentina,¹⁵¹ Costa Rica,¹⁵² Colombia,¹⁵³ República Dominicana¹⁵⁴ y El Salvador.¹⁵⁵

Al superarse la noción de la pirámide jerárquica, comparten espacio la Constitución y los tratados sobre derechos humanos a modo de redes constitucionales, y las consecuencias del mandato de la estatalidad abierta del citado artículo 23 son evidentes: ambos constituyen “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”, por lo que “todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos” a ellos (artículo 7o.); todo acto del poder público que viole o menoscabe los derechos garantizados en los tratados sobre derechos humanos es nulo, y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores (artículo 25).

Respecto a la competencia de los tribunales, los artículos 334 y 336 disponen que en caso de

incompatibilidad de una ley u otra norma jurídica con un tratado sobre derechos humanos, se aplicarán las disposiciones de dicho tratado, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente

¹⁵⁰ *Caso Harry Gutiérrez Benavides y otros*, sentencia núm. 23 del 22 de enero de 2003 (reconoce que la CADH forma parte del bloque de constitucionalidad); *caso Esteban Gerbasí*, sentencia núm. 1173 del 15 de junio de 2004; *caso Anallya Belisario y otros vs. Consejo Nacional Electoral, caso Anallya Belisario y otros vs. Consejo Nacional Electoral*.

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, *caso Jorge Rafael Videla*, sentencia del 21 de agosto de 2003.

¹⁵² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al resolver la consulta sobre el Proyecto de Ley para aprobar el Estatuto de Roma, Resolución 2000-09685 —expediente 00-008325-007-CO—, del 1o. de noviembre de 2000, sentencia 2313-95.

¹⁵³ Corte Constitucional de Colombia, *Jaime Rodríguez vs. Iván Mejía Álvarez*, sentencia T-1319/01 del 7 de diciembre de 2001; sentencia C-148/05 del 22 de febrero de 2005.

¹⁵⁴ Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Resolución núm. 1920-2003, del 3 de noviembre de 2003.

¹⁵⁵ Sala Constitucional de El Salvador, Inconstitucionalidad de la Ley Anti-Maras, sentencia del 1o. de abril de 2004, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003.

(artículo 334, primer párrafo). Además, cuando una ley, un acto que tenga rango de ley u otro acto de los órganos que ejercen el poder público dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución colida con un tratado sobre derechos humanos, le corresponde declarar su nulidad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 334, segundo párrafo). En consecuencia, el control concentrado de la constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y municipales, de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, para revisar las sentencias definitivamente firmes, y para controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, debe en definitiva ser ejercido conjuntamente con base en los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional (artículo 336).¹⁵⁶

Vale la pena insistir sobre la relevancia de otras cuatro normas constitucionales. La primera alude al efecto que produce la ubicación de los tratados de derechos humanos en la supremacía constitucional. Dicho rango les otorga rigidez en la medida en que una reforma constitucional sólo podrá modificar un tratado en materia de derechos humanos cuando implique una mayor protección y garantía de tales derechos, estando vedado disminuir su situación jurídica, como opina Humberto Nogueira.¹⁵⁷ Por otro lado, la consecuencia jurídica de que los tratados sobre derechos humanos tengan rango constitucional y, por tanto, integren el bloque de la constitucionalidad es que permean a todo el derecho interno y a todos los poderes públicos, los cuales deben sujetarse a ellos en igual medida que a la propia Constitución. Mediante el rango constitucional, los tratados quedan fundidos a la Constitución y no pueden ser separados de ella, como se pretende con la denuncia, pues significaría una modificación por un procedimiento distinto al previsto en el texto de 1999.¹⁵⁸ De tal manera que la denuncia de la CADH por parte del Poder Ejecutivo pretende modificar el bloque de constitucionalidad, y ello representa un acto viciado de nulidad absoluta.

La segunda norma que merece ser subrayada atañe a que la denuncia de la CADH implicaría la violación al derecho de solicitar amparo internacional. Según la voz autorizada de Carlos Ayala Corao, el artículo 31 de la Constitución “constitucionalizó” el derecho de petición internacional que denomina “derecho de amparo internacional (o interamericano)”.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Acción de nulidad por inconstitucionalidad, p. 23.

