



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

LIBRO HOMENAJE AL DR. PEDRO NIKKEN



Coordinadores:

Allan R. Brewer-Carías - Carlos Ayala Corao

TOMO I

 editorial jurídica venezolana

2021



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR PEDRO NIKKEN

TOMO I

Coordinadores:

Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Editorial Jurídica Venezolana
Caracas 2021

A12

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Libro Homenaje al Doctor Pedro Nikken / Allan R. Brewer-Carías; Carlos Ayala Corao
(Coordinadores); presentación Allan Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao. -- Caracas: Academia de
Ciencias Políticas y Sociales, 2021.

2 tomos

ISBN de los dos tomos de la Obra:

Tomo I: 978-1-63821-571-4

Tomo II: 978-1-63821-570-7

1. DERECHO A LA PAZ 2. DERECHOS HUMANOS 3. DERECHO INTERNACIONAL
4. DEMOCRACIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO 5. ARBITRAJE I. Título
II. Brewer-Carías, Allan R. III. Ayala Corao, Carlos

ISBN: 978-1-63821-571-4

© Copyright 2021

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco, Palacio de las Academias. Caracas 1121-A

Teléfonos: (0212) 482.88.45 - 482.86.34

Fax: (0212) 483.26.74

e-mail: academiadecienciaspoliticas@gmail.com Página Web: www.acienpol.org.ve

Biblioteca “Andrés Aguilar Mawdsley”

Telefax: (0212) 481.60.35

Sistema de Cooperación Jurídica: www.scjuridica.org.ve Centro de Investigaciones Jurídicas

Teléfono: (0212) 377.33.58

Proyecto Ulpiano: www.ulpiano.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación: Oralía Hernández

Impreso en Venezuela

La coedición entre la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la Editorial Jurídica
Venezolana fue impresa por Lightning Source, an Ingram Company, para Editorial
Jurídica International Inc., 2021

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Junta Directiva Período 2021-2022

Presidente:	<i>Julio Rodríguez Berrizbeitia</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Luciano Lupini Bianchi</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Secretario:	<i>Cecilia Sosa Gómez</i>
Tesorero:	<i>Gerardo Fernández Villegas</i>
Bibliotecario:	<i>Carlos Ayala Corao</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.	Guillermo Gorrín Falcón
José Guillermo Andueza	James-Otis Rodner
Juan Carlos Pro-Rísquez (<i>e</i>)	Ramón Escovar León
José Muci-Abraham	Román J. Duque Corredor
Enrique Urdaneta Fontiveros	Gabriel Ruan Santos
Alberto Arteaga Sánchez	José Antonio Muci Borjas
Jesús María Casal	César A. Carballo Mena
León Henrique Cottin (<i>e</i>)	Juan C. Carmona Borjas
Allan Randolph Brewer-Carías	Salvador Yannuzzi Rodríguez
Eugenio Hernández-Bretón	Alfredo Morles Hernández
Carlos Eduardo Acedo Sucre	Héctor Faúndez Ledesma
Luis Cova Arria	Carlos Leáñez Sievert
Humberto Romero-Muci	Luis Guillermo Govea U., h
Ramón Guillermo Avelado	Oscar Hernández Álvarez
Hildegard Rondón de Sansó	Fortunato González Cruz
Henrique Iribarren Monteverde	Luis Napoleón Goizueta H.
Josefina Calcaño de Temeltas	

ÍNDICE

TOMO I

PRESENTACION.....	17
PRELIMINAR.....	21
1. Acto en homenaje a Pedro Nikken de la Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas con ocasión de su fallecimiento: Palabras del académico Carlos Ayala Corao	21
2. Acuerdo adoptado por la Academia y entregado a sus familiares.....	27
I. PEDRO NIKKEN: PERSONA INTEGRAL Y CIUDADANO	
1. Pedro Nikken: El Hilandero. <i>Francisco José Virtuoso, SJ</i>	31
2. Salvar a Venezuela y proteger al hemisferio occidental. <i>Enrique ter Horst</i>	35
3. Cónchale, Pedro. <i>Ignacio Avalos Gutiérrez</i>	49
4. Pedro Antonio Nikken Bellshaw (1945-2019). <i>Oswaldo Álvarez Paz</i>	51
5. El triunfo de la esperanza sobre la experiencia. <i>Jesús Rafael González Pirela</i>	55
6. Pedro Nikken y los derechos humanos. <i>Adicea Castillo</i>	69
II. DERECHO A LA PAZ	
1. Un hombre de paz, que enfrentó la guerra: Pedro Nikken. <i>Carlos Genatios</i>	77

2. La construcción de paz y la protección de los derechos humanos. Reflexiones sobre la acción del Sistema de Naciones Unidas en el caso Venezuela. Una perspectiva desde la sociedad civil. <i>Beatriz Borges Urrutia</i>	93
3. La corrupción como obstáculo para la paz: propuesta de paz positiva en Venezuela. <i>Mauricio Rafael Pernía-Reyes</i>	113
4. Pedro Nikken. <i>Phil Gunson</i>	123
5. El control de la administración como instrumento que coadyuva a garantizar la paz en la sociedad. <i>José Gregorio Silva Bocaney</i>	127
6. La protección universal de los derechos humanos como pilar para la paz. <i>Marianna Alexandra Romero Mosqueda</i>	147
7. Pedro Nikken, hacedor de conexiones. <i>Mariela Ramírez</i>	161

III. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Pedro Nikken y el caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <i>Allan R. Brewer-Carías</i>	169
2. La independencia de la justicia como un derecho humano y una obligación internacional en la jurisprudencia interamericana. <i>Carlos Ayala Corao</i>	193
3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la tentación de la política <i>Héctor Faúndez Ledesma</i>	225
4. Derechos laborales. Perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <i>César Augusto Carballo Mena</i>	255
5. Control de Convencionalidad. <i>Rafael Badell Madrid</i>	279
6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Derecho procesal convencional. Un estudio desde el Derecho procesal público global. <i>Daniela Urosa Maggi y José Ignacio Hernández G.</i>	307
7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el matrimonio igualitario. <i>Gilberto Guerrero-Quintero</i>	351

IV. TEMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. ¿Derecho a la eutanasia? <i>Alberto Arteaga Sánchez</i>	377
2. El Derecho a la Alimentación y su protección en dos vertientes del Derecho Internacional. <i>Thairi N. Moya Sánchez</i>	383
3. Propuesta de un sistema anticorrupción para las américas: la ética gubernamental como garantía de efectividad en la dogmática de derechos humanos. <i>Tulio Alberto Álvarez</i>	397
4. Trata de mujeres venezolanas en el contexto de la crisis migratoria y de refugiados: Respuestas de Colombia, México y Trinidad y Tobago (2017-2020). <i>Victoria Capriles Moreno</i>	419
5. Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Venezuela. <i>Victorino J. Tejera Pérez</i>	451
6. La imperatividad de la permanencia de Venezuela dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. <i>Nilyan Santana Longa</i>	475
7. La <i>Operação Acolhida</i> -Brasil: Un ejemplo para el mundo en el respeto de los derechos humanos de los migrantes y refugiados venezolanos. <i>María Teresa Belandria Expósito</i>	489
8. Racismo y violencia policial en Venezuela. Una conversación entre venezolanos desde afuera y adentro del Imperio. <i>Keymer Ávila, Elvira Blanco Santini y Alejandro Quryat</i>	505
9. El concepto de soberanía: Obstáculo para la protección internacional de los derechos humanos. <i>Flavia Pesci Feltri</i>	517
10. Justicia transicional y cine. <i>Cosimina G. Pellegrino Pacera</i>	537
11. Universidad y derechos humanos. <i>Armando Rodríguez García</i>	557
12. El antinómico “derecho de denuncia” y la meta garantía de acceso a la justicia internacional. <i>Eduardo Meier García</i>	579
13. ¿Pueden los padres y tutores revisar la correspondencia de sus hijos o pupilos, niños y adolescentes, e inmiscuirse en su intimidad? <i>Salvador R. Yannuzzi Rodríguez</i>	617

TOMO II

V. DEMOCRACIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1. La constitución y el ciudadano. El caso venezolano. <i>Cecilia Sosa Gómez</i>	647
2. Del neoconstitucionalismo al contraconstitucionalismo. <i>Ramón Escovar León</i>	661
3. El régimen constitucional militar en la República la República Bolivariana de Venezuela. <i>Fortunato José González Cruz</i>	677
4. Estados de excepción y nudo poder. <i>Jesús María Casal</i>	699
5. Las constituciones de la independencia venezolana (1811-1830). <i>Gerardo Fernández V.</i>	727
6. Ordenamientos informales, Estado de Derecho y derechos humanos. <i>Rogelio Pérez Perdomo</i>	739
7. Debilidad de la democracia en América Latina <i>Gustavo Tarre Briceño</i>	749
8. La garantía popular de la “Constitución” (Una nueva mirada sobre la resistencia contra la opresión, sus causas y consecuencias). <i>Claudia Nikken</i>	765
9. La integridad electoral en Venezuela <i>Gabriel Sira Santana</i>	807
10. De la degradación del instituto de la reserva legal y del principio de legalidad (por la legalidad socialista) y su necesaria relectura desde el Derecho liberal. <i>Juan Domingo Alfonzo Paradisi</i>	833
11. Contenido material y límites del deber restitutivo del orden constitucional. <i>Juan Manuel Raffalli A.</i>	851
12. ¿Queréis libertad?, ¡separad el poder! <i>Julio César Fernández Toro</i>	873
13. La doctrina Betancourt consistencia principista en función de la democracia. <i>Leonardo Palacios Márquez</i>	875
14. ¿Existen actos administrativos excluidos del control de la legalidad en el ordenamiento jurídico venezolano? <i>Henrique Iribarren Monteverde</i>	911

VI. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

1. La “cláusula de prescripción” en la controversia entre Venezuela y la Gran Bretaña por la Guayana Esequiba.
Gabriel Ruan Santos..... 923
2. Venezuela y la Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado de la OEA.
Claudia Madrid Martínez..... 945
3. Régimen actual de la competencia para conceder el exequátur a sentencias extranjeras en Venezuela.
*José Antonio Briceño Laborí y
Andrea Carolina Olivares Hernández*..... 953

VII. DERECHO PENAL GENERAL E INTERNACIONAL

1. Derecho penal como garante de derechos fundamentales bajo la óptica de la filosofía liberal ¿Convivencia pacífica o enfrentamiento irreconciliable?
Tamara Bechar Alter 979
2. Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad: una guía que ofrece el derecho internacional al legislador para la formulación de amnistías.
Eduardo Trujillo Ariza..... 997
3. Evolución del concepto de genocidio
Alí Daniels 1009
4. Crímenes de lesa humanidad y estado de alarma en Venezuela.
Andrea Santacruz S. 1029
5. Militarización y politización de las policías en Venezuela. Sus efectos sobre la represión y el crimen de persecución en Venezuela a la luz de la Situación I bajo examen preliminar de la Fiscalía ante la CPI.
Fernando M. Fernández..... 1047
6. Soberanía, legalidad penal y Derecho Internacional.
Francisco Paz Yanastacio..... 1095
7. Aproximación a una caracterización jurídica del terrorismo de Estado.
Héctor Turuhpial Cariello..... 1113
8. El Terrorismo de Estado como violación a los derechos humanos en Venezuela. (Algunas reflexiones sobre el informe de la Misión Internacional Independiente de Determinación de Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela del 15 de septiembre de 2020).
Jesús Ollarves Irazábal 1137

VIII. ARBITRAJE

1. Consideraciones sobre las cláusulas arbitrales escalonadas.
Enrique Urdaneta Fontiveros..... 1161
2. Teoría sobre la autonomía del arbitraje.
Fernando Sanquírigo Pittevil..... 1191
3. Comentarios sobre algunos elementos del arbitraje y un aporte sustantivo de Pedro Nikken al principio jurídico *estoppel*.
Irene Loreto González 1207
4. Monismo a rabiar: un “principio de equivalencia favorable” entre el arbitraje comercial doméstico y el internacional.
Javier L. Ochoa-Muñoz..... 1223
5. La definición de “inversionista”, la nacionalidad y el *treaty shopping*.
José Gregorio Torrealba R...... 1245
6. El *forum non conveniens* en la Ley de Comercio Marítimo venezolana.
Luis Cova Arria 1281

IX. DERECHO CIVIL Y PROCESAL

1. Las innovaciones de la reforma del Código Civil francés en materia de contratos y obligaciones.
José F. Annicchiarico Villagrán 1293
2. Visión constitucional de la cosa juzgada.
Fanny Trinidad Ramírez Sánchez..... 1345

X. DERECHO TRIBUTARIO

1. Los Derechos Humanos como condición de validez de los tributos.
Humberto Romero-Muci..... 1363
2. Infravaloración de la unidad tributaria y violación de los derechos humanos de los contribuyentes.
Luis Fraga-Pittaluga..... 1377
3. El derecho humano del contribuyente a la inexigibilidad del acto determinativo hasta que alcance definitiva firmeza.
Serviliano Abache Carvajal..... 1401

XI. MEDIO AMBIENTE

1. El derecho humano al paisaje y la calidad de vida.
Alberto Blanco-Uribe Quintero..... 1423

ÍNDICE

2. Ambiente y democracia: el binomio ciudadano-poder judicial como actores necesarios para la efectiva defensa ambiental.
Javier Elechiguerra Naranjo..... 1451
3. El delito ambiental y la violación del derecho humano al ambiente.
José G. Salvuchi Salgado 1472

XII. OTROS TEMAS

1. Rafael Caldera: un jurista cristiano.
Carlos García Soto..... 1495



Pedro Nikken

PRESENTACIÓN

Pedro Nikken nació en Caracas el 12 de junio de 1945 y murió en la misma ciudad el 9 de diciembre de 2019. Fue un jurista integral, habiendo dedicado su vida a cultivar la ciencia del Derecho y a luchar por la justicia, la paz y los derechos humanos. Su curriculum es ciertamente impresionante y lo coloca como uno de los juristas venezolanos de mayor proyección internacional. Su actividad académica incluyó su condición de profesor en las universidades venezolanas en las cátedras en Derecho Civil (bienes y derechos reales) y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como su condición de Decano de la Universidad Central de Venezuela. En el ámbito internacional, Pedro Nikken fue el presidente más joven de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y además presidió el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Comisión Internacional de Juristas. Además de ello, en Derecho internacional público se dedicó ampliamente al arbitraje internacional y el de protección de inversiones. Pero por sobre todo, Pedro Nikken fue un amante de la paz, lo cual lo llevó con las Naciones Unidas a acompañar varias iniciativas, especialmente en Centroamérica.

La vida y obra de Pedro Nikken debe ser objeto de justo homenaje. Con ese fin, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales acordó sumar su co-patrocinio a la iniciativa del académico Carlos Ayala Corao sobre un proyecto internacional de homenaje a Pedro Nikken, que incluye, además del CIADI, a las instituciones que él presidió, como son la Comisión Internacional de Juristas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

En este sentido, la Academia como patrocinador de esta obra, actuó como el coordinador de los aportes y de las contribuciones venezolanas al libro homenaje a Pedro Nikken. Para ello la Academia nombró una comisión coordinada por el académico Carlos Ayala Corao la cual contó con el apoyo de una Comisión Técnica coordinada por la doctora Claudia Madrid, e integrada además por la doctora Claudia Nikken y el abogado Giancarlo Carranza. A esta tarea se sumaron con gran entusiasmo el académico Humberto Romero Muci entonces presidente de la Academia y el académico Allan Brewer Carías.

Las invitaciones a participar en la obra fueron enviadas a los académicos, así como a diversos profesores, intelectuales y amigos de ruta de Pedro Nikken. La respuesta no se hizo esperar y fue exitosa: 73 trabajos fueron remitidos para su publicación.

Luego de su revisión editorial por parte de la doctora Claudia Madrid y el abogado Giancarlo Carranza, los trabajos recibidos fueron organizados precedidos de un

capítulo Preliminar en el cual se incluyen las Palabras del académico Carlos Ayala Corao en el Acto en homenaje a Pedro Nikken de la Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas con ocasión de su fallecimiento, y el Acuerdo de Duelo adoptado por la Academia y entregado ese día a sus familiares.

Los 73 trabajos recibidos para esta obra en homenaje a Pedro Nikken, los hemos organizado en los siguientes trece capítulos:

- I. Pedro Nikken: Persona integral y ciudadano, en el cual se incluyen los trabajos referidos a su trayectoria de vida como intelectual, pensador, promotor de proyectos, constructor de consensos y amigo;
- II. Derecho a la Paz, al cual dedicó Nikken gran parte de su vida fuera y últimamente también dentro de Venezuela, el cual contiene los trabajos relativos a la dimensión de Pedro Nikken como hombre de paz, sus trabajos por la paz en las Naciones Unidas, su ejemplo e inspiración, así como estudios sobre las dimensiones e implicaciones del derecho a la paz;
- III. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual fue juez y presidente Pedro Nikken y luego como abogado representante de víctimas ante dicha Corte: que contiene los trabajos sobre la jurisprudencia de este Tribunal en diversos casos y materias, así como su evaluación crítica sustantiva y procesal;
- IV. Temas sobre Derechos Humanos, a los cuales dedicó Nikken gran parte de su vida como académico, juez, relator de la ONU, consultor y defensor de derechos humanos, en el cual se han agrupado diversos trabajos que se refieren a temas variados como la eutanasia, el derecho a la alimentación, migrantes, corrupción, datos personales, violencia policial, sistema interamericano, el concepto de soberanía, justicia transnacional, universidad y la intimidad de los menores de edad;
- V. Democracia y Estado Constitucional de Derecho, de cuyos temas Nikken era un pensador agudo, autor y ciudadano mundial activo, en el cual se incluyen los trabajos relativos al Derecho Constitucional General y venezolano, la democracia, el Estado de Derecho, el sistema electoral, los estados de excepción, y sobre los límites y el control del poder;
- VI. Derecho Internacional, al cual se dedicó Nikken no solo a estudiarlo desde su postgrado, sino a investigarlo y a escribir, que contiene dos trabajos, uno sobre Derecho Internacional Público, relativo a la cláusula de prescripción en la controversia entre Venezuela y la Gran Bretaña por la Guayana Esequiba; y dos sobre Derecho Internacional Privado, relativos a la Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado de la OEA y sobre el exequátur a sentencias extranjeras;
- VII. Derecho Penal General e Internacional, tema muy relacionado con los derechos humanos sobre el cual Nikken escribió y dictó conferencias a lo largo de su vida, el cual incluye diversos temas de Derecho Penal bajo la perspectiva de los derechos humanos, los crímenes internacionales contra los derechos humanos, el terrorismo de Estado y los límites a las amnistías;
- VIII. Arbitraje, al cual Nikken se dedicó como árbitro en litigios entre Estados y árbitro en litigios de protección de inversiones, y sobre el cual también escribió varios artículos importantes vinculándolo con los derechos humanos, el cual contiene trabajos sobre diversos aspectos del arbitraje, tanto sustantivos como procesales;

- IX. Derecho Civil y Procesal, a los cuales se dedicó Nikken en varios momentos de su vida, sobretudo al Derecho Civil, tanto en la cátedra universitaria como en la autoría de trabajos de investigación, se incluyen dos trabajos, uno, sobre las innovaciones de la reforma del Código Civil francés en materia de contratos y obligaciones, y el otro, sobre una visión constitucional de la cosa juzgada;
- X. Derecho Tributario, al cual si bien no se dedicó directamente Nikken, sus enseñanzas en derechos humanos han inspirado a los autores especialistas en esta materia, como lo evidencian los trabajos presentados sobre tributos y derechos humanos;
- XI. Medio Ambiente, en el cual se incluyen trabajos sobre el medio ambiente como derecho y su protección, y sobre medio ambiente y democracia; y finalmente, y
- XII. Otros Temas, en el cual se incluye un trabajo sobre Rafael Caldera: un jurista cristiano, quien fue un político, hobre de Estado y jurista que influyó tempranamente en la formación y en los valores de la política de Pedro Nikken.

De esta forma, en nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, presentamos esta obra como una muestra del reconocimiento y el agradecimiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, de la universidad, de la sociedad civil, y de compañeros y sus amigos en Venezuela, a Pedro Nikken, quien entregó su vida a la lucha por el Derecho, por la justicia, por la paz y por los derechos humanos.

Para nosotros como sus amigos, compañeros de ejercicio profesional y de miembros de la Academia, es un gran honor personal y colectivo hacer esta honrosa presentación.

Allan Brewer Carías, Carlos Ayala Corao
New York y Washington, 5 de abril de 2021

PRELIMINAR

Palabras del académico Carlos Ayala Corao con ocasión del fallecimiento del académico Pedro Nikken Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas Caracas, 21 de febrero de 2020

Siempre es difícil despedir a un jurista ejemplar, a uno de nuestros académicos, pero aún más difícil es despedir a un amigo como Pedro Nikken, quien falleció el pasado día 9 de diciembre de 2019 en la ciudad de Caracas. Desde su incorporación a esta Academia, el Dr. Pedro Nikken le dio brillo y prestancia a esta Corporación, siendo un académico entusiasta y eficaz colaborador en el desarrollo de sus actividades. (En adelante me referiré a la persona del Dr. Pedro Nikken, como Pedro Nikken o simplemente Nikken. En un foro más informal me habría referido a él sencillamente como Pedro).

Pedro Nikken fue un hombre de bien, un hombre de los derechos humanos y un hombre de paz. Consecuente con ello, quiero recordar las palabras con las que el doctor Pedro Nikken inició su discurso de incorporación como Individuo de Número de esta Academia de Ciencias Políticas y Sociales el 18 de noviembre de 1997, habiendo presentado su trabajo de incorporación sobre “La construcción de la paz sobre los derechos humanos y las lecciones que pueden recibirse de la acción creativa y novedosa de las Naciones Unidas, en pos de la terminación de conflictos armados que asolaron América Central, particularmente en El Salvador y Guatemala”. Sus palabras iniciales fueron las siguientes:

Vengo a hablar sobre la paz. Sobre la paz resultante de la guerra. Sobre la paz que no es apaciguamiento sino genuina conquista de la esperanza; y cuando esa conquista se edifica sobre un propósito mancomunado de recuperar para un pueblo la justicia, la libertad y, sobre todo, la dignidad, la paz es paradigma de la política.

Esa dedicación a la negociación de la paz para lograr la convivencia, el respeto de los derechos humanos, la democracia, la justicia y el Estado de Derecho, ocupó a Pedro Nikken buena parte de su vida. Su aproximación al tema fue tanto de la dimensión teórica de la elaboración de los fundamentos filosóficos, jurídicos y deontológicos de la paz; como en la dimensión práctica de la negociación con los actores en el terreno.

Pedro Nikken fue asesor jurídico ad-hoc del Secretario General de las Naciones Unidas para las negociaciones de paz del conflicto armado en El Salvador y, poste-

riormente, entre 1992-1995, fue designado Experto Independiente de las Naciones Unidas para asistir en los temas sobre derechos humanos en El Salvador. Nikken se maravillaba y, nos maravillaba a todos, al contarnos sus asaña en ese proceso de paz, y de cómo, los acuerdos políticos que iban logrando en la mesa entre las partes (el gobierno y la guerrilla salvadoreña), él los elaboraba y transcribía en su computador portátil, luego eran suscritos y enviados a San Salvador y de inmediato eran aprobados por el Congreso y el Presidente de esa República, a través de modificaciones constitucionales, leyes y decretos. Ese proceso de paz exitoso, después de cientos de miles de muertos en la guerra, había dejado convencido a Nikken de que la negociación política es la mejor alternativa frente a los conflictos armados; por lo que, siempre debía negociarse un acuerdo antes y no después de la tragedia de los muertos del conflicto. Pero al mismo tiempo, Nikken advertía que la negociación sólo es viable, cuando se hace *bona fide* entre las partes y, cuenta con los mecanismos que permitan garantizar la ejecución fiel de los acuerdos alcanzados.

Pedro Nikken fue uno de los juristas venezolanos más destacados -si no el que más- en el Derecho internacional de los derechos humanos, habiéndose desempeñado como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre los años 1980-1989, la cual además presidió entre los años 1983 a 1985, contribuyendo notablemente a sentar las bases de su jurisprudencia. Entre esta jurisprudencia, vale la pena destacar, su activa participación y liderazgo, junto con el juez Buerghental, en la elaboración de las primeras sentencias de un caso contencioso ante esa Corte, como lo fue el caso “Velásquez Rodríguez vs Honduras”. Tanto la sentencia sobre excepciones preliminares, relativa al agotamiento de los recursos internos idóneos; como las sentencias de fondo y reparaciones en dicho caso, aún permanecen al día de hoy, como las sentencias líder más citadas, no sólo en el sistema interamericano sino en las cortes regionales del sistema europeo y africano. Lo mismo podemos decir respecto al rol del juez Nikken en la elaboración de las primeras Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, especialmente la OC-5, relativa a la inconventionalidad de “La colegiación obligatoria de periodistas”.

Posteriormente, entre 1992-2001, Pedro Nikken se desempeñó como Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, habiendo consolidado la proyección hemisférica de dicha institución académica en la formación y promoción de los derechos humanos.

Pedro Nikken nunca se desvinculó del sistema interamericano por el resto de su vida, permaneció estudiando, investigando, publicando, dando conferencias y charlas sobre el mismo; y lo más importante, defendiendo al sistema frente a las arremetidas de los gobiernos autoritarios, incluido el de Venezuela. Además, Pedro Nikken accionó en diversas ocasiones ante dicho sistema, para afirmar la defensa de la persona humana frente a los atropellos a sus derechos. En este sentido, a partir del año 2001, Pedro Nikken y yo acudimos juntos y con diversas Ong’s, a varias audiencias ante la Comisión Interamericana para documentar los abusos del régimen venezolano contra los derechos humanos, llevamos casos juntos, solicitamos medidas cautelares y provisionales de protección de personas en situación de riesgo grave de daños irreparables y, litigamos juntos diversos casos ante la Comisión y la Corte, varios de los cuales incluso se encuentran aun pendientes de ejecución e incluso de decisión. Y es que debemos resaltar que, aunque no aparezca en su curriculum profesional, Pedro Nikken fue también un miembro activo de la sociedad civil, en particular de organizaciones no gubernamentales, como Provea en materia de derechos humanos y Ojo Electoral en materia de observación de elecciones.

El compromiso de Pedro Nikken con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho como principios universales irrenunciables, lo llevaron a que fuera nombrado Miembro de la Comisión Internacional de Juristas en 1996, luego en 2008 fue nombrado como Miembro de su Comité Ejecutivo, en 2009 fue electo Vicepresidente y entre los años 2011-2013 se desempeñó como su Presidente. En su paso por esta prestigiosa organización internacional, Pedro Nikken fue decisivo en su consolidación institucional, habiendo sido luego designado miembro honorario de por vida de la misma.

La condición de Pedro Nikken como sólido y respetado jurista internacional, lo llevó en su momento a ser Miembro de la Comisión Negociadora Venezolana de áreas marinas y submarinas tanto con Colombia en 1979-1980, como con Francia en 1980. Fue, además, Miembro del Tribunal Arbitral Argentino-Chileno para el caso llamado La Laguna del Desierto entre 1991-1995. Pedro Nikken no sólo fue Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya entre 1996-2006, sino que también se desempeñó como árbitro internacional en varios Tribunales Arbitrales de CIADI/ICSID (Banco Mundial) y de la CNUDMI/UNCITRAL.

Pedro Nikken también prestó una serie de servicios al Estado venezolano, como asesor del Ministro de Relaciones Exteriores (1979-84); Consultor Jurídico del Consejo Nacional de Universidades (1982-1987); Asesor de la Comisión Legislativa del Congreso de la República (1984-1989) y Juez Suplente de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (1986-1989).

En el ámbito académico, era abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en 1968, con una especialización en Derecho Privado en la Universidad de París II en 1973 y doctor en Derecho por la Universidad de Carabobo en 1977. Pedro Nikken fue Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela en pregrado y postgrado en Derecho civil e internacional, de la cual fue Director de la Escuela de Derecho (1975-76), luego Director General (1976-78) y posteriormente su Decano (1978-81), -destacando el hecho de haber sido el primer y único decano electo de esa Facultad siendo un egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Pedro Nikken fue así mismo profesor invitado y dictó diversos cursos, clases y conferencias en universidades y centros académicos tanto en Venezuela como en exterior, entre los cuales destaca su condición de profesor en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1995. En el año 2017, Pedro Nikken fue designado Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires.

La obra jurídica de Pedro Nikken, vasta y profunda, representa un verdadero aporte innovador a nivel mundial, especialmente en materia de derechos humanos: 6 libros propios; 3 en colaboración (de los cuales destaco uno conmigo sobre la protección internacional de la democracia); y más de 65 artículos. Nikken dejó prácticamente listo un nuevo libro suyo sobre el Concepto de los Derechos Humanos, que verá su luz de manera póstuma. De todos sus libros publicados, me atrevo a decir que el que tuvo mayor impacto en la ciencia jurídica universal fue: *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, publicado en 1987 por editorial Civitas en Madrid.

Pedro Nikken también destacó en el libre ejercicio de la profesión de abogado, siempre en defensa de los derechos humanos, del Derecho internacional público y el Derecho civil, de manera consecuente con los valores morales y los principios de la ética profesional. Nikken comenzó el ejercicio liberal de la profesión de manera permanente y continua con una vocación tardía en 1990, cuando se inició como socio de la firma de abogados/consultores Baumeister & Brewer. Desde allí llevó a cabo un ejercicio serio, honroso y además exitoso de la profesión. Pero no todo fue lucrativo,

me consta que Nikken patrocinó un sin número de causas y asuntos de manera pro bono, dedicándoles todo el tiempo y la prioridad requeridas, como expresión de su compromiso con los más pobres y con las causas nobles.

Pedro Nikken fue además un hombre de profundos valores humanos y cristianos de perdón y reconciliación; un hombre de familia, además de un padre ejemplar de Pedro Antonio y Claudia y, también un abuelo ejemplar. Adriana Pulido, su querida esposa y su compañera insigne en sus últimos años y capítulos vitales, es también una testigo de honor de la grandeza de ese ser humano que fue Pedro Nikken.

Yo conocí a Pedro Nikken por primera vez en 1976 cuando él era Director de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV y yo era un joven estudiante de segundo año de Derecho en la UCAB. Como integrante de la Comisión de Reforma del curso de estudios de la Facultad de Derecho de la UCAB que presidía el padre Luis María Olaso, sj, fui a la UCV para entrevistarle sobre su visión y perspectiva sobre el tema. Recuerdo haber intercambiado una conversación por segunda vez con Nikken en 1978, cuando yo era el representante estudiantil de las universidades privadas ante el Consejo Nacional de Universidades y él acudió como Decano con el Dr. Miguel Layrisse, entonces rector de la UCV. En los años ochenta, en concreto, a partir de 1984 comenzamos a tratarnos esporádicamente en encuentros académicos y de sociedad civil en torno a los temas de derechos humanos. Dicha relación se fue incrementando progresivamente, hasta que en 1990 cuando entró como socio en Baumeister & Brewer, donde yo ya lo era desde 1984. Fue allí cuando comenzó el desarrollo de una verdadera relación progresiva e incremental de compañerismo, amistad, maestro y colega, la cual nunca se interrumpió.

Con Pedro Nikken me unió una relación mutua de aprecio, amistad y hasta hermandad. Así es, Pedro Nikken fue mi hermano y maestro, en lo personal, intelectual y profesional, amén de las luchas que dimos juntos por los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho.

Nikken era un excelente consejero. Un cable a tierra, cuando era necesario imprimir sentido común a las decisiones difíciles o controversiales; y al mismo tiempo, un cable al cielo cuando de emprender nuevas ideas y proyectos se trataba. Nikken sabía mucho de Derecho, pero era de la tesis de que, el que solo sabe de Derecho, ni de Derecho sabe. Nikken era un académico de saber universal, lo mismo impresionaba por sus conocimientos de música clásica, que de historia, filosofía y hasta teología; pero al mismo tiempo podía variar con la geografía y los lugares especiales de viaje, su gente y la gastronomía. Si era propicio que estuviera de por medio un espacio para fumar un tabaco (puro), entonces la conversación con Nikken se tornaba aún más amena y prolongada.

Nikken siempre me expresó su gratitud y admiración personal, intelectual y profesional. Y aunque por su sencillez Nikken no estaría de acuerdo, reconozco que en nuestra relación siempre recibí mucho más de él. De Pedro Nikken recibí mis grandes líneas maestras en el campo del Derecho internacional y específicamente del Derecho internacional de los derechos humanos. Me transmitió sus enseñanzas y convicciones sobre la dignidad de la persona como alfa y omega de los derechos. Sus consejos sobre el sentido común y la ponderación; pero al mismo tiempo, su pasión por los ideales.

