

LA OC 28/21 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y LA DOCTRINA DE LOS LÍMITES CONVENCIONALES A LAS DECISIONES MAYORITARIAS

DR. ALEJANDRO GONZÁLEZ VALENZUELA*

SUMARIO

I. Sobre la opinión consultiva OC28/21 de la Corte IDH; II. La doctrina de la Corte IDH sobre los límites convencionales a las decisiones mayoritarias que puedan afectar derechos humanos; III. Sobre la necesidad y conveniencia de una doctrina sobre los límites convencionales a las decisiones mayoritarias que puedan afectar derechos humanos; IV. ¿Cómo irradiar esta tesis de la inconventionalidad de las decisiones mayoritarias que menoscaban DDHH a lo interno en Venezuela? V. ¿Cómo queda el artículo 230 de la constitución venezolana?

RESUMEN

La OC 28/21 de la Corte IDH ha zanjado un asunto bastante polémico en nuestra región: la legitimidad o ilegitimidad convencional de la reelección presidencial indefinida; cuestión ésta que ha propiciado una curiosa circunstancia político-constitucional, pues, durante 164 años ningún gobernante norteamericano hizo uso de esta prerrogativa, no obstante, no estar prohibida en la Constitución; en cambio, en Latinoamérica en igual período, la pretensión de reelección indefinida, no prevista a nivel constitucional, terminó generando guerras civiles o revoluciones, y, entronizando oprobiosas tiranías y dictaduras. En la actualidad muchos presidentes, han apelado a cambios constitucionales en sus países, o a reinterpretaciones constitucionales, para asegurar su reelección

* Estudios de Post Grado: Derecho Administrativo (UCV); Derecho Constitucional (UCAB); Derecho Procesal Constitucional (UCAB); doctorando en el Doctorado en Derecho (UCAB); Profesor, Post Grado, Derecho Procesal Constitucional, Universidad Monteávila; Miembro del Bloque Constitucional; Miembro Fundador de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

indefinida, ante lo cual la Corte IDH, a instancia de Colombia, ha señalado que al ser la habilitación de la reelección presidencial indefinida contraria a los principios de la democracia representativa, su implementación no debería ser susceptible de ser decidida por mayorías.

PALABRAS CLAVES

Reelección presidencial indefinida, democracia constitucional, democracia popular, democracia representativa, las mayorías no pueden decidir sobre la reelección presidencial indefinida, mecanismos e institucionalidad contramayoritarios.

INTRODUCCIÓN

La solicitud de opinión consultiva presentada por Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la convencionalidad o no de la reelección presidencial indefinida, en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, puso en perspectiva un tema de gran calado político y constitucional en nuestra región, el cual, ya en los orígenes del presidencialismo había dividido a los revolucionarios norteamericanos en detractores y defensores de este privilegio, debate éste que terminó propiciando una curiosa circunstancia político-constitucional, pues, durante 164 años (desde 1787 hasta la ratificación de la 22ª enmienda en 1951) ningún gobernante norteamericano hizo uso de esta prerrogativa, no obstante, no estar constitucionalmente prohibida; en cambio, en Latinoamérica en igual período, la pretensión de reelección indefinida, usualmente, no prevista a nivel constitucional, terminó generando diversos conflictos, hasta guerras civiles y revoluciones, que en la mayoría de los casos, terminaron entronizando oprobiosas tiranías y dictaduras.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos zanjó, el pasado 7 de junio de 2021, este tema señalando que (i) la reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos; (ii) que la prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana, y; (iii) que la habilitación de la reelección presidencial indefinida, por una mayoría, es contraria a los principios de una democracia representativa y,

por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Opinión Consultiva al resolver este espinoso tema, por una parte, corrió el velo de oscuridad que subyacía (en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos) sobre la convencionalidad o no de la reelección presidencial indefinida, el cual, había propiciado la emergencia de distintas posiciones, incluso contradictorias, al respecto; así, por ejemplo, el 15 de febrero de 2009 se realizó en Venezuela un referendo (sin llenar los extremos constitucionales) para decidir la aprobación de la enmienda de los artículos 160, 162, 174, 192 y 230, con el fin de permitir la reelección inmediata e indefinida de cualquier cargo de elección popular, enmienda que fue aprobada en un proceso refrendario de dudosa legitimidad constitucional; ese mismo año, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, declaró inaplicables los artículos 147 y 148 de la Constitución que prohibían la reelección indefinida del Presidente, Vicepresidente y Alcaldes; en el año 2015, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, declaró inaplicable el artículo 239 de la Constitución que prohibía la reelección indefinida del Presidente; en el año 2017, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, mediante sentencia N°. 0084/2017, declaró de aplicación preferente el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por sobre el artículo 168 de la Constitución, que limitaba a una sola reelección consecutiva el cargo de Presidente de la República, norma esta que había sido ratificada en plebiscito celebrado el 21 de febrero de 2016; en sentido contrario, Colombia, mediante Acto Legislativo N°. 2 de 2015, eliminó la figura de la reelección presidencial; Ecuador celebró en febrero de 2018 un referendo en el que se aprobó la eliminación de la figura de la reelección presidencial indefinida; el mismo año, el Tribunal Constitucional de Perú, sobre la base del Informe de la Comisión de Venecia, ratificó la prohibición de reelección de autoridades locales, y en diciembre del mismo año, mediante referendo se aprobó la eliminación de la reelección de los parlamentarios.

En esta perspectiva, por otra parte, la Opinión Consultiva deja en manos de países como Venezuela Nicaragua, Honduras, y Bolivia, la obligación de modificar sus ordenamientos internos para adecuarlos al criterio establecido en la Opinión Consultiva, tal como lo establece el

artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y establece un impedimento un importante a los órdenes constitucionales de los demás países que, hasta ahora, no han consagrado la reelección presidencial indefinida.

Precisado el contexto político y constitucional en el que se produce la OC 28/21, haré referencia de manera muy somera, en el capítulo I, a la consulta evacuada por el Estado de Colombia, concretamente, a las preguntas formuladas y a los artículos del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos involucrados en la solicitud de Opinión Consultiva; luego, haré referencia a la Opinión Consultiva emitida por la Corte el pasado 7 de junio de 2021, y a sus principales fundamentos.

