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

DR. ALEJANDRO GONZÁLEZ VALENZUELA*

SUMARIO

I.- La Concepción de la Soberanía Externa. II.- Bases Teóricas de la Supraconstitucionalidad. III.- Supraconstitucionalidad y Sistema Interamericano de Derechos Humanos. IV.- La Sala Constitucional y el Falseamiento Ideológico del Orden Supraconstitucional.

RESUMEN

Mediante la aberrante sentencia N°. 1309/2001, la Sala Constitucional inaugura un fraudulento método hermenéutico dirigido a desvalorizar la interpretación del derecho constitucional y supraconstitucional, al proscribir que “se acoja la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional”, afirmación ésta que reivindicando la (superada) concepción clásica de la soberanía externa, daría lugar a un gradual, pero, persistente, proceso de falseamiento ideológico de la Constitución y del derecho supraconstitucional; que se vería agravado con otra aberrante sentencia, la N°. 1942/2003, la cual, estableció que la jerarquía convencional “se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la

* Diplomado en Derechos Humanos (UMA); Especialización en Derecho Administrativo (UCV); Especialización en Derecho Constitucional (UCAB); Especialización en Derecho Procesal Constitucional (UMA); Tesista en Maestría en Derecho Constitucional (UCAB); doctorando en el Doctorado en Derecho (UCAB); Profesor, Post Grado, Derecho Procesal Constitucional, UMA; Miembro del Bloque Constitucional; Miembro Fundador de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

vigente Constitución”, criterio éste que desconoce abiertamente el carácter vinculante del derecho supraconstitucional, en clara violación de los compromisos internacionales de Venezuela.

PALABRAS CLAVES

Sala Constitucional, supraconstitucionalidad externa, supraconstitucionalidad interna, Constitución, soberanía externa, sentencias aberrantes.

ABSTRACT

With the aberrant verdict N°. 1309/2001, the Constitutional Chamber inaugurates a fraudulent hermeneutical pathway aimed at ripping value out of the interpretation of constitutional and supra-constitutional law, by outlawing the principle of “the primacy of the international legal order over national law”, an assertion that vindicates the (outdated) classical conception of external sovereignty, but, persistent with the process of ideological falsification of the Constitution and of supra-constitutional law; that would be aggravated with other aberrant verdict N°. 1942/2003, which established the conventional hierarchy “refers to its norms, which, when integrated into the current Constitution, the only one capable of interpreting them, with a view to Venezuelan Law, is the constitutional judge, in accordance with article 335 of the current Constitution” criteria that openly ignores the binding nature of supra-constitutional law, in clear violation of Venezuela’s international commitments.

KEY WORDS

Constitutional Chamber, external supraconstitutionality, internal supraconstitutionality, Constitution, external sovereignty, aberrant verdict.

INTRODUCCIÓN

Tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, la suscripción de sucesivas Convenciones, Pactos y Tratados en materia de derechos humanos, comienza a configurar un nuevo orden supraconstitucional, al que los Estados deciden (libremente) subordinarse, en aras de preservar la preeminencia de un bien jurídico superior: la dignidad humana. Se trató, en realidad, de un cambio de paradigma a partir de una nueva concepción, conforme a la cual, la humanidad tiene una naturaleza y un destino común, que le obligaría a regirse por valores y principios universales, los cuales, deben ser defendidos ante los mismos Estados, e incluso, contra su voluntad, cuando la dignidad humana y los derechos humanos se vean gravemente comprometidos.

Estos nuevos postulados dieron lugar a la conformación de una nueva dogmática constitucional y supraconstitucional, que sin lugar a dudas representa el fenómeno ético, jurídico y político más importante de la postguerra, a través del cual, no sólo se van a reinterpretar la casi totalidad de los conceptos de derecho constitucional, sino, también, van a aparecer nuevas categorías jurídicas, entre estas la de supraconstitucionalidad, a la que frecuentemente se alude en la doctrina y la jurisprudencia comparada, aunque sin mayores precisiones sobre su significado.

En este contexto jurídico internacional (supraconstitucional), Venezuela, hasta antes de 1999, vino cumpliendo fielmente sus compromisos internacionales y regionales, situación que comenzaría a cambiar con la llegada de los actuales detentadores del poder, para quienes la refundación de la República para establecer una sociedad democrática en un Estado social de Derecho, y, la garantía universal e indivisible

de los derechos humanos, nunca fue un propósito sincero. Ello explica que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en lugar de ejercer su rol institucional de “guardián de la Constitución”, haya optado por dar cobertura jurisdiccional al proyecto político de la llamada “revolución”, a través de la interpretación ideologizada y el falseamiento ideológico de normas y principios constitucionales (vía mutación ilegítima de su significado), lo que contribuiría ostensiblemente a minar y desvalorizar las bases institucionales del Estado Constitucional Democrático.

Teniendo presente este contexto, en la primera (I) sección de este trabajo, argumentaré y aportaré evidencias, en el sentido de que la concepción clásica de soberanía externa, ha quedado largamente superada desde el fin de la II Guerra Mundial, y que una nueva concepción, más limitada, interactúa con el orden constitucional transnacional. En la sección siguiente (II), demostraré que los ordenamientos supraconstitucionales tienen una dimensión interna y otra externa, y que ambas, formando un “bloque de la supraconstitucionalidad”, tienen fuerza vinculante en el orden interno de los Estados, no sólo desde una perspectiva positivista, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, sino, también, desde una perspectiva iusnaturalista (*ius cogens*), jurisprudencial, y de la costumbre internacional. Luego, en la sección III, haré referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, especialmente a la naturaleza y efectos de los actos emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sección siguiente (IV), argumentaré y demostraré que la sentencia N°. 1309/2001, inocular en el tejido de la democracia constitucional un muy peligroso componente -la interpretación ideologizada de la Constitución- que progresivamente iría emponzoñándola hasta atrofiarla de manera definitiva. A este aberrante propósito, va a contribuir decididamente la sentencia Sala Constitucional N°. 1942/2003 que, en la misma perspectiva ideologizante, mutaría fraudulentamente la naturaleza, sentido y alcance del artículo 23 de la Constitución de 1999, de manera especial su vinculación con el orden supraconstitucional externo, a partir de una concepción decimonónica de la soberanía externa.