Algunas de las coincidencias de vida y actuación de Pedro Nikken conmigo, me sorprenden, como lo fueron las de él con su maestro el Dr. Andrés Aguilar Mawdsley (Andrés Aguilar). En efecto, Nikken sucedió a Aguilar en la Comisión Andina de Juristas y, luego yo sucedí a Nikken en esa misma organización regional; Nikken con-

tinuó de alguna manera a Aguilar en el sistema interamericano de derechos humanos (Aguilar en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Nikken en la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y, posteriormente yo lo hice en la Comisión Interamericana, con lo cual, de alguna manera, sucedí a Nikken en dicho sistema; y así mismo, Nikken sucedió a Aguilar en la Comisión Internacional de Juristas y, luego yo sucedí a Nikken en dicha organización. Las coincidencias entre los Ayala, Nikken y Aguilar aumentan más aun, al hacer mención a el sillón número 9 de esta Academia, que ocupaba mi tío abuelo José Ramón Ayala Duarte, el cual luego fue ocupado por Andrés Aguilar y posteriormente por Pedro Nikken; y, finalmente, fue a Nikken a quien le correspondió dar el discurso de contestación a mi incorporación como individuo de número en esta Corporación.

Termino, haciendo más para referirme ahora a Pedro Nikken, las palabras que pronunció el académico Gustavo Planchart Manrique en la oportunidad de dar contestación al discurso de incorporación del Dr. Pedro Nikken a esta Academia, quien refiriéndose al fallecimiento del académico Dr. Andrés Aguilar, dijo: “no puedo más que dirigir un recuerdo lleno de tristeza y nostalgia, pero esa es la ley de la vida, renovación constante, *corsi e ricorsi* del que no se escapa”.

Que Dios lo tenga en su gloria a Pedro Nikken. Gracias a Dios por habernos regalado ese ser tan especial; ese jurista tan excelente; ese maestro incansable; ese caminante que hacía camino al andar; esa buena y bella persona; ese amigo a toda prueba; ese compañero de ruta; en fin, ¡ese hermano mayor, que fue Pedro Nikken! ¡Adiós, querido Pedro!



LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Considerando:

Que en el día 9 de diciembre de 2019 falleció en la ciudad de Caracas, el ilustre intelectual y jurista venezolano, doctor Pedro Nikken;

Considerando:

Que el doctor Pedro Nikken fue destacado Individuo de Número de esta Corporación desde su incorporación en el año 1997, a la cual prestó entusiasta, permanente y eficaz colaboración en el desarrollo de las actividades que le son propias;

Considerando:

Que el doctor Pedro Nikken fue uno de los juristas venezolanos más destacados en el Derecho internacional y en particular en el Derecho internacional de los derechos humanos, habiéndose desempeñado como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual además presidió, contribuyendo notablemente a sentar las bases de la jurisprudencia de dicha Corte, la cual aún sigue vigente; que así mismo, se desempeñó como Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, habiendo consolidado la proyección hemisférica de dicha institución académica; y que posteriormente se desempeñó como Presidente de la Comisión Internacional de Juristas, siendo decisivo para la consolidación institucional de dicha organización a nivel mundial;

Considerando:

Que el doctor Pedro Nikken fue Decano y Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela en pregrado y postgrado en Derecho civil e internacional; y que así mismo fue profesor invitado y dictó diversos cursos, clases y conferencias en universidades y centros académicos tanto en Venezuela como en el exterior;

Considerando:

Que el doctor Pedro Nikken se destacó internacionalmente en materia de negociación y resolución de conflictos, habiéndose desempeñado como asesor jurídico ad-hoc del Secretario General de las Naciones Unidas para las negociaciones de paz del conflicto armado en El Salvador; fue además Miembro de la Comisión Negociadora Venezolana de áreas marinas y submarinas con Colombia y con Francia; Miembro del Tribunal Arbitral Argentino-Chileno para el caso llamado La Laguna del Desierto; y que también se desempeñó como árbitro internacional en varios Tribunales Arbitrales de CIADI/ICSID (Banco Mundial) y de la CNUDMI/UNCITRAL; y

Considerando:

Que el doctor Pedro Nikken destacó en el libre ejercicio de la profesión de abogado en defensa de los derechos humanos, del Derecho internacional público y el Derecho civil, de manera consecuente con los valores morales y los principios de la ética profesional;

Acuerda:

Declarar motivo de duelo para esta Academia el fallecimiento del doctor Pedro Nikken;

Guardar un minuto de silencio en homenaje a la memoria de tan ilustre venezolano en la sesión de la Academia; y

Divulgar el presente acuerdo y entregar copia del mismo a sus distinguidos familiares.

Dado en Caracas, a los veintiún (21) días del mes de enero de dos mil veinte (2020).

Humberto Romero-Muci,
Presidente

Julio Rodríguez Berrizbeitia,
1er.Vice-presidente

Luciano Lupini Bianchi,
2do.Vice-Presidente

Rafael Badell Madrid,
Secretario

Cecilia Sosa Gómez,
Tesorera

Carlos Ayala Corao,
Bibliotecario

**I. PEDRO NIKKEN:
PERSONA INTEGRAL Y CIUDADANO**

PEDRO NIKKEN: EL HILANDERO

Francisco José Virtuoso, S^j*

Del Dr. Pedro Nikken hay mucho que hablar. Sus trayectorias como jurista, académico y universitario, intelectual al servicio de los derechos humanos, la paz y la reconciliación, diplomático de acción creativa y novedosa en las Naciones Unidas, a favor de la terminación de conflictos armados que asolaron América Central, particularmente en El Salvador y Guatemala, son, entre otras muchas facetas, ventanas abiertas para el aprendizaje y la admiración.

En esta obra colectiva en homenaje al Dr. Nikken son tratadas muchas de las perspectivas referidas, amén de los aportes personales que brindó como hombre de estudio y acción. Yo me quiero referir a él desde mi experiencia personal, desde esa entrañable amistad que nos unió en muchas aventuras y tareas.

Permítaseme precisar a qué me refiero con esta perspectiva. Y para ello no se ocurre nada mejor que traer a Aristóteles, el filósofo y sabio griego. No hay nada más útil que un buen concepto, cuando tratamos de entendernos. En este caso, algunas de las consideraciones de Aristóteles me sirven muy bien.

Es bien conocida la importancia que Aristóteles concede a la amistad en el marco de sus reflexiones éticas. Baste recordar que la *Ética a Nicómaco*, contiene dos libros completos, los libros VIII y IX, dedicados a la amistad. Llama así la atención que el filósofo le conceda mucho más espacio de reflexión que a otros temas éticos tan fundamentales, como son, la felicidad, el placer, o la justicia.

Esta amplitud no es algo casual, sino que responde su convicción de que la amistad es algo especialmente valioso, único, en la vida de los seres humanos. En palabras del propio Aristóteles: “lo más necesario para una vida feliz”. “nadie querría vivir sin amigos, aun estando en posesión de todos los otros bienes”¹. Por otra parte, además de necesaria, la amistad es algo noble, es algo hermoso².

En definitiva, puesto que el ser humano es un animal social, que naturalmente tiende a la convivencia con otros seres humanos, la amistad constituye la realización más plena de la sociabilidad y la forma más satisfactoria de convivencia.

* Rector Universidad Católica Andrés Bello.

¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, VIII 1, 1155 a 5-6.

² *Ibid.*, 1155 a 28-9.

El bistori de Aristóteles logra separar tres tipos de amistad, siendo la amistad fundada en la virtud la más deseable. La amistad exige un querer mutuo, recíproco y, además, que sea conocido y reconocido por ambas partes. Si el querer no es recíproco, o si una o las dos partes desconocen la reciprocidad de su querer, no cabe hablar de amistad en sentido estricto.

Pero el querer puede adquirir distintas formas según el fundamento en que se base. El querer que se establece entre personas por los nexos de virtud y la excelencia que existen entre ellas es la forma más excelsa de amistad. Nos referimos a ese estadio de amistad que consiste en que las personas se quieren recíprocamente por lo que tienen de bien, de virtud y excelencia.

Mi relación de amistad con Pedro Nikken, tenía estas características. Pedro se dejaba querer por su grandeza de alma, por su gran capacidad de sintonía con los problemas que mutuamente nos preocupaba, por su aporte siempre agudo, culto y de amplitud de miradas en la búsqueda de soluciones. Conversar y compartir con Pedro era siempre una gran ocasión para apreciar sus virtudes y cualidades humanas, su saber y sus aportes, más allá incluso de posturas contrarias en algunos temas.

Compartíamos una preocupación y un interés común. Nos preocupaba el estado de la democracia en el país, la necesidad de recrear el Estado de derecho y la institucionalidad que ello conlleva. Reconstruir la república, nos decíamos, es la principal tarea de estos tiempos. Ese espacio común de convivencia bajo el imperio de la ley, en donde cada uno se siente reconocido y respetado, en donde hay igualdad de oportunidades. Nuestros debates sobre la democracia fueron muy amplios. La democracia es ante todo un método para la conformación del gobierno del Estado, pero también una forma de Estado (Estado derecho) y un modo de vivir en libertad. Es condición de equidad y justicia. Es un régimen sustentado en la ciudadanía y su corresponsabilidad. Democracia y república son conceptos distintos pero se requieren y necesitan mutuamente.

Cómo enfrentar la crisis política del país ocupó muchas horas de discusión y trabajo. La República y la democracia tal y como la concebíamos es también un modo de vida buena, es una oportunidad para la vida plena en sociedad, una oportunidad de crecimiento humano y de salud pública. ¿Cómo construir ese sueño?

Y es allí cuándo Pedro se engrandecía como persona, sacando a relucir su vasta experiencia como constructor de la paz en medio de la guerra y el sórdido conflicto político en Centroamérica. A ello se sumaba su experiencia como juez de disputas internacionales, en distintos escenarios institucionales, como consultor de organismos internacionales, abogado en casos particulares, etc. Pedro agregaba además su larga experiencia en la diatriba política a través de su trayectoria en el partido COPEI y el desempeño de altos cargos en el Estado venezolano.

Sus dotes de buen conversador y brillante expositor, sus habilidades en el uso de la dialéctica, el uso constante de su fino humor, hacían muy agradable el encuentro y el intercambio con él.

En los últimos años, especialmente desde 2017 hasta una semana antes de morir, trabajé asiduamente con él en la búsqueda de un camino adecuado para el entendimiento político en Venezuela: desde dónde impulsarlo, qué mecanismos proponer, que actores pueden tomar el liderazgo, cómo favorecer una cultura del diálogo y la negociación en la opinión pública. Estábamos convencidos de que en Venezuela era necesario superar la profunda fractura social que se había instalado en el país y que cada vez se profundizaba más amenazándonos con tragarnos a todos.

Emprendimos muchas iniciativas: juntos, separados y con otros. Ante las dificultades de la polarización y la desconfianza siempre enarbolaba su método. Continuamente nos decía: “a mi gusta el método del hilandero”, haciendo referencia con ello a ese paciente oficio manufacturo de hilar.

Permítase ilustrar la metáfora. La historia relata como la fabricación del hilo comenzó en unas máquinas llamadas “peinadoras” que precisamente tenían esa función: peinar la fibra por medio de agujas, para después hacerla pasar por un mecanismo llamado «frotador», donde la fibra se estiraba y enrollaba en tubos, pasando luego al proceso de torsión de la fibra para hacerla hilo. Los hilanderos tenían un paso muy rítmico en las peinadoras caracterizado por un ir y venir peinando la fibra con agujas.

La metáfora del hilandero quiere recoger primero la imagen del ir y venir a cada extremo de la fibra hasta adelgazarla lo suficiente para seguir con los siguientes pasos. Negociación, nos decía Pedro, es ir y venir, escuchar a unos y otros, volver nuevamente buscando generar una suerte de movimiento en espiral que vaya abriendo posiciones sobre las posiciones iniciales. Proceso laborioso y lleno de paciencia, que requiere de un tercero que brinde confianza a los contendientes, que sea capaz de unir hebras hasta confeccionar el hilo.

A esa tarea de hilandero dedicó Pedro muchas horas de su agenda. Sus percepciones las contrastaba con otros buscando producir propuestas que pudieran satisfacer a unos y a otros hasta tejer acuerdos. Tarea difícil y lenta que requiere conjugar entendimiento, constancia y convicción. Que supone grandeza de alma y virtud, así como dotes para la buena conversación y simpatía.

Pedro el hilandero de la reconciliación desde adentro, en profundidad. Así te recordaré. Me enseñaste mucho, recibí no pocos consejos, disfrute mucho de tu virtud. Me sentí también muy querido por ti.

Como hijo ilustre de la Universidad Católica Andrés Bello, hemos querido instaurar, gracias a la generosidad de su viuda, Sra. Adriana Pulido, la “Cátedra Fundacional Pedro Nikken de Derechos Humanos y Negociaciones Políticas para Paz”. Con ella se pretende continuar su legado en la promoción de estudios, publicaciones, intercambios y demás actividades en las áreas de derechos humanos y negociaciones de paz.

Gracias Pedro.

SALVAR A VENEZUELA Y PROTEGER AL HEMISFERIO OCCIDENTAL

Enrique ter Hors*

El del título es posiblemente el desafío más importante que enfrentan, hoy más que nunca, todos los gobiernos democráticos del continente americano. La tragedia de Venezuela ha llegado a extremos de sufrimiento y destrucción tales que ha hecho urgente un cambio fundamental de rumbo que restablezca la viabilidad del país al más breve plazo posible, encarando y resolviendo sus causas profundas, y proteja al resto del hemisferio de la coalición de cleptocracias que sostienen a la dictadura venezolana.

Ese cambio de rumbo fundamental requiere de elecciones presidenciales y legislativas libres, la liberación de los presos políticos, la relegitimación de los poderes públicos con estricto apego a la Constitución, y asegurar el financiamiento para realizar las inversiones necesarias para la recuperación de la viabilidad del país y restaurar simultáneamente la capacidad de compra de los venezolanos.

Ello a su vez exige una transición política dirigida a restablecer la plena vigencia de la Constitución, la de 1999 redactada por el propio presidente Chávez, esfuerzo que implicará también la profesionalización de las instituciones democráticas del estado venezolano, una tarea de largo aliento. Todo ello necesitará del activo y sostenido apoyo de la comunidad internacional democrática, así como del de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos.

I

Este libro es un homenaje a la memoria del profesor Pedro Nikken, quien me honrara con su amistad, y con quien participara, en momentos diferentes, en la tarea de ayudar a encarrilar a El Salvador en la vía de la recuperación exitosa de la paz y de la democracia después de una guerra civil cruenta de 11 años que dejó más de 100.000 muertos. Conocimos en ese proceso los mandatos, mecanismos y herramientas con

* Venezolano, abogado (UCV, 1971, Cours de Doctorat, Finances Publiques, Paris II). Secretario Ejecutivo de la Comisión Presidencial de Nacionalización del Hierro (1975-76), Embajador, Representante Alterno en Ginebra (1987-88), Subsecretario General de la ONU (Asuntos Económicos y Sociales, 1990-92), Jefe de las Misiones de Paz de la ONU en El Salvador (1994-95) y en Haití (1996-97), Alto Comisionado Adjunto de Derechos Humanos de la ONU (1998), Enviado del Presidente Interino Juan Guaidó a Dinamarca, y asesor para asuntos multilaterales (2019- 2021).

que cuenta la ONU para la organización de transiciones políticas difíciles, pero no había duda de que ambas partes de ese conflicto armado interno querían la paz, escarmentadas como estaban por la guerra que ninguna de ellas lograba decidir a su favor.

La gran diferencia entre el caso salvadoreño y el venezolano está allí. En el caso de El Salvador las dos partes beligerantes solicitaron la intervención de la ONU, mientras que en el caso de Venezuela ninguna de las dos partes –si aún se puede hablar de solo dos partes– ha hecho una solicitud formal pidiendo siquiera una intermediación de la organización. La dictadura porque parece mantener su proyecto de perpetuar la cleptocracia estalinista que construye siguiendo el modelo chino, mientras que la coalición democrática opositora dirigida por el Presidente de la Asamblea electa en el 2015, la última electa democráticamente, aún trabaja, con valor y con denuedo, en una estrategia y una hoja de ruta.

Conocí al profesor Pedro Nikken en París, en 1972, cuando preparaba en colaboración con el profesor Paul Reuter, y por instrucciones del canciller Zambrano Velasco, la posición de Venezuela en las negociaciones de delimitación de aguas marinas y submarinas en el Caribe con Holanda, Francia y los Estados Unidos. “Nuestra otra patria”, bautizó a los Países Bajos, a modo de chanza, por nuestros padres y apellidos holandeses. La familia Nikken –Pedro y su esposa Alegría, Claudia, su hija mayor, hoy reconocida jurista y profesora de Derecho Administrativo y Constitucional en Caracas, y Pedro Antonio, valiente periodista y ejecutivo de medios también residiendo en nuestra capital– había alquilado un apartamento en la Rue Xentrailles del XIII^{ème} Arrondissement, cerca del Panteón y de la Facultad de Derecho. En sus últimos años contó con el apoyo de Adriana Pulido, su esposa, colega multilateralista, amiga y gran dama.

Coincidimos nuevamente en Nueva York, con ocasión de las negociaciones sobre la paz de El Salvador, en el cuarto trimestre de 1991. Pedro participaba como asesor del Secretario General Pérez de Cuellar y de Álvaro de Soto, su representante en ellas. Quiso la suerte, además, que nos encontráramos en el mismo piso 37 del edificio sede de Naciones Unidas, en el que yo tenía mi oficina como funcionario de la Secretaría en un campo de trabajo distinto. No podía imaginar que, dos años más tarde, el Secretario General Boutros-Ghali me enviaría a San Salvador como su representante especial y jefe de ONUSAL (Misión de Observadores de Naciones Unidas en El Salvador), a facilitar y verificar el cumplimiento del Acuerdo de Paz en el que la contribución de Pedro Nikken había sido determinante. “Quienes hemos sido tocados por El Salvador”, solía decir para referirse a ese especial privilegio que compartíamos, y que éramos conscientes de que había sido una experiencia irrepetible.

De esta etapa ha quedado una obra colectiva de algunos de los actores de ese proceso, “De la guerra civil a la paz negociada”, compilada y editada en El Salvador por nuestros entrañables comunes amigos Román Mayorga, antiguo rector de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, UCA, la institución universitaria jesuita más importante de América Central y, para aquel entonces, embajador de El Salvador en Caracas, y Magda Granadino, Secretaria de Cultura de El Salvador. En ella, Pedro escribió uno de los capítulos centrales, el relativo a la negociación del Acuerdo de Paz.

Finalmente, en el curso de los quince primeros años del chavismo, coincidimos nuevamente en Caracas en una peña que armamos movidos por esa experiencia común, sin duda relevante para Venezuela. La integraba un conjunto de académicos, políticos, periodistas, historiadores, activistas de derechos humanos, y embajadores de la Unión Europea y de América Latina. Durante catorce años nos reunimos una vez al mes para compartir informaciones y analizar la situación del país, casi siempre

alrededor de un “pabellón criollo”. La gastronomía era uno de esos gustos que Pedro compartía y disfrutaba con todos sus amigos.

El periódico y distendido intercambio de información y de análisis no tenía otro objetivo que el de comprender dónde estábamos parados y hacia dónde intentaban llevarnos. Además, claro está, compartir un momento estimulante y agradable entre gente afín, y cada vez más preocupada por “el cielo encapotado que anunciaba tempestad”. Sin duda había mejoras esenciales y ya entonces impostergables que hacer para superar la pobreza y combatir la corrupción, que el anterior sistema político regido por la Constitución de 1961 no había podido resolver. Son dos tareas que van de la mano, y que eran precisamente los dos temas en los que Chávez concentraba su discurso en los primeros años de su gobierno. Su agenda, sin embargo, posiblemente ya era otra: nivelar a la sociedad por lo bajo empobreciendo a todos a extremos inauditos, excepto a aquellos dispuestos a hacerse cómplices y convertirse en herramientas de la opresión para imponer, sobre las ruinas de un país libertario a rabiar, un sistema marxista-leninista.

Muy pronto, por puro azar de los precios del petróleo, comenzaron de nuevo años de vacas gordas en los que Chávez se permitía, las más de las veces con leyes habilitantes, aprobar todo tipo de instrumentos legales inconstitucionales. El frenesí consumista que se desata en Venezuela cada vez que se dispara el precio del petróleo era la mejor cobertura para crear una legislación, que, si bien casi nunca se aplicaba en la práctica, le servía de termómetro para saber hasta dónde podía llegar. Le servía también de instrumento de intimidación para que sus estatizaciones y decomisos, verdaderas expoliaciones, y sus persecuciones políticas tuvieran un marco de legalidad formal que empujara a la emigración, sobre todo de la clase media.

Pedro Nikken nunca dejó de advertirlo, dentro y fuera del país, y en un esfuerzo por proteger y fortalecer nuestra débil institucionalidad democrática denunciaba y alertaba a los organismos multilaterales constitutivos del sistema interamericano y del global de derechos humanos de la estrategia de sometimiento y control total que había sido puesta en marcha. Asimismo, ayudó a fundar organizaciones no-gubernamentales que siguen cumpliendo hoy el mismo propósito, todo sin cortar la comunicación con algunos de los representantes emblemáticos del régimen que le merecían respeto.

Su voz autorizada siempre fue escuchada en los más altos niveles de decisión, tanto en América como en Europa, y su profundo conocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de su andamiaje institucional y de sus procedimientos, así como de sus actores, tanto los del sistema interamericano como del de Naciones Unidas, le permitía actuar en esos foros con brillo, contribuyendo además a su perfeccionamiento. Ello le valió el reconocimiento generalizado, más allá de las fronteras de Venezuela, como intelectual de peso comprometido de manera sobriamente militante y sostenida con mejorar la suerte de todos, especialmente la de los más vulnerables.

A ese esfuerzo de articular la acción de la sociedad civil y de los partidos políticos en favor de la defensa y promoción de los derechos humanos, columna vertebral de la gobernabilidad democrática consagrada en la Constitución, y que había que proteger con tino y determinación, lo llamaba “la conspiración por el bien”. En paralelo Chávez continuaba, sin prisa, pero sin pausa, cooptando los pilares institucionales cruciales de toda democracia, el sistema judicial y la Fuerza Armada, esta última con la eficaz colaboración del régimen cubano.

Esta política de socavamiento y sometimiento de instituciones enteras se hizo muy visible cuando en mayo de 2004 agregó doce magistrados, de su incondicional lealtad política, a los veinte que integraban el Tribunal Supremo de Justicia, cuyo control

absoluto comenzó a ejercer desde ese momento. Esa clara señal de que “la revolución vino para quedarse” además fue confirmada, y de qué manera, por el propio Chávez cuando ordenó el 1° de Diciembre del 2009 la detención, por televisión, de la Juez Lourdes Afiuni para someterla a las más torvas vejaciones que se le pueden infligir a una mujer que ha sido injustamente privada de su libertad por un régimen cruel.

El país entero, pero particularmente el sistema judicial, tomó nota con horror cuando la jueza tuvo oportunidad de contarle seis años más tarde. La agonía en vivo y en directo del Capitán de Fragata Rafael Acosta Arévalo cumpliría más tarde, bajo Maduro, el mismo cometido con la Fuerza Armada.

II

Hoy sabemos que ya desde 1999 estábamos ante un proyecto político totalitario y violentamente extra-constitucional que algunos llamaban simple e irresponsablemente “populista”, “autoritario” y “autocrático”, sin atreverse, con excepción de Jorge Olavarria y otros pocos, uno de ellos siendo Teodoro Petkoff, quien lo calificara más precisamente como de “vocación totalitaria”. Avanzaba lentamente porque Chávez aún disfrutaba de una popularidad avasalladora que le permitió completar su conocimiento del estado que le había tocado heredar, identificar a los que no eran comprables y cooptar “por las buenas” y con prebendas aún razonables a quienes se plegaban al “proceso”.

La gente tuvo mucha paciencia con Chávez, a pesar de que ya el 20 de Noviembre de 1999 “El País” titulaba “Chávez y Castro declaran un pacto con el mismo objetivo revolucionario”. Sin embargo, a partir de cierta línea la resistencia de la gente (“Con mis hijos no te metas”, por ejemplo) paraba el avance del proyecto inconstitucional con marchas multitudinarias que hacían temblar a Miraflores y a La Habana. Hasta que comenzó a matar a la gente que marchaba, con francotiradores y perdigonazos a corta distancia y a la cara de los manifestantes, por los antimotines de la Guardia Nacional Bolivariana.

En el curso de su plena y fructífera vida Pedro Nikken desempeñó responsabilidades y funciones que dan una idea del renombre del que disfrutaba dentro y fuera de Venezuela. Así, fue profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Comisión Internacional de Juristas, y socio del Escritorio de Abogados Brewer & Baumeister, uno de los más reconocidos de Caracas.

Pedro Nikken fue hasta el final de su muy productiva vida un participante activo y promotor de los encuentros y conciliábulos en que se tratara de encontrar una salida pacífica a la pretensión de imponer “por las buenas o por las malas”, como decía Chávez, un sistema totalitario a un pueblo profundamente igualitario y amante de la libertad, y hoy también antimilitarista. Los venezolanos siempre hemos sido epidérmicamente ariscos a cualquier manifestación de prepotencia.

Nikken expuso en una de las reuniones de nuestra peña, muy al inicio, una conclusión fundamental, evidente una vez que se ha formulado pero ignorada hasta entonces, y que con el tiempo tendría efectos de aún mayor trascendencia. En nuestro caso, afirmó, no convenía pensar siquiera en un “acuerdo de paz” o de “governabilidad” porque ya lo teníamos, y además había sido redactado por el propio Chávez, en la constitución de 1999. La nuestra es una constitución que consagra una democracia representativa, defensora y promotora de los derechos humanos, y por lo tanto lo que tocaba era insistir en la exigencia de su cumplimiento.

Esa constatación no era evidente en aquel momento de crispación y polarización en el que la Constitución aún no era reconocida casi unánimemente, como hoy. Ese reconocimiento surgió como consecuencia directa de la reforma constitucional rechazada por el pueblo en el referendo de diciembre del 2007, con la que Chávez pretendía imponernos un sistema totalitario calcado del cubano, en desmedro de la Constitución que él mismo había redactado y hecho aprobar solo ocho años antes.

Se abrió así un camino directo, expedito, que permitía, desde el inicio, identificar con toda claridad a los culpables de nuestra tragedia nacional. Facilitaba, asimismo, circunscribir cualquier negociación en los años venideros a la corrección de sus graves y reiteradas violaciones por el único victimario de la nación, el régimen de Chávez y de Maduro, que es uno solo, y que hoy está probablemente incurrido en crímenes de lesa humanidad, aunque pendientes de ser sustanciados por la Corte Penal Internacional.

Todo ello no deja duda alguna de que la enorme tragedia que hoy vive Venezuela tiene, desde el inicio, un culpable, el propio Chávez y sus sucesores, y una víctima, el pueblo, los venezolanos. Este paradigma ha quedado tan sólidamente anclado en la conciencia colectiva que, entre otras cosas, contribuyó, quizás de manera determinante, a la derrota de la propuesta de reforma constitucional mencionada, y a que el esfuerzo de Chávez de polarizar políticamente al país tuviera un pico en 2006-2007, justo antes de esa derrota.

A partir de allí comenzó a decaer en el 2008, después de la derrota que sufriera Chávez en el referendo sobre su propuesta de reforma constitucional de diciembre de 2007. Su propia base política le vio la costura “cubana” totalitaria a su intento y se abstuvo masivamente. Ya no quedaba duda de adonde nos quería llevar Chávez y su entorno, y también de que ya no había manera de convencer a los venezolanos de someterse voluntariamente, “por las buenas”, a un sistema totalitario. Sería “por las malas”, entonces, abriendo una etapa de desdibujamiento de la polarización política e ideológica y de surgimiento de la ya abierta confrontación entre una estructura criminal de poder, por una parte, y por la otra la de un pueblo desarmado y pacífico, pero ya consciente de a qué se enfrentaba.

Su derrota, causada por la abstención de más de 3 millones de sus propios votantes, demostró que buena parte de la base del chavismo ya había abierto los ojos, pero que el régimen aún no había depurado los instrumentos de incentivo, control social, presión y represión para obligar a votar. Ello no impidió que Chávez “lograra” poco después, ya de manera mucho menos limpia, la enmienda constitucional para su reelección indefinida, cosa con la que Dios, sin embargo, no estuvo de acuerdo. Al desconocer en los hechos, a partir de enero de 2008, el resultado del referendo de la reforma constitucional y comenzar Chávez a violar de manera cada vez más desembozada y cruel la Constitución y los Derechos Humanos, de hecho, decretó su propia deslegitimación, poco después declarada formalmente por la OEA y Almagro.

La otra gran consecuencia fue que los demócratas, tanto opositores como chavistas, hicimos nuestra la Constitución de 1999 y nos aferramos a ella como a un peñasco en medio de un mar embravecido. Eso generó, desde entonces, la primera y mayor fractura despolarizadora en ambos bandos, y producto de la cual se continúa consolidando una sensación de existencia de un centro moderado y tolerante en el que los desengañados del chavismo y los demócratas de siempre se hablan, incluso con cordialidad.

Esa sensación ha ido creciendo y confirmándose en la medida en que quienes continúan deteniendo el poder mediante una represión cada vez más desesperada y cruel no logran reimponer la polarización política a un pueblo democrático que ya se sabe

abrumadoramente mayoritario y apoyado por las grandes potencias democráticas. Los decepcionados del chavismo y los demócratas de siempre, lo dicen todas las encuestas, hoy se mantienen, desde hace años, en alrededor del 80% de los venezolanos en edad de votar. Es un gran aprendizaje nacional, pero que requiere de un liderazgo que lo acerque progresivamente, en una dinámica de optimismo y éxito, a la salida anhelada.

En El Salvador las negociaciones de paz –etapa a la que aún no hemos llegado en Venezuela– avanzaron más rápidamente cuando los moderados de ambos bandos comenzaron a entenderse mejor entre ellos que con sus propios extremistas. Fue el comienzo de la despolarización primero, y luego el de la reconciliación, procesos por los cuales las cúpulas suelen pasar antes que las bases, y que son indispensables a la hora de restablecer la gobernabilidad democrática, que siempre abarca todo el espectro político democrático que jura “cumplir y hacer cumplir la constitución”. Pero eso ya no era lo que buscaba Chávez, quien comenzó a imponer de “a pedacitos” su proyecto totalitario original, ahora por las malas, saltándose abiertamente la Constitución.

La violación continuada de toda la Constitución y de todos los derechos humanos de manera pública y notoria por parte de su principal redactor y propulsor, el propio Chávez, y luego por Maduro, generó consecuencias importantes, especialmente cuando este último fue identificado en el reciente Informe de la Misión Internacional independiente de establecimiento de hechos en la República Bolivariana de Venezuela (*Fact-finding mission*, doc. A/HRC/45/33), con Diosdado Cabello, Vladimir Padrino López y Néstor Reverol, como incursos todos en hechos probablemente constitutivos de crímenes de lesa humanidad. En particular, hizo insostenible que el Alto Representante Borrell y países muy respetables como Noruega, España y otros mantuvieran un apego casi dogmático a la tesis de la “equidistancia”, en la que ambas partes son tratadas en un pie de igualdad, cual si se tratara de una disputa entre contrincantes políticos en el fondo razonables y básicamente demócratas.

La “equidistancia” nunca fue una tesis aplicable en Venezuela porque Chávez desde muy temprano había decidido imponer un proyecto de poder, además totalitario, no el proyecto de nación contenido en la Constitución. Nos tomó algún tiempo reconocerlo, sin que la mayor parte de la clase política lo denunciara con todas sus letras, porque el ADN venezolano nos hace muy difícil extrapolar hechos y tendencias, siempre con la esperanza de que las cosas al final no serán tan graves como parecen. No contábamos con que los asesores cubanos habían sido formados por la KGB soviética y la Stasi de la RDA, y que ese era otro ADN muy diferente.

Hoy, si contamos desde Enero del 2008 cuando Chávez, seguido por Maduro y sus tutores cubanos pasaron a imponer “por las malas” su proyecto totalitario rechazado en el referendo sobre su proyecto de reforma constitucional, todas sus cada vez más graves violaciones de derechos humanos y de la Constitución, todas dirigidas a perpetuarse en el poder, han sido sustanciadas detalladamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por los Grupos de Expertos establecidos al efecto por la OEA, así como por los informes de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, Michelle Bachelet, como por los de su predecesor, Zeid Raad Al Hussein. Continuar practicando hoy la “equidistancia” en la práctica oxigena y cohonesta el proyecto totalitario y expansionista de Maduro.

Nuestros más importantes aliados en Europa y en el hemisferio occidental saben además que la “equidistancia” muy pocas veces resuelve de manera duradera las cau-

sas profundas de los proyectos totalitarios, menos si tienen el ingrediente principal de las cleptocracias modernas, la complicidad. Flaco servicio nos han hecho aquellos asesores que por simplismo o pereza mental promueven como dogma la imperiosa necesidad de no hablar de “buenos y malos” en la solución de conflictos como el nuestro, y en los que “los malos”, como casi siempre, son quienes además claramente tienen las armas y el poder.

III

Maduro probablemente perdió la elección presidencial del 2013, por un margen pequeño, pero suficientemente claro para que el chavismo, con las graves y crecientes dificultades económicas que se comenzaban a anunciar, pudiese concluir que ya no era posible ganar limpiamente elección alguna, escamoteando el intento de la oposición de convocar un referendo revocatorio y acelerando su mutación en estructura de crimen organizado con privilegios de estado soberano, que expide pasaportes, se sienta en la ONU, y controla el Consejo Nacional Electoral, el Tribunal Supremo de Justicia, y la Fuerza Armada.