En el capítulo II, señalaré las bases conceptuales de la nueva doctrina que se consolida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de manera especial me referiré a los límites convencionales de las decisiones mayoritarias que puedan afectar derechos humanos, en el contexto de nuestro sistema convencional. Explicaré, cómo, de acuerdo a esta nueva concepción teórica, la única forma en que los derechos humanos pueden tener una eficacia normativa verdadera, es reconociendo que no pueden estar sometidos al criterio de las mayorías; y por tanto, no puede condicionarse la validez de un derecho humano reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos a los criterios de las mayorías, por cuanto eso implicaría quitarle toda eficacia a la Convención y a los tratados internacionales de derechos humanos. Asimismo, propondré la pregunta de ¿por qué la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de su concepción sobre los límites convencionales a las decisiones mayoritarias, ha decidido construir una nueva doctrina? a cuyo efecto, daré las tres razones que, mi juicio, coadyuvan a responder: (i) la necesidad de establecer límites convencionales a las decisiones mayoritarias que afectan derechos humanos; (ii) la dimensión moral de todo orden supraconstitucional de Derechos Humanos, y; (iii) la necesidad de establecer la no preeminencia de la democracia popular sobre la democracia constitucional.

Luego, en el capítulo III, argumentaré sobre la necesidad y conveniencia de una doctrina sobre los límites convencionales a las decisiones mayoritarias que puedan afectar derechos humanos, haré refe-

rencia al garantismo constitucional, al que refiere el profesor Ferrajoli, de donde surge un “nuevo sentido común” acerca de la legitimidad del orden existente y del carácter vinculante del derecho internacional, que constituye el principal factor de efectividad de los derechos por él reconocidos. En este contexto, enfatizaré en que la jurisdicción de la supraconstitucionalidad, va a determinar la esfera de lo indecible y la esfera de lo decidable, y que la esfera de lo susceptible de ser decidido se refiere al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías, esto es, a lo que no podría decidirse nunca por éstas, como a lo que no puede dejar de decidirse por ellas. También, haré referencia al funcionamiento de la democracia constitucional, la de los controles y equilibrios entre órganos e instituciones del Poder Público; también, la de las reglas de poder contramayoritarias que impiden que mayorías transitorias o circunstanciales, lo ejerzan de una manera incompatible con el orden convencional y constitucional.

En el capítulo IV, se plantea la interrogante de ¿cómo irradiar esta tesis de la inconventionalidad de las decisiones mayoritarias que menoscaban Derechos Humanos a lo interno en Venezuela? A cuyo efecto, explicaré el carácter vinculante y la fuerza persuasiva o vinculante de los actos emanados del orden convencional, en este caso, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto los actos primarios o fundantes como los derivados.

Asimismo, se hará referencia, en el capítulo V, al efecto que produce la Opinión Consultiva en nuestro ordenamiento interno, de manera concreta su impacto sobre el artículo 230 de la Constitución, que, mediante una enmienda de dudosa legitimidad convencional y constitucional, habilitó la reelección presidencial indefinida.

Finalmente, se propondrán algunas conclusiones a efectos de cerrar la línea argumentativa.

I. SOBRE LA OPINIÓN CONSULTIVA OC28/21 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En octubre de 2019, la República de Colombia presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una Solicitud de Opinión Consultiva, en la que se planteaban diversas interrogantes respecto de

la legitimidad convencional de la Reelección Presidencial Indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La referida Solicitud de Opinión Consultiva, se concretaba a lo siguiente:

Primera Pregunta. A la luz del derecho internacional ¿Es la reelección presidencial indefinida un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos? En este sentido, ¿Resultan contrarias al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las regulaciones que limitan o prohíben la reelección presidencial, ya sea por restringir los derechos políticos del gobernante que busca ser reelegido o por restringir los derechos políticos de los votantes? O, por el contrario, ¿Es la limitación o prohibición de la reelección presidencial una restricción que resulta acorde con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia?

Segunda Pregunta. En el evento en que un Estado modifique o busque modificar su ordenamiento jurídico para asegurar, promover, propiciar o prolongar la permanencia de un gobernante en el poder mediante la reelección presidencial indefinida, ¿Cuáles son los efectos de dicha modificación sobre las obligaciones que ese Estado tiene en materia de respeto y garantía de los derechos humanos? ¿Resulta dicha modificación contraria a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y, particularmente, a su obligación de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos a: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas?

Asimismo, Colombia solicitó que la Corte interpretara diversas normas convencionales de la Declaración Americana, la Carta de la OEA, la Convención Americana, y la Carta Democrática Interamericana. Específicamente:

- (i) Las cláusulas del Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, específicamente: a.- Los cuatro párrafos no numerados de la parte de considerandos de la resolución de la IX Conferencia Internacional Americana por medio de la cual se adoptó la Declaración Americana; b.- Los seis párrafos no numerados del Preámbulo de la Declaración misma; c.- el Artículo XX, “Derecho de sufragio y de participación en el gobierno”, y; d.- el Artículo XXXIII, “Deber de obediencia a la ley”.
- (ii) Los siguientes artículos de la Carta de la OEA: a.- Párrafos primero a quinto y séptimo, no numerados, del Preámbulo, y; b.- Artículo 3.d).
- (iii) Los siguientes artículos de la Convención Americana: a.- Los cinco párrafos, no numerados, del Preámbulo; b.- Artículo 1, “Obligación de Respetar los Derechos”; c.- Artículo 2, “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”; d.- Artículo 23, “Derechos Políticos”; e.- Artículo 24, “Igualdad ante la Ley”; f.- Artículo 29, “Normas de Interpretación”; g.- Artículo 32.2, “Correlación entre Deberes y Derechos”.
- (iv) Los siguientes artículos de la Carta Democrática Interamericana: a.- Párrafos primero, quinto, sexto, octavo, noveno, décimo, decimosexto, decimoséptimo, decimonoveno, y vigésimo, no numerados, del Preámbulo; b.- Artículo 2; c.- Artículo 3; d.- Artículo 4; e.- Artículo 5; f.- Artículo 6, y; g.- Artículo 7.

En relación a las interrogantes precitadas, con fundamento en los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana, así como otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que:

1. Es competente para emitir la presente Opinión Consultiva, en los términos de los párrafos 14 a 41.

Disienten el Juez L. Patricio Pazmiño Freire y el Juez Eugenio Raúl Zaffaroni.