¹⁵⁷ Noriega Alcalá, H., “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno”, *Ius et Praxis*, Talca, Chile, año 2, núm. 2, 1997, p. 27.

¹⁵⁸ Aguiar, A., *Código de derecho internacional*, Caracas, 2006, p. 265.

¹⁵⁹ Ayala Corao, C. M., *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, 1998.

Conforme a dicha norma, toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El correlato de la disposición lo estipula la CADH en el artículo 41: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”. Este derecho, convencionalizado y constitucionalizado, no puede ser vulnerado.

La tercera disposición que forma parte del núcleo garantista de la democracia en su imbricación con los derechos humanos está encarnada en la salvaguarda de los derechos en los estados de excepción. El artículo 339 de la Constitución establece que

El decreto que declare el estado de excepción, en el cual se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, será presentado dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. El decreto cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Presidente o Presidenta de la República podrá solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron.

Esta garantía guarda relación con los abusos y violaciones masivos a los derechos humanos en la región. Basta pensar en la famosa doctrina de la seguridad nacional.¹⁶⁰ La jurisprudencia de la Corte IDH en la materia es muy rica, y ratifica que “Los estados de excepción deben tener en cuenta que solo pueden referirse a materias directamente relacionadas con la situación que determino la declaratoria, no podrán suspender los de Derechos Humanos ni las libertades fundamentales y se deben igualmente respetar el Derecho Internacional Humanitario”.¹⁶¹

En cuarto lugar, hay que destacar que el artículo 19 de la Constitución de Venezuela reconoce el principio de progresividad de los derechos humanos y lo preceptúa así:

¹⁶⁰ Zovatto, D., *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Caracas, San José, 1990, pp. 45 y ss.

¹⁶¹ Corte IDH, *Estados de excepción*, en <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr733.cfm>.

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.

Este principio universal ha sido constitucionalizado para reforzar su carácter intangible en el orden interno, interpretado además bajo el prisma de la preeminencia de los derechos humanos como valor que rige al Estado (artículo 2o.) y de conformidad con el principio de irreversibilidad de los derechos. La denuncia de la CADH interpuesta por el gobierno de Venezuela viola el principio de progresividad perjudicando directamente a las víctimas de violaciones de derechos humanos que no podrán acceder a la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su entrada en vigor el 10 de septiembre de 2013. Hay voces que argumentan que la responsabilidad de protección y garantía de los Estados no cesa con el retiro por la denuncia de un convenio debido al reconocimiento que ha hecho la comunidad internacional a la persona humana como sujeto de derechos, de modo que los venezolanos estarán menos protegidos, pero nunca indefensos.¹⁶²

V. REFLEXIÓN FINAL A TÍTULO DE DESAFÍO

La regresión del Estado abierto en Venezuela está rodeada de paradojas, en particular la denuncia de la CADH. Una paradoja se vincula con el Mercosur y la otra con el sistema universal de protección de los derechos humanos. Venezuela ingresa como miembro pleno al Mercosur pocos días antes de la denuncia, y en el propio documento de denuncia se compromete a respetar los instrumentos de promoción y protección de derechos humanos del bloque. ¿Qué implica para el Mercosur que Venezuela, una vez formalizado su proceso de adhesión al bloque, presente el preaviso de denuncia de la CADH? ¿Cómo articular el piso común de los miembros fundadores ahora en la fórmula Mercosur núcleo + 1? En mi criterio, una integración a dos velocidades en materia de derechos humanos en el cono sur viola el principio de irreversibilidad, y al no respetar el acervo comunitario del bloque es objeto de impugnación ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur.

¹⁶² Comunicado de Ligia Bolívar O., directora del Centro de Derechos Humanos Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1o. de mayo de 2012.