Al bajar su popularidad a entre 20 y 25%, pasó también de una represión selectiva y personalizada a una generalizada, incluyendo disparos con munición viva sobre muchedumbres desarmadas que protestaban pacíficamente, pero que podían pasar a constituir una amenaza cierta de un momento a otro. No otra cosa son también las políticas económicas destinadas a envilecer la moneda y lograr un empobrecimiento masivo de toda la población, que incluye una dolarización traumática que afecta sobre todo a los más pobres y vulnerables, pero finalmente a todos los venezolanos, sin excepción.

Son políticas que, por primera vez en nuestra historia, llevaron finalmente al colapso del país mediante la desaparición casi completa del poder de compra de todos los venezolanos que no hubiesen protegido sus ahorros convirtiéndolos a tiempo en monedas duras o bienes durables, una ínfima minoría. Claramente identificado ya como el único culpable del gran desastre nacional, el régimen se vio en la necesidad de crear los “colectivos armados” primero y las FAES y sus OPL más tarde. Los ex-ciudadanos habíamos pasado a ser enemigos de la estructura criminal y del Estado que había secuestrado, empujando a emigrar a todos aquellos decididos a asegurar su sobrevivencia y la de sus familias. Otro objetivo de este éxodo provocado, probablemente inspirado por Cuba, era zafarse de los más revoltosos y crearles un problema a las democracias vecinas, en un acto de agresión continuada asimilable a los contemplados en el capítulo VII de la Carta de la ONU.

El continuo agravamiento de nuestra crisis, nuevamente hecha patente ante el mundo por la previsión de que al final de este año 2021 el chavismo habrá expulsado a 8 millones de sus connacionales de su patria, ha llevado a una viva discusión política y doctrinaria sobre la aplicabilidad, también en la OEA, del principio de la *Responsabilidad de Proteger* aprobada por la Cumbre de la ONU en 2005.

Las graves violaciones de derechos humanos de la parte final del sexenio de Maduro que comienza en el 2013 fue sustanciada muy claramente en julio de 2019 por el primer informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de la ONU, Michelle Bachelet, ex presidente de Chile y funcionaria de inobjetables credenciales democráticas y convicciones progresistas, de gran sensibilidad social, y, además, militante del Partido Socialista de Chile. En su informe, Bachelet no solo corona a Maduro de dictador, sino que acabó de golpe y porrazo con la solidaridad automática de una gran franja de la izquierda democrática europea y latinoamericana con dictaduras de extrema izquierda.

Nikken llegó a ver este parteaguas que aceleró el aislamiento internacional del régimen y reconoció, evidentemente, que aunque por una parte aceleraba su cuenta regresiva, por la otra creaba cambios estructurales que eran más difíciles de revertir. La pantera había sido arrinconada y ahora se defendía patas-arriba, porque el Estatuto de Roma, ratificado por Chávez, no permite la prescripción ni la amnistía de crímenes de lesa humanidad. Estrictamente, sin embargo, Maduro, ni ningún otro funcionario de su entorno, ha sido imputado por crímenes de lesa humanidad, lo que aun mantiene abierta la puerta para una transición electoral manejada por la comunidad internacional a través de sus organizaciones multilaterales competentes en materia de paz y seguridad. Son la Organización de las Naciones Unidas y la de Estados Americanos.

IV

La abstención masiva del electorado en la farsa del 6 de diciembre del 2020, y la alta e inesperada participación en la Consulta Popular que la siguió confirma que el 80% del electorado venezolano entiende la secuencia de procesos y eventos de destrucción conocidos, y sabe quiénes son los causantes, que no tiene miedo, sabiéndose mayoría, de hacerlo saber, pacífica y públicamente, y que asume esa actitud consciente de las posibles consecuencias.

Varias veces escuchamos a Pedro Nikken, con el rigor intelectual y ético que lo caracterizaba, preguntar al auditorio “Si todo conflicto armado interno siempre concluye en una negociación, ¿por qué no nos sentamos a negociar de una vez, sin pasar por la guerra?”. Claro que era sobre todo una *boutade* dirigida a los audaces y a los que sufren de una “testiculización del cerebro”, como los describía con su fina mordacidad.

A partir del fracaso de la mediación del Vaticano, lamentablemente entonces unido de manera indisociable al menos que perfecto desempeño de la oposición, pero que de cuyos peores efectos pudo salvarnos la lúcida y valiente carta del Cardenal Parolín a Jorge Rodríguez, y que mantuvo viva, *in extremis*, la columna vertebral de una agenda que, *grosso-modo*, se mantiene hasta hoy, hubo que al menos comenzar a sospechar que el régimen jamás entregaría el poder voluntariamente, porque sencillamente carece del menor reflejo democrático y, además, porque sus jerarcas ya entonces temían ser imputados por la Corte Penal Internacional. Conocían los actos punibles que ya entonces habían cometido, y probablemente también los que estaban dispuestos a seguir cometiendo para mantenerse en el poder.

De otra parte, hoy el hecho de que la gente se sepa una mayoría aplastante apoyada por las grandes potencias democráticas casi constituye una garantía de que no pasaremos por una guerra, especialmente si a la cúpula de la cleptocracia y a sus familias se les permite vivir exilios con cierta seguridad, después de haber cumplido penas no excesivamente largas, pero que sí conlleven la inhabilitación política, y se condicione ese muy importante beneficio al reembolso del grueso de los dineros robados, que buena falta hará a la reconstrucción de esta nación postrada. Después de la entrada en vigor del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002 es claro que este sea uno de los dos o tres capítulos cruciales de cualquier transición negociada, aún posible.

También sabemos que después de más de 20 años en el poder la huella totalitaria que marca al país no desaparecerá con la celebración de elecciones presidenciales libres, transparentes y verificables, como reza el ritornello de la oposición democrática. Aunque Pedro Nikken ya no presenció el nombramiento inconstitucional del espurio “nuevo CNE” por el igualmente espurio Tribunal Supremo de Justicia, pienso que hubiese reafirmado su opinión de que ante semejantes ultrajes no cabía otra salida pacífica que la de una transición acordada en el Consejo de Seguridad de la ONU,

siguiendo la exitosa experiencia salvadoreña, que combinó elecciones supervisadas muy de cerca por la ONU, con resultados protegidos por una misión de paz, también de la ONU, desplegada en todo el territorio nacional por el tiempo que fue necesario para borrar esa huella militar arbitraria y construir instituciones democráticas modernas y eficaces, promotoras y protectoras del estado de derecho.

Ese “tiempo necesario” puede ser de entre siete y doce años, si tomamos como referencia la experiencia de El Salvador, que duró siete. Está entre comillas porque, apenas electo Secretario-General, Boutros-Ghali, a la pregunta de por cuanto tiempo más se extendería la permanencia de ONUSAL en el país respondió “por el tiempo que sea necesario”. Ese mensaje fue recibido por todos los actores de esa transición. La expresión “de esto no salimos solos” responde a todo lo que se ha visto y vivido en estos veintiún años.

La permanencia de la ONU en El Salvador ayudó de manera determinante a completar la reingeniería del estado prevista en el Acuerdo de Paz, a cuyo diseño contribuyó Nikken de manera tan determinante, como ya se ha mencionado, para transformarlo de uno de plastilina en manos de la corrupta Fuerza Armada de El Salvador, en otro, promotor y protector de la democracia, de los derechos humanos y del estado de derecho.

Los demócratas salvadoreños lograron, de la mano de la ONU, crear un proyecto de nación y un estado al servicio del ciudadano, y aunque tomó tiempo, hoy su país ha resistido exitosamente a intentos de desviación autocrática desde la izquierda y la derecha. *Mutatis mutandis*, a pesar de la diferencia de tamaño, las razones que llevaron a los dos países a enfrentar tragedias casi idénticas también son prácticamente las mismas.

El mandato y la experiencia de la ONU comprende un número significativo de países que se han beneficiado del diseño, negociación y puesta en práctica de procesos ordenados de transición política y construcción de instituciones democráticas que han permitido dejar atrás estructuras criminales de dominio y sometimiento. Se le ha devuelto así a naciones enteras su libertad y su futuro para desarrollarse en democracia, y los ejemplos exitosos están allí, son El Salvador y Guatemala, pero también Namibia, Kampuchea, Timor Leste, Angola y Mozambique, entre otros.

Pedro Nikken fue el principal redactor del Acuerdo de Paz de El Salvador, y también redactor del Acuerdo de San José de Derechos Humanos, mediante el cual se estableció, entre otras cosas, la Misión de Naciones Unidas de Observadores en El Salvador (ONUSAL), en un inicio con un mandato limitado a la protección de los derechos humanos. Con su fuerte mandato de acceso irrestricto, a toda hora y en cualquier parte, esa Misión, observadora en un inicio y luego facilitadora y verificadora del cumplimiento de lo acordado, generó la esperanza fundada de que la negociación ya no tenía retroceso. También generó más tarde la estabilidad y la confianza en el restablecimiento de una viabilidad nacional fundamentada en instituciones democráticas de buena calidad, que consolidaban una dinámica de éxito que nunca decayó y que hay que tratar de mantener viva sobre la base de un libreto acordado por ambas partes con la comunidad internacional, provista de los mecanismos y recursos necesarios para lograrla, claro está.

V

La Carta de la ONU se fundamenta, como sabemos, en el principio de la seguridad colectiva y en el respeto de los derechos humanos, así como en la promoción de la democracia basada en el hecho de que los países democráticos rara vez inician una guerra de agresión. Ello a su vez ayuda a identificar otra verdad, la de que las

violaciones sistemáticas de derechos humanos suelen anunciar conflictos armados, internos e internacionales, transformándose en un sistema de alerta temprana hoy reconocido por el Consejo de Seguridad. Reconocimiento especialmente doloroso después de que ignorara los signos precursores de la masacre de los Tutsis en Ruanda, señalados por el Relator Especial Bakre N'Diaye (amigo de Pedro y de quien escribe) ocho meses antes de que ocurriera.

Es lo que en buena parte explica el éxito del multilateralismo y de todo el sistema de Naciones Unidas, cuya existencia damos hoy por descontada, pero que representó un salto cualitativo frente al anterior sistema, preponderante y generador de guerras, que fue el de las zonas de influencia. Basado en el respeto a la soberanía y en la solidaridad entre las naciones, el multilateralismo fue la respuesta de los aliados en 1945, sobre todo de los Estados Unidos, ante el fracaso de la Sociedad de Naciones y la incapacidad de corregir sus debilidades. Como sabemos, la tentación de las zonas de influencia (y de repartirse el mundo), una especie de ley de la selva de los más grandes y más fuertes a imponer su fuerza y, en definitiva, sus apetitos expansionistas, tampoco es que haya desaparecido del todo. Ver Ucrania y Georgia, por ejemplo, pero hacer valer los principios y las instituciones del multilateralismo también es más fácil cuando una nación vecina de una de las fundadoras democráticas de la ONU es usada como base para un proyecto de desestabilización continental.

La gobernabilidad democrática, por otra parte, es un acto de permanente equilibrio político y económico, mucho más cuando una corta experiencia en su ejercicio no ha creado aún ni los valores ni el bienestar generador de un mínimo de estabilidad social y política, y mucho menos los valores y reflejos condicionados presentes en viejas democracias como la británica, la holandesa y las escandinavas, y también, guardando las distancias, la venezolana. Por esa razón la Carta de las Naciones Unidas también dedica buena parte de su contenido al desarrollo económico y social y a la protección y promoción de los derechos humanos, todos ellos elementos indispensables para la promoción de la democracia y, por ende, para el mantenimiento y consolidación de la paz y la seguridad internacionales.

El trabajo cotidiano, en el mundo entero, de las agencias especializadas del sistema de Naciones Unidas en los campos de la salud, la educación, el trabajo, el hábitat, el comercio y su facilitación, los derechos humanos, el ambiente, la agricultura, la industrialización, la energía nuclear para usos pacíficos, el comercio y desarrollo, y que incluyen al Banco Mundial, al Fondo Monetario Internacional y al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, traduce ese postulado de la Carta en apoyo concreto. No en balde estuvo en el cuerpo y en el espíritu del Acuerdo de Paz de El Salvador, y le tocó a ONUSAL coordinar su ordenada contribución al proceso de cumplimiento.

Nikken, como defensor de los Derechos Humanos que era, siempre tuvo muy presente, tanto en su obra escrita como en su quehacer profesional, que los derechos humanos, la gobernabilidad democrática, el crecimiento y desarrollo económico y social, y la paz constituyen un todo inextricable de causas y consecuencias que actúan simultáneamente, haciendo de la gobernabilidad democrática casi una forma de arte que requiere del concurso de todos. Es por ello que la ONU tiene siempre tan presente la tarea inicial central de asegurar la resolución de las “causas profundas” (“*root causes*”) generadoras de ingobernabilidad y conflicto, siempre costosas en términos de pérdida de vidas humanas, y de destrucción de valores, sociedades, e infraestructura, y sin cuya solución lo demás que pueda acordarse en la forma de acuerdos parciales siempre reposará sobre bases muy frágiles.

Ello cobra particular importancia a la hora de evitar una guerra logrando una salida negociada, pacífica, antes del conflicto, a través de la diplomacia preventiva, como también la imperiosa necesidad de proteger lo logrado creando, reformando, consolidando y dejando en funcionamiento instituciones democráticas sólidas, profesionalizadas, inmovibles ante la corrupción y los demás intentos de minar el estado de derecho. Solo así puede tenerse la seguridad de haber hecho todo lo necesario para evitar la recurrencia de situaciones que pongan nuevamente en riesgo la democracia y la paz. Es para la ONU un reto en el que se juega su credibilidad, y que trata por todos los medios de cumplir cabalmente.

La diplomacia preventiva es una herramienta muy utilizada, con éxito, en el Consejo de Seguridad, sin que sea noticia en ese caso porque el éxito ha pasado a constituir la regla porque es el mandato, la razón de ser de la organización. Cuando no logra contener o resolver la controversia entonces sí es noticia, sobre todo para aquellos que son los actores principales y los que deben cargar con la culpa de una guerra siempre evitable.

Las posibilidades de un tercero de buena fe, como el Secretario-General Guterres, son evidentemente mayores que las de las partes a la hora de tomar iniciativas y articular estrategias, capacidad que hay que mantener y proteger. Por otra parte, el éxito siempre debe adjudicarse siempre a las partes del conflicto que se ha superado, que son quienes deben enfrentar un electorado. Kofi Annan y todos los Secretarios-Generales siempre han practicado la diplomacia preventiva, pero repito, los éxitos poca vez son noticia, excepto en los países que se benefician de ellos, y no siempre. Prevalece la narrativa que se regodea en el fracaso, muchas veces a partir de clichés políticos preconcebidos.

Dentro de esta continuidad tendiente a ampliar cada vez más el ámbito de aplicación de la Carta, actuando la ONU desde hace ya más de treinta años en la solución de conflictos internos, fue Annan el creador del concepto de la Responsabilidad de Proteger (*R2P*, del inglés *Responsibility to Protect*), que con el cumplimiento de ciertos requisitos exige la intervención armada multilateral para ponerle coto a masacres y otras brutalidades inaceptables desatadas por tiranos y regímenes dictatoriales sobre pueblos indefensos. A Annan lo movía sobre todo la masacre de los Tutsis en Ruanda, experiencia que lo marcó cuando dirigía el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de Paz de la ONU, y que constituyó una prueba fehaciente más de que ante brutalidades de dictaduras particularmente crueles es poco o nada lo que pueden hacer pueblos indefensos para hacerlas cesar. Sin embargo, contemplar su desenlace con los brazos cruzados se ha vuelto insostenible ética y políticamente en la sociedad global interconectada que vivimos.

La narrativa hoy francamente anacrónica de la “No injerencia en asuntos internos” favorece y es esgrimida, sobre todo, pero no solamente, por las tiranías interesadas en perpetuarse en el poder, una meta que se ha hecho más difícil alcanzar después de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma y de la creación de la Corte Penal Internacional (CPI). La gravedad creciente de tragedias como la nuestra y la perspectiva, hoy más lejana pero siempre presente, de un conflicto armado interno, muy probablemente llegue a consagrar también algún día a la Responsabilidad de Proteger (R2P) como principio de obligatoria aplicación cuando gobiernos que habiendo mutado en estructuras criminales incurran en conductas asimilables a crímenes de lesa humanidad y se nieguen a cumplir con sus propias constituciones, conculcando el derecho a elecciones libres, transparentes y verificables con observación internacional calificada, que es la vía civilizada de ponerles fin. Es evidente que ello deba conllevar la perspectiva de medidas que le resulten inaceptables a los victimarios, pero también

otras que le resulten lo suficientemente atractivas como para que la combinación de las dos cosas los lleve a entregar el poder con fecha fija.

VI

Vetar una resolución que pide elecciones para evitar un mal mayor, una eventual guerra civil, por ejemplo, es un fardo muy pesado de cargar en el mundo interdependiente de hoy. La potencia que se atreva a hacerlo deberá con toda seguridad enfrentar las inevitables retaliaciones de todo un continente, y de más allá. Su costo político y económico podría llegar a ser enorme.

Putin, por otra parte, parece haber entrado en un proceso de debilitamiento que bien podría ser terminal y que lo obligue a concentrarse en consolidar lo que ha logrado, que es considerable. Abstenerse en una resolución que lo único que pide son elecciones libres, la entrada de la ayuda humanitaria, y una transición ordenada que estabilice al hemisferio occidental, y que se le atribuiría en buena parte a él, le debería resultar muy atractivo como colofón consolidador del regreso definitivo de Rusia al escenario mundial. China y Xi tienen ambiciones expansionistas que persiguen de manera más moderna, con mucho más dinero y también más tiempo, y probablemente no será la potencia que decida hacer fracasar una salida electoral y pacífica que le haga correr el riesgo de enemistarse con toda América Latina.

Habrá, sin embargo, quien argumente que ello solo se logrará el día en que los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad sean todos democracias defensoras del estado de derecho, muy por encima de su condición de grandes potencias militares detentoras también del arma nuclear. Asimismo, demandaría que hayan logrado extirpar de sus conciencias nacionales los dos grandes demonios de la gobernabilidad democrática, a saber, el nacionalismo y el populismo, no pocas veces acompañado del dogmatismo totalitario. No necesariamente tendrían que reunir este largo catálogo de condiciones, pero no hay duda de que, si los cinco miembros permanentes fuesen todos democracias, las resoluciones aplicando el R2P con este objetivo tendrían consecuencias muy benéficas para toda la gobernanza global. Ese día llegará.

El peso ético y político de la R2P solo puede hacerse valer formalmente en el marco del Consejo de Seguridad, de la misma manera que las graves violaciones de derechos humanos, que, con razón, constituyen un sistema de alerta temprana de inestabilidad política y de posibles conflictos armados, como hemos visto más arriba en otro contexto. Igual, aunque no se fundamente nuestro inevitable programa multilateral de transición a la democracia en la Responsabilidad de Proteger, la gravedad de nuestra crisis y la necesidad de su pronta y duradera solución lo hacen imposterable. En todo caso los hechos que subyacen a nuestra crisis claramente, sin decirlo, configuran un caso de *R2P*, y me atrevo a decir que es también una necesidad política para la nueva administración Biden, porque no sería del todo coherente iniciar la tarea de resolver conflictos allende los mares sin encontrarle solución a la crisis cada vez más peligrosa que amenaza la paz de su propio hemisferio.

Son muy loables los esfuerzos del Secretario General Almagro y de Jared Genser de integrar la Responsabilidad de Proteger también dentro de las alternativas aplicables por la OEA para restablecer la democracia en los países de la región, y el razonamiento del párrafo anterior es perfectamente aplicable a nuestro hemisferio y a la OEA, si decidiera dotarse de ese valioso instrumento, ojalá más pronto que tarde. Podría tomar la forma de un Protocolo Adicional de la Carta Democrática Interamericana.

Otras organizaciones regionales podrían, más bien deberían, imitar estos esfuerzos de fortalecer sus mandatos de alerta temprana y diplomacia preventiva que logren

mantener la paz y el desarrollo en democracia, dotándose también de mecanismos prácticos de aplicación casi automática del principio de la Responsabilidad de Proteger, el mundo se haría un lugar más seguro.

Por lo pronto la extraordinaria gravedad que ha adquirido nuestra tragedia nacional, lo que representa la coalición internacional que la mantiene viva, y la amenaza que representa para Colombia puede y debe servir para que, de ser necesario, el Consejo de Seguridad imponga elecciones libres, transparentes y verificables, y también desplegar, además, una misión de paz para supervisar y proteger su celebración, el respeto de sus resultados, y la contención y profesionalización de las instituciones del estado actualmente cooptadas por la cleptocracia dominante.

Esa misión de paz también serviría para apuntalar la capacidad del nuevo gobierno democrático, y del nuevo parlamento, de ejercer sus atribuciones constitucionales plenamente, y además coordinar la ayuda internacional para la recuperación del país. Así generaría un entorno de seguridad jurídica y de estabilidad social y política conducente al retorno de la diáspora y de los capitales nacionales, internacionales y multilaterales, así como a la construcción de instituciones democráticas sólidas, de buena calidad. Y aceleraría la recuperación de Venezuela, halada por las dos o más elecciones celebradas bajo la égida de la ONU y de la OEA, y empujada por la ingente inversión de recursos financieros y humanos. Sería un verdadero nuevo comienzo democrático y constitucional, y un gran aporte de la solución de la crisis de Venezuela al fortalecimiento de los mandatos y de la credibilidad de los organismos multilaterales de paz y seguridad, la ONU y la OEA.

El tiempo tampoco juega a favor de una nueva Venezuela democrática, por la emigración masiva cuyo regreso deberá asegurarse pronto si no ha de echar raíces en los países que generosamente la han acogido. Eso exige un corte claro y pacífico que resuelva la causa profunda de nuestra desgracia nacional y proclame un nuevo comienzo verdaderamente democrático, con un estado de derecho justo y eficaz.

VII

La reconciliación en nuestro caso probablemente no tomará demasiado tiempo, sobre todo por la mutación que ha sufrido el proyecto de poder de Chávez, al pasar de un proyecto político que bajo su nombre original de “Socialismo del Siglo XXI” había inicialmente generado una cierta esperanza en los más pobres, a hoy albergar a la dictadura incompetente, codiciosa y cruel rechazada por la gran mayoría de los venezolanos. Ha pasado de ser un proyecto legítimo de nación a uno ilegítimo de poder, además expoliador y cruel, desde enero del 2008.

Por otra parte, vetar una resolución fundamentada en la realidad incontrovertible de la R2P, ya esencialmente sustanciada además por todos los órganos competentes de la ONU, aunque ni siquiera se mencionen las tres letras que la identifican, y que en nuestro caso lo único que solicita es la celebración de elecciones transparentes, libres y verificables, la entrada irrestricta de la ayuda humanitaria, la liberación de los presos políticos, y la relegitimación de los poderes públicos, conllevaría un alto costo político para Rusia y China. No solo ante toda América Latina y Europa, sino también ante un nuevo gobierno estadounidense decidido a restaurar el papel tradicional de los Estados Unidos como “Faro de la Democracia” (*Beacon of democracy*), el respeto de las reglas internacionales, la oposición al uso de la fuerza para adquirir territorio, y bajar tensiones.

Claro que tampoco ahora faltarán las voces agoreras de siempre alegando eventuales vetos y demás dificultades, y todas son buenas para justificar el inmovilismo.

Porque es verdad que, aunque hemos logrado grandes avances, también hemos acumulado unos cuantos fracasos, algunos un tanto imperdonables por decirlo amablemente, comenzando por nuestras divergencias internas. La no utilización de capacidades existentes, como el Consejo de Seguridad, creado exactamente para estos casos, constituiría una conducta gravemente negligente, en el mejor de los casos. ¿Qué perderíamos en caso de no tener éxito?, Pues absolutamente nada, más bien serviría para poner de relieve fallas que requieren de una corrección y de un aprendizaje, y se habría hecho evidente que hemos ensayado todas las posibilidades.

“La prueba del pudín consiste en probarlo”, se dice en inglés. La magnitud de nuestra desgracia nacional requiere de soluciones nuevas y de mucha creatividad. No le temamos al fracaso, ni comencemos a negociar con nosotros mismos, porque suele llevar al inmovilismo. “Un hombre creativo, Pedro Nikken”, le escuché decir con admiración a Javier Pérez de Cuéllar, y es que la creatividad es la más alta forma de inteligencia, pero en política solo se manifiesta cuando está al servicio de una causa justa que obliga a la concentración de la mente. Es nuestro caso, tenemos que transitar todos los caminos, tocar a todas las puertas y mirar hasta debajo de las piedras en busca de la manera de restablecer la democracia y la libertad.

VIII

Cambiarle el rumbo a un país tan rico, apetecible y sometido por fuerzas criminales como lo es hoy Venezuela, no será fácil pero bien vale todas las eventuales derrotas que aún puedan esperarnos, si al final logramos nuestro objetivo de contribuir a su liberación encarando, con determinación, pero también con magnanimidad, las causas profundas de su postración.

El principal motor que obliga urgentemente a una solución, con o sin el gobierno interino -vale la pena también insistir en ello - es la gravedad de la crisis que destruye a Venezuela expulsando a sus hijos, y que, habiendo atraído ya, cual aves de carroña, a potencias extracontinentales que amenazan con ampliar la incipiente cabeza de playa que han establecido en nuestro país, en efecto hagan uso de su capacidad de hacerlo extendiendo su influencia, control y/o dominio al resto del continente.

Basta con extrapolar las tendencias actuales para concluir que un escenario como el descrito se hará realidad de permitirse su continuación. Eso simplemente no es aceptable ni ética ni políticamente cuando todos los supuestos de hecho que configuran la Responsabilidad de Proteger están presentes en el caso de Venezuela, y su corrección se encuentra además perfectamente alineada con los intereses geoestratégicos de nuestros grandes aliados democráticos. Ya no hay tiempo para divergencias internas, ni para actitudes parsimoniosas, y la participación activa de nuestros aliados democráticos de América, Europa y Asia en todo el proceso que lleve a nuestra liberación se ha hecho absolutamente imprescindible.

Abandonar hoy a Venezuela en manos de estas fuerzas antidemocráticas y expoliadoras sencillamente no puede, ni debe ser una opción. El momento de actuar de manera política, multilateral y efectiva, dentro y fuera del Consejo de Seguridad, con claridad de objetivos, determinación y generosidad, es ahora. Tanto porque el sufrimiento y la destrucción que causa cada día esta crisis así lo exige, como porque nunca nuestras posibilidades de éxito han sido mayores, ni probablemente vuelvan a serlo.

En el exilio, 27 de febrero de 2021.

CÓNCHALE, PEDRO

Ignacio Avalos Gutiérrez*

En Venezuela, el diálogo sigue siendo imprescindible, como nunca antes lo fue. Es volver a la política, según lo han señalado muchos, luego de haberla temerariamente ignorado desde hace demasiados años. Es entender que ejercer el poder en una cultura democrática implica, en primer lugar, promover la convivencia en medio de desacuerdos y contradicciones, sin ignorarlos ni suprimirlos. En suma, confiar en que para eso sirve la palabra.

I

Resulta Imprescindible, así pues, para intentar ser un país más cohesionado, mejor cosido. Que sepa convivir en medio de diferencias y conflictos, que sepa tragarlos y digerirlos, convertirlos, incluso, en nutrientes democráticos. Que sea capaz de acordar los pactos básicos que le den a todos sus habitantes la imprescindible convicción de vivir en una misma sociedad, de ser parte de un nosotros perdurable, ligado a un futuro compartido.

En suma, es urgente echar mano del entendimiento para dejar de ser el país políticamente roto que ahora somos. En otras palabras, reivindicar a la política como esperanza de convivencia para lograr un acuerdo nacional. Y quienes tienen la principal responsabilidad de trabajar con ese propósito no pueden convertir la negociación en una lucha por el poder. Qué habrá que esperar, entonces, nos preguntamos todos, para construir el espacio en el que quepamos todos, sin sucumbir a la ficción política de que el otro no existe ni cuenta. Seguramente el costo será muy alto (ya lo es) si nuestras élites políticas continúan ignorando la aspiración del 90 por ciento de los venezolanos.

II

La crisis nacional no se puede intentar resolver de cualquier manera. Los acuerdos necesarios para superarla solo pueden nacer del diálogo, que, según lo indica el

* Sociólogo egresado de la Universidad Central de Venezuela. Profesor en la Facultad de Economía y Ciencias Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Consultor en el área de políticas públicas y gestión del desarrollo científico y tecnológico. Ex-Presidente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT) (1994-1999). Líneas de investigación: Política científica y tecnológica, sociología de la ciencia, economía de la innovación.

sentido común político (escaso, por cierto, en el país de estos tiempos), supone la identificación de los límites del espacio común, reconociendo al otro y regulando las diferencias que separan. El fracaso en el diálogo es derrota para todos. Hay, pues, que recuperar la conversación política tras dos décadas sin tenerla y sin creer que la necesitábamos. Regresar a la palabra, sabiendo que no hay otro invento a la vista para coser la vida nacional. Y, plagiando a Perogrullo –algunos dirán que en su versión más ingenua–, su trasfondo no debe ser la disputa por el poder, sino resolver el drama que vive la mayoría de la población.

III

Tal como se encuentra planteada la ecuación política venezolana, no pareciera haber solución si no se opta por la vía electoral. Hay, así pues, que realizar unas elecciones cumpliendo con los requisitos debidos y bajo la responsabilidad de un arbitraje institucional confiable que, es bueno advertirlo, incluye la imparcialidad de otras instituciones públicas, más allá de la del CNE.

Acordando unas votaciones se habrá cumplido, entonces, con una condición necesaria, más no suficiente para encarar la crisis política y comenzar a despejar el camino que permita ir la desenredando en sus otras múltiples y espinosas dimensiones. Es así porque la democracia no se fundamenta solo en la agregación aritmética de preferencias traducidas en sufragios, sino en una cadena interminable de eventos que implican la deliberación necesaria a fin de aterrizar en consensos que sustenten el entendimiento social.

IV

Me paseo por el país y sus apuros, lamentando el fallecimiento, hace unos días, de Pedro Nikken. Lo hago pensando que en el actual contexto venezolano hará mucha falta por su larga y exitosa experiencia en procesos de negociación llevados a cabo en otros países y por su formación jurídica, especialmente en el campo de los derechos humanos. Que hará falta por su casi infinita capacidad de conciliar y por su incansable aguante para el trabajo no obstante su estado de salud. Por haber sido un militante obsesivo y efectivo en la búsqueda de una salida pacífica que pusiera fin a los serios aprietos en los que se encuentra nuestro país. En fin, lo hago pensando que hará mucha falta para enderezar esta sociedad tan embrollada, cada vez más áspera, regida por la disputa en casi todos sus ámbitos.

Además de los anteriores, Pedro Nikken dejó muchos motivos para recordarlo, entre ellos su lucidez y su dignidad, su talante bondadoso y generoso, cualidades de las que podemos dar testimonio quienes en distintas circunstancias y por diferentes motivos trabajamos con él.

Cónchale, Pedro, que mal momento escogiste para irte.

El Nacional, 13 diciembre 2019.

PEDRO ANTONIO NIKKEN BELLSHAW
(1945-2019)

Oswaldo Álvarez Paz

Pedro ha sido una de esas personalidades cuya memoria vale la pena conservar. Muy merecido el homenaje que le rinde la Academia de Ciencias Políticas y Sociales al patrocinar esta obra. Pedro ingresó a ella en 1997 cuando ya tenía una impresionante trayectoria en el mundo político y jurídico, tanto nacional como internacional.

Nos conocimos siendo muy jóvenes ambos. Pedro era dirigente de la Juventud Revolucionaria Copeyana en Caracas, operando desde la Universidad Católica Andrés Bello –UCAB– cuya Facultad de Derecho funcionaba a dos cuadras de la sede Nacional de COPEI ubicada en el Centro, entre las esquinas de Mercedes y Mijares.

Recuerdo el evento nacional de la Juventud Revolucionarias Copeyana –JRC– en 1965. Fui convencido por Álvaro Páez Pumar, para entonces Secretario Juvenil Nacional, para que lo acompañara en su intento de reelección, integrándome a su fórmula como candidato a Subsecretario. Unas semanas antes yo había rechazado las sugerencias de algunos dirigentes ubicados en el sector Astronauta, como le decíamos entonces a uno de los grupos internos de la época y también del equipo del Grupo Miranda, para que me presentara en ese Pleno Nacional como candidato a la Secretaría Juvenil Nacional. Para entonces yo era el jefe de la JRC en el Estado Zulia, presidente de la Federación de Centros Universitarios de la Universidad del Zulia y también integrante del equipo fundador de los que sería después la Democracia Cristiana Universitaria –DCU– Para ese entonces estaba próximo a graduarme de Abogado y también tenía comprometido mi tiempo con el trabajo de escribiente en el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

Sin embargo, fue tan intensa la presión que en el antes citado Pleno Nacional Juvenil acepté la propuesta de Álvaro plenamente consciente de las enormes dificultades electorales internos existentes y los problemas por venir relativos a mis actividades de entonces. Mientras Álvaro profundizaba su labor proselitista con los delegados de todo el país, me correspondió elaborar la plancha de candidatos que, de ser electos, integrarían la nueva dirección nacional de la JRC. Pedro Nikken fue mi principal colaborador en esta tarea.