Y ES DE OPINIÓN

por cinco votos a favor y dos en contra, que:

2. La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos.

3. La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Democrática Interamericana.

4. La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó, además, que la solicitud planteada solo se refería a la reelección presidencial indefinida y no en general a la figura de la reelección presidencial, por tanto, sus consideraciones se circunscribirían al primer supuesto. Asimismo, advirtió que no haría referencia a la reelección indefinida de otros cargos distintos a la Presidencia de la República.

Como fundamento de su Opinión Consultiva (i) en relación al primer punto resuelto (numeral 2, precitado), la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “no se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos que se haya reconocido la existencia de un derecho autónomo a ser reelecto al cargo de la Presidencia” (párrafo 96); por tanto, la reelección presidencial indefinida “no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos” (párrafo 102); (ii) como fundamento del segundo resuelto (numeral 3, precitado) precisó que la prohibición de reelección presidencial indefinida busca evitar que una persona se perpetúe en el poder, asegurando el

¹ OC28/21 de fecha 7 de junio de 2021. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultas.cfm.

pluralismo político, la alternancia en el poder, así como el sistema de frenos y contrapesos que garantizan la separación de poderes (párrafos 43 a 85); asimismo, estableció que las exigencias del bien común requieren salvaguardas a la democracia, como lo es la prohibición de la reelección presidencial indefinida (párrafos 145 y 146), por lo cual, esta prohibición no afectaría el derecho de los votantes a seleccionar, entre los candidatos, a la persona más afín a sus preferencias, incluso pudiendo ser un representante del mismo partido político que el Presidente en ejercicio, en tal sentido, se trataría de una limitación menor cuando se compara con los beneficios que trae para la sociedad la prohibición de la reelección presidencial indefinida (párrafo 125), esto es, se trataría de una fórmula plenamente compatible con el principio de proporcionalidad; (iii) finalmente, al razonar su tercer resuelto (numeral 4, precitado), la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó que al ser la habilitación de la reelección presidencial indefinida contraria a los principios de la democracia representativa, su implementación no debería ser susceptible de ser decidida por mayorías ni sus representantes para su propio beneficio (párrafo 79).

II. LA DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE LOS LÍMITES CONVENCIONALES A LAS DECISIONES MAYORITARIAS QUE PUE DAN AFECTAR DERECHOS HUMANOS

En su tercer resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos al reiterar sus concepciones sobre los límites convencionales a las decisiones mayoritarias, expuestas, por vez primera, en la sentencia *Gelman Vs Uruguay*, echó las bases de una nueva doctrina jurídica que va a tener gran impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

De acuerdo a esta nueva concepción teórica la única forma como los derechos humanos pueden tener una eficacia normativa verdadera, es reconociendo que no pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, pues, su protección constituye un límite infranqueable al criterio mayoritario, es decir, los derechos humanos no pueden formar parte de la esfera de lo susceptible de ser decidido por mayorías en instancias

democráticas y/o por sus representantes (Ferrajoli)²; por tal razón -dice- no puede condicionarse la validez de un derecho humano reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos a los criterios de las mayorías, por cuanto, eso implicaría quitarle toda eficacia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a los tratados internacionales de derechos humanos (párrafos 70, 79 y 144).

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisa que, conforme los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana, un elemento constitutivo de la democracia representativa es el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho, y que en este sistema es necesario que el ejercicio del poder se encuentre sometido a reglas, fijadas de antemano y conocidas previamente por todos los ciudadanos, con el fin de evitar la arbitrariedad (párrafos 71 y 79); asimismo, señala que el proceso democrático, requiere de reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías, las cuales, no pueden ser modificadas sin ningún límite por quienes temporalmente se encuentren ejerciendo el poder político; finalmente, concluye en que la identificación de la soberanía popular con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático, el cual se justifica realmente en el respeto de las minorías y con la institucionalización del ejercicio del poder político, sujeto a límites jurídicos y a controles (párrafos 71 y 79), es decir, con la democracia constitucional.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere que no existen opiniones o tendencias que sean unánimemente aceptadas, y que independientemente de si la persona en el poder cuenta con el apoyo de la mayoría de los votantes, los Estados deben siempre respetar y garantizar la libertad de expresión y el derecho de participación política de las minorías (párrafo 133).

Importa precisar que no es primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hace referencia a esta concepción de los límites convencionales a las decisiones mayoritarias, pues, como ya se indicó, en el año 2011(caso Gelman Vs Uruguay)³, había precisado:

² Luigi Ferrajoli. *Democracia y Garantismo*. Trotta. Madrid. 2006, p.103.

³ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345.

239. (...). La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías (...).

Ahora bien, ¿por qué la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de su concepción sobre los límites convencionales a las decisiones mayoritarias, ha decidido construir una nueva doctrina jurídica sobre esta materia?

En mi opinión, por tres razones:

1. La necesidad de hacer prevalecer el orden convencional o supraconstitucional sobre las decisiones mayoritarias que afectan derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido la imperiosa necesidad de hacer prevalecer el orden supraconstitucional⁴ por sobre las decisiones mayoritarias internas, imponiendo límites a éstas últimas cuando afecten o amenacen derechos humanos.

Ciertamente, tal como ya se refirió, la única forma como los derechos humanos pueden tener una eficacia normativa verdadera, es reconociendo que no pueden estar sometidos al criterio de las mayorías internas, en tal sentido, no puede condicionarse la validez de un derecho humano reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos a los criterios de las mayorías, por cuanto, eso implicaría quitarle toda eficacia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a los tratados internacionales de derechos humanos (párrafos 70, 79 y 144).

⁴ Vid. Alejandro González Valenzuela, *La (superada) concepción clásica de la soberanía externa invocada en las aberrantes sentencias 1309/2001 y 1942/2003 de la Sala Constitucional y su incompatibilidad con el orden supraconstitucional*, en Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Abril-Junio 2021/Nº 164, Caracas/Venezuela, pp 393-424.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que, conforme los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana, un elemento fundamental de la democracia representativa es el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho, y a reglas fijadas de antemano y conocidas previamente por todos los ciudadanos, con el fin de evitar la arbitrariedad (párrafos 71 y 79); asimismo, ha señalado que el proceso democrático, requiere de reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías, las cuales, no pueden ser modificadas sin ningún límite por quienes temporalmente se encuentran ejerciendo el poder político; finalmente, concluye en que la identificación de la soberanía popular con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático, el cual se justifica realmente en el respeto de las minorías y con la institucionalización del ejercicio del poder político, sujeto a límites jurídicos y a controles (párrafos 71 y 79), es decir, con la democracia constitucional.