Finalmente, estableceré un conjunto de conclusiones relativas a los aspectos precitados, entre ellas, que la Sala Constitucional, desde un comienzo abdicó de su rol institucional para erigirse en *guardián de la revolución*, lo que la convierte, sin duda alguna, en gran corresponsable de la crisis sistémica que padecemos.

I. LA CONCEPCIÓN DE LA SOBERANÍA EXTERNA

1. Origen, naturaleza y alcance

De acuerdo con Bodino la soberanía define esencialmente al Estado, es su atributo esencial, y consiste en la *puissance absolue et perpétuelle d'une République*¹. Se expresa mediante diferentes fórmulas jurídicas: el derecho sobre la paz y la guerra, el derecho de gracia, el derecho a legislar, el derecho a nombrar altos dignatarios, el derecho a la justicia, el derecho a exigir fidelidad y obediencia a los súbditos, el derecho a acuñar monedas, y el derecho a recabar impuestos (Lucas V. y Lucas M.)².

El concepto de soberanía intenta formalizar mediante técnicas jurídicas, una realidad esencialmente política. A través de esta innegable realidad, el Estado moderno se manifiesta con sustentabilidad e independencia (Lucas V. y Lucas M.)³. El análisis histórico de la soberanía es imprescindible porque (i) la configuración del Estado moderno, tanto en su estructura interna como en su proyección internacional, es paralela a las vicisitudes del concepto de soberanía en su formación y consolidación; (ii) esta categoría es resultado del enfrentamiento entre poderes y fuerzas sociales. Por eso, Jellinek escribió que la soberanía es un concepto en triple lucha contra la Iglesia, el Imperio y los señores feudales; y (iii) después de las dos últimas guerras mundiales, el concepto, alcance y posición de esta categoría ha adquirido nuevos perfiles (Lucas V. y Lucas M.)⁴.

¹ Poder absoluto y perpetuo de una República.

² Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Manual de Derecho Político*, Vol I, 3ª ed., Tecnos, 2005, p. 162.

³ *Ibid*, p. 166.

⁴ *Ibid*, p. 158.

2. El desarrollo y consolidación de la concepción clásica de la soberanía externa

Conforme a la concepción clásica, la soberanía es el fundamento de todas las decisiones político-jurídicas contenidas en la Constitución. Los Estados ejercen una potestad suprema, libre de toda sujeción o limitación; en tal sentido, desde una perspectiva formal, todos los Estados devienen iguales los unos a los otros. En ese contexto, la soberanía externa adquirió una connotación absoluta, en el sentido de su inviolabilidad; por su parte, la soberanía interna adquiere una connotación de supremacía, en tanto poder de dominación a ejercerse al interior del Estado. La soberanía es un concepto histórico, ha venido evolucionando por la concurrencia de diversos factores que la erigieron, primero, en una institución política, luego, en una institución político-jurídica.

3. Crisis de la concepción clásica de la soberanía y emergencia de una nueva dimensión de la soberanía externa

La concepción clásica de la soberanía externa alcanza su cénit a finales del siglo XIX, y en las primeras décadas del siglo XX, sucumbe tras el fin de la II Guerra Mundial⁵, al sustituirse uno de sus principales atributos el *ius ad bellum* (derecho a la guerra) por el *ius ad pacem* (derecho a la paz). El doloroso saldo de la primera mitad del s. XX, determinaría el fin de la concepción ilimitada de la soberanía externa, propiciando la necesidad de tutelar los derechos humanos, lo que se va a traducir en obediencia al principio *pacta sunt servanda*, y en importantes restricciones a las soberanías estatales, todo ello en el marco de un nuevo derecho internacional configurado por un entramado de Pactos, Tratados y Convenciones internacionales y regionales de derechos humanos (Noguera)⁶.

El precitado entramado normativo constituye el inicio de la transformación de las relaciones internacionales, trayéndolas del estado de naturaleza hacia un nuevo orden jurídico mundial de carácter suprana-

⁵ Ya la Constitución de Weimar (art. 4), y la Constitución española de 1931 (art. 7), reconocían el carácter obligatorio del derecho convencional (*pacta sunt servanda*) y renunciaron a la guerra como instrumento de política internacional.

⁶ Humberto Noguera A., *La Soberanía, Las Constituciones y los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile*, en Derecho Procesal Constitucional, Tomo II, Porrúa, México, 2006, pp. 1830-1831.

cional y supraconstitucional, en razón de lo cual, la soberanía externa del Estado, deja de ser potencia y libertad absoluta, quedando subordinada jurídicamente al imperativo de la paz, y a la tutela de los derechos humanos.

Los imperativos precitados, van a caracterizar al nuevo orden supraconstitucional, que ya no va a consistir en simples pactos de asociación, sino, en pactos a través de los cuales, los Estados se subordinan voluntariamente (cediendo ámbitos de soberanía externa) a un bien jurídico superior (la dignidad humana), dando origen a un derecho superior vinculante para los Estados que conforman la nueva instancia supranacional.

II. BASES TEÓRICAS DE LA SUPRACONSTITUCIONALIDAD

1. Supraconstitucionalidad (interna y externa)

La revolución silenciosa que comenzó a gestarse en el constitucionalismo luego de la caída de los totalitarismos alemán e italiano, propició que viejas concepciones jurídicas 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 neoconstitucionalismo va a sustituir al positivismo; el imperio de la Ley va a dar paso al imperio de la Constitución, la concepción programática de la Constitución va a dar paso a su concepción normativa; lo estatocéntrico va a dar paso a lo antropocéntrico; y la soberanía jurisdiccional va a dar paso a la supraconstitucionalidad. Esta última, como categoría jurídica, va a tener dos dimensiones, una interna y otra externa a los Estados.

1.1. Supraconstitucionalidad interna

Se entiende por supraconstitucionalidad interna, “la superioridad de ciertos principios y normas sobre el contenido de la Constitución, que pueden figurar expresamente en el texto o existir implícitamente”⁷,

⁷ 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.

o “el núcleo duro de principios constitucionales intocables para cualquier poder”⁸, incluso para el poder constituyente.