Nikken con dos K me dijo, cuando iba a escribir su nombre entre los aspirantes. Álvaro y yo fuimos derrotados, creo que por un voto, por la fórmula integrada por

Abdón Vivas Terán y Rubén Darío González del grupo de los llamados Avanzados de entonces. Nosotros éramos de los Araguatos, así llamados por ser fieles a la dirección nacional del partido. Sin embargo, todos los integrantes de nuestra plancha resultaron elegidos individualmente. Entre ellos, por supuesto Pedro Nikken, con dos K.

Yo regresé a mis actividades en el Zulia. Además de encuentros circunstanciales para asuntos muy concretos tuvimos poco contacto. Pronto eso cambiaría radicalmente.

El día 6 de junio de 1966 se recibieron múltiples llamadas de Rafael Caldera en mi oficina, en mi casa y en casa del doctor Nectario Andrade Labarca, jefe del COPEI zuliano y decano de la Facultad de Derecho. Me pedía que me trasladara con urgencia y compulsivamente a Caracas. Yo no sabía de qué se trataba. Ya estaba graduado y en pleno ejercicio de la profesión de abogado. Ese día, tal como se me “ordenaba”, viaje a la capital, directamente desde Maiquetía a la Casa Nacional. El ambiente estaba muy tenso. En pleno apogeo aquello de Avanzados, Astronautas y Araguatos. Antes de entrar vi a Pedro Nikken quien se me acercó afectuosamente y nos fuimos a la famosa arepera de la época “Entra y verás” ubicada en la acera de enfrente. Allí me explicó detalladamente lo que sucedía. El Comité Nacional del partido había destituido ese día a Abdón y a Rubén Darío y esperaba para juramentarme a mí como Secretario Juvenil Nacional y a Pedro como Subsecretario.

Ese día se profundizó una intensa relación personal que fue mucho más allá de la política. Nos integramos plenamente. Juntos recorrimos varias veces todo el país, sus Estados y Municipios, con especial dedicación a aquellos que eran sedes de institutos de educación superior.

La casa de la familia Nikken se convirtió en una especie de sede alterna especial para el Directorio Nacional Juvenil y, especialmente, para la dirección universitaria de la Universidad Central. Dos o tres veces a la semana almorzábamos allí unos cuantos. Inolvidables tanto el viejo Petrus como, sobre todo, la señora Rosita, anfitriona de lujo durante algo más de dos años.

Esta parte de la historia terminó en abril de 1968. Fuimos derrotados por muy pocos votos en la V Asamblea Nacional de la Juventus Revolucionaria Copeyana, celebrada en San Felipe, capital del Estado Yaracuy. Regresamos a Caracas con el sabor de la derrota y sin tener claridad sobre lo que sería nuestro futuro. Además de nosotros dos también viajaban en la camioneta, Luis Betancourt líder universitario y María Eugenia Espinosa Roncajolo, la Cuchy, con quien ya tenía sólido compromiso matrimonial.

En conversaciones personales y muy privadas intercambiábamos ideas y opiniones sobre qué hacer con nuestras vidas. Pedro Nikken se graduó ese año de abogado y tenía una estrecha relación con el doctor José Alberto Zambrano Velasco, quien también era peso pesado en la Universidad Central.

Pedro resolvió desligarse progresivamente de la actividad política y dedicarse, cada vez con mayor intensidad, a la parte académica y docente. También al ejercicio profesional. Sus éxitos están a la vista. Yo, por mi parte, me deslinde de la actividad juvenil y me integré plenamente al partido y a la candidatura de Rafael Caldera quien resultó elegido Presidente de la República en diciembre de ese mismo año. También, en esa misma elección, fui elegido como diputado al Congreso de la República por el Zulia, iniciando así el primero de mis cinco períodos consecutivos en la Cámara.

Aunque el contacto personal no era tan intenso como antes, en las décadas por venir tuvimos encuentros ocasionales, pero siempre gratos e importantes. Como parlamentario, siempre en posiciones protagónicas, tuve que cumplir muchas misiones.

El inolvidable maestro Arístides Calvani, las calificaba como abiertas unas, discretas otras y secretas las más importantes y delicadas. Algunas de estas últimas estuvieron vinculadas a Cuba y Centroamérica, con especial atención a los conflictos graves de El Salvador y Nicaragua.

Pedro estuvo enterado de todo. Fue un extraordinario asesor y consejero en esta etapa. También en mis años como Gobernador de Estado Zulia, en compañía de algunos de sus compañeros de Escritorio. Con relativa frecuencia yo acudía a él buscando luces y orientación que siempre me brindó. Ambos mantuvimos siempre mucha discreción, especialmente en lo relativo a los procesos de Paz y a todo lo relativo a lo que significó Contadora.

Son muchas las anécdotas y referencias que podría mencionar, pero siento que son innecesarias. Este libro habla por sí sólo. Cuchy y yo siempre estuvimos muy preocupados por la salud de Pedro en esta última etapa de su vida. Un pequeño grupo de amigos íntimos procurábamos almorzar una vez a la semana, en la medida de lo posible. Alternamos las sedes de los encuentros en nuestras casas hogareñas. Ignacio Luis Arcaya y compañía, Ramón José Medina y María Fernanda, Pedro y Adriana, Cuchy y yo, hemos sido permanentes en estos encuentros, ahora distanciados por la pandemia y el coronavirus. De todas maneras, lo seguimos haciendo cuando podemos, aún con la ausencia de Pedro que dejó un enorme vacío entre nosotros. Debo destacar que Pedro también se destacó como cocinero, con algunas especialidades sensacionales.

En estas páginas encontrarán referencias muy calificadas sobre la vida profesional de Pedro Nikken. Su prematura desaparición física es una baja notable para el patrimonio humano de esta insólita Venezuela. Lo recuerdo como un gran hombre, excelente amigo y consejero. Profesional honesto e insigne.

Caracas, 26 de noviembre de 2020

EL TRIUNFO DE LA ESPERANZA SOBRE LA EXPERIENCIA

Jesús Rafael González Pirela*

SUMARIO

I. Zapatos y lentes primero - somos humanos, tenemos derecho. II. Cuidado te muerde el perro - democracia una lucha permanente. III. Yo no soy psiquiatra: poder, valores y populismo. IV. Poder y contrapoder una tensión permanente. V. Bota o voto. VI. Yo soy come flor.

La primera vez que le escuche a Pedro Nikken la frase “El triunfo de la esperanza sobre la experiencia”, fue en un almuerzo familiar de domingo en la casa de su hermana Miriam. Mi primera reacción fue de risa, pues se refería a mi suegro que tenía sobre sus hombros tres matrimonios. Pedro nunca vaciló en hacer notar que, a pesar de las buenas y las malas experiencias amorosas, mi suegro Luis López Grillo, un hombre de medicina y razón, siempre supo en lo personal encontrar en la esperanza un nuevo amor, el camino que hace más fácil el presente y nos ayuda a soñar con un mejor futuro.

Pedro tenía un especial sentido del humor y manejo único de la ironía, siempre fue palabra y acción, así que esa frase no marcaba solo la esperanza de mi suegro, sino su propia vida. Solo años más tarde entendería que esa frase siempre fue mucho más que la anécdota familiar, es una forma de ser y sobre todo, después de ser testigo como era su caso de la crueldad del hombre en muchas partes del mundo, ver una y otra vez como cometemos los mismos errores y a pesar de la experiencia y huellas negativas que dejan en las sociedades que las sufren, tenemos la compulsiva manía de volver a repetirlos.

El presente artículo es un homenaje a la esperanza y de manera un poco dispersa trataré varios temas que en distintas oportunidades fueron recurrentes en mis conversaciones con Pedro. En muchos casos anécdotas contadas por su familia, que intentan generar una reflexión sobre importantes temas como la democracia, derechos humanos, la pobreza, historias de vida y experiencias que sin duda definieron su actuación,

* Jesús Rafael González Pirela es Politólogo venezolano, graduado en la Universidad Central de Venezuela en el año de 1996, Candidato a Doctor en Ciencias Políticas, con postgrado en Gobernabilidad y Gerencia Política, Profesor de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos de la Universidad Central de Venezuela y Consultor Político.

pero que también marcaron mi propio entender sobre lo que hoy estamos viviendo y los riesgos que nos enfrentamos.

I. ZAPATOS Y LENTES PRIMERO - SOMOS HUMANOS, TENEMOS DERECHO

Le pregunto a Miriam –hermana de Pedro Nikken– ¿Cuándo Pedro arranco con el tema de derechos humanos?, su respuesta fue rápida: *Él estaba estudiando en Francia y viajo a Auschwitz con su amigo Germán Carrera Damas, llegó contando el impacto que le genero toda la historia que nunca se sabrá detrás de los miles de zapatos, especialmente de niños, lentes de esos hombres y mujeres que fueron exterminados por el nazismo. Estar en un sitio donde se vivieron crímenes tan espantosos sin duda, aumentaron su sensibilidad sobre el tema. En algún momento recuerdo que hablamos de Anna Frank y recuerdo una frase que decía “Llegará el día en que termine esta horrible guerra y volveremos a ser personas como los demás, y no solamente judíos”.*

Ese día llegó, pero no se mide en minutos y segundos, no tiene fecha en el calendario, es más largo de los que muchos quisiéramos, pero hemos avanzado en la construcción de la esperanza, para que todos los humanos seamos tratados con los mismos derechos y vamos a contrapelo de nuestra propia historia, pues en los días del hombre, la imposición por la fuerza, la guerra, los autoritarismos han sido más recurrente que la paz y el respeto a los derechos humanos.

El siglo XX se caracterizó por el nacimiento de nuevas formas políticas que sacudieron la historia de la humanidad, renovaron el acercamiento a la política y al poder, el nacionalsocialismo, socialismo, fascismo, militarismo y populismo, fueron y son peligros latentes en sociedades en crisis y con instituciones débiles, pero estas fuerzas encontraron un contrapeso en dos ideas fundamentales: democracia y derechos humanos, que modificaron el entendimiento del poder como fuerza de imposición y sentaron las bases del proceso de conquista progresiva de los derechos universalmente aceptados que han partido la historia de la humanidad en un antes y un después.

La historia de las guerras mundiales y los crímenes ocurridos en el holocausto, dejaron una profunda reflexión en la humanidad y los límites de la maldad. El proceso lo aceleraron las bombas atómicas, que con la imagen de la devastación sin duda elevaron el nivel de entendimiento y urgencia por encontrar otro rumbo, en el que el sentido de la fuerza bruta fue desplazado por un miedo aún mayor. Si seguimos la construcción lineal de la historia, todos podemos morir y por terquedad o miedo, le dimos espacio a la esperanza, estamos avanzando en la construcción de una visión mucho más humana de nuestros derechos, de nuestro futuro.

Hoy hablar de derechos humanos parece un tema normal, pero no podemos olvidar que a diario hay millones de personas que sufren la opresión y a pesar de que estamos destinados a repetir los errores. Esto hay que verlo como una condición propia de la naturaleza humana. También hay contrapoderes que luchan por ponerles freno, por eso la importancia que han tomado las instituciones de protección de derechos humanos y la democracia moderna como pilares y barreras civilizatorias ante las pretensiones que desde el poder modificaron las relaciones sociales e institucionales de manera drástica y que en muchos casos ocasionan pérdidas sociales, económicas y de vidas de millones de personas.

“Los derechos humanos se nos presentan así como un concepto dinámico, cuyo alcance ha ido extendiéndose progresivamente a lo largo de la historia. Cuando se alude a ‘generaciones’ de derechos humanos, se significa que ellos han aparecido en oleadas, correspondientes a hitos de la humanidad en procura de su liberación contra

las diversas formas de opresión”¹, agrego yo posterior a la segunda guerra con una visión mucho más positiva de la propia construcción de una institucionalidad internacional que da nuevos mecanismos de defensa del hombre contra el propio hombre.

Desde la Declaración de los Derechos del Hombre en 1789 se universaliza la condición de “ciudadano” y se liquidan los privilegios, triunfo del principio de igualdad, al mismo tiempo que se crea el espacio de lo privado y con él, el derecho a las diferencias individuales y a la protección del peligro invasivo del poder y de los demás ciudadanos, que posteriormente se llamará la “tiranía de las mayorías”². Mill preocupado por el problema de la defensa del hombre dentro del complejo y autoritario mecanismo del Estado; y siguiendo el pensamiento liberal desde Benjamin Constant (1767-1830), hasta Alexis de Tocqueville (1805-1859), intenta delimitar el ámbito del poder público respecto a la existencia y la acción del hombre. Mill observa que en el mundo moderno existe una tendencia creciente a ampliar los poderes de la sociedad sobre los individuos, mediante la fuerza de la opinión o con la fuerza de la ley. Esta tendencia se hace manifiesta en nuestra época a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

La declaración de derechos humano se convirtió en cuerpo jurídico con el Derecho Constitucional, referencia cada vez más obligante para las naciones que respetan como para las que no respetan los Derechos Humanos. Como se demostró en los casos de Pinochet y Milosevich la globalización teje un entramado global y una “ética mundial”³ fundada en ellos, que favorece el propósito de Kant de lograr un mecanismo de diálogo internacional para su utopía de la “paz perpetua”⁴.

La violación de Derechos Fundamentales es crimen imprescriptible en la comunidad global y los gobiernos incursos pasan a parias. Habermas sostiene que el Estado de Derecho y los Derechos Humanos son lo mejor construido por el hombre en toda la historia para normar su vida⁵.

Surge una pregunta: ¿si la democracia es el respeto a la pluralidad, entonces deben aceptarse todas las manifestaciones culturales?

La respuesta parece contradictoria, pues a mi entender es un no rotundo. La sociedad democrática no puede tolerar la violación a esos derechos, pese al estigma de *etnocentrismo* a cualquier denuncia contra comunidades que los violan amparadas en diferencias culturales. Al ser “todas las culturas igualmente legítimas”, se des cuida que cualquier violación de Derechos Humanos no es cultura sino su negación: barbarie.

Defensores del multiculturalismo alegan que deberíamos “comprender” que, en barrios de París, Londres, Caracas o Bogotá, mutilen ladrones, les impongan matrimonios, les amputen el sexo, les encasqueten un velo “símbolo de sumisión” o golpeen y maten mujeres que no acaten órdenes de maridos, a estas alturas esto es inaceptable.

¹ Pedro Nikken, en *¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres en América Latina y El Caribe? Democracia vs desigualdad*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2012, p. 175.

² John Stuart Mill, “Sobre la libertad”, en *Sobre la Libertad*, traducido por Pablo de Azcárate. Alianza Editorial, Madrid, 1991.

³ Hans Küng, *Ética mundial en América Latina*, Trotta, Madrid, 2008.

⁴ Kant, Emanuel, *La paz perpetua*, Agulera, México, 1970.

⁵ Jürgen Habermas, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona, 1998.

El pluralismo que se ejerce a diario en la sociedad democrática se alimenta de la diferencia de costumbres, tradición o religión. Pero esto llega a una frontera de fuego: la violación de los Derechos Fundamentales a la vida, la libertad, la integridad corporal o doméstica.

La Revolución Francesa hizo a todos los hombres Ciudadanos Iguales ante la Ley, uno de los aspectos esenciales de la sociedad moderna, aunque todos los humanos somos distintos, con diferentes estaturas, aptitudes, colores, inclinaciones, deseos, metas, capacidades, sensibilidades y gustos. En palabras de Popper “La igualdad ante la ley no es un hecho sino una exigencia política basada en una decisión moral. Y es totalmente independiente de la teoría –probablemente falsa– de que todos los hombres nacen iguales”⁶.

II. CUIDADO TE MUERDE EL PERRO - DEMOCRACIA UNA LUCHA PERMANENTE

En 1995 Pedro Nikken fue nombrado como miembro promotor de la Comisión de la Verdad en Burundi, una guerra civil que a machetazos trajo miles de muertes. Un domingo cualquiera, hablando sobre cualquier cosa sale un recuerdo aterrador, propio del tiempo que le tocó vivir, parafraseando la idea “No se podía salir del hotel, los perros se habían acostumbrado a devorar la carne humana de los cadáveres que pasaban días en la calle, imagínate que te muerdan una pierna, por ejemplo”. La imagen es dantesca, pero las preguntas pasaron por mi mente: ¿quién es el verdadero perro? ¿será que nos acostumbramos al olor de la sangre y pretendemos comernos unos a otros?

Nuestra historia es un ir y venir constante en una batalla de largo aliento contra la opresión y a pesar de que en todos los indicadores de democracia han tenido retrocesos significativos en las últimas dos décadas, no podemos olvidar los grandes éxitos que hemos alcanzado y por más que a los perros les guste la sangre, no podemos retroceder en la lucha por una mejor democracia que garantice el respeto de nuestros derechos.

Francis Fukuyama en su Libro El Fin de la Historia intentaba explicar sin mucho acierto, el triunfo de las democracias liberales como efecto de la caída del comunismo. Así, el fin de la historia se interpreta como el fin de las guerras y las revoluciones sangrientas. Nada más lejos de la realidad, a pesar del vertiginoso cambio de ejes de poder que se vivió entre 1989 con la caída del muro de Berlín y 1991 con el derrumbe del comunismo soviético, el mundo bipolar como se tenía concebido dejó de existir⁷, pero no sin darle paso al renacimiento de “nuevas tensiones”, entre la sociedad abierta en la que los hombres han aprendido a ser en cierta medida críticos de los tabúes, y basar las decisiones sobre la autoridad de su propia inteligencia⁸ y sus enemigos existenciales hoy dentro de un gran revoltijo ideológico que va desde la extrema derecha, pasando por sus vertientes islámicas y aterrizando en la lucha antiimperialista que hoy contagió al viejo continente y tiene revitalizadas voces de nacionalismos extremos y populismos desbocados.

Lejos de ese mundo de paz que idílicamente se pensó que se podía lograr tras la desaparición del mundo bipolar y las renovadas fuerzas de la democracia liberal de los 90, el mundo entró en una espiral de revisión de progreso y retroceso en distintos países que dio la base a unas multicolores formas de revoluciones en contra de sistemas autoritarios o pseudo-democráticos, en la que no existe una sola historia sino multiplicidad

⁶ Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Ediciones Paidós Ibérica, Madrid, 2006.

⁷ Francis Fukuyama, El fin de la historia y el último hombre, 1992, en: <http://firgoa.usc.es/drupal/files/Francis%20Fukuyama%20-%20Fin%20de%20la%20historia%20y%20otros%20escritos.pdf>, consultado en fecha 26 de julio de 2015.

⁸ Karl Popper, ob. cit.

de ellas, relacionadas entre sí pero en las que sí podemos encontrar un denominador común que es la búsqueda de más libertad y respeto a los derechos humanos. Es así que encontramos manifestaciones en distintos países, como en Yugoslavia 2000 y Milosevic, El ataque terrorista de las Torres Gemelas 2001, la “revolución de las Rosas” que derrocó a Shevardnadze, en Georgia 2003. La “revolución naranja” que llevó al poder a Yúshchenko en Ucrania, 2004. El Ataque a la estación de Atocha en Madrid 2004, la “revolución de los tulipanes” 2005, que sacó a Akayev en Turquestán, y la “revolución del cedro” que expulsó el ejército sirio de El Líbano 2005, la revolución blanca de Egipto 2011, el ataque a Charlie Hebdo 2015, lo que pareciera ser una larga etapa de transición del autoritarismo a la democracia, no sin sus retrocesos y luchas accidentadas como podemos reflejar en el nacimiento del denominado Estado Islámico.

La democracia no responde a un concepto inmutable, pues su propia dinámica la impulsa hacia la búsqueda de su perfectibilidad. Como lo observa el mismo autor, la faz de la democracia “se debe al sueño de los hombres”, pues “el uso mismo de las instituciones democráticas provoca la inestabilidad de la noción de democracia”. Sin embargo, aun dentro de ese margen de contingencia, puede afirmarse que el respeto y la garantía debidos a los derechos humanos son indisolubles de la forma democrática de gobierno, en el sentido de que un mínimo estándar democrático es presupuesto indispensable para la vigencia real de los derechos humanos⁹.

Pero sin duda alguna y de cara al entendimiento de las relaciones internacionales el 11 de septiembre del 2001 es un hito que rompe con el discurso hegemónico americano, pues en el medio de su confianza recibe un ataque certero abriéndole nuevamente la puerta al realismo en lo que se denominó la campaña contra el terrorismo. Esta guerra contra el terrorismo socavó el respeto y la vigencia de los derechos humanos, y de alguna manera el ataque sirvió como excusa para que distintos países implementaran políticas violatorias a los propios derechos humanos justificados por la seguridad nacional y la necesidad de prevenir posibles ataques.

“Algunos gobiernos emplearon la campaña contra el terrorismo de manera oportunista, justificando los ataques y abusos contra sus adversarios. En un informe publicado por Human Right Watch (2002), se plasma la situación de algunos países, a un año del 11-S. En la India, por ejemplo, el gobierno introdujo la llamada “Ordenanza para la Prevención del Terrorismo”, una versión modificada de una antigua ley de seguridad que posibilitaba la tortura y las detenciones de miembros pertenecientes a minorías y de opositores políticos.

En Pakistán, el Presidente de esa nación, el General Musharraf, adoptó medidas severas contra aquellas personas sospechosas de participar en actividades militantes, mientras consolidaba el dominio de los militares en el país y extendía unilateralmente su mandato presidencial por cinco años. China también aprovechó la agenda internacional contra el terrorismo, para justificar la represión generalizada de los miembros de la etnia Uigur en Sinkiang, incluyendo a activistas pacíficos y a grupos religiosos de origen musulmán”¹⁰ y EE.UU. y sus aliados utilizaron métodos ilegales con la seguridad como pretexto para realizar escuchas ilegales, casos de torturas y abusos ampliamente reseñados en los documentos de WikiLeaks, “entrando en la contradicción de usar medios ilegales en una lucha por la supremacía de la libertad”.

En medio de grandes estremecimientos, en todas partes del planeta los seres humanos luchan por salir de las tiranías que oprimen a los ciudadanos, y vivir regidos

⁹ Pedro Nikken, ob. cit., p. 177.

¹⁰ Rosa María Pérez, *Una aproximación al estado actual de la teoría de las relaciones internacionales*, Caracas, 2012.

por la libertad y la democracia, es un reclamo prácticamente universal que se impone cada día con mayor fuerza. Como diría Tulchin¹¹, al afirmar que el factor que ha impulsado una toma de conciencia respecto a la importancia de la seguridad es la sensación de que en la actualidad los países están integrados dentro de una comunidad global y que, también por primera vez en la historia, comparten mayoritariamente un grupo de valores que vale la pena defender.

Cualquier sociedad puede retroceder, para ejemplo Venezuela, pero cada vez es más difícil para las autocracias o intentos de ella sostenerse. La sociedad abierta se impuso al fascismo, al comunismo y ahora avanza sobre las nuevas amenazas, que siempre son viejas, pero que se disfrazan con nuevas construcciones lingüísticas para justificar su ataque.

Las instituciones nacidas de la cultura democrática son pluralistas se incorporan principios, estéticas, culturas, tradiciones y concepciones de todos los rincones, hasta los más lejanos del planeta. Y a contramano, los valores originalmente llamados occidentales, la Libertad, el conocimiento, los Derechos Fundamentales, la democracia, la representación, la participación, la sociedad abierta, se han extendido por el mapamundi para hacer más digna la vida humana. Pero, así como los ciudadanos de esos países mueren por alcanzar la libertad y ser parte de la comunidad global, en las sociedades democráticas perviven movimientos que desean destruir aquello por lo que otros dan la vida, la marcha y contramarcha, que no son por ignorancia entendida como es la ausencia de conocimientos, sino más bien por el hecho de negarse a adquirirlos.

El 11-S, puso sobre el tapete el tema de las civilizaciones. No solo se trata de una compilación de propuestas en el marco de occidente, sino un planteamiento que da cuenta de la coexistencia de civilizaciones, más allá de lo expuesto por Samuel Huntington, en su teoría de un mundo compuesto por múltiples civilizaciones en conflicto.

En las sociedades y en las culturas cristaliza la herencia de todos los pueblos que marcaron su impronta, pero el multiculturalismo mal entendido, tanto de derecha como de izquierda, niega el mestizaje a nombre de la limpieza étnica, ya que la influencia de “maketos”, “demonios blancos”, judíos, “infeles”, criollos, “yanquis”, es una contaminación. Las “comunidades originarias”, negros, musulmanes, vascos, indígenas, irlandeses, deben impugnar las culturas establecidas, y para luchar contra ellas cualquier método es válido, comenzando por el exterminio de inocentes con acciones terroristas que han llamado “guerra de los pobres” o “guerra asimétrica”. El problema es que la limpieza étnica la practicaron igual los musulmanes contra los judíos y los serbios contra los musulmanes¹².

La situación solo cambiará cuando “los oprimidos” logren controlar el poder para cambiar las cosas. Mientras tanto deben cultivar su odio hacia “las sociedades opresoras”, aunque en ellas vivan y hayan recibido protección. Los radicales de alguna manera proponen que todas las formas de explotación son idénticas, porque se aplican, todas por igual, al mismo “objeto”: el hombre. Es así que la lucha del oprimido adquiere valor por su irreverencia contra el poder dominante. Esa es la filosofía que puede ser utilizada por cualquiera a conveniencia y es compartida desde Al Qaeda hasta ETA, Hamas y el Ku Klux Klan, los Panteras Negras y las FARC. Las naciones democráticas soportan y conviven con esas tendencias multiculturales en su seno en un gran esfuerzo de tolerancia y pluralismo muchas veces mal entendido.

¹¹ Joseph Tulchin, *Nueva sociedad*, 2005, en: <http://nuso.org/articulo/creando-una-comunidad-de-seguridad-en-el-hemisferio/>, consultado en fecha julio de 2015.

¹² Carlos Raúl Hernández, *Terrorismo étnico y multiculturalismo vs. sociedad abierta*, Editorial Equinoccio, Caracas, 2014.

Dentro del pensamiento radical “de izquierda y derecha” –comillas del autor–, no solo se han desarrollado ideas en contra de un mundo unipolar, capitalista y neo-liberal, a favor de un mundo multipolar y anti-capitalista que bajo las tesis socialistas, multiculturalistas y religiosas, como el Islam, plantean un giro de 180 grados a la estructura internacional actual.

El pluralismo, propio de la sociedad abierta, por el contrario, es el reconocimiento al derecho que tiene cualquier persona o grupo a ejercer en libertad sus tradiciones o preferencias, en tanto no colidan con el mismo derecho de los otros. En palabras de Benito Juárez parafraseando a Kant “Entre los individuos como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz”. Mas recientemente Etzioni cuando se estima que sería “prudente” que las democracias occidentales den la “bienvenida” a los creyentes de todas las tendencias que renuncian la violencia y al extremismo, entendiendo que es posible lograr un punto de equilibrio entre las culturas¹³.

La diversidad cultural, prácticamente ha sido una constante prácticamente desde la conformación de las primeras sociedades. Al respecto, Gellener hace una afirmación “bastante esclarecedora”, cuando asegura que un rasgo verdaderamente esencial en la sociedad humana es su asombrosa diversidad¹⁴.

La diversidad debe entenderse como la coexistencia de diferentes culturas y civilizaciones, pero que al tiempo implica la necesaria convivencia de enfoques doctrinales de carácter comprensivo, que permitan a los ciudadanos construir distintas visiones de mundo. Rawls introdujo en su sistema teórico, la idea de la pluralidad como un hecho ineludible en las sociedades llamadas democráticas¹⁵.

Lo anterior, sirve como punto de partida para reflejar una tendencia creciente en la sociedad, como es el multiculturalismo. El interés que la noción de multiculturalismo ha suscitado en el mundo contemporáneo no es nada desdeñable, no tanto porque a partir de la llamada crisis de la modernidad se ha conformado progresivamente un movimiento de pensamiento que abogan por la pluralidad de discursos, sino por los cuestionamientos y debates que se han generado alrededor de la necesidad del respeto y tolerancia de las diferencias culturales. Se trata de una propuesta que cada vez está más presente, en la gestión de las sociedades llamadas democráticas.

Pero dentro de este enfoque coexisten corrientes que van a contra pelo del propio sistema de valores mayoritariamente entendidos en la sociedad occidental y propios de los sistemas democrático y es dentro del multiculturalismo, coexisten corrientes que intentan imponer una visión del mundo “justa” perteneciente a grupos oprimidos. Se atribuye el terrorismo a “la pobreza”, el robo y la corrupción al “sistema capitalista” y “al apoyo occidental a gobiernos tiránicos y corruptos”.

¿Cómo conciliar los derechos culturales de naciones donde se ha efectuado la clitoridectomía a 150 millones de niñas porque lo ordena su religión?¹⁶, o ¿dónde se venden en el Istmo de Tehuantepec niñas de 10 años porque sus padres no pueden mantenerlas?; con los derechos humanos que emanaron de la Declaración de los De-

¹³ Amitai Etzioni, “Security First: For a Muscular, Moral Foreign Policy”, en *Yale University Press*, Octubre 2008.

¹⁴ Ernest Gellener, *Antropología y política. Revoluciones en el bosque sagrado*, Gedisa, Barcelona, 1997.

¹⁵ John Rawls, *Teoría de la justicia*, Traducido por Maria Dolores González, Harvard University Press, Cambridge, 2006.

¹⁶ L. Tejo, 150 millones de niñas, víctimas de la agresión sexual, en: *El Mundo España*, 7 de marzo de 2013, en: <https://www.elmundo.es/yodona/2014/03/07/531994e8ca47415c6d8b456b.html>, consultado en fecha 26 de julio de 2015.

rechos del Hombre de 1789, que la mayoría de las naciones modernas los incorporaron dentro de sus derechos civiles.

Este choque entre derechos humanos, civiles y culturales se continúa dando en gran parte de la población mundial, siendo la simbiosis de pobreza e ignorancia su causa más evidente. Lo anterior nos está alejando cada vez más, del principio de la comunidad global que impulsa la sociedad abierta, que no es otra cosa que una ética universal basada en principios y valores sin anclajes religiosos ni ideológicos (izquierdas o derechas) y donde los individuos deberán estar guiados por el respeto a los derechos humanos.

Dentro del multiculturalismo pareciera existir la necesidad de una confrontación antagónica, irreconciliable entre culturas “subalternas” y “dominantes”. No importa si son de extrema derecha (Neonazis) y de extrema izquierda antiglobalizados, su discurso excluye e inviabiliza la coexistencia; los musulmanes no convivirían con cristianos. ¿Pero es posible la convivencia de musulmanes y cristianos? La respuesta es un sí. Holanda democrática y abierta está por tener como mayoría religiosa a holandeses musulmanes en su mayoría emigrantes que hoy son ciudadanos.

El pensamiento democrático moderno tuvo un desarrollo consistente, rico, profundo y amplio en el siglo pasado, pero no ha respondido satisfactoriamente a estos –y otros– cuestionamientos de dos valores cardinales de la civilización: igualdad y diferencia, universalidad y particularidad, globalidad y localidad. La opacidad dificulta respuestas coherentes por parte de quienes tienen que tomar las decisiones políticas ante los nuevos peligros para vida democrática.

III. YO NO SOY PSIQUIATRA: PODER, VALORES Y POPULISMO

La última reunión en la que conversábamos fue unos días antes de su partida, en un evento en el CELARG, él estaba en su terreno, hacia ese día lo que más le gustaba y a lo que dedico su vida, negociar entre factores distintos. Recuerdo que su llamada para la convocatoria fue casi inpositiva, tú tienes que estar con nosotros, les confieso que era un sábado en la mañana y mis ánimos patrios estaban por el piso ante la imposibilidad de encontrar una rendija que abriera la puerta para salir de esta profunda crisis, pero igual fui, un poco escéptico vi por primera vez en mucho tiempo factores contrarios hablando de sus problemas.

En el café que se brindó a eso de las 10 a.m., me comentó su preocupación por la imposibilidad de conciliar posiciones en el seno de la oposición venezolana. Entendía la urgencia del momento y al final suelta la frase con reflexión “Chico yo no soy psiquiatra, pasamos dos días alineando posiciones y media hora después hacen todo lo contrario”, agregó yo. Será que en el fondo tienen el gen que critican, aun albergo la esperanza que no sea así.

El populismo ha ocupado un espacio importante en la literatura latinoamericana de los últimos cien años por su vinculación directa con el poder, incluso desde el Libro I de la República de Platón podemos encontrar el debate sobre los fines que mueven la acción política y que en el fondo esta discusión tiene una consideración valorativa.

Podemos tener visiones encontradas en relación con el poder y los fines que lo impulsan. Por un lado, la visión pragmática, en la cual para lograr “el poder lo que importa es satisfacer nuestro propio deseo de poder, pues estos intereses personales son los que mueven la acción política. El fin de la república no puede ser más que la realización del poder y esta no tiene nada que ver con la realización de la justicia”. Este abordaje es la visión maquiavélica desarrollada siglos más tarde que ha dominado el estudio de la política en la que la justicia queda de lado y en la cual es más importante aparentar que se es justo que efectivamente serlo. Ante esa tesis pragmática se contraponen una visión platónica mucho más romántica y utópica en la que se pone

como fin último la justicia, Platón en *Gorgias*¹⁷, centra la discusión de Sócrates, en la que plantea que el fin de un gobierno es la justicia, para mantener la justicia no se puede desear el poder; por lo menos, no para sí.