Por otra parte, lo que viene a destacar la Corte, es que todo orden jurídico (y el orden supraconstitucional, es uno de los más relevantes) reconoce a sus miembros derechos, pero, también, les impone compromisos con fuerza vinculante, que las mayorías internas no pueden modificar a su arbitrio. El carácter vinculante del orden supraconstitucional de derechos humanos, especialmente sus normas primarias y fundantes, puede ser explicado (i) desde una perspectiva teórica, por la concepción monista del derecho internacional, conforme a la cual, existe un sistema normativo universal, en el que las normas jurídicas derivan su validez y fuerza obligatoria de otras superiores hasta llegar a la norma fundamental (*Grundnorm*)⁵; de acuerdo con Kelsen, “si se parte de la idea de la superioridad del derecho internacional sobre los distintos órdenes estatales (...) el Tratado internacional aparece como un orden jurídico superior a los Estados contratantes”⁶; (ii) Desde una

⁵ Hans Kelsen, H., *Les rapports de système entre le Droit interne et le Droit International*, en Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1926. IV, vol. 14, p. 227 y ss, citado por Monroy Cabra, M. *El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional* <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25154.pdf>.

⁶ Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle*, Revue du droit public, 1928, p. 211.

perspectiva positivista, los Estados se obligan a acatar el derecho supraconstitucional, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969 y 1986), concretamente, en virtud de lo dispuesto en su artículo 26 (*Pacta sunt Servanda*), en su artículo 27, conforme al cual, “Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado; y en su artículo 46 (...); y (iii) desde la perspectiva supraconstitucional interna, llamada, por Nogueira Alcalá y Risso, Bloque de los Derechos o Bloque de Derechos Humanos, en lugar de la superada concepción de bloque de la constitucionalidad, que, en nuestro orden jurídico, encuentra anclaje en el artículo 23 de la Constitución de 1999.

Las normas secundarias y demás actos emanados de los órganos constituidos del orden supraconstitucional, van a ser vinculantes o van a detentar fuerza persuasiva (o “fuerza vinculante”), según el contexto en el que sean aplicados. En esta perspectiva, en el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 2, la obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas o de otro carácter, para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados en dicha Convención, y; en el artículo 68.1, establece la obligación de los Estados de acatar las sentencias dictadas en los juicios en que sean partes.

De no existir la obligación de someterse al derecho convencional, el riesgo de fragmentación del sistema supraconstitucional resultaría inevitable, pues, cada Estado podría decidir cuáles actos pueden entrar en el orden jurídico nacional y cuáles no, surgiendo, entonces, tantas interpretaciones de un tratado como tantos sean los Estados signatarios.

2. La necesidad de fortalecer la dimensión moral de todo orden supraconstitucional de Derechos Humanos.

Al dar prevalencia al orden convencional en materia de derechos humanos por sobre las decisiones mayoritarias que se adopten al interior de cada país, la Corte Interamericana de Derechos Humanos está reconociendo que un orden supraconstitucional no consiste más en un simple pacto de asociación, sino, en un pacto existencial, a través del cual, los Estados se subordinan a un bien jurídico superior: la dignidad humana y los derechos esenciales que la caracterizan, susceptibles de

ser protegidos ante los Estados mismos y aún en contra de éstos, en jurisdicciones transnacionales e internacionales.

Ciertamente, la fuerza vinculante de la revolución silenciosa que comenzó a gestarse en el orden supraconstitucional (interno y externo), luego de la caída de los totalitarismos alemán e italiano, propició que viejas concepciones jurídicas y morales cedieran su lugar a nuevos paradigmas con miras a tutelar los derechos fundamentales en el ámbito interno de cada Estado, y los derechos humanos en el ámbito internacional; de esta manera: el imperio de la Ley va a dar paso al imperio de lo supraconstitucional; lo estatocéntrico va a dar paso a lo antropocéntrico; la soberanía jurisdiccional va a dar paso a la jurisdicción supraconstitucional⁷, y; en materia de derechos humanos la moral individualista va a dar paso a una moral universal.

Hasta la segunda guerra mundial, el ser y el deber ser en la conducta de las naciones estaba determinado por las debilidades individuales de los seres humanos, que se proyectaban en la esfera colectiva, incluso, en los totalitarismos italiano y alemán. Esto ya había sido advertido, por el teólogo y pensador político realista Reinhold Niebuhr, quien, ya en 1931, insistía en que frente a la ética individualista que subyace al liberalismo (la libertad del individuo es la única vía para alcanzar el progreso, bienes y la justicia) se debía apelar al necesario reconocimiento de la dimensión sistémica de las injusticias y, con ello, a la urgente necesidad de imponer una responsabilidad internacional colectiva, para alcanzar un orden de justicia no ideal, sino, susceptible de ser humanamente realizado, y en tal sentido, afirmaba que: el método para conseguir que la fuerza fuese moralmente redentora, era ponerla en manos de una comunidad que trascendiera los conflictos de intereses entre naciones individuales, y fuese imparcial respecto a ellas⁸, en el conjunto de las sociedades sólo cabe una justicia que equivale a un orden moral relativo, precario y en mutación constante.

⁷ Louis Favoreu, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, en *Pouvoirs* N°. 67 -novembre 1993- La souveraineté p.74. <https://revue-pouvoirs.fr/Debat-Souverainete-et.html>.

⁸ Reinhold Niebuhr, *La inmoralidad de las naciones (El hombre moral y la sociedad inmoral)*. Capítulo IV. Un estudio sobre ética y política, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1966. Un estudio sobre ética y política, Núm. 7 noviembre de 2007, UAM-AEDRI ISSN 1699-3950. <https://revistas.uam.es/relacionesinternacionales/article/view/4932>, p. 18

Nogueira Alcalá se refiere al fenómeno, más exactamente al fenómeno, señalado por Niebuhr, precisando que desde la segunda post guerra, y, además -agrego yo-, ante los horrores de la segunda mitad del s. XX, comienza “a abrirse paso la concepción de que la humanidad es una sola y que se rige por valores y principios comunes, siendo capaz de reaccionar como humanidad por encima de nacionalismos e intereses estatales en su conjunto, por encima de nacionalismos e intereses estatales cuando se afecta gravemente la dignidad y los derechos de los seres humanos”⁹, a lo que agrega: “La soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, ya que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los estados mismos, surgiendo los tribunales y cortes internacionales con decisión jurisdiccional vinculante para los estados parte”¹⁰.