La otra paradoja alude al plano universal. Poco tiempo después de la denuncia, la Asamblea General de la ONU aprobó el ingreso de Venezuela en el Consejo de Derechos Humanos de la organización internacional.¹⁶³ La razón asiste a Christian Tomuschat cuando refiere que en la salvaguarda del principio democrático a nivel de las organizaciones, como la ONU, la selección de los socios requiere de una precaución intensa. Esto así porque “la eficacia de la ONU depende de su universalidad. No puede ser únicamente una organización de los ‘buenos’, de los ‘good guys’, excluyendo a los ‘malos’, los ‘bad guys’. Por ello, no fue expulsado Irak después de su agresión contra Kuwait, ni tampoco, en los años anteriores, fue expulsada Sudáfrica a raíz de su política del *apartheid* contra la población negra”.¹⁶⁴

En el caso del ingreso de Venezuela al Consejo de Derechos Humanos, las voces de las ONG se han hecho sentir. No hay alternativa sino compartir la exigencia formulada por Provea que ha exigido al Estado que reconsidere la decisión de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues esta acción es totalmente incoherente con el hecho de haber asumido el compromiso de ejercer la labor de supervisión internacional en materia de derechos humanos y de ser promotora de los derechos humanos. En consecuencia, el Estado debe acatar las recomendaciones y sentencias de los órganos internacionales de protección, como la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos.

En el plano estrictamente de la juridicidad y jurisdiccionalidad, hipotéticamente era de esperarse la autocorrección de la tesis de la inejecutabilidad y la declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en consonancia, por cierto, con la tendencia que siguen los “socios” del cono sur en materia de apertura hacia un sistema regional de supervisión jurisdiccional de los derechos humanos.¹⁶⁵ Igualmente, el precedente peruano arroja la factibilidad de que un giro en la concepción de la democracia pueda impulsar el regreso de Venezuela. Son cuestiones muy controvertidas, que están abiertas al debate y sometidas a las coyunturas políticas.

¹⁶³ De acuerdo con la información de los medios de comunicación: Venezuela 154, Argentina 176, Brasil 184 votos a favor por la región de América Latina, en sustitución de Cuba, México y Uruguay.

¹⁶⁴ Tomuschat, C., “¿Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberanía en las instituciones de la integración regional?”, en Bogdandy, A. von *et al.* (coords.), *Estudios avanzados de derechos humanos direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, São Paulo, 2013, p. 37.

¹⁶⁵ Aguilar Cavallo, G., “La internacionalización del derecho constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 5, núm. 1, 2007, pp. 223-281.

Como desafío puede tomarse como inspiración el derecho comparado. Interesa llamar la atención sobre la acertada afirmación de Daniel Sarmiento cuando se refiere al pluralismo constitucional que rige en la Unión Europea y la necesidad de asumir que la salida del sistema no es la opción para exigir mayor autonomía y manifestar la “voz” disidente, sino por el contrario, lo que se impone es respetar el principio de lealtad para ajustar los intereses nacionales con los principios del derecho unional.¹⁶⁶ Ello con motivo de las tendencias soberanistas perceptibles en el espacio jurídico europeo. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional checo dictó, el 31 de enero de 2012, una sentencia mediante la cual declaró *ultra vires* e inaplicable en el territorio de la República Checa una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-399/09, Landtová) en materia de pensiones. Se trata de una sentencia inédita que desconoce la primacía del derecho de la Unión.

El tan reconocido Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF) arroja sombras, pero también luces respecto a la tensión entre el derecho constitucional y el derecho unional. El 30 de junio de 2009, el TCF dictó su sentencia sobre el Tratado de Lisboa, en la que atribuyó una nueva centralidad a la soberanía y a la identidad constitucional. Las numerosas críticas que se produjeron a raíz de la sentencia, no sólo en Alemania sino en muchos otros países de la Unión Europea y fuera de ella, las agrupa Antonio Cantaro en dos categorías derivadas de las posturas adoptadas respecto a su alcance jurídico-constitucional: por una parte “los minimalistas”,¹⁶⁷ que simplemente identificaban en ella un “caso” de derecho “interno” sin implicaciones para el derecho de la Unión; por la otra, los “maximalistas”,¹⁶⁸ que advirtieron la pretensión del Tribunal de “Karlsruhe” de replantear el entramado de relaciones entre el ordenamiento alemán y el ordenamiento europeo y, consecuentemente, entre el ordenamiento europeo y los distintos ordenamientos de los Estados miembros. La sentencia, en palabras de Cantaro, es la expresión tangible de una filosofía relativamente inédita de la integración, la llamada “integración protegida”, tutelada permanentemente por los órganos constitucionales nacionales (Parlamento) y bajo la tutela del Tribunal alemán hacia la conservación del “Estado constitucional soberano”.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Sarmiento, D., “National Voice and European Loyalty. Member State Autonomy, European Remedies and Constitutional Pluralism in EU Law”, en Micklitz y Witte de, *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp 342 y ss.