Pero lejos de aclarar el tema del poder estas dos visiones dan complejidad y enriquecen el debate en torno a los valores y fines que lo mueven, de ahí la importancia y la necesidad de profundizar las relaciones de poder en el populismo propio de nuestros tiempos.

Pudiéramos entender como primer concepto base que el poder es la capacidad de algo o alguien de causar efecto de provecho propio y el valor que pueda tener dependerá del fin al cual se aplique. Si tenemos mucha capacidad de realizar actos y situaciones que cumplan con nuestros deseos e intereses, el valor ético del poder dependerá de la valoración positiva o negativa en relación con las expectativas de la gente. Y aquí podemos encontrar una primera aproximación con el populismo y otra relacionada con las expectativas de los ciudadanos en la determinación valorativa del uso del poder por parte de sus gobernantes. Pues existe entre ellos una relación de subordinación basada en la determinación valorativa del uso y fines del poder.

Es así que Max Webber con sus aportes a los estudios del poder complementa el concepto añadiendo una distinción particular “poder político”, entendiéndose como “la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”. Es decir, poco importa si el poder para imponer la voluntad es legítimo o ilegítimo, tampoco si es bueno o es malo, lo realmente importante es la capacidad, por lo tanto, del poder político para pretender mantener una relación de dominio, en la que implica tomar las categorías de dominantes y dominados; en donde los primeros intentan imponer su voluntad y los segundos resisten o se doblegan, generando una tensión dentro del sistema por la lucha del poder y contrapoder.

Sin embargo, en una sociedad el principio básico es la complejidad, por lo tanto, no existe un poder único y homogéneo, por el contrario, es difuso y difícil de ubicar, varía en el tiempo y su desarrollo no es lineal.

Para que una sociedad acepte el poder sin exceso de violencia de acuerdo a Webber debe existir un consenso mínimo del ente sobre el que se impone. Es decir, debe existir un valor aceptable para todos, de lo contrario sería considerado como arbitrario o tiránico, que indudablemente sería rechazado por la mayoría de manera que se rebelarían contra él y crearían situaciones de confrontación social atentando contra la gobernabilidad.

El poder para ser aceptado tiene que presentarse como un valor para la sociedad; tiene que ser susceptible de realizar el bien común, un valor bueno para todos —o al menos para la mayoría que garantice su estabilidad—, de ahí que el poder político tiene un discurso sobre el valor, entendido como esa suma de bien común. ¿Es posible aproximarse a una visión del poder dentro del populismo?

IV. PODER Y CONTRAPODER UNA TENSIÓN PERMANENTE

Nosotros no vamos a permitir que esta cuerda de sinvergüenzas apátridas que hoy están en esta Asamblea Nacional, esto es una decisión de la clase trabajadora, esta es una decisión del pueblo revolucionario... no podemos aceptar que la derecha venezolana vinculada al FMI nos quite

¹⁷ La profundidad de los *Gorgias* ha sido analizada a lo largo de la historia por ser considerada un planteamiento ético que se convirtió en modelo de referencia para el actuar del hombre en el gobierno.

nuestras reivindicaciones logradas en años de revolución hoy más que nunca camaradas, unidad y firmeza, no hay vuelta atrás si nosotros entregamos esta vaina será a plomo, no joda...¹⁸.

La anterior cita es solo un reflejo de los múltiples mensajes de distintos voceros identificados con el Chavismo que en los primeros dos meses del año 2016, anunciaban lo que parecía inevitable, una confrontación entre poderes, ya van dos décadas llenas de episodios y discursos similares creando un sector social en crecimiento que se resiste a las pretensiones totalizadoras del discurso y la acción del chavismo, atizando las luchas de un poder que intenta por todos los medios mantenerse y un contrapoder que resiste a la imposición, generando tensión permanente en el sistema.

Un poder se puede considerar legítimo en la medida que es consensuado por aquellos sobre los cuales se ejerce, si bien puede ser de distintos tipos; no necesariamente tiene que ser democrático¹⁹. Pero en la medida que estos consensos sociales mínimos se rompen, el poder tiende a fragmentarse entre los que intentan mantenerlo a toda costa y los que intentan desplazarlo.

Se ha establecido un discurso generalizado en una crítica sobre el statu quo, como poder corruptor humillante y enajenante para quien lo padece y un contrapoder que se plantea como defensor de los derechos y paladín de las soluciones. Pero para los dos movimientos populistas que nacen de la tensión, la misma es utilizada como fuerza, bien sea para desplazar o para mantener el poder. ¿Cómo limitar el poder político de los movimientos populistas para permitir una mayor libertad de los ciudadanos?

Tres consideraciones teóricas sobre la separación de poderes en las democracias modernas nos plantean la necesidad de limitar el poder político acumulado en una sola tendencia, evitando un mecanismo de dominación fuera de los consensos.

- 1) Locke y su formulación típica en Montesquieu, “el principio de separación de poderes es un principio de una ley general de la política según la cual toda fuerza, en ausencia de límites, tiende a expandirse y finalmente a corromperse, hasta volverse despótica”.
- 2) Madison plantea que la persona que dicta la ley no puede ser quien la aplique, y viceversa, porque de lo contrario no habría verdadera ley. Reduce todo a la voluntad arbitraria de quien tiene la capacidad para tomar las decisiones.
- 3) Sieyès afirma que, en la lógica revolucionaria, solo pueden ser legítimos los Poderes artificiales constituidos, esto es, creados por una norma que los instruye y que, al mismo tiempo, los limita. Todos los Poderes no-artificiales son ilimitados y, en consecuencia, despóticos.

Es aquí donde los populistas revolucionarios del siglo XXI avanzan en la consolidación del poder hegemónico que intentan imponer y doblegar a las fuerzas contrarias con una tendencia a convertirse en dominación, a ejercer permanentemente a través de las instituciones que garanticen la estabilidad del mismo. En palabras de la entonces presidenta del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Luisa Estella Morales Lamuño en el año 2009, en una nueva “filósofa” de la división de los poderes

¹⁸ Palabras del conductor del canal del Estado Nacional VTV Oswaldo Rivero conocido popularmente como “Cabeza e’ Mango”, ante las puertas de la Asamblea Nacional previa a la discusión de la Ley de Producción Nacional impulsada por la Mesa de la Unidad Democrática. Dos años después el 20 de agosto del 2018 el presidente Maduro lanzó un paquete de medidas económicas que rompió con todas las luchas históricas laborales, igualando a la mayoría de los empleados al sueldo mínimo y devaluando la moneda. Esto evidencia que no es la lucha del pueblo el centro del discurso es por el contrario la justificación de las acciones para mantenerse en el poder.

¹⁹ Una muestra clara son los consensos en los países de mayoría musulmana, como Irán, por ejemplo.

del Estado posmoderno: “No podemos seguir pensando en una división de poderes porque eso es un principio que debilita al Estado y a la revolución”²⁰.

Al no tener mayor control social producto del mal desempeño, los movimientos populistas pierden espacios de poder generando muros de contención en sus aspiraciones de dominación. Y es que en la política en todo momento se presenta una lucha entre dos poderes: un poder y un contrapoder ¿Cuáles deben ser los antidotos para evitar las aspiraciones de dominación de los movimientos populistas?

V. BOTA O VOTO

El ejercicio del poder, en democracia, no resulta de un hecho de fuerza ni de una imposición arbitraria, sino de la voluntad popular, expresada en términos de mayoría; pero sin que esto implique que se subyugue a la minoría, a la que se reconoce el derecho a disentir y a no ser discriminada en el ejercicio de sus derechos. Para la democracia no basta que la mayoría determine quién ejercerá el gobierno y la orientación de su acción, sino que la minoría será respetada y protegida contra los abusos del poder de la mayoría. La supremacía de la soberanía popular y el respeto y la garantía de los derechos humanos, son pilares de la democracia²¹.

Una de las principales preocupaciones entonces de las desviaciones democráticas tiene que ver con la necesidad del liderazgo populista de creerse el representante de la voluntad popular y por la fuerza imponer su acción irrespetando a las minorías.

Juan Barreto, ex alcalde de Caracas y representante de la revolución Bolivariana, en una conferencia sobre el ejercicio del poder popular, daba luces sobre esta abrogación en la figura del líder, del principio de soberanía popular y la voluntad general: “En situaciones así, surgen personajes conceptuales que ocupan el imaginario político desde los cuales se articulan los sujetos sociales: Cristo y el Ché Guevara, por ejemplo, y aquí Chávez, son la condensación discursiva, el metarrelato del deseo de un pueblo articulado políticamente. Hoy, para el pueblo de Venezuela, solo Chávez escapa al desencantamiento y así como el poder constituido se mantiene, gracias a que se sigue votando por Chávez y se cree en Chávez, también se cree en el pueblo”²².

Si bien el voto es uno de los indicadores de las democracias, principio de la voluntad de la mayoría no debe en ningún momento discriminar el derecho de las minorías, la visión dicotómica propia de los autócratas sobre simplifica la realidad en amigos y enemigos, donde el disentir se convierte en crimen. Es en ese momento que debemos entender que la democracia entonces no se puede simplificar en el voto, e incluye temas como el respeto de los derechos humanos, la independencia de poderes, el pluralismo y sus exigencias actuales en la lucha contra la superación de la pobreza.

Surge la pregunta ¿cómo votar en un gobierno que no respeta la democracia?

La respuesta de los demócratas solo se puede encontrar en la propia democracia, consolidando una mayoría que desde la organización y la lucha por los derechos utilice todos los espacios posibles para reconquistar los derechos perdidos. En el voto podemos encontrar un gran mecanismo de negociación colectiva que históricamente ha fracturado los cimientos de los gobiernos opresores.

²⁰ AFP, “División de Poderes debilita el Estado”, 5 de 12 de 2009. <https://www.nacion.com/el-mundo/jefa-de-maximo-tribunal-venezolano-division-de-poderes-debilita-al-estado/S414RDF6KNAD5EIU-GCOUC63PHA/story/>, consultado en fecha 27 de abril de 2020.

²¹ Pedro Nikken, ob. cit., p. 179.

²² Juan Barreto, *Poder Popular Constituyente*, Distrito Metropolitano de Caracas, Caracas, 2007.

Se le atribuye a Napoleón la frase “Las bayonetas sirven para cualquier cosa menos para sentarse encima”, pues con la democracia pasa igual, no es para sentarse encima y descansar, es un instrumento para luchar por las ideas que nos gustan y oponernos a las que no nos convienen, y unas veces sale bien y otras no tan bien, pero no podemos echarnos a dormir.

La defensa de los derechos humanos y el voto en elecciones libres –un derecho humano de tercera generación– es uno de ellos, no se delega, tampoco se posterga y se utiliza a capricho dependiendo de si me favorece en un momento específico; es una lucha permanente que debemos asumir de manera consciente asumiendo los riesgos que significa luchar contra un poder ejercido desde la fuerza versus los ciudadanos que desde una racionalidad democrática luchan por la conquista y respetos de los derechos humanos.

VI. YO SOY COMEFLORES

Cuenta Pedro que Schafik Hándal era un guerrillero salvadoreño hijo de inmigrantes palestinos, conocido por una profunda crueldad, y es que las guerras pueden sacar lo peor del ser humano y por la supervivencia rompemos todos nuestros límites, se convirtió en un defensor del proceso de paz, seguramente lo conquistó la esperanza.

La naturaleza en situaciones límites puede llevar a violencia impensable, pero ese mismo miedo también puede moverse en dirección contraria y conseguir la paz, un poco de esperanza puede ser la válvula que libere una sobrecarga de bondad aún en los más duros.

Pedro Nikken sin saberlo era un comeflores irrecuperable, no usaba pelo largo ni sandalias, no era fanático de Lennon, no llegaba a los extremos de los hippies, su visión los superaba, logró ver un poco más allá, imaginó un mundo mejor y en muchas de sus actuaciones logró concretarlo, su esperanza era contagiosa.

Su voz en los últimos años en Venezuela no fue escuchada, la posibilidad de una guerra civil está latente y debemos apelar a su contagiosa forma de ver la vida y como decía “Venezuela clama por una esperanza” y le agrego solo el amor será capaz de salvarnos de un desenlace trágico, total los comeflores que creemos en la política basada en principios sabemos que es el arte de lo imposible.

Suelo repetir en mis clases que la miopía se mide no solo en las distorsiones de los que vemos, somos miopes de nuestra realidad política y social, sufrimos a la hora de juzgar lo que sucede en nuestro entorno, va más allá, estamos condenando a la sociedad democrática occidental a un eterno cuestionamiento que de no ser procesada correctamente erosiona las bases propias del sistema, en el que la crítica abunda pero las propuestas de solución escasean, por eso ante las distorsiones, es mejor volver la mirada a los derechos humanos una mirada que hoy está más vigente que nunca.

Desde los años treinta y hasta la fecha, muchos intelectuales franceses, españoles y latinoamericanos han centrado sus esperanzas en torno a la Unión Soviética. Ese sueño se fue extinguiendo, claro sin dejar de pasar por Mao y suspirando permanentemente por Fidel y Chávez. Muchos de estos personajes son incapaces de ver su distorsión a la hora de describir crímenes atroces, o la pobreza y el malvivir de Cuba, Venezuela, Nicaragua, y las terribles masacres de la FARC en Colombia no son más que un mito para desprestigiarlas, ya que no hay secuestros sino colaboraciones forzadas, de esto no escapa la derecha que veía en Pinochet como un padre protector de Chile al que debe su desarrollo aun con las profundas violaciones al estado de derecho, pues pareciera que hay que agradecer a los violadores de derechos humanos, como fórmula salvadora para que ese proletariado salga del fondo.

La amenaza de viejos estrabismos ideológicos nos impide ver la realidad a tiempo y de frente cuando ella contraría sus mitos y supuestos catedráticos, periodistas e in-

telectuales que se escudan en sus teorías para castigar con fuerza lo que son incapaces de comprender.

No pretendo desconocer las debilidades propias de las democracias, que son muchas, pero si generar una reflexión sobre la necesidad de levantar nuestra voz, ya que pareciera que ni los líderes, intelectuales e instituciones escuchan lo que está sucediendo. Como ciudadanos dejamos todo en las elecciones, eso claro está, es una de las bondades del sistema democrático, pues todos en algún momento hacemos política, si los que mandan lo hacen mal, será responsabilidad nuestra si no los cambiamos por uno que lo haga mejor. Pues a pesar de los gritos destemplados de ciudadanos a políticos con un resonante, “NO ME REPRESENTAS”, resulta que esa acusación se vuelve contra el verdugo, ya que, si nos representan, lo quieras o no.

Despotricar de la clase política se ha convertido en un deporte muy popular. Quien critica se cree que ya ha entrado en la política, desde el teclado y cuentas fantasmas de Twitter se frotan las manos, acusando sin darse cuenta de que el resultado lejos de acercarlo a un cambio atornilla al opresor. Pero claro, en los bares, discusiones de casa, o teclados de internet, es muy fácil dar la receta para cambiar, pero la realidad es sin duda mucho más compleja, ya que encontrar soluciones es mucho más difícil que cambiar a un político de turno, bien sea por el voto o por la presión popular, nada garantiza que si no se tiene un plan claro hacia futuro el resultado de ese cambio sea para vivir mejor, la primavera árabe y su esperanza se marchitaron en pocos días y hoy toda la región sufre las calamidades de la guerra, y no faltará un trasnochado que diga “la guerra es la partera de la historia y la calle es la salida”.

No pretendo hacer una defensa a políticos y mucho menos generar una guía de acción moral del desempeño público, en el que esos políticos se sacrifican por su pueblo, quiero centrar la atención en la necesidad de comprender lo complejo del problema social y la necesidad de generar una reflexión que parte de lo individual para comenzar a ser mejores ciudadanos.

El tema no es que haya casos de corrupción, el problema es que resulten impunes. Nuestro sinsabor ciudadano va en las respuestas oportunas de las instituciones, en las acciones de los otros, en el abuso permanente, que generen referentes pues somos tan malos como el sistema nos deja ser. Por eso, si alguien cree que en algún momento se puede hacer algo para sacar ventaja, y si está completamente seguro de que no van a poder echárselo en cara, sin duda lo hará.

Por eso, uno de los puntos que se deben considerar a la hora de pensar en la democracia, no es corregir la naturaleza humana, ni su inclinación a la trampa, sino crear una sociedad que nos asegure que los comportamientos antisociales no van a quedar sin castigo.

Aquí radica la importancia del tema de los derechos humanos y la democracia que con tanta energía defendió Pedro Nikken. Debemos aprender a identificar tempranamente las desviaciones propias de los sistemas humanos, para poderlas combatir antes que la opresión se implante y sea más difícil combatirla. Esa debe ser la línea de acción de los intelectuales y académicos: divulgar este conocimiento en la sociedad para combatir semejante flagelo.

PEDRO NIKKEN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Adicea Castillo*

SUMARIO

I. Las seis abstenciones comunistas. II. La abstención de arabia saudita. III. La abstención surafricana.

En este breve trabajo trataré de dar una visión del origen y significación así como de la importancia considerable de la noción de los derechos humanos. Para comenzar, baste señalar que en la Organización de las Naciones Unidas, una de las posiciones más importantes, desde el punto de vista de la vida de los ciudadanos, es la de los derechos humanos.

El pensamiento político moderno se reforma en la transición al siglo XVI a partir de la noción de la república: no es un azar que Jan Borin y, más aún en Hobbes un poco más tarde, la formación de la república es pensada como una transferencia de derechos. Entonces, la república tiende a devenir en ese término genérico por el que designa el orden político fundado en el derecho, jurídicamente instituido e instituyente. La noción de Estado de derecho en Cicerón, como en nuestros contemporáneos, es el concepto explicativo más apropiado. En este cuadro político y conceptual, la democracia es un hecho histórico cumplido, una ficción histórica o un maquillaje tras el cual se perfila el fantasma de la guerra social o de las emociones populares.

El mismo Rousseau, si bien es uno en quien el concepto de democracia ha vuelto al centro de la filosofía política, refleja en su vocabulario la marginalización del término democracia. El principio de soberanía popular es designado con el término república; el de democracia remite a la forma de gobierno.

Esta distinción no permite oponerse a Montesquieu, para quien la república sería el gobierno en el cual el pueblo es soberano, a Rousseau para quien la república sería “todo Estado regido por las leyes”. Las fórmulas son exactas, pero su interpretación es errada. Rousseau no se opone a Montesquieu en este punto: todo lo contrario, Rousseau llama república a un Estado en el cual el pueblo, es decir la voluntad ge-

* Economista. Doctora en Ciencias Sociales y Profesora de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la UCV en pre y postgrado. Co Fundadora y Ex Directora del Centro de Estudios de la Mujer CEM-UCV). Directora de la Comisión de Estudios de Postgrado de la FACES (CEAP-FACES-UCV 2013-2020).

neral tiene la soberanía. Es de él la afirmación según la cual la ley no es ley sino expresa la voluntad general. El gobierno, ejecutivo de la voluntad general, que no es el soberano sino su ministro, puede ser aristocrático, monárquico o democrático, o, aun, mixto. Tal es la diferencia entre Rousseau y Montesquieu: para Rousseau la soberanía del pueblo es la única fuente posible de legitimidad.

A partir de Rousseau, precisamente, y de la problemática de la soberanía, la tensión virtual entre democracia y república se hace cada vez más aguda y se cristaliza en la cuestión de la representación. Sobre este tema, Kant tiene las formulaciones más radicales porque, para él, la democracia se opone, por principio a la república. El pensamiento liberal es, en gran parte heredero de este juicio, y ha sabido pensar, sobre este asunto en la historia de los siglos XIX y XX, mediante el surgimiento de movimientos revolucionarios que se han autodenominado democráticos. El ejemplo más notable, y que produce asombro, es el de la República Democrática Alemana (RDA). Hoy conocemos esa historia.

Ampliamente difuminado por la inscripción, en el pensamiento democrático, del modelo de representación, y en la idea republicana del principio democrático de igualdad, de la oposición entre república y democracia que reaparece en primer plano del pensamiento político en el marco frecuente del retorno a Kant. El artículo de Simone Goyar-Fabre, profesora emérita de la Universidad de Caén, especializada en filosofía política, sobre todo en política y derecho constitucional titulado “Republique”, en el *Dictionnaire de Philosophie Politique*, nos proporciona una expresión muy precisa. Ella describe lo que sería una desnaturalización de la idea de república con la idea de democracia. La república democrática estaría destinada a la inconsistencia: “Desde el punto de vista doctrinario, la idea de república se ha visto expuesta a una doble crítica: la de las corrientes liberales, atada con carácter inviolable y sagrado a los “derechos subjetivos”; y la de las corrientes socializantes

Que temen que la república se apegue más a derechos formales que a los reales. Desde el punto de vista práctico, la república se ha consagrado cada vez más al servicio de las sociedades versus al Estado-Providencia que se propone subsidiar a todo el mundo.” Contra esta deriva, hay que restituirle a la república su estatus kantiano de ideas reguladoras, y distinguir de esta manera “el orden objetivo”, y el “orden subjetivo”, redescubrir que el ideal republicano es intemporal y tiene valor normativo. Asociar república y democracia sería confundir la historia y la política. En lugar de esto, se necesitaría abroquelarse en el nudo de la idea de república: “El fundamento del Estado de derecho”.

Cualquiera que sea la lectura aquí propuesta de Kant, el mérito de esta investigación consiste en subrayar el carácter problemático de la relación entre república y democracia.

¿Qué relación mantiene el principio de soberanía popular con el de la libertad personal, por una parte y el de la sustitución de la fuerza por el derecho, por la otra parte? Aristóteles levanta la dificultad: el concepto de democracia es el lugar de una tensión entre el principio de soberanía popular y la idea de constitución. El primero lleva a la ley a ser la expresión de la voluntad popular. El otro implica el gobierno de las leyes, la definición del espacio propio de la política.

El surgimiento de los derechos del hombre, su núcleo -el principio de autonomía de la persona-, lejos de aclarar el problema lo redobla, aunque esta no es la opinión de Paine, ni de los fundadores de la democracia norteamericana. Como afirma Carl Schmitt, ¿es pensable una democracia que absorba al individuo en el pueblo? ¿O sería la negación misma de la democracia como dice Jürgen Habermas?

Tal es el envite de la relación entre república y democracia: ¿Contiene la democracia, como una de sus determinaciones necesarias la idea de legalidad, por una parte, y del respeto a las libertades individuales, por la otra? ¿O bien deben oponérseles estas ideas, o ser tomadas del exterior, como complementos o garantías?

Esta es una cuestión que, sin duda más que pedir una respuesta define una tarea política: pensar la unidad de la soberanía y del Estado de derecho, la del individuo y la comunidad, de la libertad y la igualdad.

Dada la enorme importancia que hoy cobra esta discusión sobre la naturaleza y alcance de los Derechos Humanos, reproducimos a continuación un resumen histórico del diario de debates habido en París en diciembre de 1948, sobre este crucial tema. Dice así ese resumen: La última etapa fue el debate de la Sesión Plenaria de la Tercera Asamblea General que llevó a la Declaración de los Derechos Humanos el mismo día, el 10 de diciembre de 1948. Esta fue la cuarta vez que el resto de los miembros de la ONU, podría tratar de enmendar lo que la Comisión de 18 miembros había hecho. Tanto la Asamblea General como Tercer Comisión se reunieron en París ese año.

Aunque se propusieron numerosas enmiendas, solo se introdujo un cambio sustantivo. Aproximadamente la mitad del tiempo se gastó en explicaciones de las abstenciones. La otra mitad fue ocupada por discursos de auto-felicitación sobre lo que los delegados sentían que habían logrado. Naturalmente, estaban orgullosos de su inclusión en el proceso de redacción. Los delegados tuvieron la tentación de pasar de ese proceso inclusivo a la afirmación de que el producto tenía, por lo tanto, una aplicabilidad mundial.

La Tercera Asamblea General aprobó la Declaración poco antes de la medianoche del 10 de diciembre de 1948 con una votación de 48 a cero y 8 abstenciones. Las abstenciones procedían de la URSS, la República Socialista Soviética de Ucrania, Yugoslavia, Polonia, Arabia Saudita y Sudáfrica. Es importante señalar que ninguno de estos países votó en contra de la Declaración y que, incluso, estas delegaciones abstentidos habían participado y cooperado en los diversos procedimientos de redacción.

I. LAS SEIS ABSTENCIONES COMUNISTAS

Las abstenciones comunistas se unieron en torno a la opinión de que la Declaración no fue lo suficientemente lejos. Habían insistido reiteradamente en que, para proteger adecuadamente los derechos humanos la Declaración necesitaba condenar expresamente al fascismo y al nazismo. Como no se hizo se abstuvieron de votar. La profunda animosidad que existe entre el igualitarismo marxista y el racismo nazi llevó a la delegación de la URSS a proponer enmiendas a lo que se convirtió en los artículos 19 y 20, afirmando que los fascistas y los nazis no tenían como derechos humanos a la libertad de expresión y asociación. Cuando estas enmiendas fueron rechazadas, los comunistas en lugar de abstenerse, como era su costumbre, votaron en contra de estos artículos.

Pero el discurso del jefe de la delegación soviética, Andrei Vyshinky, fiscal de los infames juicios de purificación de Stalin, hizo otra crítica ideológica más sustantiva, estuvo cerca de cuestionar todo el proyecto. Se retractó de la mayor parte de su aceptación de los derechos humanos en un discurso sobre la relación entre el individuo y el Estado, adoptando a veces un enfoque positivista de la cuestión de los derechos humanos. Los derechos humanos, en este enfoque no pueden concebirse fuera del Estado, porque el mismo concepto de derechos estaba vinculado con el del Estado. Desde un punto de vista puramente ideológico, los países comunistas habrían votado en contra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos si hubiesen queri-

do ser consistentes. Sin embargo, insistir en una interpretación positivista legal de los Derechos Humanos les habría privado de la capacidad de condenar al nazismo, porque se necesitaría un punto de referencia muy categórico e influyente fuera de la ideología nazista. Solo una concepción de los derechos humanos como derechos que trasciendan la legislación nacional existente podría rechazar la legislación nazista. Un punto de vista positivista legal acepta toda legislación- incluso la legislación inmoral- siempre y cuando se redacte de acuerdo con los procedimientos formales existentes. Los derechos humanos, por otra parte, son derechos que la gente tiene independiente e incluso contra sus propios estados. Así, el bloque comunista se abstuvo. Sin duda, la discusión planteada por el bloque comunista, en esa fecha de 1948, es de gran importancia, en especial la intervención de Vishinky, por ser muy consistente con la ideología prevalescente, y porque el canciller soviético era un hombre inteligente y de muy buena formación en derecho positivo y del Estado.

II. LA ABSTENCIÓN DE ARABIA SAUDITA

Esta delegación se abstuvo por dos razones: Debido a la redacción del artículo 16 sobre los derechos iguales en el matrimonio, y a las objeciones a la cláusula del artículo 18 que establece que todo el mundo tiene el derecho a cambiar de religión o creencias. Sin embargo la canciller Cassim señaló que la inclusión del artículo 18 no había impedido que otros países con poblaciones musulmanas, como Siria, Irán, Turquía y Pakistán votaran a favor de la Declaración.

III. LA ABSTENCIÓN SURAFRICANA

La Unión Sudafricana se abstuvo de aprobar el documento, pues sabía que los Estados Unidos lo utilizarían para condenar las prácticas sudafricanas del apartheid y discriminación racial. Ya en 1946 la Primera Asamblea General había intercedido en una disputa entre India y Suráfrica sobre el trato de los indios en la Unión. 2/3 de la Asamblea expresaron el deseo de que el tratamiento de los indios en la Unión esté en conformidad con los derechos humanos pertinentes en la Carta. A primera vista, la posición sudafricana sobre la declaración parece sencilla. Mientras que los comunistas pensaban que la Declaración no era suficiente, el gobierno surafricano pensó que iba demasiado lejos.

La tarea propiamente política de la naturaleza de los derechos humanos quedó, pues, bien establecida ya en la Asamblea de la ONU celebrada en París, en diciembre de 1948. Sépase que Venezuela fue signataria de este documento, sin objeción alguna y, hasta el presente no ha sido recusado, aunque si incumplido reiteradamente desde 2007 hasta hoy cuando se ha agravado severamente, como lo muestran los documentos emanados de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la doctora Michelle Bachelet.

Sabemos que Pedro Nikken fue un gran militante por el cumplimiento cabal de los derechos humanos en varios países, a mí me consta que lo hizo en la disputa entre El Salvador y Honduras, y finalmente en las duras refriegas que tuvieron lugar en el derrocamiento de la dictadura de Khadafi en Libia, durante la llamada primavera árabe.

Pedro fue Decano electo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, cargo que ejerció con honestidad, eficiencia y gran calor humano.

Pedro fue nuestro amigo personal y siempre expresó una gran cordialidad y calor en sus relaciones humanas y de amistad. También su hermana Myriam. Disfrutamos

a su salida del Decanato de reunirnos con él y su familia en París y les acompañamos a él y a sus amados hijos y familia en la enfermedad y desaparición física de su esposa Alegría. Lo vimos por última vez antes de salir del país y nos manifestó su gran satisfacción y orgullo por los avances profesionales de sus dos hijos, lo cual nos encantó saber.

Su reciente fallecimiento representó una gran pérdida no solo para Venezuela sino para todos aquellos países urgidos o no de darle su verdadero valor a la dignidad humana. Descanse en paz.

II. DERECHO A LA PAZ

UN HOMBRE DE PAZ, QUE ENFRENTÓ LA GUERRA: PEDRO NIKKEN

Carlos Genatios*

“Más allá del dolor y la alegría, la dignidad del ser”

Marguerite Yourcenar

La guerra de El Salvador acabó con la vida de unas 100.000 personas. Esa guerra fue la expresión sangrienta de un conflicto con muy profundas raíces, que creció a lo largo de siglos, y que durante el siglo XX terminó por organizarse en dos bandos que trataban intensa, repetida e infructuosamente, de destruirse entre sí. Pero la realidad les demostró que era imposible eliminar al otro; no hay enemigo suficientemente pequeño como para borrarlo de la faz de la tierra. Y ambos bandos, luego del inmenso sufrimiento por el que pasaron, tuvieron la lucidez de pedir apoyo para superar el conflicto.

Este breve preámbulo resume vivencias y comentarios que estaban siempre presentes en las actividades y conversaciones de Pedro Nikken, y forman parte de las múltiples facetas que lo presentan como un gran hombre de paz, que enfrentó la guerra y la derrotó.

*

En Febrero de 1981, regresando de realizar estudios de maestría en Brasil, conseguí que la facultad de ingeniería de la Universidad Central de Venezuela estaba paralizada, luego de unos seis meses de conflicto. Un fuerte movimiento de oposición que se había iniciado desde finales de 1979, había desembocado en una lucha con un pequeño déspota que había sido electo de decano y ejercía el cargo con autoritarismo y chantajes. Un grupo de estudiantes y profesores se le enfrentaron y lograron, por escaso margen, derrotarlo en las elecciones en las que procuraba reelegirse.

* Individuo de Número ANIH, Ing. Civil UCV. M.Sc. (UFRJ/Brasil) Dr.Sc. Ing Civil (INSA/Francia). Post. Doc. Univ. Paris 6. Lic Filosofía UCV, D.E.A. Prof. Titular UCV. Grand Officier de l'Ordre du Mérite y Commandeur de l'Ordre des Palmes Academiques (Francia). Premio Nacional de Investigación en Vivienda. Consultor BID, WB, CAF, CEPAL. Autor de 16 libros, 150 artículos científicos y 300 de prensa. Jefe Dept Ing. Miami Dade College. Ex Ministro de Ciencia y Tecnología. Director Red Latinoamericana Reducción Desastres.

El déspota en cuestión cambiaba las reglas y las costumbres que por muchas décadas habían prevalecido dentro de la democrática Universidad Central de Venezuela, como por ejemplo, la no reelección de los decanos. En el mismo día de las elecciones, sospechosamente habían sido detenidos varios estudiantes pertenecientes a la asamblea de la facultad, quienes tenían voto en el proceso, y cuya ausencia en la votación podía permitir la reelección del decano. Luego de difíciles intervenciones lideradas por altos jerarcas de la universidad, con el apoyo de figuras políticas de renombre nacional, fueron liberados los estudiantes y llegaron a las 7.45pm, a tiempo para votar, antes del cierre de las mesas a las 8pm. Con ello se logró truncar el avance, al menos momentáneamente, de un personaje que actuaba sin escrúpulos, amenazaba, chantajeaba y arrinconaba a los profesores más débiles, y quien tenía grandes ambiciones de poder.

Las actividades docentes llevaban más de un semestre paralizadas por el conflicto, el cual fue atrayendo a profesores y autoridades de otras facultades y universidades y del contexto político nacional, quienes reconocieron el peligro que había surgido con el brote del autoritarismo representado por ese triste personaje, que afortunadamente no tuvo mayores consecuencias en la vida nacional, y cuyo nombre no merece ser incluido en estas páginas.