1.2. Supraconstitucionalidad externa

Por supraconstitucionalidad externa, entendemos al sistema constitucional trasnacional, que vincula a los Estados que forman parte de él. Este sistema, como todo orden jurídico, reconoce a sus miembros derechos, pero, también, les impone compromisos que se obligan a cumplir; en tal sentido, el orden supraconstitucional, se erige en un sistema superior a los sujetos que lo integran, ante quienes las normas, actos y decisiones supraconstitucionales tendrán, carácter vinculante o fuerza vinculante (o persuasiva), según se explicará más adelante.

2. Carácter vinculante y fuerza persuasiva de la supraconstitucionalidad (externa)

La supraconstitucionalidad externa como sistema jurídico, es fuente de producción de normas internacionales emanadas de (i) principios *ius cogens* (derecho natural); (ii) normas positivas (un *corpus iuris* conformado por Pactos, Tratados y Convenciones en materia de derechos humanos); (iii) la jurisprudencia (que emanan de órganos jurisdiccionales supraconstitucionales; también, los principios trasnacionales constitucionales⁹, que emanan de sentencias concordantes de diversos Tribunales Constitucionales, y; (iv) la costumbre internacional.

El carácter vinculante del orden supraconstitucional, específicamente sus normas primarias y fundantes, puede ser explicado, 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*)¹⁰.

⁸ Dominique Rousseau, *Droit du Contentieux Constitutionnel*, Montchrestien, París, 1993, p. 183.

⁹ Louis Favoreu, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, en *Pouvoirs* N°. 67 - novembre 1993 - La souveraineté - p.74. <https://revue-pouvoirs.fr/Debat-Souverainete-et.html>.

¹⁰ 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>.

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”¹¹. Desde una 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 46¹².

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.

¹¹ Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle*, Revue du droit public, 1928, p. 211.

¹² “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

3. ¿Bloque de la constitucionalidad o bloque de la supraconstitucionalidad?

La supraconstitucionalidad externa es una categoría jurídica que se ha venido asociando al derecho internacional de los derechos humanos, cuyo atributo más trascendente es la afectación (mediante la cesión de ciertos ámbitos) de la soberanía nacional de cada Estado en obsequio de la organización supranacional.

Para conocer la naturaleza y alcance de esta categoría, es necesario precisar previamente de qué tipo es la vinculación del derecho internacional de los derechos humanos (supraconstitucionalidad externa) con el derecho constitucional nacional, esto es, si el orden supraconstitucional se integra con el derecho constitucional nacional en un solo “bloque de la constitucionalidad”, o; si, por tratarse de un derecho preeminente, no formaría parte de ese bloque, pero, sí estaría imbricado con éste en un bloque de distinta naturaleza.

Martín Riso señala que la noción de “bloque” ha sido utilizada en distintos sentidos, así: “bloque de constitucionalidad”, “bloques constitucionales”, “bloque constitucional de derechos humanos”¹³, “bloque de derechos humanos”, etc.; asimismo, precisa¹⁴:

En América Latina, y sin perjuicio de algunos autores que siguen los conceptos anteriores, es frecuente encontrar otros sentidos para referir al bloque. Bidart Campos, entre otros, han preferido reservar la expresión «bloque de constitucionalidad» para referir al conjunto normativo integrado por la Constitución y los tratados internacionales que no forman parte de la Constitución (y el derecho no escrito). El complemento se produce con disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales que no se encuentran en el texto constitucional. Esta es, por su parte, la solución de la Constitución argentina desde 1994.

También en 1995, el Tribunal Constitucional colombiano entendió que «[...] el bloque de constitucionalidad está compuesto por aque-

¹³ Humberto Nogueira, *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Libro-tecnia, Santiago de Chile, 2007, pp. 31 y ss.

¹⁴ Martín Riso, *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>

llas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado constitucional, son utilizadas como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional [...]». Por esta vía se equipara el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Nogueira proporciona un matiz importante y nos habla de «bloque de derechos» y «bloque constitucional de los derechos fundamentales», para referir al «conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional, como el derecho consuetudinario y los principios de «ius cogens») y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal «c» de la CADH, todos los cuales, en el orden constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5 inciso 2 de la Constitución chilena vigente».

Risso concluye en que la noción de “bloque” supera la noción de “constitucionalización”, en la medida en que protege más a los derechos humanos. La “constitucionalización” implicaría dar el poder sobre el tema de los derechos humanos al poder constituyente estatal, y en tal sentido, podría, “por acto expreso, apartarse de dicha noción y restringir los derechos humanos”. Asimismo -afirma-, la noción del “bloque”, en tanto cada dispositivo mantiene su fuente normativa original, “impide que el constituyente limite las normas internacionales, de la misma forma que el legislador internacional no podrá restringir las normas internas”. En este punto, debo discrepar de la calificada opinión del profesor Risso, por cuanto, no sólo la constitucionalización debe inclinarse (en palabras de Favoreau) ante el derecho supraconstitucional, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Vid.* caso Olmedo Bustos y otros Vs Chile, la Última Tentación de Cristo); también, la voluntad mayoritaria de cada Estado cuando pretende contrariar lo establecido por el “legislador internacional”, como, también, lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Vid.* caso Gelman Vs Uruguay); igualmente, no puede dejar de mencionarse

lo establecido en el artículo 2 del Pacto de San José, que impone a los Estados el deber de adecuar su legislación interna.

En este contexto, algunos países asumen que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional nacional, forman un solo bloque que denominan: Bloque de la Constitucionalidad¹⁵; otros, como Venezuela, se acogen al principio de la norma más favorable (art. 23 Constitución), y; otros le atribuyen un carácter supraconstitucional¹⁶, es el caso de cierta doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Vid.* Sentencias casos: Almonacid Arellano Vs Chile, Olmedo y otros Vs Chile (La Última Tentación de Cristo), Gelman Vs Uruguay, entre otros).