3. La necesidad de establecer la no preeminencia de la democracia popular sobre la democracia constitucional

Como ya pudimos apreciar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la identificación de la soberanía popular con la mayoría expresada en las urnas resulta insuficiente para atribuir a un régimen el carácter de democrático, pues, éste se justifica realmente en el respeto a las minorías y con la institucionalización del ejercicio del poder político, sujeto a límites jurídicos y a un conjunto de controles (párrafos 71 y 79), esto es, con la democracia constitucional a la que aluden autores como Zakaria¹¹ y Mair¹².

En los últimos tiempos se han venido manifestando con gran fuerza nuevas expresiones “democráticas”, promovidas por diversas variantes

⁹ Humberto Nogueira, *La Soberanía, Las Constituciones y los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile*. (Derecho Procesal Constitucional, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación A.C., Editorial Porrúa, p. 1831.

¹⁰ Humberto Nogueira, *La Soberanía, Las Constituciones y los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile*. (Derecho Procesal Constitucional, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación A.C., Editorial Porrúa, p. 1831.

¹¹ Fareed Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, *Foreign Affairs* VXXVI, 6, 1997, p. 27.

¹² Peter Mair, ¿Gobernar al Vacío?, <https://politikon.es> > 2014/10/01 > gobernar-en-el-vacio. p. 22.

del populismo¹³ caracterizadas fundamentalmente por el favorecimiento de la democracia popular en detrimento de la democracia constitucional, en el que mayorías circunstanciales o transitorias amparadas en la última votación, han impulsado cambios institucionales de carácter refundacional o virtualmente revolucionarios. Ello ha llevado a algunos órganos jurisdiccionales trasnacionales (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos), a ciertos tribunales constitucionales, y a sectores académicos, de investigación y docentes, a reflexionar sobre la necesidad de hacer más eficiente el funcionamiento del tándem democracia constitucional/democracia popular, lo que se ha traducido en una reafirmación significativa del interés por la Democracia que no por la Política.

En tal perspectiva, ensamblar ambos fenómenos (Democracia y Política) es una tarea compleja, que puede ser abordada desde dos dimensiones¹⁴. La primera enfatiza en que el crecimiento del interés intelectual e institucional por la democracia, es en parte, una respuesta dirigida a combatir la indiferencia popular; en efecto, lejos de fomentar una mayor participación, o tratar de potenciar el significado de la democracia para el ciudadano corriente, muchas de las contribuciones sobre las reformas institucionales parecen favorecer opciones que desaniman el compromiso de las masas; y en ningún caso, se busca amparar modalidades clásicas de democracia de masas.

La segunda dimensión, no persigue la renovación del interés intelectual e institucional por la democracia ni extender o revitalizar su práctica, sino, más bien redefinirla de manera que no necesite ningún énfasis sobre la soberanía del pueblo para afrontar mejor el declive de la participación de las masas. En última instancia, es un intento de redefinir la democracia en ausencia del pueblo.

Una parte de este proceso de redefinición descansa en resaltar la distinción entre lo que se ha llamado Democracia constitucional, y la Democracia popular (electoral o representativa); una división que

¹³ Pippa Norris y Ronald Inglehart, *Trump Brexit, and The Rise of Populism: Economic Haves and Cultural Backlash*. Faculty Research Working Paper Series. Harvard Kennedy School. 2006.

¹⁴ Peter Mair, *ob. cit.* p. 22.

se solapa y recuerda la primitiva distinción que realizaba Dahl, entre “democracia madisoniana” y “democracia populista”. El componente constitucional enfatiza la necesidad de controles y equilibrios entre las instituciones, el llamado sistema de *checks and balances*, e implica el gobierno para el pueblo; el componente popular hace énfasis en el rol de los ciudadanos, las elecciones, y la participación popular, e implica el gobierno por el pueblo.

Ambos elementos coexisten y deben complementarse mutuamente en una acepción “unitaria” de la democracia (Mair)¹⁵; sin embargo, desde hace un tiempo asistimos al deslinde entre ambos componentes, tanto en la teoría como en la práctica; de ahí los intentos de distinguir las democracias que combinan elecciones libres (democracia popular), con la “asunción de mayores poderes” en el Poder Ejecutivo, en detrimento de otras ramas del Poder Público, del estado de derecho, y de los derechos humanos, lo que explica la aparición de nuevas categorías de populismos bajo la fórmula de democracia iliberal, semi-democracia, democracia virtual, democracia electoral, pseudo-democracia, semi-autoritarismo, autoritarismo blando, autoritarismo electoral.

Importa precisar que la necesidad de salvaguardar los principios de mayoría y minoría, se van trasladando de los parlamentos a los tribunales constitucionales, supraconstitucionales (convencionales) y a mecanismos contramayoritarios, consolidando la importancia del concepto de democracia constitucional, pues, en el actual estadio del desarrollo democrático todo apunta a que corresponde el protagonismo a éstos porque tras los logros del Estado liberal, ha llegado un momento en la evolución del constitucionalismo en el que lo que está en cuestión es la salvaguarda de esos logros a través del sistema de garantías que hace posible la normatividad de la constitución.

De otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos asume como hecho notorio, que en la lucha por el poder político, siempre se van a ir produciendo mayorías y minorías, pero, ¿cuál, es el principal atributo del actual juego de mayorías y minorías? Su vorágine, el carácter cada vez más dinámico del clivaje mayorías/minorías, lo que propicia que tanto las mayorías como las minorías, sean, cada vez, más

¹⁵ Peter Mair, ob. cit. p. 22.

circunstanciales o, si se quiere, provisionales, por tanto, cada vez es más peligroso que una mayoría pasajera promueva cambios políticos de largo alcance.

III. POR QUÉ ES NECESARIA UNA DOCTRINA SOBRE LOS LÍMITES CONVENCIONALES A LAS DECISIONES MAYORITARIAS QUE PUEDAN AFECTAR DERECHOS HUMANOS

Tal como ya se indicó, desde finales del siglo XX han venido apareciendo con gran fuerza diversas expresiones “democrático-populistas”, caracterizadas fundamentalmente por favorecer la democracia popular en detrimento de la democracia constitucional, lo que ha alentado a sectores políticos amparados en mayorías circunstanciales o transitorias a impulsar verdaderos procesos refundacionales, en lugar de cambios institucionales de carácter democrático.