Uno de las personalidades universitarias que participó activamente en este proceso, fue el profesor Pedro Nikken, quien era decano de la facultad de ciencias jurídicas y políticas. Había llegado a ocupar ese cargo a la temprana edad de 33 años. En esos momentos agitados, tuve la oportunidad de conocer, o más bien, de tener unos primeros contactos con ese decano, quien se destacaba por ser un hombre grande, de gran estatura y gran espíritu, atento a escuchar a todos y a compartir con estudiantes y profesores, mientras participaba en la estructuración de una estrategia política que permitió resolver la crisis y salir de la amenaza latente.

Al cambiar las autoridades de la facultad de ingeniería, fui invitado a incorporarme al cuerpo docente y de investigación, y desde esa posición de joven profesor de la UCV, pude ver, en distintas ocasiones, al profesor Nikken, participando en reuniones y eventos universitarios, así como en alguna celebración, siempre con buena actitud, con una sonrisa y con ideas justas para atender las situaciones, mostrando su gran inteligencia, humor y creatividad.

Transcurrieron los años, unos cuantos, y en 2006, Pedro Nikken tocó a la puerta de Ojo Electoral. Ojo Electoral fue una organización no gubernamental, que creamos en 2005, orientada a la defensa del sentido del voto como pilar de la democracia, en un país que ya iba en camino al desmantelamiento de ese derecho sagrado, como consecuencia del progreso de la acción totalitaria de Hugo Chávez. Ojo Electoral fue creado para realizar observación electoral, lo que incluía el seguimiento al desempeño del Consejo Nacional Electoral (CNE); tenía la finalidad principal de realizar un muestreo riguroso y representativo de las elecciones, a fin de conocer los resultados electorales de manera independiente del CNE.

Pedro Nikken nos acompañó en Ojo Electoral entre 2006 y 2008. Teníamos reuniones semanales, los miércoles en la tarde, en las que pudimos discutir sobre cómo definir un camino de justicia que guiara nuestras acciones como observadores, además de planificar y ejecutar todo ese complejo proceso de muestreo electoral. En esas reuniones pudimos compartir muchos puntos de vista, más allá de la observación electoral, con bastante cercanía, con lo que llegamos a desarrollar una buena relación de afecto y confianza. Ojo Electoral tuvo algunos cambios en las directivas, pero en particular quiero destacar el grupo integrado por, además de Pedro Nikken, José Vir-

tuoso, Francisco Layrisse, José María Cadenas e Ignacio Ávalos. Durante la vida de Ojo Electoral, también nos acompañaron otras personas, entre las cuales menciono a Elías Pino Iturrieta y a Teodoro Petkoff, quien fue miembro fundador.

Ojo Electoral preparó sucesivos informes sobre las crecientes violaciones de normas básicas necesarias para tener un sistema electoral justo e imparcial y también publicó los resultados de las cuidadosas observaciones de las elecciones. El gobierno liderado por Chávez, utilizaba todos los recursos disponibles en el ejercicio de sus funciones, para, de manera ilegal, hacer campaña electoral, y fue progresivamente desarrollando mecanismos de presión sobre empleados públicos y contra la ciudadanía en general.

La directiva del Consejo Nacional Electoral no intervenía para detener esos abusos de poder, mientras que los continuos informes de Ojo Electoral señalaron, durante años, las deficiencias del sistema. Ojo Electoral también desarrolló, y esto fue tal vez su mayor contribución, un mecanismo de muestreo altamente confiable, que nos permitía auditar centros de votación y conocer los resultados de las elecciones. Desde Ojo Electoral colaboramos estrechamente con otros grupos de observación electoral como el que creó la Asamblea de Educación, liderado por el profesor José Domingo Mujica.

A finales de 2006, la Unión Europea envió una misión de observación electoral, encabezada por la eurodiputada Mónica Frassoni. Esa delegación observó las elecciones presidenciales del 3 de diciembre. Con ese grupo pudimos estrechar lazos, y Pedro fue el principal puente de comunicación; la misión revisó los procedimientos y observaciones que hicimos desde Ojo Electoral, y las avaló plenamente, de manera que muchas de las observaciones que incluyeron en su informe, fueron calcadas del nuestro.

En la medida en que avanzaba el chavismo en el poder, fue depurando los mecanismos de deslegitimación del proceso electoral y de presión y chantaje sobre la población, y, en especial sobre los empleados públicos que dependían del gobierno; adicionalmente, se consolidaron mecanismos de presión con la creación de programas de subvención directa a las personas, (las “misiones”): bajo la amenaza de perder el subsidio, las personas eran presionadas para votar a favor del gobierno. Muchos fueron los comentarios que hicimos en su momento, tanto en nuestros informes, como en numerosas apariciones ante los medios de comunicación, sobre el inadecuado comportamiento del desequilibrado CNE, y de la inaceptable y poco ecuánime actuación de la mayoría de su junta directiva, y principalmente, de su presidenta, Tibisay Lucena.

Muchos son los ejemplos del desequilibrio del CNE, pero esta no es la situación propicia para mencionarlos; nos limitaremos a comentar un caso. En el año 2004 debía realizarse un referéndum revocatorio del presidente, de acuerdo a lo establecido en la Constitución; para ello debía recolectarse un significativo número de firmas de solicitantes; la consecuencia del proceso fue que el CNE permitió que diputados del gobierno tuvieran acceso a la lista con la identidad y las firmas de los que pidieron la activación del referéndum revocatorio al presidente; a continuación, esa lista fue utilizada por el gobierno para discriminar a la población, para impedirles tener acceso a puestos de trabajo, contratos, becas y numerosos servicios públicos. Esa lista violadora de elementales derechos ciudadanos se conoció como la “lista Tascón”. Esa brutal lista dividió a los venezolanos entre los que recibirían apoyo gubernamental y acceso a los servicios públicos, y los que, por haber solicitado la activación de un derecho constitucional, como era el referéndum revocatorio, se les impedía el acceso

a los más básicos servicios públicos y al ejercicio de los más elementales derechos, tales como la renovación de la cédula de identidad u optar a algún cargo, así fuera de muy bajo nivel, en la administración pública. Al año siguiente, en las elecciones parlamentarias de 2005, ante el temor de repetir una situación en la que pudiera asociarse la identidad del votante con el contenido del voto, la oposición puso en duda el secreto del voto y cuestionó el funcionamiento de las máquinas de votación y de las llamadas “captahuellas”; la oposición denunció que era posible conocer la identidad del votante y, esto alimentó sus temores dado el inhumano (por decir lo menos) comportamiento previo del gobierno, que había aplicado la lista Tascón; como consecuencia, se retiró de las elecciones.

El miedo a la identificación del voto quedó sembrado en buena parte de la oposición venezolana, lo cual benefició al gobierno. En especial, los empleados públicos, para no perder el trabajo u otros derechos, ya no se atrevían a votar contra el gobierno. Ante ese temor, el CNE, en ningún momento desplegó un esfuerzo para reafirmar ante la población el adecuado funcionamiento del sistema electoral y de su proceso de automatización. Ni la presidenta, la señora Tibisay Lucena, ni la vicepresidenta Sandra Oblitas ni ninguno de los otros miembros asociados al gobierno, en ningún momento implementaron medidas para convencer a la población de que el voto era efectivamente secreto.

Uno de los momentos más significativos que compartimos en Ojo Electoral, fue a la hora de realizar el referéndum para la modificación de la constitución de diciembre de 2007. En esa ocasión, luego de concluido el proceso y de nosotros haber completado la verificación de votos en una muestra rigurosamente representativa, teníamos la certeza de que Chávez había perdido el referéndum. Los resultados eran claros, pero el CNE demoraba en informar al país. La tensión nacional se incrementaba y tuvimos el temor de que el CNE cambiara los resultados. Desde Ojo Electoral, informamos a las delegaciones extranjeras con las que habíamos establecido relaciones de confianza y transparencia, especialmente a varias delegaciones europeas. Asimismo pudimos informar a uno de los miembros de la junta directiva del CNE, a quien mantenían aislado y desinformado, y él pudo a su vez, informar de la situación a miembros de la Fuerza Armada. El clima se fue tornando más tenso en la medida en que transcurría la noche y el país estaba a la espera de los resultados. En un momento, nos vimos a la cara José Virtuoso, Francisco Layrisse, Pedro Nikken, Ignacio Avalos y mi persona, y decidimos salir a la sede del CNE, donde estaban presentes los medios, para anunciar los resultados de nuestra observación. Teníamos certeza, por los muy pocos recursos de protección de los que disponíamos, que al llegar al CNE y dar la información que teníamos en nuestras manos a los medios presentes, íbamos a ser detenidos por los cuerpos de seguridad del estado y nuestro futuro sería incierto. El haber tomado juntos la decisión de salir a hacer público el resultado, en esos momentos de incertidumbre, consolidó una relación de confianza mucho mayor entre nosotros. Afortunadamente, en el momento en el que estábamos saliendo de la sede de Ojo Electoral para dirigirnos en taxi al CNE, su presidenta anunció la derrota de Chávez en el referéndum. Nos salvamos del peligro al que íbamos a enfrentarnos, y al mismo tiempo, en ese instante decisivo, una fuerte alianza de confianza y afecto con esos compañeros de Ojo Electoral, quedó firmemente sembrada.

Con Pedro tuvimos la ocasión de tener acercamientos importantes con diversas delegaciones internacionales con las que compartíamos la creciente problemática venezolana, y quienes apoyaron nuestro trabajo, especialmente delegaciones de Europa y de países europeos.

Contar con el apoyo de estas delegaciones nos permitía tener cierta cobertura en momentos de peligro y de amenazas por parte del gobierno, por nuestro trabajo de observadores electorales y de críticos del desempeño del CNE.

Un día de 2008, Pedro me invitó a una reunión muy especial, que ha tenido muchas repercusiones positivas en mi vida. Me dijo que lo acompañara a un almuerzo en casa de un cercano amigo suyo, para asistir a un encuentro con varias personas y degustar un sabroso pabellón. El anfitrión era su amigo Enrique ter Horst. En esa reunión, que era más bien una suerte de peña que se repetía al menos una vez al mes, se encontraban personas quienes en su mayoría eran muy interesantes, que aportaban con sus experiencias y perspectivas, puntos de vista diversos sobre la política y sobre la vida. Allí pude estrechar lazos, no solo con Enrique, sino con otras personas de gran corazón y dedicación al país. Esas reuniones me permitieron conocer y darme a conocer. Entre ellos estaban Chema Cadenas, Teodoro Petkoff, Francisco Suniaga, Gustavo Tarre, Phil Gunson, Heinz Sontag, Héctor Faúndez, Carlos Ayala Corao, Mikko Phyhala, ~~Ana María San Juan~~, Rocío SanMiguel, Tamara Sujú, y otros muchos que venían para encuentros específicos, a compartir sus visiones y experiencias.

Gracias a la bondad de Pedro y del anfitrión Enrique ter Horst, con quien he estrechado una valiosa amistad que crece cada día, pude entrar en contacto con personas que pasaron a ser importantes en mi vida.

**

Uno de los temas que con frecuencia venía a nuestras conversaciones era el de la guerra y la paz de El Salvador. Varias razones lo justificaban; por un lado, la percepción de la problemática de Venezuela, que no iba por buen camino y se movía, (¿y se mueve?) hacia una confrontación, a una guerra civil; la experiencia de El Salvador debía (y debe) servirnos de ejemplo.

Otras razones tenían que ver con lazos de amistad con ese hermano país, y con las contribuciones que Pedro Nikken y Enrique ter Horst, ambos venezolanos, realizaron para la salida de la guerra, así como con la cercanía de Román Mayorga, gran amigo salvadoreño, actor importante en los acontecimientos de El Salvador.

Paso a incluir algunas reflexiones y referencias que muestran la profunda importancia de la actuación de Pedro Nikken en la solución de ese conflicto, como persona entregada a la lucha por la superación de la guerra, en términos de justicia.

“La guerra es política con derramamiento de sangre,
y la política es guerra sin derramamiento de sangre”

(Mao Zedong)

El Salvador, 1991: 100.000 muertos por 12 años de guerra civil; 21.041 km²; 5,3 millones de habitantes con un tercio de la población en el exilio, aparato productivo destruido, y una larga historia de desigualdad, opresión y maltrato a las mayorías. El origen de la guerra de El Salvador se remonta siglos en la historia, de la misma manera como todos los conflictos parecen ser consustanciales con la propia humanidad.

Román Mayorga, quien tuvo un destacado rol en el esfuerzo por impedir la guerra en El Salvador, y con esa motivación fue uno de los tres miembros de la Junta Revolucionaria de Gobierno que fue derrocada por la acción militar, describe con

lucidez en un brillante libro^{1,2} en el que es coautor conjuntamente con Pedro Nikken, Enrique ter Horst, Salvador Sánchez Cerén y David Escobar Galindo, elementos que contribuyeron al origen de la guerra. “¿Cómo fue que, sabiendo muchos lo que implicaba una tragedia nacional, los salvadoreños nos metimos en una guerra civil (...) de 12 años? (...) La gestación de una guerra civil (...) no ocurre de un momento a otro sino secuencialmente en el tiempo, con diferentes fuerzas que se combinan para impulsarlo”³.

La razón de fondo que identifica Mayorga es la “desigualdad extrema y creciente”: “la mayor parte de la población en la época previa a la guerra civil, vivía en condiciones de gran pobreza: nutrición deficiente, acceso insuficiente a servicios médicos y hospitalarios, educación de pésima calidad, viviendas miserables, salarios exiguos, desempleo crónico, niños sin futuro. No era solamente una pobreza difícil de soportar cuando se compara con la relativa abundancia que disfrutaban otros, sino una condición dolorosamente objetiva en que no pueden ser adecuadamente satisfechas las más básicas necesidades humanas. En el otro extremo de la estructura social, había, y continua existiendo, una concentración de la riqueza y el ingreso en una pequeña minoría que ha disfrutado de todos los bienes y servicios de los estratos más ricos de la población en los países desarrollados. El Salvador presentaba uno de los mayores índices (Gini) de desigualdad en América Latina, la región más desigual del planeta. (...) Teníamos una dinámica donde los ricos aumentaban sus ingresos y los pobres aumentaban principalmente en número. (...) Las raíces de dicha situación pueden encontrarse en la estructura social heredada de la colonia española, la cual fue agravada en el periodo de sesenta años (1871-1931) cuando prácticamente toda la tierra comunal fue convertida en grandes plantaciones de café, y luego caña de azúcar y algodón”⁴.

Con ese telón de fondo, Mayorga añade varios factores que fueron incrementando la intensidad del conflicto hasta que se produjo la explosión de la guerra. Incluye antecedentes de rebeldía de la población, el proceso de concientización de masas asociado a los movimientos revolucionarios, en especial los de Cuba y Nicaragua, y la ilegitimidad y violencia del poder político.

Mayorga comenta: “En Enero de 1932 hubo un levantamiento violento en el occidente del país, muy poblado entonces por indígenas, que fue indiscriminadamente reprimido por el ejército, que generó la matanza de decenas de miles de personas.” El ejército ejecutó una “gran masacre de la población civil, incluyendo niños y ancianos, que concluyó con la abolición de los antiguos pueblos indios, sus símbolos y su lengua”. Se produjo así la transición a la dictadura militar que duró hasta el surgimiento de la Junta Revolucionaria de gobierno de 1979.

¹ Roman Mayorga es un ingeniero salvadoreño, graduado en el Massachusetts Institute of Technology (MIT), quien, mientras era Rector de la Universidad Católica de Centro América José Simeón Cañas, a la edad de 37 años, fue escogido para ser uno de los tres miembros de la junta de gobierno que buscó evitar la guerra civil en el Salvador; los miembros de la Junta fueron amenazados y ese esfuerzo destruido, y Román se vio obligado a salir de El Salvador, radicándose en México y luego, por invitación del Presidente del Banco Interamericano de Desarrollo, Enrique Iglesias, se estableció en Washington DC., desarrolló las iniciativas de Ciencia y Tecnología del BID, y en 2000 fue designado representante del BID en Venezuela, momento en el cual iniciamos la profunda amistad que nos une.

² Mayorga, M., Nikken, P., Sánchez Cerén, S., ter Horst, E., Escobar Galindo, D. “El Salvador: de la guerra civil a la paz negociada”. Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador.

³ *Ibid.* p. 9.

⁴ *Ibid.* p. 12.

“Los años setenta fueron de gran represión. Los grupos dominantes cometieron fraudes electorales y detuvieron un intento de iniciar un modesto programa de reforma agraria, a los partidos políticos reformistas, les negaron sus victorias electorales, y sus organizaciones reprimidas y desmanteladas”⁵. La Iglesia fue perseguida, las universidades atacadas, los medios de comunicación reprimidos, y, con todo ese proceso, fueron surgiendo organizaciones que fueron llamando a la rebelión. En 1979 hubo un intento, por parte de la “Juventud Militar” de evitar la guerra; dieron un golpe de estado e instalaron la Junta Revolucionaria de Gobierno, la cual no logró detener el camino a la guerra y sus miembros tuvieron que renunciar ante las amenazas y acciones militares.

El 24 de marzo de 1980 fue asesinado el monseñor Oscar Arnulfo Romero, un gran líder de la población, quien en su última homilía, había dicho: *«Yo quisiera hacer un llamamiento muy especial a los hombres del Ejército, y en concreto a las bases de la Guardia Nacional, de la policía, de los cuarteles: Hermanos, son de nuestro mismo pueblo, matan a sus mismos hermanos campesinos y, ante una orden de matar que dé un hombre, debe de prevalecer la ley de Dios que dice: ‘No matar’. Ningún soldado está obligado a obedecer una orden contra la ley de Dios. Una ley inmoral, nadie tiene que cumplirla. Ya es tiempo de que recuperen su conciencia y obedezcan antes a su conciencia que a la orden del pecado. La Iglesia, defensora de los derechos de Dios, de la ley de Dios, de la dignidad humana, de la persona, no puede quedarse callada ante tanta abominación. Queremos que el Gobierno tome en serio que de nada sirven las reformas si van teñidas con tanta sangre. En nombre de Dios, pues, y en nombre de este sufrido pueblo, cuyos lamentos suben hasta el cielo cada día más tumultuosos, les suplico, les ruego... ¡Les ordeno! En nombre de Dios: ¡Cese la represión!»*⁶

El asesinato de Monseñor Romero terminó de impulsar el enfrentamiento y la guerra civil. Los grandes combates militares se iniciaron en menos de diez meses⁷. Doce años después, la guerra todavía continuaba.

Este relato habla de cómo se generó una guerra, la guerra civil de El Salvador, pero, el origen de la guerra, de toda guerra, está inscrito en las relaciones de dominación y de poder, cuyas raíces se remontan a los orígenes de la humanidad. Al analizar los acontecimientos que desencadenaron la guerra, se puede entender que esos hechos no fueron el embrión de la guerra, sino que se trata más bien de lo contrario: esos acontecimientos son manifestaciones del proceso de desarrollo del sujeto y de su historia; el poder, la dominación y sus conflictos, que en ocasiones devienen en guerras.

“El primer humano que insultó a su enemigo, en lugar de lanzarle una piedra, fue el fundador de la civilización”.

Sigmund Freud

Europa, en los años 30, vivía un ambiente difícil; la primera guerra mundial había sido superada, pero una severa crisis económica y algunas de las decisiones tomadas

⁵ Ibíd. p.14.

⁶ Dada, C. “Asesinato de monseñor Romero: un agujero de cinco milímetros” <https://www.ciperchile.cl/2018/10/11/asesinato-de-monsenor-oscar-romero-un-agujero-de-cinco-milímetros/> consultado el 20 de noviembre de 2020.

⁷ Mayorga, R. et al, Op.Cit. pag 16.

en el proceso de cierre del conflicto, generaban malestar: asomaba la sombra de una nueva guerra. La Liga de Naciones había sido creada en París el 10 de Enero de 1920, con la finalidad de prevenir la guerra por medio de medidas como incrementar la seguridad colectiva y estimular el desarmamiento y la solución de disputas internacionales mediante la negociación y el arbitraje. La Liga de Naciones creó el Instituto Internacional de Cooperación Intelectual (el cual posteriormente se convirtió en la UNESCO), orientado a promover la ciencia, las artes, las letras y la educación, e incluyó a científicos, pensadores y filósofos, todos con el fin de aportar soluciones para procurar la paz. Entre sus miembros se encontraba Albert Einstein.

El 30 de Julio de 1932, un año antes de la llegada del nazismo al poder en Alemania, Albert Einstein escribió a Sigmund Freud para invitarlo a participar en el Instituto Internacional de Cooperación Intelectual. “La propuesta de la Liga de las Naciones y de su Instituto Internacional de Cooperación Intelectual en París para que invite a alguien, a un franco intercambio de ideas, me brinda una muy grata oportunidad de debatir con usted una cuestión que, tal como están ahora las cosas, parece el más imperioso de todos los problemas que la civilización debe enfrentar. El problema es este: ¿Hay algún camino para evitar a la humanidad los estragos de la guerra?”⁸ “Siendo inmune a las inclinaciones nacionalistas, veo personalmente una manera simple de tratar el aspecto superficial (o sea, administrativo) del problema: la creación, con el consenso internacional, de un cuerpo legislativo y judicial para dirimir cualquier conflicto que surgiera entre las naciones. Cada nación debería avenirse a respetar las órdenes emanadas de este cuerpo legislativo, someter toda disputa a su decisión, aceptar sin reserva sus dictámenes y llevar a cabo cualquier medida que el tribunal estimare necesaria para la ejecución de sus decretos.” Luego agrega: (...) Pero “el afán de poder que caracteriza a la clase gobernante de todas las naciones es hostil a cualquier limitación de la soberanía nacional”⁹. “(...) el hombre tiene dentro de sí un apetito de odio y destrucción. (...) ¿Es posible controlar la evolución mental del hombre como para ponerlo a salvo de las psicosis del odio y la destructividad?”¹⁰.

En septiembre del mismo año, Freud respondió a Einstein desde Viena. El argumento gira alrededor de cómo la dominación, el empleo de la fuerza y el miedo, en fin, el dominio de unos por otros (de los débiles por los poderosos), ha sido un elemento consustancial de la historia de la humanidad.

De manera resumida, Freud comenta: Los conflictos, en las primeras etapas del desarrollo del hombre se resolvían mediante la fuerza, al igual que en el mundo animal. Se define el triunfo mediante la disposición de la mayor fuerza muscular, posteriormente por el triunfo del que disponía de la mayor fuerza de herramientas (empleadas como armas). El paso de la superioridad de la fuerza muscular a la de las armas, es una muestra del desarrollo intelectual y tecnológico del hombre, pero no esconde que el objetivo continúa siendo el mismo: aniquilar o someter a una de las partes, para establecer el lugar del más poderoso.

Como una posibilidad del conflicto, aparece la alternativa de mantener atemorizado al vencido, en vez de matarlo, para así poderlo utilizar en tareas útiles; pero eso de inmediato coloca al vencedor en la condición de tener que protegerse ante los deseos del vencido de vengarse. Freud agrega que la unión de varios vencidos puede

⁸ ¿Por qué la guerra? Correspondencia entre Albert Einstein y Sigmund Freud. Disponible en: <https://revistainterrogant.org/por-que-la-guerra-correspondencia-entre-albert-einstein-y-sigmund-freud/> consultado el 20 de noviembre de 2020.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

generar un nuevo poder que controla una sociedad. Se puede pasar de un régimen de vencidos, a la unión de los vencidos, los cuales, unidos, pueden convertirse en vencedores, que ejercen el poder a partir de un conjunto de reglas que definen el derecho en una comunidad, “en oposición a la fuerza de un individuo aislado”. Para que sea duradera esta condición de paso a un estado de derecho, es necesario que la unión sea permanente, organizada, que se institucionalice. En esa estructura pacífica se mantienen elementos de poderío dispar, entre hombres y mujeres, entre hijos y padres; se mantienen las relaciones entre vencedores y vencidos que se convierten en amos y esclavos. Dentro de la distribución de poder, albergada en un Estado de Derecho, se producen desplazamientos, posibles productos de los esfuerzos de los débiles, unidos con la finalidad de que se les reconozcan más derechos y se transformen las leyes para su beneficio. Esto puede ser rechazado por las clases dominantes, con lo que se puede dar una rebelión, lo cual suprime el derecho establecido y puede dar paso a un nuevo orden legal.

“Hemos visto que una comunidad humana se mantiene unida merced a dos factores: el imperio de la violencia y los lazos afectivos”¹¹.

En el desarrollo de la confrontación, Freud incluye “el instinto de destrucción”, y menciona: “hemos llegado a concebir que este instinto obra en todo ser viviente, ocasionando la tendencia a llevarlo a su desintegración, de reducir la vida al estado de la materia inanimada”¹². Esta noción está en la base de la confrontación; queda de manifiesto su contribución al desarrollo de la historia, como parte de la dominación, presente en toda organización social.

Freud procura un camino para salir de la confrontación, pero no le resulta fácil, y escribe a Einstein: “usted lamenta los abusos de autoridad. El hecho que los hombres se dividan en dirigentes y dirigidos es una expresión de la desigualdad innata e irremediable”¹³. La alternativa la asocia con el desarrollo cultural, con el conocimiento, y señala: “es preciso poner mayor empeño en educar una capa superior de hombres dotados de pensamiento independiente, inaccesibles a la intimidación, que breguen por la verdad y a los cuales corresponda la dirección de las masas dependientes”¹⁴.

En esa dirección presenta al pacifismo como salida, en un proceso de evolución: “somos pacifistas porque por razones orgánicas debemos serlo. Desde tiempos inmemoriales se desarrolla en la Humanidad el proceso de desarrollo cultural (civilización). Las modificaciones psíquicas que acompañan la evolución cultural son notables e inequívocas. Consisten en un progresivo desplazamiento de los fines instintivos y en una creciente limitación de las tendencias instintivas”. “Las actitudes psíquicas que nos han sido impuestas por el proceso de la cultura son negadas por la guerra en la más violenta forma y por eso nos alzamos contra la guerra”¹⁵.

Es posible la superación de la confrontación, y el paso a la paz, pero para ello es necesario renunciar a las armas, al deseo de ser superior, de ser amo, de mantener a una parte de la población en condición de dominados, de oprimidos. La política tendrá que desplazarse de su concepción como campo de batalla al escenario de la negociación.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

En la respuesta de Freud, está presente el desarrollo del sujeto, que surge de la negociación y que hace posible la paz; es el sujeto y los movimientos de la historia, también descritos por Hegel en la Fenomenología del Espíritu¹⁶, en su Dialéctica del amo y del esclavo. Hegel presenta el movimiento de la dialéctica, como motor de la historia.

La negociación para lograr la paz, requiere e impulsa el desarrollo de los discursos del sujeto en conflicto, del reconocimiento de múltiples discursos, con lo que se abre camino a un nuevo tejido histórico.

Y el instrumento es la palabra.

“...y no comprendieron hasta que vino el diluvio y se los llevó a todos”

Mateo 24:39

La reflexión sobre la aniquilación entre contrarios como elemento indisociable de la historia, y la superación de los conflictos mediante la luchas por construir la paz, llevan de vuelta a Pedro Nikken y al papel que jugó en la guerra del Salvador. Porque Pedro Nikken era un hombre de gran visión estratégica a la hora de construir la paz, que usaba las palabras con talante generoso e inteligente, con una profunda comprensión del aspecto humano de los conflictos, aspecto que muchos olvidan.

En 1990, unas 100.000 personas habían sido asesinadas en la guerra civil en El Salvador. El enfrentamiento no concluía; no había vencedores, solo vencidos. Dos hechos importantes marcan una escalada del conflicto: el asesinato del rector de la Universidad Centro Americana, conjuntamente con 5 sacerdotes jesuitas, una cocinera y su hija, a manos de efectivos de la Fuerza Armada, el 16 de noviembre de 1989 por un lado, y el otro, la toma de San Salvador por parte del FMLN, el mismo mes de noviembre

Luego de doce años de guerra, el agotamiento y el desgaste impulsaron a los enemigos a entender que ninguno iba a eliminar al otro. Cada uno debía buscar alguna alternativa para sobrevivir, y eso implicaba negociar.

El paso siguiente fue la solicitud de intermediación a las Naciones Unidas. El presidente de El Salvador y la Comandancia General del FMLN solicitaron al Secretario General Javier Pérez de Cuéllar su participación y éste aceptó ser el intermediario. Las negociaciones tuvieron lugar dentro del marco del Acuerdo en Ginebra, firmado el 4 de abril de 1990. Pérez de Cuéllar designó como su representante a Álvaro de Soto.

“El gobierno de El Salvador y el FMLN, por razones que seguramente no son coincidentes, llegaron a la conclusión de que debían buscar el termino del conflicto armado por la vía política y desistir de la idea de encontrar un desenlace militar. Se dispusieron así a buscar la paz a través de un proceso de negociaciones caracterizado, en cuanto al procedimiento, por la formalidad y por la activa participación de las Naciones Unidas como intermediario; y en cuanto al fondo, por su profunda vinculación con la inveterada violación de los derechos humanos de la población salvadoreña, la cual constituye una suerte de eje o causa común del conflicto y de los acuerdos”¹⁷.

¹⁶ Hegel, G.W.F, “Fenomenología del Espíritu”, Fondo de Cultura Económica, p 483, México, 1966.

¹⁷ Nikken, Pedro “El Salvador: los derechos humanos en la antesala de la guerra y de la paz” 84/86 Boletim da Sociedade Brasileira de Dereito Internacional (1992/93) pp. 69-89.

En el proceso de negociación se firmaron varios acuerdos. Pedro Nikken fue el brazo jurídico del secretario general de las Naciones Unidas para mediar en el conflicto de El Salvador, pero, a continuación, también lo fue para la mediación de conflictos en África y los Balcanes, con dos Secretarios Generales, primero Javier Pérez de Cuéllar y luego con Butros Butros-Ghali.

A Pedro Nikken le tocó colocarse en el medio del enfrentamiento, para ir cambiando las balas por palabras. Pedro Nikken permitió que aquellos enemigos que iban y venían del infierno y de la muerte, se dieran la mano, a través de las suyas. Pedro Nikken generó la confianza necesaria para que las palabras no fueran amenazas para ninguno de los enemigos, y fue, paciente y lúcidamente, dirigiendo discursos hacia la reconciliación, guiado por el objetivo superior de la paz. Pedro Nikken fue el principal redactor del acuerdo de San José y del Acuerdo de Paz sobre Derechos Humanos, firmado el 26 de julio de 1990.

Su rol ha sido destacado por las dos partes en conflicto, reconociendo que la paz de El Salvador, debe mucho a este ilustre venezolano. A continuación incluimos varios testimonios de actores de ambos bandos en conflicto, que reconocen el gran valor de su esfuerzo para construir la paz de El Salvador.

“La negociación era una confrontación intelectual, y la inteligencia de Nikken era, como se ha señalado, fina, ágil y extraordinariamente creativa... Su capacidad para ensayar redacciones alternativas con finísimos giros para sortear las resistencias y superar las desconfianzas demostró ser prácticamente inagotable”; Nikken “tenía el espacio y el talante necesario para cultivar, con más latitud que sus compañeros de equipo, la amistad con los negociadores del FMLN y del Gobierno” reseña Salvador Samayoa, uno de los representantes de la exguerrilla del FMLN que firmaron la paz, en su libro *El Salvador, la reforma pactada*¹⁸.

“Siempre estuvo allí Pedro Nikken, inclusive la propuesta de derechos humanos que se suscribió en julio de 1990 en San José, Costa Rica que fue un primer acuerdo, fue un gran producto de él, porque contribuyó con ideas y acompañó todo el proceso de sensibilización de lo que debía tener el carácter democrático de esos acuerdos”. Así se expresó Nidia Díaz, una de los firmantes de los acuerdos de paz por la guerrilla del FMLN. “Uno de los grandes objetivos de todo el proceso de negociación era la plena vigencia de los derechos humanos... fue un aporte importante de él”, recordó. “Nosotros le agradecemos eternamente y vamos a buscar que haya un minuto de silencio para que se le pueda recordar en el pleno (de la Asamblea Legislativa)”, adelantó la hoy legisladora¹⁹.

En la contraparte, el general retirado y diputado de ARENA, Mauricio Ernesto Vargas, quien en la negociación representó al Gobierno, recuerda a Nikken como “un punto de equilibrio muy fuerte en las relaciones pendulares entre el FMLN y el gobierno”. “Él desarrollaba muchas propuestas de lo que escuchaba en las mesas de ambas partes, encontraba los puntos de coincidencia y así construía propuestas de entendimiento”. “Pedro fue un punto de equilibrio muy fuerte en las relaciones pendulares entre el FMLN y el gobierno, en la negociación” “Para mí significó un punto de confianza para poder avanzar en una negociación tan difícil”²⁰.

¹⁸ <https://www.elsalvador.com/eldiariodehoy/consternacion-por-muerte-del-jurista-pedro-nikken-pieza-clave-en-firma-de-la-paz/667977/2019/> consultado el 20 de noviembre de 2020.

¹⁹ Idem.

²⁰ Op.Cit.