¹⁶⁷ Menéndez, A., *Sentencia “Lisboa” del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Madrid, 2011.

¹⁶⁸ Entre otros, los comentarios en la revista *German Law Journal*, vol. 10, 1o. de agosto de 2009.

¹⁶⁹ Cantaro, A., “Democracia e identidad constitucional después de la ‘Lissabon Urteil’”. La integración ‘protegida’”, *ReDCE*, año 7, núm. 13, enero-junio de 2010, pp. 121-164.

Vale acotar que también refiere la sentencia el derecho de Alemania a retirar su propia adhesión a la Unión Europea si no se cumplen los condicionamientos contenidos en el postulado de la intangibilidad de la “soberanía-independencia” de los Estados miembros ya fijados en la jurisprudencia precedente. Armin von Bogdandy, al subrayar algunos aspectos críticos de la sentencia del TCF en el caso de la ratificación del Tratado de Lisboa por parte de Alemania, llama la atención sobre cómo los tribunales nacionales deberían orientar su actividad creadora de derecho cuando los Estados han decidido formar parte de una comunidad supranacional (en el caso de su análisis la Unión Europea). Comenta que es notorio que la creación del derecho por parte de los tribunales de los Estados miembros afecta cada vez más a la totalidad de esa comunidad, y un nuevo *ius publicum europaeum* exige que dichos tribunales comprendan el espacio jurídico europeo como un todo y se desprendan del nacionalismo metódico.¹⁷⁰ El TCF, jugando su rol orientador como tribunal constitucional con autoridad, da un giro de timón y se pronuncia posteriormente en la sentencia Honeywell en la línea de implementar el principio de apego al derecho de la Unión con un enfoque constructivo pro integración.¹⁷¹

En mi criterio, la postura del TSJ, de típico corte nacionalista, puede ser criticada en la misma intensidad en que lo son la sentencia del Tribunal checo y la sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF). Pero la experiencia alemana sirve como inspiración, ya que la doctrina jugó su papel, y uno de los más prestigiosos tribunales constitucionales del mundo reaccionó a las críticas, moderando y aclarando su postura. En el TSJ, al abandonar el acervo convencional de la democracia protegida en el sistema interamericano para adoptar una concepción soberanista y renacionalizadora, se desata de su papel como garante de los derechos humanos, no sólo sujeto a los estándares a nivel doméstico, sino también a los derivados del pluralismo constitucional y violando el principio de lealtad institucional. Ello, que va más allá de una mera postura de rechazo sistemático o de reacción para calificar *ultra vires* la actuación de los órganos del sistema interamericano, es una violación de la propia Constitución. En el ámbito del sistema interamericano, las garantías del bloque de constitucionalidad y del bloque de convencionalidad deben operar convergentemente.

¹⁷⁰ Bogdandy, A. von, “Principios rectores para la creación del derecho en el espacio jurídico europeo. Cómo superar el nacionalismo metódico”, en Saiz Arnaiz *et al.* (coords.), *Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: un análisis desde la Unión Europea*, Bilbao 2011, pp. 39-53.

¹⁷¹ *Caso Honeywell* del 6 de julio de 2010, BvR 2661/06, en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html.

Es un acervo construido, inderogable, que forma parte del *core* democrático. El TSJ podría, con fundamento constitucional y para preservar el Estado constitucional, dar un giro de timón y sumarse a la tendencia regional de la configuración de un *ius constitutionale commune* en derechos humanos.