Esta circunstancia ha llevado a algunos órganos jurisdiccionales transnacionales (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos), a ciertos tribunales constitucionales, y a sectores académicos, de investigación y docentes, a reflexionar sobre la necesidad de hacer más eficiente el funcionamiento del tándem democracia constitucional/democracia popular, y, por consiguiente, a actuar en consecuencia; lo que se ha traducido en una reafirmación significativa del interés por la Democracia que no por la Política.

En tal perspectiva, a efectos de consolidar una doctrina sobre los límites convencionales a las decisiones mayoritarias que puedan afectar derechos humanos, resulta obligante tener presente los siguientes elementos:

1. El proceso de desvalorización de la democracia representativa

Mair nos refiere que en los años 60 del s. XX, Schattschneider ya había acuñado el concepto de pueblo semisoberano, para indicar que el control sobre la toma de las decisiones políticas había salido del alcance de los ciudadanos; asimismo, nos refiere que en la década de los 90, había surgido una idea de democracia “carente de su componente po-

pular: democracia sin el pueblo”¹⁶; ello, como consecuencia del abierto deslinde entre elites políticas y la ciudadanía.

Este deslinde, no implicaba su extensión hacia la Democracia como tal, la cual, debía ser sometida a un cambio de paradigma. El arquetipo democrático que propone, comprende tanto la democracia popular (por el pueblo): la de las elecciones, la de la representación política, la de la responsabilidad popular, y la del gobierno representativo; como la democracia constitucional (para el pueblo): la de los pesos y contrapesos institucionales, del estado de derecho, y de los controles.

Como quiera que sea, la pérdida de fe en los políticos, se ha proyectado hasta hoy, propiciando en la actualidad (i) la emergencia de regímenes populistas y neoautoritarios por doquier, como el de Orbán en Hungría, Bukele en El Salvador, Putina en Rusia, y Duterte en Filipinas, entre otros; (ii) renovadas amenazas a la democracia como el ultraliberalismo y el mesianismo; (iii) la emergencia de una modernidad líquida; (iv) la horizontalización de la praxis política; (v) procesos de agitación social con rasgos sediciosos, en países respecto de los cuales pensábamos que la democracia estaba consolidada (Chile), y; (vi) finalmente, en el marco de la pandemia, un proceso de desvalorización constitucional, con el “derecho de emergencia” y la “concesión de plenos poderes” al Ejecutivo, en detrimento de otras ramas del Poder Público, del estado de derecho, y de los derechos humanos.

Las circunstancias precitadas, ha dejado en evidencia la incapacidad de la institucionalidad democrática liberal, para dar respuesta oportuna y eficiente a nuevos problemas de nuevas épocas, donde la democracia popular y el populismo se han vuelto hegemónicos.

2. ¿Mayoría democrática o hegemonía mayoritaria antide-mocrática?

Una premisa fundamental en todo régimen democrático es la convicción del sector que ha alcanzado el poder, de hacer valer su mayoría durante el período constitucional con la menor cantidad de obstáculos posibles, ya sean estos, convencionales, constitucionales, legales, las minorías, etc.

¹⁶ Peter Mair, ob. cit. p. 22.

¿Qué es una mayoría política? Se denomina mayoría simple o mayoría relativa a la situación jurídica en la que un candidato, en una votación obtiene más votos que cualesquiera otros, pero, no consigue mayoría absoluta. La mayoría simple, de acuerdo con Dahl¹⁷, sería la única regla de decisión que respeta la igualdad política y la democracia. Sus defensores consideran que representa de mejor manera, en términos de igualdad política, la opinión de cada uno de los ciudadanos; en otras palabras, responde de manera cabal al principio político: un ciudadano un voto. En principio, es correcto el razonamiento de que la mayoría simple representa de mejor manera, la opinión de cada uno de los ciudadanos, sin embargo, llevada esta tesis hasta sus últimas consecuencias, traería efectos anómalos difíciles de aceptar si se comparten los principios del constitucionalismo democrático, y si se cree que las Constituciones tienen por objeto limitar el poder, incluso, el de las mayorías.

Ciertamente, no son pocos los que cuestionan en lo conceptual, me incluyo, la idea de que consensos de las mayorías (aún válidos) puedan legitimar cualquier decisión, incluso, aquellas que desconozcan el orden supraconstitucional o convencional (*Vid.* Sentencia caso Gelman y OC28/21 Corte IDH) o irrespetan a las minorías; desconozcan garantías y derechos fundamentales (como ha ocurrido con la propiedad y la libertad en Venezuela); o impliquen un deslinde con los objetivos programáticos de la Constitución o con sus bases institucionales.

En concreto, si bien la idea de que la mayoría simple debe ser la regla general, hay razones fundadas para sus excepciones, debido justamente a que las ideas contra-mayoritarias que fundamentan la rigidez de la Constitución, se transmiten a las súper-mayorías legislativas cuando en las materias específicas se advierte una justificación especial que permita excepcionar la regla general de la mayoría simple.

Precisamente, para evitar que una voluntad política se pueda traducir en simple hegemonía política, en primer lugar, (i) se le debe someter a los límites establecidos en el orden convencional y en la Constitución, esto es, a los *checks and balances* institucionales, pero, también, a las restricciones que les impongan los mecanismos contramayoritarios, en

¹⁷ Robert Dahl, *Democracy and its Critics* (Yale University Press, 1989), pp. 139-141; On Political Equality (Yale University Press, 2006), p. 15.

aras de preservar la hegemonía e intangibilidad del orden supraconstitucional, externo e interno; (ii) de igual manera, como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debe garantizar el derecho de las minorías a plantear ideas y proyectos alternativos, así como su oportunidad de ser electos” (párrafo 78); (iii) asimismo, se debe garantizar la posibilidad real y efectiva de que diversas fuerzas políticas y sus candidatos puedan ganar el apoyo popular y, reemplazar al partido gobernante (párrafo 78); (iv) finalmente, se debe procurar que “los principios de la democracia representativa incluyen, además de la periodicidad de las elecciones y el pluralismo político, las obligaciones de evitar que una persona se perpetúe en el poder, y de garantizar la alternancia en el poder” (párrafo 84 OC28/21).