En mi opinión, la supraconstitucionalidad externa tiene una posición preeminente, hegemónica, sobre el derecho constitucional nacional, y, desde esta perspectiva, sus normas interactúan con las normas constitucionales de cada Estado; por ello, resulta difícil aceptar la idea de que el derecho convencional (supraconstitucional) tiene “jerarquía constitucional”, y que prevalecerá en el orden interno en la medida en que contenga normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución, tal como lo establece el artículo 23 de la Constitución venezolana, pues, ello sería relativizar la posición hegemónica del derecho supraconstitucional. Creo importante enfatizar, que las normas convencionales y constitucionales que tutelan derechos humanos tienen jerarquía supraconstitucional, tanto externa como interna: (i) la externa que se expresa a través de su hegemonía como derecho convencional; y (ii) la interna, se expresa con el carácter de valor superior (cláusulas pétreas o núcleo duro de principios constitucionales intocables para cualquier poder) que tiene la normativa sobre derechos fundamentales. De esta manera, si se aplica una norma interna o externa

¹⁵ Artículo 31, Constitución Argentina. Es la posición de la Sala Constitucional, de la que deriva su potestad de máximo y último interprete del bloque de la constitucionalidad. *Vid.* Sentencias N°. 1309/2001 y N°. 1942/2003, entre otras. Bidart Campos, entre otros, ha reservado la noción de bloque de la constitucionalidad, para referir al conjunto normativo integrado por la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, citado por Martín Riso, *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>.

¹⁶ Artículo 93, Constitución de Colombia.

por ser más favorable, siempre se estará aplicando una norma supraconstitucional (bloqueo de la supraconstitucionalidad).

III. SUPRACONSTITUCIONALIDAD Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. El orden supraconstitucional interamericano y el control de convencionalidad

Nuestro continente altamente sensibilizado por los horrores de la II Guerra Mundial, y, por la barbarie de las brutales dictaduras que padeció durante casi todo el siglo XX, ha comprendido claramente, la necesidad de consolidar un sistema supraconstitucional o trasnacional de derechos humanos, creando, a tal efecto, un sistema interamericano, conformado por dos ámbitos, (i) uno normativo, integrado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y demás Pactos, Tratados y Convenciones en materia de derechos humanos¹⁷, y; (ii) otro institucional, conformado por dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los Pactos, Tratados y Convenciones en materia de derechos humanos constituyen la normativa primaria o fundante del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y ésta es de aplicación inmediata, pues, constituye fuente directa de derecho supraconstitucional, lo que implica: (i) su incorporación automática al orden jurídico interno, sin necesidad de reforma constitucional para su incorporación; (ii) una prohibición absoluta a cualquier poder constituyente y a cualquier poder constituido, de estatuir lo contrario a lo establecido en las normas internacionales de derechos humanos, y, (iii) la activación inmediata del

¹⁷ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; el Segundo Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativos a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención 146 Extraordinaria, los Estatutos y Reglamentos de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, la Carta Democrática Interamericana.

control de convencionalidad interno (a cargo de la jurisdicción nacional) y externo (a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

García Ramírez define el control judicial interno de convencionalidad, como “la potestad conferida o reconocida a determinados *órganos* jurisdiccionales -o a todos los *órganos* jurisdiccionales, (...) - para verificar la congruencia entre actos internos -así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera- con las disposiciones del Derecho Internacional (...)”¹⁸.

En lo tocante al control de convencionalidad externo, residente en los órganos supranacionales precitados (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos), prevalece el criterio subsidiario, en el sentido de que sólo una vez agotada la instancia nacional se puede acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y; luego, por su conducto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepcionalmente, se podrá acudir directamente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin haber agotado la instancia nacional, cuando (i) no exista en la legislación interna del Estado el debido proceso legal, para la protección del derecho que se alega violado; (ii) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; o (iii) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos; ello de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 37.2 del Reglamento de la Comisión.

1.1. Mecanismos de ejercicio del control de convencionalidad interno

1.1.1. Mediante el ejercicio de la potestad anulatoria

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia proferida en el caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile, de fecha 26 de

¹⁸ Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (Coordinador), *El control difuso de la convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, 2012. p.213.

septiembre de 2006, sugirió que el control de la convencionalidad se materializaba con la virtual anulación de los actos contrarios a las normas convencionales o supraconstitucionales.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (resaltado añadido)

1.1.2. Mediante el ejercicio del control difuso de la convencionalidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, inmediatamente, corregiría el criterio señalado en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, mediante sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, en la que abandona la sugerencia de que el control de convencionalidad interno, podía materializarse mediante el ejercicio de potestades anulatorias, expresando:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”⁷⁷ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, **evidentemente en**

el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (resaltado añadido).

El mismo criterio lo mantendría en la sentencia proferida en el caso *Gelman Vs Uruguay*, de fecha 24 de febrero 2011, en el que señaló:

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, **evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.** (resaltado añadido).

1.3. El ejercicio del control de convencionalidad externo mediante el señalamiento concreto de medidas normativas correctivas

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia proferida en el caso *Olmedo Bustos y otros Vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)*, de fecha de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), declaró inconvencional el artículo 19.12 de la Constitución de Chile, emplazando al Estado chileno a:

XII PUNTOS RESOLUTIVOS

103. Por tanto, LA CORTE, por unanimidad, 1. declara que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión

consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

2. declara que el Estado no violó el derecho a la libertad de conciencia y de religión consagrado en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes. 22 cfr. Caso Suárez Rosero. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, párr.72. 23 cfr. Caso Suárez Rosero, supra nota 22 párr. 92. 39.

3. declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia.

4. decide que el Estado debe **modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.**

(resaltado añadido).

Mediante Ley N°. 19.742 de Reforma Constitucional que Elimina la Censura Fotográfica Sustituyéndola por un Sistema de Calificación y que consagra el Derecho a la Libre Creación Artística, el Estado de Chile modificó el numeral 12 del artículo 19, en acatamiento de lo señalado en la sentencia de la Corte Interamericana.

2. El orden público supraconstitucional

Así, como en el Estado Constitucional Democrático se apela a la doctrina del orden público constitucional, para asegurar la hegemonía e intangibilidad de la supremacía normativa de la Constitución, los sistemas jurídicos transnacionales cuentan, también, con el principio del

orden público transnacional (o supraconstitucional), para asegurar la hegemonía de la voluntad convencional o supraconstitucional, y de manera especial, la tutela de los derechos humanos.