Venezuela es la excepción que confirma la regla de tal construcción, y entró en la lista de los Estados miembros de la OEA que no son parte de la CADH.¹⁷² Este país está vinculado por la Declaración Americana, la Carta de la OEA y demás instrumentos de esta organización, pero no por la CADH ni bajo la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Este paso va en la dirección de reforzar la existencia en el hemisferio de “dos clases de habitantes o de ciudadanos”, lo que contraviene el interés por alcanzar la “verdadera universalización de los derechos humanos en América”.¹⁷³ Tal como quedó expuesto, representantes de la OEA y la alta comisionada de la ONU para los derechos humanos instaron a la reconsideración de esta decisión.¹⁷⁴ También las organizaciones no gubernamentales¹⁷⁵ y la academia se manifestaron en contra de la denuncia de la CADH,¹⁷⁶ si bien preocupa el silencio del Mercosur ante dicha denuncia y ante la crisis política derivada de las cuestionadas elecciones presidenciales de abril de 2013.¹⁷⁷

La respuesta del propio sistema interamericano da lugar para el optimismo. Frente a este tipo de retrocesos, se activa por primera vez en la historia la garantía colectiva prevista en la propia CADH (artículo 65) respecto

¹⁷² Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago.

¹⁷³ Discurso del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Diego García-Sayán, ante la XLI Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, San Salvador, El Salvador, 7 de junio de 2011.

¹⁷⁴ El secretario general de la OEA lamentó la decisión en un comunicado de prensa (C-307/12), que la referida Convención es “uno de los pilares de la normativa legal que ampara la defensa de los derechos humanos en el continente”. La alta comisionada de la ONU para los derechos humanos, Navi Pillay, instó enérgicamente a Venezuela a reconsiderar su decisión de retirarse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y advirtió que eso podría ser un serio revés para la protección de los derechos humanos en Venezuela y en toda la región (Ginebra, 11 de septiembre de 2012).

¹⁷⁵ Amnistía Internacional, Declaración pública, 12 de septiembre de 2012, “Decisión de Venezuela de denunciar la Convención Americana es una afrenta a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a generaciones futuras de venezolanos”, en <http://www.amnesty.org/es/library/inf/AMR53/005/2012/es>.

¹⁷⁶ Acción de nulidad por inconstitucionalidad presentada el 27 de septiembre de 2012, en <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2012/09/Accion-inconst-DENUN CIA-CADH-270912.pdf>.

¹⁷⁷ Sólo se produjo una Declaración de Unasur, en <http://www.presidencia.gob.pe/declaracion-del-consejo-de-jefes-y-jefas-de-estado-y-de-gobierno-de-la-union-de-naciones-suramericanas-unasur>.

al deber de la Corte IDH de enviar informes anuales a la Asamblea General de la OEA informándole, entre otros, el no cumplimiento de sus decisiones por los Estados partes.¹⁷⁸

El desafío actual es avanzar en el entendimiento del Estado abierto como *conditio sine qua non* de la protección supranacional de la democracia y los derechos humanos. Ello no significa menoscabar el orden constitucional ni el Estado constitucional, sino por el contrario, la estatalidad abierta está garantizada por la propia Constitución. Las decisiones nacionales están bajo la supervisión de las autoridades supranacionales, y por ello no se trata de un *domaine réservé* del Estado. Las garantías convencionales han sido constitucionalizadas. El *ius constitutionale commune* proveniente del sistema interamericano forma parte del piso o base sobre la cual todos los Estados pueden continuar la edificación. Como afirma Eduardo Ferrer Mac Gregor,

en la justicia interamericana adquiere una particular relevancia la expansión vinculante de la “norma convencional interpretada” más allá del caso particular (*res interpretata*), constituyendo un elemento más en la construcción de un *ius constitutionale commune americanum* —o por lo menos y por ahora *latinoamericanum*—, que permita garantizar un estándar mínimo de aplicabilidad regional de la Convención Americana en favor de los derechos y la dignidad humana.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Resolución de la Corte IDH, del 23 de noviembre de 2012, en la cual “estableció la negativa de Venezuela a dar cumplimiento a la sentencia del 5 de agosto de 2008 en el *Caso Apítz Barbera y otros vs. Venezuela*. De conformidad con el artículo 65 de la Convención Americana, la Corte informa a la Asamblea General de la OEA que Venezuela, no ha dado cumplimiento a la sentencia mencionada, por lo que solicita que inste a dicho Estado a cumplir con la sentencia de la Corte”. *Cfr.* Informe Anual 2012, p. 68, en http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf.

¹⁷⁹ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, del 23 de agosto de 2013. *Cfr.* Bogdandy, A. von *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa-IMDPC-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2013.