Por último, cabe señalar que en su OC28/21, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “los Estados de la región han asumido la obligación de garantizar que su sistema de gobierno sea una democracia representativa, y uno de los principios de este sistema de gobierno es garantizar la alternancia del poder” (párrafo 99), y que, en particular, “la prohibición de la reelección presidencial indefinida busca evitar que una persona se perpetúe en el poder, y, de este modo, asegurar el pluralismo político, la alternancia en el poder” (párrafo 119); a la vez, garantizar el sistema de frenos y contrapesos que garantizan la separación de poderes, “el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, así como la alternancia en el ejercicio del poder” (párrafo 121), esto es, la democracia constitucional.

3. El garantismo constitucional.

De otra parte, cabe observar que el garantismo constitucional, al que refiere el profesor Ferrajoli, ha generado una nueva cultura jurídica, de donde puede surgir un “nuevo sentido común” acerca de la legitimidad del orden existente y del carácter vinculante del derecho internacional, que constituye el principal factor de efectividad de los derechos por él reconocidos.

En este contexto, añade, la jurisdicción de la constitucionalidad, y, también, la de la supraconstitucionalidad, determinan la “esfera de lo indecidible” y la “esfera de lo decidible”, en tal sentido, concluye,

en que la esfera de lo susceptible de ser decidido refiere al “conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías”¹⁸, esto es, a lo que no podría decidirse nunca por éstas, como a lo que no puede dejar de decidirse por ellas.

4. Hacia una nueva valoración de la democracia constitucional

A partir de la concepción de democracia constitucional pueden derivarse no solo controles y equilibrios entre órganos e instituciones del Poder Público, también, una serie de reglas de poder contramayoritarias con el propósito de impedir que mayorías transitorias o circunstanciales, lo ejerzan de una manera incompatible con el orden convencional y constitucional.

Estas reglas de poder tienen expresión a través de un entramado de mecanismos contramayoritarios, que no constituyen una novedad jurídica, pues, desde el siglo XVII pensadores como John Locke, ya se ocupaban de ellos; en el siglo XVIII, lo hicieron Montesquieu y los redactores de *El Federalista*; también, se les tuvo presente en la creación de dos de las democracias constitucionales más paradigmáticas (EEUU y Francia). Al efecto, las pedagógicas reflexiones de Jon Elster, permiten ilustrar con claridad la necesidad y conveniencia de estas reglas de poder, cuando señala como su motivación, impedir la tentación de las mayorías de “aumentar sus posibilidades de reelección”, de cambiar las fechas de las elecciones de acuerdo a coyunturas más favorables, o de rediseñar los distritos electorales; asimismo, advierte que este peligro no solo está relacionado con una amenaza de la mayoría de la población respecto de las minorías, sino, también, de la mayoría parlamentaria circunstancial, pues, los parlamentarios pertenecen a partidos o movimientos políticos con intereses de poder que no deberían ser ignorados en un diseño institucional, ya que la mayoría de ellos tienen incentivos para mantenerse como tal.

Finalmente, observar que en el contexto venezolano, la tesis de la Corte IDH, sin duda, tiene un significado especial, tras las aleccionadoras enseñanzas que ha dejado el socialismo del s. XXI, que prevalido de

¹⁸ Luigi Ferrajoli, *ob.cit.*, p.103.

mayorías transitorias o circunstanciales, propició mutaciones ilegítimas a la Constitución, la fraudulenta enmienda del artículo 230 constitucional (que estableció la reelección presidencial indefinida), vulneraciones sistemáticas al estado de derecho, rupturas en el sistema institucional de frenos y contrapesos, y el deslinde definitivo con el proyecto político que subyace en la Constitución (Estado social de Derecho); cabe precisar que en el caso venezolano, tal como lo ha advertido Elster, las vulneraciones a DDHH no han provenido, únicamente, de mayorías ciudadanas, sino, también, de mayorías constituyentes, parlamentarias, y judiciales (TSJ).

La democracia constitucional que adquiere concreción a través de la fórmula: el gobierno para el pueblo, no se limita a establecer controles y equilibrios entre órganos e instituciones del Poder Público; también, impulsa una serie de reglas de poder para limitar el Poder Público con el propósito de impedir que mayorías transitorias o circunstanciales lo ejerzan de una manera incompatible con el orden constitucional, y, por supuesto, con el orden supraconstitucional.

IV. ¿CÓMO IRRADIAR ESTA TESIS DE LA INCONVENIONALIDAD DE LAS DECISIONES MAYORITARIAS QUE MENOSCABAN DDHH A LO INTERNO EN VENEZUELA?

En primer lugar, se debe tener presente que las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben ser analizadas en su doble dimensión: como criterios jurídicos del órgano jurisdiccional emisor, y, como directrices interpretativas con fuerza persuasiva en los Estados receptores (tanto para el Estado solicitante como para los demás Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Esta fuerza persuasiva radica en que las Opiniones Consultivas, como afirma el magistrado Vio Grossi¹⁹, en OC24-17, no procuran ordenar o disponer, sino, más bien convencer, esto es, persuadir, ilumi-

¹⁹ La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Carla Esplugues Barona *Revista Jurídica Digital UANDES* 2/2 (2018), 200-214. <https://dialnet.unirioja.es> > descarga > artículo.

nando o corriendo el velo de oscuridad, al dar respuesta a una consulta sobre una norma convencional oscura o ambigua; asimismo, orientar, con su opinión acerca de la compatibilidad entre cualquier norma interna y las normas convencionales; por otra parte, en tanto directrices interpretativas con fuerza persuasiva, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como los criterios jurídicos de sus Opiniones Consultivas, forman parte de lo que autores como Nogueira Alcalá²⁰ y Risso²¹, denominan Bloque de los Derechos, o Bloque de Derechos Humanos, en lugar de la superada concepción de bloque de la constitucionalidad de Favoreu, susceptible de enmiendas y reformas, en el caso venezolano, a tenor de normas expresas como los artículo 23 y 339 de la CN, aunque, en mi opinión es más acertada la categoría de supraconstitucionalidad interna, a la que alude Oliver Beaud, esto es, “el núcleo duro de principios constitucionales intocables para cualquier poder”²², incluso para el poder constituyente.

La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte, se funda sobre la base de su autoridad moral, intelectual y científica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de un control de convencionalidad preventivo, persuade a los Estados, a que ajusten su normativa (y su conducta) a la interpretación que ella hace de una norma convencional, a los fines de precaver que, en un caso posterior se comprometa su responsabilidad internacional.