Conforme a este principio universal, la institucionalidad transnacional debe velar por la preservación del orden público transnacional, a cuyo efecto, debe adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que se oponen, dificultan o impiden la concreción del ideal (deber ser) de primacía del orden supraconstitucional; así como, las medidas correctivas, restablecedoras, reparadoras o indemnizatorias indispensables, en materia de derechos humanos; e, incluso, medidas de tipo anticipativo o preventivo (a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y medidas provisionales (a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para evitar la vulneración de derechos humanos, tal como lo estableciera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su célebre sentencia líder (*leading case*), de fecha 7 de julio de 1989, caso *Soering*¹⁹.

3. El orden convencional y los actos de órganos supraconstitucionales de derechos humanos

El derecho convencional de los derechos humanos o supraconstitucional, en el sistema interamericano, se nutre de dos vertientes, a saber: (i) una primaria, fundante, que se materializa en los Pactos, Tratados y Convenciones interamericanos de derechos humanos; y (ii) otra secundaria que se materializa con los actos jurídicos emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.1. Actos primarios: Pactos, Tratados y Convenciones supraconstitucionales de derechos humanos

Los Pactos, Tratados y Convenciones interamericanos en materia de derechos humanos y sus protocolos adicionales, tienen valor supra-

¹⁹ Este es uno de los *leading cases* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de este fallo los Estados europeos quedan obligados, no sólo, a no violar mediante una acción directa los derechos humanos, sino, además, se consagra para ellos una obligación positiva de hacer, para evitar torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes; asimismo, este fallo consagró el carácter territorial de la tutela de derechos humanos; y, la exigibilidad de tutela cautelar anticipativa o preventiva en materia humanitaria.

constitucional, en la medida en que tienen por objeto derechos inherentes a la persona humana, los cuales, son indisponibles, aún para un poder constituyente nacional; ello implica que esta normativa queda incorporada al bloque de la supraconstitucionalidad, y es de aplicación directa en los ordenamientos nacionales.

3.2. Actos emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el primer órgano que se activa para la tutela de los derechos humanos, en tal sentido, en ejercicio de sus funciones puede solicitar a los Estados, de conformidad con lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 29 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la adopción de medidas cautelares, que éstos están obligados a considerar y cumplir de buena fe, según lo previsto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos produce Informes y Recomendaciones, que poseen un notorio valor moral, jurídico y político. Sobre éstos predomina la opinión respecto de su carácter no vinculante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ciertamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso: Caballero Delgado y Santana, precisó que el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana de Derechos Humanos debe ser interpretado conforme a su sentido corriente, de acuerdo con la regla contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y que, al no haberse dado a esta expresión un sentido especial, no tendría carácter de decisión vinculante cuyo incumplimiento comprometa la responsabilidad internacional del Estado.

Sobre este punto, Hitters ha señalado, que coincide con Bidart Campos y con Albanese, en los efectos vinculantes que tienen para el derecho interno, las opiniones y decisiones de los dos órganos interamericanos del Pacto de San José, pues, “si los Estados se reservaran el derecho a interpretar las Recomendaciones de la Comisión, para aplicarlas en el ámbito doméstico según las circunstancias de cada caso

concreto, estarían desvirtuando el sistema internacional de derechos humanos al que se han afiliado y en el que asumieron sus obligaciones”²⁰.

En mi opinión, las recomendaciones e informes (artículo 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no son vinculantes como lo serían las normas primarias o fundantes del sistema, sin embargo, tales criterios tienen “fuerza persuasiva” o “fuerza vinculante”, en razón de su *auctoritas*, peso moral, y fundamentalmente, porque se refieren a situaciones jurídicas de los Estados, que, eventualmente, pudieran comprometer su responsabilidad.

3.3. Actos emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos produce dos tipos de actos jurídicos: opiniones consultivas, y; decisiones jurisdiccionales en litigios sometidos a su consideración.

3.3.1. Competencia no contenciosa o consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos a solicitud de los Estados de la OEA o de los órganos de la organización (artículo 64.1 Convención Americana de Derechos Humanos), lo que se traduce en la práctica en un mecanismo jurisdiccional de interpretación no contenciosa, consultiva, abstracta, o preventiva para conocer cuál es el sentido y alcance de las normas convencionales (cuando los mismos no surgen claros del propio texto de la Convención Americana de Derechos Humanos o de otros tratados), a efectos de que los Estados que puedan hallarse, de manera actual o futura, en las situaciones descritas en las normas convencionales, puedan precaver conflictos innecesarios o juicios inútiles.

²⁰ Juan Carlos Hitters, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?* (control de constitucionalidad y convencionalidad) <https://www.corteidh.or.cr> > tablas.

De acuerdo con Hitters²¹, tales opiniones no son obligatorias en sentido estricto, pero, en todo caso, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte; y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser jurisdiccional, y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos.

Al efecto, Néstor Sagües, se ha mostrado partidario de la tesis del carácter vinculante de las Opiniones Consultivas, señalando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 21, del 19 de agosto de 2014, vertida sobre el tema “Derechos y garantías de los niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, puntualizó, en su párrafo 31, que para practicar el control de convencionalidad, a cargo, entre otros, de los poderes legislativo y judicial de los Estados, cabe tener presente lo enseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también, “ejerciendo jurisdicción no contenciosa, o consultiva, en la que el Tribunal despliega con toda autoridad su potestad interpretativa, tanto del Pacto de San José de Costa Rica como de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pertinentes. La enfática declaración de la Corte Interamericana pone pues punto final al tema que nos ha ocupado en este trabajo”²².

Por su parte, el Magistrado Vio Grossi²³ ha sido, también, enfático al señalar el carácter no vinculante de las Opiniones Consultivas, cuando afirma que “las OC de la Corte no son, por su propia esencia y estrictamente, obligatorias o vinculantes, ni aun para el Estado u órgano de la OEA que la haya requerido y menos aún para los demás Estados y órganos interamericanos.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva OC-24/17, de fecha 24 de noviembre de 2017, solicitada por

²¹ Juan Carlos Hitters, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)*, en *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2006, p. 1668.