El exmagistrado de la Sala de lo Constitucional, Florentín Meléndez, quien fue alumno de Nikken en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y fue presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), define a Pedro Nikken como “un precursor y pionero del trabajo de derechos humanos en las Américas, hombre enteramente democrático, jurista de altos quilates, comprometido con la causa de la justicia y de la defensa y enseñanza de los derechos humanos en su país y en América Latina”. “Pedro ha dejado un gran legado histórico para las futuras generaciones, para la democracia y el Estado de Derecho en el Continente” (...) “Su aporte jurisprudencial y doctrinal, incluso, incidió en el sistema de protección europeo y en el de Naciones Unidas, por lo que considero que éste es el principal legado que (Nikken) nos deja en materia de derechos humanos”²¹.

En ocasión del fallecimiento de Pedro Nikken, el exdirector ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Roberto Cuéllar, rememora que “con Pedro Nikken me unió fuerte relación de juez y presidente de la Corte IDH y luego durante doce años presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos del que fui director ejecutivo de octubre 1999 a julio 2013. He repasado un par de trazos sobre la vida tan prolífica, activa e intelectual de Pedro que durante más de 20 años fui y vine entre Caracas y San José imaginando las cosas más sublimes y los planes estratégicos de Pedro en la defensa por sobre todas las cosas, y la promoción activa de derechos de la gente y sus pueblos en toda la región”. “La guía de Pedro fue única y trascendente, hoy será irrepetible. Estamos conmovidos y muy tristes, y de profundo dueño por la partida de ese genial ser humano y justo juez que fue Pedro Nikken a quien le debe mucho la paz en El Salvador”.

Volvamos a la frase de Freud: Para salir de la confrontación “es preciso poner mayor empeño en educar una capa superior de hombres dotados de pensamiento independiente, inaccesibles a la intimidación, que breguen por la verdad y a los cuales corresponda la dirección de las masas dependientes”.

El sujeto más allá de la confrontación, capaz de construir la paz, pleno de valores, verdad y valentía, requerido por Freud, “hombres dotados de pensamiento independiente, inaccesibles a la intimidación, que breguen por la verdad y a los cuales corresponda la dirección de las masas dependientes”, lo encontramos encarnado en Pedro Nikken, quien; con lucidez y profunda humanidad, guió procesos de negociación muy difíciles, no solamente en la transición a la paz del Salvador, sino también en otros campos y en numerosas ocasiones.

En El Salvador, se trataba de cambiar las balas por palabras, aunque fueran insultos; dar confianza a cada uno de los bandos, para irles quitando las armas e ir convirtiendo las balas en palabras y acuerdos. Esas palabras tenían que recoger los lamentos acumulados de la historia, incluyendo los gritos silentes de casi 100,000 víctimas fatales de la guerra civil de El Salvador.

¿Y, qué hay en el fondo de toda esa acción por construir la paz? ¿Qué hace que ese paso a la paz sea el paso adelante y no un retroceso en la historia, que no sea un abandono a la lucha por salir de la condición de dominación? El eje de la negociación fue la reivindicación de los derechos humanos de la mayoría de la población. Los acuerdos definieron una “empresa nacional común de construir una nueva sociedad donde estuvieran erradicadas las causas profundas del conflicto”.

²¹ <https://www.elsalvador.com/eldiariodehoy/consternacion-por-muerte-del-jurista-pedro-nikken-pieza-clave-en-firma-de-la-paz/667977/2019> consultado el 20 de noviembre de 2020.

Los derechos humanos facilitaron la estructuración de un relato que permitió construir el camino hacia la paz: “los derechos humanos son el eje del modelo de sociedad que surgió de las negociaciones”²².

“Vengo a hablar sobre la paz. Sobre la paz resultante de la guerra. Sobre la paz que no es apaciguamiento sino genuina conquista de la esperanza y cuando esa conquista se edifica sobre un propósito mancomunado de recuperar para un pueblo la justicia, la libertad y, sobre todo, la dignidad, la paz es paradigma de la política”.

Pedro Nikken.

Pedro Nikken continuó, infatigable, en la defensa de los derechos humanos, durante toda su vida, uniendo su acción institucional y ciudadana con reflexiones, escritos, conferencias y clases. “Los derechos humanos, pues, son una herramienta del bien, descubierta (o inventada) por la humanidad para enfrentar la opresión y liberarse de todas sus formas. Ellos son, pues, derechos conquistados. La progresividad de los derechos humanos viene dada en gran medida por esta peculiar emergencia como conquistas contra la opresión”²³.

El incluir los derechos humanos como elemento central de la negociación, agrega una perspectiva de superación de la dominación y del abuso de poder. El análisis de las violaciones de los derechos humanos, el reconocimiento de su importancia y de la urgencia de la superación de estas violaciones, el carácter progresivo de los mismos, y los compromisos y desarrollo institucional y político necesarios para su respeto y protección, constituyen el elemento central para la construcción del relato que permite salir de la opresión y superar la relación amo-esclavo. El proceso de construcción de los acuerdos de paz de El Salvador, centrados en los derechos humanos, es un ejemplo de ello. “los derechos humanos resultan de los sufrimientos que son capaces de infligirse unos a otros los seres humanos, prevalidos del poder y de la fuerza, y son el núcleo de la ideología universal nacida para encarar la opresión”²⁴.

La práctica de desarmar los mecanismos de dominación, de superar la relación amo-esclavo, lo llevaron a destacar la fundamental importancia de atender la superación de la pobreza como un derecho humano. La pobreza, y en especial, la pobreza extrema, colocan al sujeto en una condición tal de vulnerabilidad, que no puede sino ser víctima del poderoso.

“(…) es posible identificar presupuestos cuya negación resulta en un obstáculo insalvable para que los derechos humanos puedan realizarse efectivamente.” Se trata de “causas de opresión que gravitan sobre la totalidad del Estado o de la sociedad; de

²² Nikken, P. “El Salvador: los derechos humanos en la antesala de la guerra y de la paz, [en línea]. En: Derecho internacional y derechos humanos. (Editores: Bardonnnet, Daniel; Cançado Trindade, Antonio Augusto). IIDH. San José, Costa Rica, 1996. pp. 197-224, pdf: Disponible en <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2110/documento-unido-derecho-internacional-y-ddhh-droit-international.pdf> consultado el 20 de noviembre de 2020.

²³ Nikken, P. “La pobreza en la perspectiva de los derechos humanos y la democracia” En: ¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres en América Latina y El Caribe? (coord. Gerardo Caetano y Roberto Cuéllar M.) IIDH. San José, Costa Rica, 2012. pp. 157-208, formato pdf. Disponible en <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1796/quienesresponden-al-caribe-2007-2011.pdf> consultado el 20 de noviembre de 2020.

²⁴ Nikken, P. *Ibid.* 157.

componentes patológicos que impregnan de tal modo el cuerpo social que determinan una causa de opresión general para la sociedad, sin cuya remoción los derechos humanos sufren una minusvalía colectiva intrínseca. Se trata pues de condiciones necesarias, pero no suficientes, para la efectividad de los derechos humanos dentro del contexto de una sociedad determinada, sin los cuales, no es alcanzable, virtualmente, una garantía satisfactoria ni un grado razonable de goce efectivo de los derechos humanos por el cuerpo social en su conjunto, ni de cada uno de sus componentes individuales”²⁵. La pobreza crítica es uno de ellos.

*“Success is not final, failure is not fatal,
it is the courage to continue that counts.”*

Winston Churchill

Pedro Nikken fue un hombre con muchos logros en las muchas direcciones de una vida amplia y generosa. Su impresionante hoja de vida ya ha sido presentada por otros académicos²⁶: abogado de la UCAB, obtuvo un Diplôme d’Études Supérieures en Droit Privée Général, de la Université Paris II Panthéon-Assas, doctor de la Universidad de Carabobo, Doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires, profesor de pre y post grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, en la cual fue director, coordinador y luego decano a la temprana edad de 33 años, representante profesoral ante el Consejo Universitario, asesor jurídico del Consejo Nacional de Universidades e Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, autor de más de 60 artículos y 12 libros sobre temas jurídicos. Fue también asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores en temas consustanciales con la esencia de la venezolanidad, como son los de la defensa de su integridad territorial. En el ámbito internacional, sus logros son inmensos y expuestos en esta misma obra por autores más autorizados que mi persona para reconocerlos²⁷.

En Enero de 2014, fui amenazado por un político venezolano, aprendiz de dictador, con título de teniente, cuyo nombre tampoco merece ser incluido en estas páginas. Dada la gravedad y la violencia de las amenazas, me vi en la obligación, al igual que muchos otros perseguidos políticos, de salir inmediatamente de Venezuela con mi familia. Al no poder atraparme, el verdugo dio instrucciones a una pequeña jueza a quien él había asignado el caso, (jueza que tampoco merece que su nombre sea ni siquiera pronunciado) de solicitar a la INTERPOL que me capturara y me enviara de regreso a Venezuela. La jueza, muy obediente, procedió en menos de 24 horas a solicitar el procedimiento que le fue indicado. En premio a su obediencia, la jueza fue, a los dos meses, nombrada miembro del Tribunal Supremo de Justicia. En la persecución que se trató de imponerme, también fueron acusadas otras personas. Al enterarse

²⁵ Nikken, P. “La pobreza en la perspectiva de los derechos humanos y la democracia” En: ¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres en América Latina y El Caribe? (coord. Gerardo Caetano y Roberto Cuéllar M.) IIDH. San José, Costa Rica, 2012. pp. 157-208, formato pdf. Disponible en <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1796/quienesresponden-al-caribe-2007-2011.pdf> consultado el 20 de noviembre de 2020.

²⁶ Ayala Corao, Carlos “Palabras del Académico Carlos Ayala Corao con Ocasión del fallecimiento del académico Pedro Nikken”, Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 21 de febrero de 2020/.

²⁷ Idem.

del procedimiento ante la INTERPOL, Pedro Nikken se ofreció inmediatamente a ocuparse de nuestro caso, conjuntamente con Carlos Ayala Corao. Afortunadamente, la INTERPOL envió una fuerte respuesta a la Jueza, en la que le indicaba que con su solicitud estaba violando los estatutos de INTERPOL. Se trataba de una persecución política.

La solidaridad y la lucha por la justicia, la verdad y la libertad, como condición de vida de Pedro Nikken, volvió a aparecer para apoyarnos.

¡Gracias Pedro, siempre, mil gracias!

NOTA FINAL:

Esta ha sido una nota difícil de escribir. Los especialistas en las ciencias políticas y jurídicas, sobre todo aquellos cuyos esfuerzos contribuyen con la lucha por los derechos humanos y que conocieron a Pedro Nikken en persona y por su extensa y variada obra de vida, podrán explicar con detalle y muy alto nivel, las profundas y excepcionales contribuciones de Pedro Nikken en ese ámbito a nivel mundial. Por no poseer las calificaciones profesionales propias de esas disciplinas, mi contribución con esta nota, está motivada por la profunda huella personal que Pedro dejó en mi persona. Esta no es una nota académica. Esta es una nota sentida.

CG.

**LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ Y LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS:
REFLEXIONES SOBRE LA ACCIÓN DEL SISTEMA
DE NACIONES UNIDAS EN EL CASO VENEZUELA.
UNA PERSPECTIVA DESDE LA SOCIEDAD CIVIL**

Beatriz Borges Urrutia*

SUMARIO

I. Comentarios iniciales II. Antecedentes y rol de los organismos de las naciones unidas.
1. Alertas tempranas por parte de las organizaciones de la sociedad civil. 2. La acción clave de la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en denunciar graves violaciones a los derechos humanos. 3. El informe que reveló en detalle la situación de derechos humanos en el país. 4. Acciones por mandato del Consejo de Derechos Humanos. 5. Avances en el monitoreo y cooperación técnica de la oficina de la Alta Comisionada y el establecimiento de mecanismos de investigación a las graves violaciones de derechos humanos. 6. Establecimiento de la Misión de Determinación de los Hechos: Una victoria para las víctimas. 7. 2020, un año fundamental para la agenda de trabajo en la ONU. 8. Un cambio en la tónica de la oficina Alta Comisionada en sus actualizaciones al Consejo. 9. La actuación de los órganos políticos de Naciones Unidas en la crisis venezolana. A. Necesidad de mirada amplia y comprensiva de la crisis venezolana. B. La Asamblea General. C. El Consejo de Seguridad. D. La Secretaría General. 10. Una solución política para Venezuela. El rol clave de la comunidad internacional en la asistencia técnica electoral.
III. Un futuro para venezuela de garantía a los derechos humanos y construcción de paz. pensando en el rol clave de las naciones unidas para lograrlo.

* Abogada, Especialista en Derechos Humanos, Magister en Acción Política y Participación Ciudadana. Profesora e investigadora asociada en la Universidad Católica Andrés Bello y directora ejecutiva de la organización Centro de Justicia y Paz - Cepaz.

“Vengo a hablar sobre la paz. Sobre la paz resultante de la guerra. Sobre la paz que no es apaciguamiento sino genuina conquista de la esperanza y cuando esa conquista se edifica sobre un propósito mancomunado de recuperar para un pueblo la justicia, la libertad y, sobre todo, la dignidad, la paz es paradigma de la política.

Pedro Nikken¹

I. COMENTARIOS INICIALES

Esta frase con la que inicia este texto, fue hecha por Pedro Nikken en su discurso de incorporación como individuo de número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en Venezuela, basado en su trabajo denominado “La construcción de la paz sobre los derechos humanos y las lecciones que pueden recibirse desde las experiencias creativas y novedosas de las Naciones Unidas, en pos de la terminación de conflictos armados que asolaron América Central, particularmente en El Salvador y Guatemala”. Su visión y profundidad me ha servido de inspiración para desarrollar el presente texto y con ella inicio la exposición de algunas ideas, para pensar en el actual contexto el rol que pueden tener los organismos internacionales, en especial las Naciones Unidas, en una de las crisis más complejas de nuestro tiempo como es la de Venezuela.

Me complace poder tener la oportunidad de hablar, en este libro en homenaje a Pedro Nikken, de lo que para él fue una experiencia viva y fructífera al servicio de la paz en otros países en Centroamérica, y que en diferentes artículos, pensamientos y conversaciones fue compartida con la sociedad civil en su país, justo para tomar de ellas lo que fue una premonición de lo que podría funcionar en un agravamiento profundo de la crisis en Venezuela, como lo tenemos en estos complejos momentos de nuestra historia. En sus últimos días, para muchos quienes escuchamos sus ideas y experiencias sobre cómo encontrar una solución pacífica a la crisis de Venezuela e impulsar procesos de paz y democracia en el país, fue una luz y una gran motivación que nos ha ayudado a ver la necesidad de ahondar en el desarrollo de estos pensamientos. Hacer esto es una forma de seguir dando a conocer y profundizar su importante legado desde una realidad muy desafiante para defensores y académicos, que buscamos contribuir a la construcción de paz y a la protección de los derechos humanos en nuestro país.

Muchos son los factores y los temas que están vinculados a la construcción de la paz y la protección de los derechos humanos en Venezuela, en especial, luego de haber pasado por un largo periodo de deterioro, de comisión de graves violaciones a los derechos humanos y de la configuración de crímenes internacionales. En este sentido, por supuesto que el análisis de sus causas y consecuencias es fundamental, sin embargo, lejos de desestimar la importancia que se merece esta discusión, la mirada específica de esta reflexión está enfocada al rol que han tenido los organismos internacionales, y en especial el Sistema de Naciones Unidas, en el abordaje de la crisis para la protección de los derechos humanos y la construcción de paz, bajo el entendido que al día de hoy sigue siendo un proceso en desarrollo.

Asimismo, el mayor desafío que presenta esta reflexión es poder combinar el análisis de los elementos técnicos que representan lo que ha sido la labor de los organismos de derechos humanos y el rol en la construcción de paz que representan ma-

¹ Discurso Incorporación a la Academia Pedro Nikken. Disponible en: https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_1997_64_134_59-81.pdf, consultado el 10 de diciembre de 2020.

yormente los organismos de carácter político, para lo cual, esta aproximación sirve como primer ejercicio comprensivo y de entender las conexiones de una realidad que requiere un estudio mucho más profundo, pero que nos atrevemos a sentar líneas guías para su posterior desarrollo.

II. ANTECEDENTES Y ROL DE LOS ORGANISMOS DE LAS NACIONES UNIDAS

1. Alertas tempranas por parte de las organizaciones de la sociedad civil

Para el momento que escribimos estas reflexiones, Venezuela se encuentra atravesando una crisis generalizada, producto de un periodo prolongado de agravamiento, que ha generado un inmenso daño y sufrimiento a su población. El inicio de la crisis fue alertada de forma temprana por organizaciones nacionales. Como se enfatiza en un comunicado de organizaciones de la sociedad civil en enero de 2019:

Desde al menos el año 2015, la sociedad civil venezolana ha realizado un esfuerzo sostenido por alertar, con base en evidencias, sobre la emergencia humanitaria compleja de gran escala, severidad y urgencia que atraviesa Venezuela, la cual tiene su origen en políticas gubernamentales dirigidas al desmantelamiento del Estado de Derecho y del orden democrático; la destrucción de las capacidades económicas e institucionales del país, privando a millones de venezolanos de bienes y servicios esenciales y al uso de la coerción y la violencia por medios estatales contra quienes cuestionan o se oponen a estas políticas².

En estas alertas fue muy importante el envío de documentación y evidencias recogidas por organizaciones y personas defensoras de derechos humanos a los organismos internacionales de protección de derechos humanos. A pesar de que esta reflexión está enfocada en la acción y rol de Naciones Unidas, no podemos dejar de mencionar la importancia que ha tenido en el tema el Sistema Interamericano y especialmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, en el monitoreo de la evolución y documentación de años de violaciones a los derechos humanos.

La CIDH desde 2002 hasta la fecha, ha emitido tres informes país sobre Venezuela y ha incluido al país en el Capítulo IV de su Informe Anual (atendiendo a los criterios de inclusión establecidos en el artículo 59.6 de su reglamento), evidenciando, por casi dos décadas, el deterioro de la situación de derechos humanos en Venezuela a través de sus mecanismos de seguimiento y monitoreo. Este trabajo ha sido de vital importancia para dejar registro del debilitamiento institucional ocurrido en el país ante las instancias internacionales.

A pesar de estos importantes avances en el Sistema Interamericano, un momento relevante que cambió la dinámica de trabajo de las organizaciones de la sociedad civil se configuró en el año 2013, con la denuncia por parte del Estado venezolano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³, lo cual trajo como consecuencia que las organizaciones de la sociedad civil y las víctimas, si bien no

² ONG exigen a la ONU una actuación coherente y apegada a los derechos humanos. Disponible en: <https://cepaz.org/noticias/ong-exigen-a-la-onu-una-actuacion-coherente-y-apegada-a-los-derechos-humanos-en-la-respuesta-a-la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/>, consultado el 10 de enero de 2021.

³ CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>, consultado el 12 de enero de 2021.

dejaron de seguir acudiendo al Sistema Interamericano, si entendieron la importancia de ampliar las labores de incidencia ante el sistema de Naciones Unidas.

En razón de lo anterior, durante los años 2014 y 2016 las organizaciones de la sociedad civil enviaron información a los distintos organismos de derechos humanos en el Sistema Universal. Siendo el 2015 un momento importante, ya que coincide con la presentación de informes ante los Órganos de tratado, participando activamente en los exámenes de los siguientes Comités: derechos humanos, derechos económicos, sociales y culturales, eliminación de la discriminación contra la mujer, derechos del niño, derechos de las personas con discapacidad. Así como, en una presentación amplia de información, con un alcance de 519 comunicaciones presentadas para la realización del Segundo Ciclo del Examen Periódico Universal (EPU), de las cuales 54 fueron presentadas por las 170 organizaciones de la sociedad civil venezolana⁴.

A pesar de todo este proceso de envío de información y de alertas por parte de las organizaciones, que describió desde sus inicios la génesis de la emergencia humanitaria compleja y la existencia de múltiples violaciones de los derechos humanos en Venezuela, fue muy frustrante que hasta el año 2016 la mayoría de las agencias del Sistema de Naciones Unidas en el país no tomaron en cuenta estas denuncias, informes y el evidente deterioro económico y social, guardando silencio, ocultando información y aceptando las condiciones impuestas por el gobierno nacional para la implementación de programas de cooperación.

Ante la falta de respuesta y el silencio del Sistema, en junio de 2016, 82 organizaciones en carta pública⁵ dirigida al entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon, denunciaron la situación considerándola una falta a las normas de las Naciones Unidas recogidas en las directrices de “Los Derechos en Primer Lugar”. Según las mismas, todas las agencias del sistema tienen responsabilidad con la protección de los derechos humanos y deben informar oportunamente sobre su violación, por encima de los intereses de los Estados. De haberse producido esta respuesta oportuna, asertiva y acorde a la gravedad de la situación del país, se habría podido contribuir a evitar el agravamiento de la emergencia y prevenir sus amenazas para la vida y el bienestar de la población⁶.

En el mes de agosto de 2016, el entonces Secretario General de la ONU, Ban Ki-Moon describió la situación de Venezuela como una crisis de naturaleza humanitaria creada por la inestabilidad política. Al respecto afirmó:

Estoy muy preocupado por la situación actual, en la que las necesidades básicas no pueden ser cubiertas, como la comida, el agua, la sanidad, la ropa, no están disponibles. Esto crea una crisis humanitaria en Venezuela. Toda esta situación está creada por la inestabilidad política. Y antes que nada tiene que haber estabilidad política. La ONU está lista para ayudar⁷.

⁴ Examen Periódico Universal - Venezuela - Segundo Ciclo. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/VEindex.aspx>, consultado el 12 de enero de 2021.

⁵ ONG exigen a la ONU una actuación coherente y apegada a los derechos humanos. Disponible en: <https://cepaz.org/noticias/ong-exigen-a-la-onu-una-actuacion-coherente-y-apegada-a-los-derechos-humanos-en-la-respuesta-a-la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/>, consultada el 20 de enero de 2021.

⁶ ONG exigen a la ONU una actuación coherente y apegada a los derechos humanos. Disponible en: <https://cepaz.org/noticias/ong-exigen-a-la-onu-una-actuacion-coherente-y-apegada-a-los-derechos-humanos-en-la-respuesta-a-la-emergencia-humanitaria-en-venezuela/>, consultada el 20 de enero de 2021.

⁷ Ban Ki-moon, “En Venezuela hay una crisis humanitaria” en *Diario La Nación*, 10 de agosto de 2016. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/1926563-ban-ki-moon-en-venezuela-hay-una-crisis-humanitaria>, consultada el 5 de diciembre de 2020.

2. La acción clave de la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en denunciar graves violaciones a los derechos humanos

A un mes de esta declaración, en septiembre de 2016 se produjeron las declaraciones del entonces Alto Comisionado para los Derechos Humanos, quien se refirió a la “erosión de la independencia de las instituciones y un dramático deterioro del disfrute de los derechos sociales y económicos, que cada vez amplía más la hambruna generalizada y el deteriorado sistema de salud”⁸. Evidenciando cómo estas declaraciones contundentes en un momento crítico para Venezuela marcaron un antes y un después a lo que desde entonces sería el monitoreo por parte de la Oficina del Alto Comisionado.

La labor de la oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), fue fundamental para documentar y sentar las bases para la actuación del Consejo de Derechos Humanos. Para agosto de 2017, en un año crítico en el ámbito de las protestas en el país, en un reporte denominado “Violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela del 1 de abril al 31 de julio de 2017”⁹, la ACNUDH, indicó que las violaciones de los derechos humanos cometidas durante las manifestaciones formaban parte de un “sistema más amplio de represión contra los disidentes políticos y contra cualquier persona que, a juicio de las autoridades, se oponga al Gobierno o represente una amenaza para este”. Desde ese momento se alertaba a los países miembros del Consejo del sistema de represión generalizado en el país y se sentaron las primeras bases para la alerta de la posible comisión de crímenes atroces en Venezuela y las acciones del Consejo de Derechos Humanos. En el reporte, el ACNUDH recomendó para ese entonces a los Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos la necesidad de establecer una Comisión Internacional de Investigación sobre las violaciones de derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela y se sumaron 30 recomendaciones claves para dar respuesta a la situación de los derechos humanos en el país.

Por su parte, en mayo de 2018, un panel de expertos, creado por la Organización de los Estados Americanos (OEA), advirtió también que estas violaciones de derechos humanos podrían constituir delitos de lesa humanidad conforme al derecho internacional¹⁰. Este reporte se configuró como el primer precedente en la indicación clara de un organismo de la comisión de crímenes internacionales.

3. El informe que reveló en detalle la situación de derechos humanos en el país

En junio de 2018, en virtud del seguimiento y monitoreo por parte del ACNUDH, se publica el informe sobre la “Situación de violaciones de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela: una espiral descendente que no parece

⁸ “La ONU critica a Venezuela por impedir la visita de la Comisión de Derechos Humanos”, en: *El País*. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2016/09/13/actualidad/1473766172_500432.html, consultado el 20 de enero de 2021.

⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela del 1 de abril al 31 de julio de 2017*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/HCREportVenezuela_1April-31July2017_SP.pdf, consultado el 20 de enero de 2021.

¹⁰ OEA, *Informe de la secretaria general de la Organización de los Estados Americanos y del panel de expertos internacionales independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela*. Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>, consultado el 20 de enero de 2021.

tener fin”¹¹, el cual marcó un hito en el reconocimiento a la crisis de Venezuela y puso de relieve el hecho de que las autoridades venezolanas no han responsabilizado a los autores de graves violaciones de los derechos humanos, entre las que se incluyen homicidios, el uso excesivo de la fuerza en contra de manifestantes, detenciones arbitrarias, malos tratos y torturas. El informe también dejó al descubierto el grave impacto de la crisis económica y social que atraviesa el país, particularmente en lo que se refiere a los derechos a la alimentación y a la salud.

Nuevamente, ACNUDH recomendó la creación de una Comisión de Investigación sobre la situación en Venezuela, indicando la falta de capacidad y de voluntad del Estado venezolano de enjuiciar a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos, y más expresamente, añadió el Alto Comisionado, la existencia de sólidas razones para considerar una mayor implicación de la Corte Penal Internacional en esta materia¹².

El Alto Comisionado Ra’ad Zeid al-Hussein, actuando sin el mandato del Consejo de Derechos Humanos, denunció la fuerte represión en contra de la disidencia política del gobierno y desde entonces puso en relieve la crisis económica y humanitaria que atravesaba el país. Sin duda alguna, este trabajo para ese entonces sin el mandato formal del Consejo representó las bases de lo que sería posteriormente una atención constante en la agenda del Consejo de Derechos Humanos sobre la situación crítica en Venezuela.

4. Acciones por mandato del Consejo de Derechos Humanos

Este informe, presentado en junio de 2018 por ACNUDH, contó con una respuesta contundente del Consejo de Derechos Humanos, con la aprobación de una resolución en el mes de septiembre de 2018, la cual fue considerada por las organizaciones de la sociedad civil como histórica¹³, ya que representaba la respuesta rotunda, por años esperada, por parte de los organismos técnicos con un reconocimiento de la situación crítica en Venezuela, y el respaldo para conseguir la protección de los derechos humanos de la población. La resolución manifestó la profunda preocupación por las violaciones de derechos humanos en Venezuela y solicitó a ACNUDH que presentara un informe exhaustivo –ahora con el mandato del Consejo– sobre la situación en Venezuela ante el Consejo durante su trigésimo noveno período de sesiones, en junio de 2019, así mismo que se provea una actualización oral en los períodos de sesiones de marzo y septiembre. A partir de esta resolución, se inicia un camino importante en lo que sería la presencia constante de Venezuela en la agenda del Consejo de Derechos Humanos, ya que se da mandato expreso por medio del Consejo de Derechos Humanos a la Oficina para realizar un informe sobre la situación de Venezuela y mantenerlo actualizado en las distintas sesiones.

¹¹ Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Violaciones de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela: una espiral descendente que no parece tener fin*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/VenezuelaReport2018_SP.pdf, consultado el 20 de enero de 2021.

¹² Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Venezuela: Continúa la impunidad en medio de una lamentable situación de derechos humanos: informe de la ONU*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23242&LangID=S> Consultada el 15 de diciembre de 2020.

¹³ CEPAZ, *La agenda internacional en el futuro de Venezuela: ¿Qué pasará en las Naciones Unidas?* Disponible en: <https://cepaz.org/articulos/la-agenda-internacional-en-el-futuro-de-venezuela-que-pasara-en-las-naciones-unidas/>, consultada el 15 de enero de 2021.

Para el momento de la aprobación de esta resolución, asume el cargo como Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la ex presidenta de Chile, Michelle Bachelet. Este cargo lo asume en un contexto de agravamiento de la inestabilidad política y económica en Venezuela y un clima de continuas violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos de los venezolanos, además, con un precedente muy importante, como lo fue el histórico informe del anterior Alto Comisionado, y asumiendo asimismo el mandato¹⁴ del Consejo de Derechos Humanos de presentar el exhaustivo informe sobre la crisis multidimensional que existe en Venezuela.

En cumplimiento de este mandato, la Alta Comisionada hizo una visita a Venezuela del 19 al 21 de junio de 2019. Durante la misma sostuvo múltiples entrevistas con una amplia gama de figuras políticas, desde el Presidente Nicolás Maduro y otros altos funcionarios del gobierno, hasta el Presidente de la Asamblea Nacional, así como con miembros de la sociedad civil, empresarios, profesores y otros interesados, y también con víctimas y sus familiares. Esta visita le permitió tener contacto de primera mano con la agravada situación que atravesaba el país y conocer mediante 558 entrevistas testimonios de víctimas y familiares de las graves violaciones a los derechos humanos narradas en los informes previos publicados por su oficina.

Del resultado de esta visita, y en cumplimiento del mandato del Consejo de Derechos Humanos¹⁵, el 4 julio de 2019, la oficina de la ACNUDH publicó un informe que documenta un amplio espectro de violaciones de derechos humanos perpetradas en Venezuela y deja en evidencia la impunidad con que han cometido estos hechos las autoridades venezolanas y los grupos armados partidarios del Gobierno.

5. Avances en el monitoreo y cooperación técnica de la oficina de la Alta Comisionada y el establecimiento de mecanismos de investigación a las graves violaciones de derechos humanos

Como consecuencia de la presión y exigencias generadas por el seguimiento del Consejo de Derechos Humanos y la Oficina de la Alta Comisionada, durante el mes de septiembre de 2019 la respuesta a la crisis de Venezuela toma un importante curso, así pues, el 20 de septiembre se firma finalmente el Memorando de Entendimiento entre la Alta Comisionada y el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela¹⁶, el cual contiene compromisos específicos que el Gobierno debe cumplir, y que gracias a esta firma ahora constan en un documento formal y permiten que sea evaluada y evidenciada la real voluntad de cooperación del Gobierno de Nicolás Maduro con este mecanismo. La importancia de la firma de este documento fue expuesta por la

¹⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *A/HRC/39/L.1/Rev.1. Promoción y protección de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G18/286/71/PDF/G1828671.pdf?OpenElement>, consultada el 21 de enero de 2021.

¹⁵ Oficina del Alto Comisionado de los derechos humanos de las Naciones Unidas, *Informe de la Oficina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Venezuela insta a adoptar de inmediato medidas para detener y remediar graves violaciones de derechos*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24788&LangID=S>, consultada el 15 de enero de 2021.

¹⁶ Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Oficina de Derechos Humanos de la ONU y gobierno de Venezuela firman Memorando de Entendimiento*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25040&LangID=S>, consultada el 20 de enero de 2021.

sociedad civil ante el Consejo de Derechos Humanos en el mes de julio¹⁷. Esta firma de acuerdos establece una ruta de cooperación y asistencia técnica basada en la presencia en el país de dos oficiales de derechos humanos de la ONU, y a futuro el establecimiento de una oficina del Alto Comisionado, que permita entonces el fortalecimiento de los mecanismos de protección y promoción de los derechos humanos en Venezuela, entre los cuales se encuentra la consolidación del sistema nacional de protección de los derechos humanos con la garantía de acceso a la justicia.

Con el mismo propósito de mostrar una supuesta voluntad de cooperación, y de esta manera evitar que se concretaran los esfuerzos del Grupo de Lima y otros países, quienes promovían una resolución enfocada en dar respuesta a las graves violaciones a los derechos humanos, el Gobierno de Nicolás Maduro, junto a Irán y otros países, propuso la Resolución de Cooperación Internacional¹⁸.

En este sentido, el 26 de septiembre es aprobada esta resolución mediante la cual se insta al Gobierno de Venezuela a prestar todas las herramientas para el cumplimiento de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, y asimismo solicita a la Alta Comisionada que presente ante el Consejo la información actualizada para finales de 2019, sobre la situación de derechos humanos en Venezuela, en razón del marco de cooperación acordado con el gobierno.

Así pues, a pesar de que se entendía el propósito político de que el gobierno presentara esta resolución, se consideró positivo que se aprobaran tanto el Memorando de Entendimiento como la Resolución de Cooperación, ya que las mismas obligan al Gobierno de Nicolás Maduro a cooperar con los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos y dan mayor formalidad a los compromisos y presencia de la oficina de la Alta Comisionada en el país.