En segundo lugar, como se irradian todas las ideas, divulgando y reforzando en el foro venezolano y las instancias deliberativas, estas reglas de poder contramayoritarias, orientadas a preservar la hegemonía e intangibilidad de la voluntad supraconstitucional, de la voluntad constitucional, y, por consiguiente, del orden jurídico que de ellas dimana, para, de esa manera, asegurar el funcionamiento del sistema de

²⁰ Humberto Nogueira, *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Libro-tecnia, Santiago de Chile, 2007, pp. 31 y ss.

²¹ Martín Risso, Interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=1294&IDA=36402>.

²² Olivier Beaud, *L'Europe entre droit común et droit comunautaire*, citado por José Acosta Sánchez en *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 223.

frenos y contrapesos institucionales, y la vigencia plena de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, incluidas, las minorías, teniendo presente que una persona, individualmente considerada, es la primera y más importante minoría.

V. ¿CÓMO QUEDA EL ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA?

Como se sabe, la originaria Constitución de 1999, consagró, en su artículo 230, una sola reelección para un nuevo período, norma que se pretendió modificar con ocasión de la mal llamada propuesta de reforma constitucional de 2007, en realidad, siguiendo la tipología de Loewenstein, una propuesta para formalizar una Constitución semántica, a la cual, la mayoría del pueblo dijo no, en el referendo del 2 de diciembre de 2007.

En este cambio constitucional estaba prevista la reelección presidencial indefinida. Al rechazarse esta pretensión, los detentadores del poder promovieron, nuevamente, de manera fraudulenta, en 2009 una ilegítima enmienda constitucional, con el propósito fundamental de instaurar la reelección presidencial indefinida (también, se planteó la reelección indefinida de otros cargos de elección popular) en beneficio exclusivo del presidente incumbente, la cual, fue aprobada en un irregular referendo celebrado en febrero de 2009.

En tal sentido, resulta evidente que el referido cambio constitucional fue manifiestamente fraudulento al someter a consulta popular, dos veces en un período constitucional, un mismo asunto; asimismo, fue ostensiblemente ilegítimo al propiciar que una mayoría circunstancial aprobara un cambio constitucional en violación del orden convencional, esto es, una mayoría circunstancial se manifestó, sobre un aspecto que exorbitaba la esfera de lo decidible por dicha mayoría.

Ahora bien ¿Qué hacer, con esa norma? Al efecto, siendo inequívoca la inconventionalidad del art. 230, se debe propiciar la internalización de la Opinión Consultiva, por vía jurisdiccional o por vía de enmienda constitucional, a efectos de adecuar esta norma al orden supraconstitucional; por otra parte, dado que las normas convencionales obligan no sólo al poder judicial, sino, a todos los funcionarios públi-

cos, el Consejo Nacional Electoral, debe tomar nota de esta Opinión Consultiva, y no aceptar, de llegarse al caso, una tercera postulación del presidente incumbente; si bien, ilegítimamente en ejercicio, pero, en ejercicio, por ser ésta postulación inequívocamente violatoria del orden convencional.

CONCLUSIONES

1. La Corte estableció que la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
2. La única forma como los derechos humanos pueden tener una eficacia normativa verdadera, es reconociendo que no pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, pues, su protección constituye un límite infranqueable al criterio mayoritario, es decir, los derechos humanos no pueden formar parte de la esfera de lo susceptible de ser decidido por mayorías en instancias democráticas y/o por sus representantes (Ferrajoli).
3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido la imperiosa necesidad de hacer prevalecer el orden supraconstitucional por sobre las decisiones mayoritarias internas, imponiendo límites a éstas últimas cuando afecten o amenacen derechos humanos.
4. Al dar prevalencia al orden convencional en materia de derechos humanos por sobre las decisiones mayoritarias que se adopten al interior de cada país, la Corte Interamericana de Derechos Humanos está reconociendo que un orden supraconstitucional no consiste más en un simple pacto de asociación, sino, en un pacto existencial, a través del cual, los Estados se subordinan a un bien jurídico superior: la dignidad humana y los derechos esenciales que la caracterizan, susceptibles de ser protegidos ante los Estados mismos y aún en contra de éstos, en jurisdicciones transnacionales e internacionales.

5. Desde finales del siglo XX han venido apareciendo con gran fuerza diversas expresiones “democrático-populistas”, caracterizadas fundamentalmente por favorecer la democracia popular en detrimento de la democracia constitucional, lo que ha alentado a sectores políticos amparados en mayorías circunstanciales o transitorias a impulsar verdaderos procesos refundacionales, en lugar de cambios institucionales de carácter democrático. Esto ha llevado a algunos órganos jurisdiccionales transnacionales y nacionales, y a sectores académicos, de investigación y docentes, a reflexionar sobre la necesidad de hacer más eficiente el funcionamiento del tándem democracia constitucional/democracia popular, y, por consiguiente, a actuar en consecuencia.
6. El garantismo constitucional, al que refiere el profesor Ferrajoli, ha generado una nueva cultura jurídica, de donde surge un “nuevo sentido común” acerca de la legitimidad del orden existente y del carácter vinculante del derecho internacional, que constituye el principal factor de efectividad de los derechos por él reconocidos. En este contexto, la jurisdicción de la constitucionalidad, y, también, la de la supraconstitucionalidad, determinan la “esfera de lo indecible” y la “esfera de lo decidable”, en tal sentido, concluye, en que la esfera de lo susceptible de ser decidido refiere al “conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías”, esto es, a lo que no podría decidirse nunca por éstas, como a lo que no puede dejar de decidirse por ellas.
7. La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se funda sobre la base de su autoridad moral, intelectual y científica, la Corte a través de un control de convencionalidad preventivo, persuade a los Estados, a que ajusten su normativa (y su conducta) a la interpretación que ella hace de una norma convencional, a los fines de prevenir que, en un caso posterior se comprometa su responsabilidad internacional.
8. Siendo inequívoca la inconvencionalidad del art. 230, se debe propiciar la internalización de la Opinión Consultiva, por vía jurisdiccional o por vía de enmienda constitucional, a efectos de

adecuar esta norma al orden supraconstitucional; por otra parte, dado que las normas convencionales obligan no sólo al poder judicial, sino, a todos los funcionarios públicos, el Consejo Nacional Electoral, debe tomar nota de esta Opinión Consultiva, y no aceptar, de llegarse al caso, una tercera postulación del presidente incumbente; si bien, ilegítimamente en ejercicio, pero, en ejercicio, por ser ésta postulación inequívocamente violatoria del orden convencional.