²² <http://revistas.pucp.edu.pe › article ›>. Las opiniones consultivas de la Corte IDH.

²³ 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 › articulo>.

Costa Rica²⁴, al referirse a su competencia no contenciosa o consultiva, señaló inequívocamente el carácter no vinculante de las opiniones consultivas:

149. Es en atención a lo expuesto que se explica la relevancia de las opiniones consultivas, no obstante que no sean, como su propia denominación lo indica, obligatorias¹²⁷, lo que constituye la principal diferencia con las sentencias. Y no son vinculantes, no solo porque, de lo contrario, no existiría diferencia con estas últimas, sino porque, además, en ellas no hay partes, de donde se desprende que sería del todo injusto que una resolución de la Corte fuese obligatoria para los que no han comparecido ante ella ni han sido demandados o interpelados. Por otra parte, en la hipótesis de que se estimara que las opiniones consultivas fuesen obligatorias para todos los Estados, no solo el derecho de defensa se vería muy seriamente afectado, sino, que también los Estados que no son parte de la Convención serían, de esa forma, sometidos a la jurisdicción de la Corte, lo que escapa del todo de lo que establece la propia Convención.

En mi opinión, las Opiniones Consultivas no son vinculantes, sin embargo, su trascendencia radica en que iluminan o corren el velo de oscuridad que pesa sobre una norma convencional contradictoria, oscura o ambigua. En tal sentido, 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, que, de no ajustar su conducta a la interpretación que ella hace de una norma convencional, se arriesgan a que, en un caso posterior relacionado con dicho proceder, se declare su responsabilidad internacional.

3.3.2. Sentencias

En relación a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe señalarse que son de obligatorio cumplimiento

²⁴ Sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la CADH).

para el Estado que ha sido parte en el juicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sobre el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como parámetro del control de convencionalidad, éste órgano jurisdiccional supraconstitucional, en el caso *Gelman vs Uruguay*²⁵, de fecha 20 de marzo de 2013, señaló:

Lo anterior se deduce del compromiso de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales y no solo de prácticas judiciales reiteradas a niveles nacionales, que son por supuesto relevantes. Así, tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región, se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por ésta. En atención a todo lo anterior, **la Corte reitera, por un lado, que sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante**, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales (...).

Al efecto, importa precisar que el contenido vinculante de tales decisiones, comprende tanto la *ratio decidendi*, como las obligaciones y derechos que determina en su parte dispositiva para las partes intervinientes en el litigio, tal como lo ha establecido la precitada sentencia del caso *Gelman vs Uruguay*:

La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. (resaltado añadido).

²⁵ Corte IDH, sentencia del 24 de febrero de 2011. Caso *Gelman Vs Uruguay*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/seriec_221_esp1. Consultada en fecha 30 de marzo de 2021.

En consecuencia, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son inequívocamente vinculantes para los Estados partes en los juicios sustanciados ante ese órgano jurisdiccional, también, tienen carácter persuasivo (para Estados no intervinientes) respecto de futuros procesos en los que concurren análogas circunstancias.

4. Carácter contramayoritario del orden convencional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como ya se indicó, todo sistema constitucional transnacional se erige en un sistema superior a los sujetos que lo integran, en tal perspectiva, reconoce a sus miembros derechos, pero, también, les impone compromisos que se obligan a cumplir, los cuales, vinculan, también, a las manifestaciones de voluntad de la sociedad, aun siendo mayoritarias, las cuales, no podrán ir contra lo establecido en una disposición convencional fundante o primaria o en una sentencia vinculante.

Sobre el carácter contramayoritario de las normas que emanan del sistema supraconstitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ya referido caso *Gelman Vs Uruguay*, ha precisado:

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 (...). (resaltado añadido).

IV. LA SALA CONSTITUCIONAL Y EL FALSEAMIENTO IDEOLÓGICO DEL ORDEN SUPRACONSTITUCIONAL

1. El falseamiento ideológico de la normativa supraconstitucional

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al abdicar de su misión de “guardián de la Constitución” y erigirse en “guardián de

la revolución”, se ha dado a la tarea de falsear ideológicamente (mutando fraudulentamente) el orden supraconstitucional, tanto en su modalidad externa como interna, desconociendo o menoscabando, mediante sentencias aberrantes: (i) la primacía de las normas convencionales, y; (ii) asignando nuevas interpretaciones o nuevos significados jurídicos a las normas constitucionales; todo ello, determinado por motivaciones estrictamente ideológicas, concretamente, la necesidad de impulsar y consolidar el proyecto político (hegemónico) de los detentadores del poder.

2. La sentencia N°. 1309/2001

Bajo una mirada retrospectiva, hoy podemos percatarnos que mediante la sentencia N°. 1309/2001, la Sala Constitucional inculcó una sustancia tóxica (de esencia ideológica) en el tejido de la democracia constitucional, cuyo envenenamiento progresivo se manifestaría, primero, mediante prominentes espasmos y convulsiones (sentencias N°. 1942/2003, caso: leyes de desacato; N°. 1265/2008; caso: caso nulidad art. 105 Ley Orgánica de la Contraloría; N°. 1939/2008, caso: Corte Primera; N°. 1547/2011 caso: Leopoldo López), que acarrearían la desvalorización del orden supraconstitucional, en su dimensión interna y externa; hasta llegar al actual cuadro, en el que en medio de una aguda metástasis, se produce el colapso definitivo de la democracia constitucional, acelerado por un conjunto de sentencias aberrantes (las que desarrollaron la tesis del desacato de la Asamblea Nacional, mutaron el significado de los arts. 347 y 348 de la Constitución, para convocar la fraudulenta asamblea constituyente de 2017, entre otras), inspiradas en la precitada decisión N°. 1309/2001.

La referida sentencia, estableció:

En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de

la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual la formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ella, como dice Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (Reine Rechtslehre, Wien, Deuticke, 1960, p. 343).

Del extracto precedente, puede apreciarse que esta sentencia hace una serie de afirmaciones no ya discutibles, sino, claramente fraudulentas en su sentido político y significado jurídico:

(i).- En primer lugar, la tesis de que no se debe afectar la vigencia del proyecto político subyacente en la Constitución, con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado, es absolutamente infundada e ilegítima desde una perspectiva supraconstitucional (interna y externa), por cuanto, los derechos individuales de fuente convencional deben ser preservados no por el propósito de privilegiarlos a ultranza, sino, por mandato del orden supraconstitucional, en el que la jerarquía de los derechos fundamentales y derechos humanos, no debe ser ponderada en función de su carácter individual o colectivo, sino, de la fuente de la que emanan.

(ii).- En segundo lugar, respecto de la relación entre el derecho internacional y el nacional, es falso que Kelsen haya señalado que “los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro”, por cuanto, él adscribió a 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 su fuerza obligatoria de otras superiores hasta llegar a la norma fundamental o *grundnorm*²⁶.

²⁶ 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>.

(iii).- En tercer lugar, es absolutamente falso que “la validez del derecho internacional dependa del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23)”, toda vez que el citado artículo, no hace referencia alguna a tal “reconocimiento”; por el contrario, al adscribir a la concepción monista del derecho internacional, admite (a) que el derecho supraconstitucional externo o convencional, tiene aplicación directa e inmediata en el orden interno, sin necesidad de “ser transformado o incorporado a éste, mediante acto de voluntad del legislador nacional”, esto es, se aplica directamente sin necesidad de “pasavante” alguno; (b) asimismo, que tendrá aplicación preferente a la norma constitucional, si sus normas sobre goce y ejercicio de derechos es más favorable, lo cual, no representa una exigencia de validación interna, sino, la necesidad de aplicación preferente de una norma supraconstitucional (interna o externa), ambas reconocidas por el orden interno.

(iv).- En cuarto lugar, la idea de que “desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista”, es una expresión ideológica carente de toda validez, por cuanto, después de la II Guerra Mundial, comienza a configurarse “un ordenamiento supraestatal, que ya no consiste en un simple pacto de asociación, sino, en un pacto de a través del cual los estados se subordinan al bien jurídico superior de la dignidad y de los derechos esenciales de las persona, constituyendo éstos un derecho inmediatamente vinculante para los Estados”²⁷. Se trata, en definitiva, de la concepción de que la humanidad es una sola y se rige por valores y principios comunes, siendo capaz de reaccionar como humanidad en su conjunto, por encima de nacionalismos e intereses estatales cuando se afecta gravemente la dignidad y los derechos humanos.

Es en este contexto, que Favoreu²⁸ ha señalado que, incluso, las Constituciones deben inclinarse ante el orden supraconstitucional, criterio que ha asumido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las sentencias proferidas en los casos: Olmedo Bustos y otros Vs Chile (La Última Tentación de Cristo), y Gelman Vs Uruguay, entre otras.

²⁷ Humberto Noguera, ob. cit. p. 1830.

²⁸ Louis Favoreu, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, en Pouvoirs n° 67 - novembre 1993 - La souveraineté - p.76. <https://revue-pouvoirs.fr/Debat-Souverainete-et.html>.

(v).- Por último, en esta sentencia se estableció que la Constitución de 1999, habría consagrado dos tipos de interpretación constitucional, a saber, la interpretación individualizada que se da en la sentencia al resolver una controversia concreta, actividad a la que denominó *jurisdic-tio* en la que la eficacia de la norma individualizada se limitaría al caso resuelto, esto es, el contenido y alcance de su motivación normativa quedaría ligado, tópicamente, al problema decidido, y su obligatoriedad sólo podría invocarse conforme a la técnica del precedente (*stare decisis*); y la interpretación general, o abstracta de preceptos y principios constitucionales, que declara *erga omnes* su contenido y alcance, actividad a la que denominó *jurisdatio*, la cual, sería vinculante para las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, y obviamente, para los demás tribunales.

Ante la falta de congruencia de este criterio sobre la diferencia de efectos entre la *jurisdatio* y la *jurisdic-tio*, la Sala Constitucional se vio forzada a rectificar su posición en un fallo posterior (*Vid.* sentencia N°. 1860/2001, caso Consejo Legislativo del Estado Barinas), precisando que, en ambos casos, puede producirse el efecto vinculante de los fallos interpretativos sobre el contenido y alcance de normas y principios constitucionales²⁹.

3. La sentencia 1942/2003

Por su parte, la sentencia N°. 1942/2003, caso: Reforma del Código Penal (leyes de desacato), es otra sentencia aberrante (que ratificaría criterios no menos aberrantes, establecidos por la Sala Constitucional en la sentencia N°. 1013/2001, caso: Elías Santana), en la que, introduce elementos altamente perniciosos, como la ratificación de las llamadas leyes de desacato, que penalizan el ejercicio de la libertad de expresión y la contraloría ciudadana, indispensables para ejercer el control sobre el Poder Público. En esta sentencia, la Sala Constitucional reivindicar-

²⁹ “A lo ya dicho conviene agregar que la doctrina que se derive de la interpretación de los preceptos constitucionales, sea que la conclusión a que arribe la Sala no resuelva un caso concreto (solicitud de interpretación), sea que aproveche a la solución de una concreta controversia en tanto contenga el modo en que los valores, principios y reglas constitucionales exigen que se tome una decisión en un sentido determinado, **tiene en ambos casos efecto vinculante**”.

do vetustas visiones de la soberanía externa, rechaza la prevalencia de la normativa convencional, desestima la eficacia jurídica (“fuerza vinculante o persuasiva”) de un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y declara la constitucionalidad de las leyes de desacato. Concretamente, estableció:

Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los Tratados, Pactos y Convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos.

Al efecto,

(i).- En primer lugar, debe precisarse que el derecho supraconstitucional, no se incorpora a la jerarquía constitucional, sino, más bien, preservando su *status* supraconstitucional, va a tener vigencia en el orden interno, en virtud de la concepción monista asumida por Venezuela, y de lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El compromiso de los Estados con este sistema supraconstitucional es tal, que, incluso, se ha considerado que ante él deben inclinarse las normas constitucionales, como lo ha sostenido Favoreu, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero, también, las mayorías transitorias o circunstanciales (*Vid.* sentencia Gelman Vs Uruguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

(ii).- En segundo lugar, la idea de que la Sala Constitucional es el máximo y último intérprete del derecho supraconstitucional, “a los efectos del derecho interno”, y que ese órgano “determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los Tratados, Pactos y Convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos”, es absolutamente, infundada y maliciosa, por cuanto, la interpretación que ha de prevalecer respecto de las normas supraconstitucionales, siempre será la que establezcan las

instancias jurisdiccionales supraconstitucionales, (a) cuando un Estado sea parte de un contencioso ante la instancia jurisdiccional supraconstitucional (art. 68.1 Convención Americana de Derechos Humanos, “los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”); (b) cuando, no sea parte de un contencioso, pero, se emita una opinión consultiva, con fuerza persuasiva, en la que “el interés de un Estado puede ser afectado de una manera o de otra por una interpretación (...). Por ejemplo, una Opinión Consultiva puede debilitar o fortalecer la posición legal de un Estado en una controversia actual o futura”³⁰.

(iii).- Finalmente, debe reprocharse, por falaz, la afirmación, en el sentido de que “por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aún en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país”; por cuanto, esta afirmación pretende desconocer el principio *pacta sunt servanda*, previsto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Expresa Kelsen que el Derecho Internacional no hace depender su validez del reconocimiento de un Estado, pues cualquier Estado, por el hecho de serlo, asume las obligaciones y adquiere los derechos que el orden internacional le impone.

CONCLUSIONES

Tras finalizar la II Guerra Mundial, el derecho a la paz y los derechos humanos, van a signar al nuevo orden supraconstitucional, que ya no va a consistir en simples pactos de asociación, sino, en pactos a través de los cuales, los Estados se subordinan voluntariamente a un bien jurídico superior (la dignidad humana), dando origen a un derecho superior vinculante.

³⁰ Restricciones a la Pena de Muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/ 83 del 8 de septiembre de 1983, Serie A, Núm. 3, párrafo 24. Citado por Sergio García Ramírez en *La jurisdicción (interamericana de derechos humanos Estudios)*. <http://centro.paot.org.mx> › [jurisd_interam_ddhh](http://centro.paot.org.mx/jurisd_interam_ddhh).

Las normas constitucionales que tutelan derechos humanos no tienen jerarquía constitucional, en el derecho interno, tienen jerarquía supraconstitucional, tanto externa como interna; la externa que se expresa a través de su hegemonía como derecho constitucional transnacional; y la interna, se expresa con el carácter de valor superior (cláusulas pétreas o núcleo duro de principios constitucionales intocables para cualquier poder) que tiene la normativa sobre derechos humanos y derechos fundamentales; de esta manera si se aplica una norma interna o externa por ser más favorable, siempre se estará aplicando una norma supraconstitucional (bloqueo de la supraconstitucionalidad).

En lo tocante a la normativa primaria o fundante de derechos humanos, ésta es de aplicación directa, pues, constituye fuente directa de derecho constitucional, lo que implica: (i) su incorporación automática al orden supraconstitucional (interno), sin necesidad de reforma constitucional para su incorporación; (ii) una prohibición absoluta a cualquier poder constituyente de estatuir lo contrario a lo establecido en las normas internacionales de DDHH, y, (iii) su tutela inmediata por vía de amparo constitucional.

Conforme a este principio, la institucionalidad transnacional debe velar por la preservación del orden público transnacional, a cuyo efecto, debe adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que se oponen, dificultan o impiden la concreción del ideal (deber ser) de primacía del orden supraconstitucional; así como, las medidas restablecedoras, reparadoras o indemnizatorias indispensables, en materia de derechos humanos.

Las Opiniones Consultivas no son vinculantes, sin embargo, su trascendencia radica en que iluminan o corren el velo de oscuridad que pesa sobre una norma convencional contradictoria, oscura o ambigua. En tal sentido, 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, que, de no ajustar su conducta a la interpretación que ella hace de una norma convencional, se arriesgan a que, en un caso posterior relacionado con dicho proceder, se declare su responsabilidad internacional.

El contenido vinculante de tales decisiones, comprende tanto la *ratio decidendi*, como las obligaciones y derechos que determina en su

parte dispositiva para las partes intervinientes en el litigio, tal como lo ha establecido la sentencia del caso *Gelman vs Uruguay*.

Bajo una mirada retrospectiva, hoy podemos percatarnos que mediante la sentencia N°. 1309/2001, la Sala Constitucional inoculó una sustancia tóxica (de esencia ideológica) en el tejido de la democracia constitucional, cuyo envenenamiento progresivo se manifestaría, primero, mediante prominentes espasmos y convulsiones (sentencias N°. 1942/2003, caso: leyes de desacato; N°. 1265/2008; caso: caso nulidad art. 105 Ley Orgánica de la Contraloría; N°. 1939/2008, caso: Corte Primera; N°. 1547/2011 caso: Leopoldo López), que acarrearían la desvalorización del orden supraconstitucional, en su dimensión interna y externa; hasta llegar al actual cuadro, en el que, en medio de una aguda metástasis, se produce el colapso definitivo de la democracia constitucional, acelerado por un conjunto de sentencias aberrantes (las que desarrollaron la tesis del desacato de la Asamblea Nacional, mutaron el significado del art. Para convocar la fraudulenta asamblea constituyente de 2017), inspiradas en la precitada decisión N°. 1309/2001.

Por su parte, la sentencia N°. 1942/2003, caso: Reforma del Código Penal (leyes de desacato), es otra sentencia aberrante (que ratificaría criterios no menos aberrantes, establecidos por la Sala Constitucional en la sentencia N°. 1013/2001, caso: Elías Santana), en la que, introduce elementos altamente perniciosos, como la ratificación de las llamadas leyes de desacato, que penalizan el ejercicio de la libertad de expresión y la contraloría ciudadana, indispensables para ejercer el control sobre el Poder Público. En esta sentencia, la Sala Constitucional reivindicando vetustas visiones de la soberanía externa, rechaza la prevalencia de la normativa convencional, desestima la eficacia jurídica de un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y declara la constitucionalidad de las leyes de desacato.