6. Establecimiento de la Misión de Determinación de los Hechos: Una victoria para las víctimas

A pesar de los esfuerzos mencionados por parte del Gobierno venezolano, en el intento de frenar el auge de la presión internacional y la activación de los mecanismos de investigación establecidos por la Organización de las Naciones Unidas, promoviendo una cooperación internacional poco creíble a través del Memorando de Entendimiento y la resolución de cooperación, que no fueron más que un intento para confundir y manipular a la comunidad internacional, un grupo de países¹⁹ com-

¹⁷ CEPAZ, *Declaración de Beatriz Borges, directora ejecutiva del Centro de Justicia y Paz (Cepaz) conjuntamente con Aula Abierta en el Diálogo Interactivo de la 41a Sesión del Consejo de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://cepaz.org/noticias/declaracion-de-beatriz-borges-directora-ejecutiva-del-centro-de-justicia-y-paz-cepaz-conjuntamente-con-aula-abierta-en-el-dialogo-interactivo-de-la-41a-sesion-del-consejo-de-derechos-humanos/>, consultada el 15 de enero de 2021.

¹⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, *A/HRC/42/L.38/Rev.1. Fortalecimiento de la cooperación y la asistencia técnica en la esfera de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/42/L.38/Rev.1>, consultada el 5 de enero de 2021.

¹⁹ Consejo de Derechos Humanos 45 período de sesiones 14 de septiembre a 7 de octubre de 2020, Tema 4 de la agenda - Situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo A/HRC/45/L.43/Rev.1 1 de octubre de 2020 Países promotores de la Resolución: Albania, Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Bulgaria, Canadá, Chequia, Chile, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Guatemala, Guyana, Honduras, Irlanda, Islandia, Islas Marshall, Israel, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Malta, Montenegro, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Rumania, Suecia, Suiza y Ucrania.

prometidos dio un paso firme que ocasionó una respuesta internacional coherente a las graves denuncias presentadas en el informe de la Oficina de la Alta Comisionada.

Asimismo, con la publicación del informe en el mes de julio de la oficina de la Alta Comisionada, que evidenciaba la violación reiterada de los derechos humanos en Venezuela, las organizaciones de la sociedad civil, nacionales e internacionales, promovieron una campaña²⁰ internacional que expresaba la necesidad de tomar acciones más contundentes en contra del gobierno de facto y la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, y en consecuencia se constituya un mecanismo independiente de investigación, que diera una respuesta coherente y apropiada a la magnitud y profundidad de las violaciones planteadas en dicho informe.

Gracias a este profundo trabajo de las organizaciones y a la convicción de los países democráticos y comprometidos, el 27 de septiembre de 2019, el Consejo de Derechos Humanos, con 19 votos a favor, siete en contra y 21 abstenciones, aprueba la resolución que decide establecer, por un periodo de un año, una Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos²¹, con el objetivo investigar las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias, las torturas y los tratos crueles o degradantes ocurridos desde el año 2014 en Venezuela.

Esta resolución marca un precedente fundamental, toda vez que se trata de la activación de los mecanismos de investigación de la Organización de las Naciones Unidas, cuya finalidad es el fortalecimiento de los derechos humanos, y que además permite visibilizar la crítica situación que se vive en Venezuela al respecto. Por otra parte, la resolución abre las puertas a la apertura de nuevos procedimientos, como lo es la Comisión de Investigación en caso de que el Gobierno no coopere y tome las medidas de protección de los derechos humanos de los venezolanos.

7. 2020, un año fundamental para la agenda de trabajo en la ONU

La crisis generalizada en Venezuela se agudizó profundamente durante el año 2020, bajo una política de persecución por parte del Estado a la que además se le suma la propagación de la pandemia generada por la COVID-19, que ha sido utilizada como excusa para generar un ambiente de mayor control y persecución, incluyendo violaciones graves de derechos humanos como las prácticas de torturas, ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias y desapariciones forzadas.

Así pues, el año 2020 fue un año fundamental para Venezuela, que presentó grandes retos para la acción internacional, particularmente en la agenda de trabajo de las Naciones Unidas. En primer lugar, por el seguimiento de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en donde condenó a través de sus informes²² y actualizaciones orales las graves violaciones a los derechos humanos de los

²⁰ Coalición de sociedad civil pide a la ONU una Comisión de Investigación sobre violaciones de derechos humanos disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2019/08/venezuela-coalicion-de-sociedad-civil-pide-a-onu-comision-de-investigacion/>, consultado el 27 de enero de 2021.

²¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *A/HRC/RES/42/25. Situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/42/25>, consultado el 20 de enero de 2021.

²² Informes escritos: Informe de la Alta Comisionada de derechos humanos sobre la Independencia del sistema judicial y acceso a la justicia, para obtener la reparación por las violaciones de los derechos económicos y sociales, y la situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco. *Venezuela: ONU publica informe sobre el control criminal de la región minera y sobre temas de la justicia en general*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26096&LangID=S>, consultado el 20 de enero de 2021; Asamblea General de las Na-

venezolanos, el incumplimiento de las recomendaciones y la falta de cooperación contemplada en el acuerdo suscrito entre el Estado venezolano y la Alta Comisionada²³.

Lo anterior trajo como consecuencia que en el año 2020 se renovara la carta de entendimiento por un año y se incluyera la triplicación del número de oficiales de derechos humanos con mayor autonomía jurídica y la formalización de un mecanismo de intercambio de información sobre casos individuales²⁴.

En segundo lugar, por la vigencia del mecanismo de investigación de la ONU a través de la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos, creada en septiembre de 2019, y que marcó un hito para la dinámica agenda internacional del año 2020, además de representar el reconocimiento de la ONU de la situación crítica que sufren los venezolanos.

En este orden, la Misión de Determinación de los Hechos en septiembre de 2020 presentó un exhaustivo informe²⁵ con los resultados de su investigación, concluyendo la perpetración de crímenes de lesa humanidad por parte del Estado venezolano, y destacando la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual en el marco del derecho penal nacional y/o internacional, haciendo un llamado a la comunidad internacional a actuar bajo el principio de jurisdicción universal y tomar las acciones legales pertinentes contra los responsables de los delitos cometidos en Venezuela.

Finalmente, el año culmina con la aprobación con 22 votos a favor de la renovación del mandato de la Misión de Investigación, cuya labor ha quedado extendida por un periodo de dos años. Asimismo, quedó extendido el mandato a la Alta Comisionada para continuar vigilando la situación de derechos humanos en Venezuela.

Esta renovación, y por tanto la existencia en paralelo de ambos mecanismos, tanto el de investigación por parte de los expertos de la Misión, como la labor de seguimiento de la Alta Comisionada, es un paso muy importante que demuestra el esfuerzo inagotable de las organizaciones de derechos humanos, la sociedad civil, las víctimas y los familiares por alcanzar la justicia y el cese de la impunidad en Venezuela, y que mantendrá al país en la agenda internacional de los derechos humanos y particularmente en la agenda del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

ciones Unidas, A/HRC/44/20. *Resultados de la investigación de las denuncias de posibles violaciones de los derechos humanos a la vida, la libertad y la integridad física y moral en la República Bolivariana de Venezuela. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/A_HRC_44_20_UnofficialVersion_SP.pdf, consultado el 20 de enero de 2021.

²³ Actualización oral: 10 de marzo de 2020. Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 43ª sesión del Consejo de Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=25699&LangID=S>; consultado el 25 de septiembre de 2020. Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 45ª sesión del Consejo de Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26295&LangID=S>, consultado el 20 de enero de 2021.

²⁴ Organización de Naciones Unidas, *Artículo de prensa. Actualización oral sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26229&LangID=S>, consultado el 10 de enero de 2021.

²⁵ Consejo de derechos humanos, A/HRC/45/CRP.11. *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: https://cepal.org/wp-content/uploads/2020/09/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf, consultado el 5 de enero de 2021.

8. Un cambio en la tónica de la oficina Alta Comisionada en sus actualizaciones al Consejo

Como vimos en los primeros antecedentes, la labor de la ACNUDH ha sido muy importante en la denuncia, visibilización y recomendaciones respecto a la crisis que se vive en Venezuela. Sus actualizaciones orales y los informes presentados dan cuenta de la existencia de un patrón de violaciones de derechos humanos y el deterioro de la calidad de vida de la población venezolana. Sin embargo, también es muy importante ser enfáticos en que en la medida que la crisis se ha agravado, y a pesar de tener personas de su equipo en terreno, tanto el tono como la forma empleada por la Alta Comisionada en los reportes e informes derivados de las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, durante el 2020, no denotó lo que fue la gravedad y urgencia de la situación que se vive en el país.

Ha sido evidente el incumplimiento y no cooperación por parte del Estado venezolano respecto a los acuerdos alcanzados con la Alta Comisionada, y frente a esto, la labor del ACNUDH debe ser abordada con una oportuna contundencia, particularmente considerando que Venezuela es actualmente un Estado miembro del Consejo de Derechos Humanos y que su actuación demuestra que no tiene intenciones de cumplir las obligaciones internacionales adquiridas en el acuerdo de cooperación, además del desinterés por garantizar y proteger los derechos humanos de la población venezolana. De allí la importancia y la exigencia que hiciera la sociedad civil de hablar fuerte, claro y evidenciar el no cumplimiento de las obligaciones y la no cooperación técnica derivada del mandato.

9. La actuación de los órganos políticos de Naciones Unidas en la crisis venezolana

A. Necesidad de mirada amplia y comprensiva de la crisis venezolana

Si bien en el objeto de este artículo no permite entrar a profundidad sobre la actuación de los organismos humanitarios y los organismos de carácter político, a los fines de poder hacer precisiones sobre el rol de las Naciones Unidas en la construcción de paz, nos parece necesario hacer mención de forma general y tener esta mirada comprensiva que abarca la actuación de los órganos que pueden tener el mandato y han desempeñado un rol en Venezuela, en vista de la crisis multidimensional que vive el país y que toca los distintos marcos normativos en el ámbito internacional.

Hemos hablado del rol de Naciones Unidas en la caracterización de la crisis y en el despliegue de sus mecanismos para atenderla, especialmente en el ámbito de los derechos humanos. En el ámbito humanitario y en la acción de los órganos políticos también Naciones Unidas ha tenido un rol relevante en los últimos años en Venezuela. Sin embargo, esta acción de estos organismos no ha escapado de las tensiones, debilidades y poca celeridad en responder que han caracterizado a la Organización de Naciones Unidas ante estas dinámicas complejas.

Para la mayoría de las organizaciones de la sociedad civil en Venezuela, estos espacios son inéditos para el desarrollo de sus estrategias de incidencia y requieren no solo mayor comprensión y conocimiento del espacio, sino también, realización de acciones que permitan que la situación compleja de Venezuela pueda permanecer en la agenda en virtud de su gravedad y necesidad; y las saque de las tensiones de una dinámica política que desplaza a las personas del centro. De allí que el trabajo ante las misiones y las agencias de Naciones Unidas, así como, la comprensión de las labores técnicas y de las dinámicas de carácter político que se dan en este espacio, son fundamentales de cara al futuro de la crisis y de la solución a la misma. Una idea

clave en este sentido, es que tanto la respuesta como las acciones que se han dado en el marco del sistema de protección de derechos humanos vinculadas al Consejo de Derechos Humanos y sus mandatos con la Misión de Determinación de los Hechos y la Oficina de la Alta Comisionada en el terreno, así como lo alertado por los procedimientos especiales, no ha tenido el suficiente eco en otros órganos políticos del Sistema, como el Consejo de Seguridad, la Asamblea General o la Secretaría. Existe una brecha entre lo planteado por los órganos técnicos de derechos humanos y los órganos políticos, hablando en términos de ubicación de las sedes de estos organismos, no hay convención entre lo que pasa en Ginebra y lo que ocurre en New York, de allí la importancia que desde la sociedad civil se entienda mejor y se activen acciones de incidencia ante los órganos políticos que logren tender puentes entre ellos, lo cual sería una acción clave para el tema de Venezuela y la respuesta internacional de Naciones Unidas.

A continuación, presentaremos una visión reciente, y bastante resumida pero ejemplarizante de los que ha sido el rol de estos órganos en la crisis venezolana, entendiendo que justo es parte de lo que puede ser un futuro estudio de mayor profundización en su análisis en los desafíos que enfrentan estos organismos para dar una mejor respuesta a la crisis venezolana. Por su relevancia en el análisis, haremos mención a algunos aspectos de la respuesta humanitaria, sin presentar información exhaustiva de lo que ha sido su desarrollo en el país.

B. La Asamblea General

A pesar del duro expediente que guarda Naciones Unidas relativo a las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos por parte del Estado venezolano, hoy Venezuela ocupa una silla ante el Consejo de Derechos Humanos, luego de alcanzar en octubre de 2019 un total de 105 votos a favor logrados en el marco de las elecciones para el Consejo de Derechos Humanos, en la Asamblea General.

Aunque no es la primera vez que un país que no cumple con los criterios y estándares internacionales de derechos humanos aspiró a tener una silla de las 47 que conforman la membresía del Consejo de Derechos Humanos, la última elección de los miembros del Consejo representaba una oportunidad y un desafío para los países miembros de las Naciones Unidas y en especial de la Asamblea General, para enviar un mensaje claro y coherente de la necesidad de que quien aspire a este espacio cuente con los requisitos y criterios establecidos para ocuparlo y enviar un mensaje claro sobre la gravedad de la situación venezolana. Esta elección fue una oportunidad perdida para los miembros de la Asamblea General de enviar este mensaje categórico sobre la crisis de Venezuela, por el contrario, para la población venezolana, esta elección debilitó su confianza en este organismo.

Aunque, este no es un problema solo de Venezuela, sino que obedece a dinámicas políticas de este tipo de votaciones, preexistentes en el Sistema; un elemento importante, de lo que los países democráticos y comprometidos con los derechos humanos pueden hacer, lo constituyó la candidatura de Costa Rica²⁶, lanzada unas semanas antes de la elección, tras una intensa campaña de las organizaciones de la sociedad civil sobre el asunto²⁷, y aunque por muy pocos votos no se logró el cometido de evitar

²⁶ Costa Rica se postula al Consejo DD.HH de la ONU: Maduro “no es candidato adecuado”. Disponible en: <https://www.voanoticias.com/venezuela/costa-rica-anuncia-candidatura-al-consejo-de-derechos-humanos-de-la-onu>, consultado el 20 de diciembre de 2020.

²⁷ Venezuela no cumple con los criterios para ocupar una silla en el Consejo de Derechos Humanos <https://cepaz.org/articulos/venezuela-no-cumple-con-los-criterios-para-ocupar-una-silla-en-el-consejo-de-derechos-humanos/>, consultado el 15 de enero de 2021.

que Venezuela tuviera una silla en el Consejo, su candidatura representó una forma de enviar un mensaje claro a la Asamblea General, de cuál debería ser la posición ante países no democráticos y con graves violaciones a los derechos humanos, como Venezuela, que tienen en un profundo sufrimiento y agonía a su población.

C. El Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad se ha reunido nueve veces sobre Venezuela desde 2017. Cuatro reuniones han estado bajo temas formales del programa. Tres reuniones como cualquier otro negocio. Una reunión como videoconferencia informal cerrada. Una reunión como videoconferencia informal. Dos reuniones como reuniones de fórmula Arria²⁸.

La mayor parte de la actividad en el Consejo sobre Venezuela se produjo a principios de 2019 en el marco de lo que fue una coyuntura de carácter político, que ejemplifica cómo el abordaje de la situación del país ha estado conectado más con oportunidades y momentos políticos que para generar impulso de acciones que atiendan la gravedad interna de la crisis y el sufrimiento de la población. En las reuniones mencionadas, ha habido una progresión de temas tratados por el Consejo de Seguridad vinculados a las diferentes aristas de la crisis y que atienden diversos temas como: organizaciones regionales, corrupción, narcotráfico, crisis humanitaria, cambio de régimen. Rusia a su vez, solicitó también reuniones sobre Venezuela tratando temas como el principio de soberanía y los ataques intervencionistas.

Aunque Venezuela ha estado presente en la agenda del Consejo de Seguridad, las narrativas que se han generado están vinculadas a una visión dividida de la crisis del país. Amigos del régimen, amigos de la oposición, han impedido que se pueda desarrollar una mirada unificada.

A pesar de las dificultades de lograr acuerdos sobre las soluciones al conflicto, algo que es claro es que Venezuela, aunque no representa un conflicto tradicional, ha generado una crisis humanitaria compleja, y a su vez una crisis de movilidad humana que tiene números de las grandes crisis mundiales.

D. La Secretaría General

La gestión del actual Secretario General, António Guterres, sobre el manejo de la crisis de Venezuela ha sido criticada por organizaciones de la sociedad civil y expertos en la materia²⁹. Como mencionamos al principio de este texto, desde el 2016 ya el predecesor de Guterres anunciaba la grave crisis de derechos humanos y la situación humanitaria, pero no fue sino hasta abril del 2019, en el marco de la cúspide de conflictividad política, que de forma directa y pública el Secretario General se pronunciara sobre de la misma en el marco de una reunión del Consejo de Seguridad³⁰ con una publicación en un tuit que indicaba: que para abril de 2019 había en Venezuela siete millones de personas con necesidades de asistencia humanitaria³¹. Esto, para

²⁸ Chronology of Events - Venezuela - Disponible en: <https://www.securitycouncilreport.org/chronology/venezuela.php>, consultado el 15 de enero de 2021.

²⁹ ONG venezolana pide a Naciones Unidas hacer más ante la crisis humanitaria. Disponible en: <https://migravenezuela.com/web/articulo/crisis-humanitaria-en-venezuela-empeora-la-onu-quiere-hacer-algo-mas/1285>, consultado el 15 de enero de 2021.

³⁰ Siete millones de venezolanos necesitan ayuda dentro de su país. Disponible en: <https://news.un.org/es/audio/2019/04/1454241>, consultado el 20 de enero de 2021.

³¹ “7 million people in Venezuela need humanitarian assistance according to the latest estimates. We are working to expand our assistance, in line with the principles of humanity, neutrality, impartiality

muchas organizaciones de la sociedad civil, causó sentimientos encontrados. Por un lado, la importancia de que la máxima autoridad de Naciones Unidas dijera finalmente lo que durante más de cuatro años venían denunciando las organizaciones, pero por otro la frustración por la respuesta tardía ante todo el sufrimiento y pérdida de vidas que se dio en este periodo, y donde tanto la secretaria como las diferentes agencias se mantuvieron en silencio.

A pesar de que en los dos últimos años se ha avanzado en el proceso de despliegue de la arquitectura humanitaria en el país, todavía se requiere una labor más activa y que entienda las tensiones políticas que impiden que esta llegue en las dimensiones requeridas. Más aún con la situación generada por la pandemia. En enero de 2020 el secretario hizo un llamado a tomar medidas inmediatas para una solución sostenible en Venezuela³². Para esta fecha el llamado para la ayuda humanitaria para Venezuela de la ONU alcanzaba 750 millones de dólares, para responder a las necesidades de los 3,5 millones de personas más vulnerables en el país durante el año 2020, lo cual, no es de la mitad del número requerido para el 2019.

La emergencia humanitaria se profundiza al mismo tiempo que existen violaciones graves a los derechos humanos y la comisión de crímenes de lesa humanidad en el país. Para septiembre del 2020, António Guterres urgió a las autoridades venezolanas a tomarse “muy en serio” el informe de la Misión Internacional de Investigación, encargada por la ONU para documentar la situación en el país, en el que se acusa al Gobierno y a los organismos de seguridad estatales de cometer crímenes de lesa humanidad³³.

Ante la alarmante situación humanitaria y de violación a los derechos humanos, se vuelve imperante un liderazgo activo en pro de la protección de los derechos humanos y la construcción de paz en Venezuela. Esta acción política, que puede ser desplegada por el Secretario, la hemos visto en ofertas generales en distintos momentos de la crisis.

En enero de 2019 el Secretario General apuntaba a

la necesidad urgente de que todos los actores relevantes se comprometieran en un diálogo político inclusivo y creíble para abordar la larga crisis que viene enfrentando el país, con pleno respeto al estado de derecho y los derechos humanos³⁴.

Desde que la conflictividad política creciente fuera elevada a los espacios de discusión de Naciones Unidas, Guterres apostó por el diálogo para evitar un conflicto que sería un desastre para Venezuela y la región. Sin embargo, el agravamiento avanza y el conflicto se profundiza, lo que advierte de la necesidad de una medición más activa para resolver el conflicto político.

& independence”. Disponible en: <https://twitter.com/antonioguterres/status/1116027861801029638>, consultado el 20 de enero de 2021.

³² Guterres llama a tomar medidas inmediatas para una solución sostenible en Venezuela. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/01/1467571>, consultado el 12 de enero de 2021.

³³ Guterres pide a Venezuela que se tome en serio el informe sobre graves crímenes de lesa humanidad. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/america/politica/guterres-pide-a-venezuela-que-se-tome-en-serio-el-informe-sobre-graves-crimenes-de-lesa-humanidad/20000035-4344561>, consultado el 15 de enero de 2021.

³⁴ Guterres pide el diálogo para evitar un conflicto que sería un desastre para Venezuela y la región. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/01/1449912>, consultado el 25 de enero de 2021.

En este sentido, la ONU ha mantenido su oferta de buenos oficios para mediar en la crisis de Venezuela³⁵. También, se ha asegurado que están en contacto con los protagonistas de “todas” las iniciativas internacionales, donde ha preferido “no ser parte de ninguno de estos grupos para dar credibilidad” a su oferta de buenos oficios para que, si las partes lo requieran, “poder ayudar a buscar una solución política a la crisis”³⁶.

Como vemos en el entendido de la Secretaría General, dos temas han sido claves en el discurso y planteamiento de resolución de la crisis del actual Secretario General, el primero, es la insistencia en que la solución al conflicto venezolano tiene que ser de carácter político, y el segundo, es la oferta de sus buenos oficios. En este sentido, y visto el agravamiento de las dimensiones de la crisis, es necesario que estas afirmaciones se decanten en acciones concretas por parte de Naciones Unidas y los organismos políticos, con un liderazgo activo y asertivo del Secretario General. A continuación, aunque no abordaremos todas las formas o mecanismos que creemos posibles, y sabemos que esto debe ser parte de un estudio mucho más profundo, pasamos a hacer mención breve y sucinta de lo que podría ser una aproximación en este sentido, y que ya ha sido planteada por organizaciones de la sociedad civil en Venezuela.

10. Una solución política para Venezuela. El rol clave de la comunidad internacional en la asistencia técnica electoral

En el ámbito de la solución al conflicto político, en la mayoría de las aproximaciones a la resolución de la crisis en Venezuela, la realización de elecciones auténticas surge como un elemento principal para la gestión del conflicto y la promoción de la paz en el país. Sin embargo, ante el cuadro general de quiebre de la institucionalidad democrática en Venezuela, aunado a la apremiante crisis humanitaria, la vía electoral como solución pacífica y constitucional al conflicto de múltiples dimensiones que vive la nación es parte de la necesaria ruta a construir para hacer posible esta salida política en un escenario tan complejo.

Si bien el restablecimiento de las condiciones de equidad y competitividad constituyen la piedra angular del proceso de recuperación de las instituciones y las dinámicas democráticas, no es menos cierto que cualquier iniciativa tendiente a la resolución del conflicto en Venezuela debe contemplar una acción coordinada de los órganos y grupos que internacionalmente cuentan con la experticia necesaria para apoyar los esfuerzos de los venezolanos.

Es necesario, por tanto, que la acción internacional coordinada deba ser una estrategia multilateral. Avanzar en una estrategia que tome en cuenta tanto la acción de los órganos internacionales como de los actores nacionales; solo así se podrá enrumbar al país hacia una solución pacífica del conflicto, que evite más pérdidas de vidas, que alivie el sufrimiento de los venezolanos y que avance con pasos firmes hacia la recuperación de la democracia.

En este sentido, la asistencia técnica de Naciones Unidas se presenta como una posibilidad estratégica importante dentro de un proceso político que incluya procesos electorales como vías de solución del conflicto venezolano. Desde la sociedad civil venezolana hemos propuesto que este organismo pueda acompañar la necesidad de elecciones auténticas, justas, competitivas, debido a su experticia en grandes crisis mundiales donde no ha habido estado de derecho ni instituciones independientes. Actualmente, ONU tiene presencia en el país con varias de sus oficinas, lo que permite un

³⁵ La ONU mantiene su oferta de buenos oficios para mediar en la crisis de Venezuela. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/02/1450501>, consultado el 13 de enero de 2021.

³⁶ *Ídem*.

posicionamiento en el terreno vital para adelantar este tipo de procesos³⁷. Aunque las experiencias con la reciente elección parlamentaria pautada para diciembre de 2020 no fueron exitosas en este sentido, se abrió el camino para la discusión y consideración de que esto sea posible con las propuestas de asistencia de la ONU y/o la Unión Europea³⁸. Es por ello que es necesario aumentar la conciencia internacional sobre este mecanismo y plantearlo frente a la nueva ventana de oportunidades en el cronograma electoral futuro, que posibilita una mirada innovadora y una apuesta estratégica de mediano y largo plazo en Venezuela, y que el mismo se contemple el uso estratégico de la asistencia técnica electoral de las Naciones Unidas³⁹.

Aunque la activación de la asistencia electoral tiene varias peculiaridades y procesos que requieren voluntad política y tiempo, consideramos, que en este estado del conflicto político de Venezuela, la participación activa y propositiva del Secretario General de Naciones Unidas, con un mandato político para el caso venezolano, sería un gesto decisivo para apuntalar una acción coordinada y una estrategia sólida desde los actores internacionales, que se convierta en un impulso para ver el mecanismo de cara a los comicios electorales futuros en Venezuela, teniendo un liderazgo comprometido de actores políticos, organismos internacionales y sociedad civil como clave para activar esta vía de solución a la base del problema venezolano.

III. UN FUTURO PARA VENEZUELA DE GARANTÍA A LOS DERECHOS HUMANOS Y CONSTRUCCIÓN DE PAZ. PENSANDO EN EL ROL CLAVE DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOGRARLO.

Frente a la profunda afectación de las condiciones de vida de los venezolanos, en el marco de una emergencia humanitaria compleja, es fundamental poner el enfoque y la acción en la noción de respeto a la vida y la dignidad humana. Esto se traduce en que las personas venezolanas deben ser el centro de la acción política, humanitaria y prioridad en la labor de todos los actores. De allí que los derechos humanos se alzan como pilares y ejes de acción base para responder en todas las dimensiones de la crisis del país.

Ante esto, es fundamental entender que organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, nacieron, entre otras cosas, para dar respuesta a este tipo de situaciones de graves violaciones a los derechos humanos. En el contexto actual de la crisis, cualquier respuesta debe entender el agravamiento y la complejidad que se vive en materia humanitaria y la ruptura de la institucionalidad democrática, por lo cual se debe hacer uso del marco amplio del derecho internacional que dé respuesta a la compleja situación, que active los diferentes mecanismos de protección de forma simultánea y que entienda la vulnerabilidad del pueblo venezolano ante una crisis masiva de violación a los derechos humanos. En este sentido, la complejidad y multidimensionalidad de la crisis venezolana requiere que los organismos internacionales

³⁷ El rol estratégico de la ONU en la recuperación de la democracia y la restitución de los derechos civiles y políticos en Venezuela. Disponible en: <https://cepaz.org/articulos/el-rol-estrategico-de-la-onu-en-la-recuperacion-de-la-democracia-y-la-restitucion-de-los-derechos-civiles-y-politicos-en-venezuela/>, consultado el 11 de enero de 2021.

³⁸ Gobierno en disputa de Venezuela invita a la UE y la ONU a ser observadores en parlamentarias. Disponible en: <https://www.voanoticias.com/venezuela/gobierno-maduro-invito-ue-onu-para-observar-parlamentarias>, consultado el 20 de enero de 2021.

³⁹ Acciones posibles dentro del calendario electoral venezolano 2021 a 2024 que plantea la posibilidad de eventos como: elecciones regionales (2021), municipales (2022), revocatoria de mandato presidencial (2022) y las elecciones presidenciales (2024).

les, en especial, las Naciones Unidas, desarrollen una visión holística, comprensiva, coherente, articulada, coordinada, con los distintos mecanismos activados de forma simultánea, con preponderancia de proteger a las víctimas, combinando mecanismos ordinarios y extraordinarios, con la acción técnica y política.

Sin embargo, aunque todos requieren de urgente atención, los tiempos de solución para cada arista de la crisis son diferentes. De allí que la emergencia humanitaria, la crisis política, y la justicia ante graves violaciones de los derechos humanos y comisión de crímenes internacionales debe ser atendida desde una mirada amplia y estratégica, donde el centro sean la protección de las personas y el fin sea la construcción de paz.

Un primer aspecto ante cualquier avance, lo demanda la urgencia de la emergencia humanitaria compleja. Para atenderla, los acuerdos para salvar vidas son urgentes en el ámbito del progreso en la solución de la crisis. Este punto, y su necesidad de aplicación a una escala y dimensiones que puedan salvar las vidas de los venezolanos, requiere también de voluntad política para que existan los fondos suficientes y la mirada a mediano plazo, que permita que la emergencia sea atendida en la medida que se avanza en las soluciones políticas.

Un segundo punto, relativo al aspecto político, se refiere a la necesidad de una solución política a las crisis y en generar un espacio de negociación que lo permita, recordando aquella frase que el Dr. Pedro Nikken siempre mencionaba y que en el caso venezolano cobra tanto sentido: “La negociación no es el mejor camino, es el único camino, antes de un desastre”⁴⁰. En este sentido, urge avanzar en la reconstrucción de la ruta electoral, en donde se restituya el derecho a elegir, la participación ciudadana y la confianza en el voto como instrumento de cambio democrático. Que tome en cuenta la propuesta de asistencia técnica internacional y el rol de las Naciones Unidas y sus órganos especializados, que permita construir la paz en Venezuela para edificar las condiciones que hagan posible el cese de la pugnacidad entre los actores políticos, y la apertura de las negociaciones que guarden como finalidad atender correctamente la emergencia humanitaria y restablecer la institucionalidad, lo cual abriría caminos y posibilidades en un escenario tan adverso.

En este sentido, es un reto para Naciones Unidas ser un intermediario más activo. Como lo menciona Pedro Nikken en sus reflexiones sobre Centroamérica, al entender que existe una gran dificultad de las partes de llegar a acuerdos entre ellas y de allí la necesidad de que tengamos intermediarios. También Nikken mencionaba que, en el caso de Centroamérica, el apoyo de las Naciones Unidas fue decisivo para acercar a quienes, negociando directamente, actúan de forma irreconciliable. Es aquí donde una mediación activa del Secretario General y sus representantes significó avances importantes en Centroamérica, y coincidimos que esto mismo podría aplicarse en la situación de Venezuela. Como mencionó Nikken, “una gestión bajo la técnica de los buenos oficios se transformó en una verdadera mediación y motor en ambos procesos”⁴¹. Si bien la responsabilidad por el logro de dicho acuerdo recae sobre los hombros de los y las venezolanas, resulta imposible avanzar significativamente, sin la participación coordinada y proactiva de la comunidad internacional. Especialmente

⁴⁰ Pedro Nikken: Van a negociar, el problema está en si lo hacen antes o después de los muertos <https://contrapunto.com/especiales/entrevistas-ctp/pedro-nikken-van-a-negociar-el-problema-esta-en-si-lo-hacen-antes-o-despues-de-los-muertos/>, consultado el 29 de enero de 2021.

⁴¹ Discurso Incorporación a la Academia Pedro Nikken. Disponible en: https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_1997_64_134_59-81.pdf, p. 65, consultado el 15 de enero de 2021.

en el ámbito de la mediación, negociación y la asistencia técnica en la construcción de la ruta electoral y la atención de la crisis humanitaria y de derechos humanos.

Finalmente, y como tercer elemento clave que hay que entender en el caso venezolano, un cambio político en Venezuela deberá estar precedido por un proceso de justicia transicional, que permitirá abordar no solo las consecuencias, sino también las causas que llevaron a este largo periodo de deterioro y sufrimiento de su población. En este sentido, seguirá siendo importante la labor de la ONU, no solo con los mecanismos de justicia internacional y de investigación, sino también, en el posible desarrollo de una misión de paz y de procesos de justicia transicional.

Este aspecto está vinculado a lidiar con el pasado, y también lo menciona Pedro Nikken en su trabajo sobre Centroamérica. Si bien la justicia es un tema fundamental, abordarlo desde un inicio en los procesos de negociación y acuerdos políticos podría evitar que no sea tratado de la mejor forma en un proceso político de acuerdos. Sin embargo, es importante que no sea dejado de lado por completo, ya que es importante que los acuerdos sienten las bases de este proceso. Al hablar de Centroamérica, Pedro Nikken recuerda como el hilo conductor lo constituyó el fortalecimiento de las instituciones democráticas y la garantía del irrestricto respeto a los derechos humanos⁴². De allí que, en Venezuela, se debe pensar también que los acuerdos funcionen para un cambio político y también conformen acuerdos que comporten transformaciones institucionales. En este mismo sentido, la importancia de la labor de los mecanismos de investigación y de justicia internacional actualmente activos para Venezuela, sean también evaluados y conectados con la posibilidad de generar mecanismos internos que respondan a las víctimas. Como lo plantea también Pedro Nikken en los casos de Centroamérica, el esclarecimiento del pasado fue un hito inexcusable, en el camino de la reconciliación nacional, y para ello se crearon procedimientos *ad hoc*. Nuevamente, la experiencia de Naciones Unidas para esta tarea sería clave.

En definitiva, para lograr avances en estos tres aspectos, es fundamental tender puentes y realizar las gestiones constructivas necesarias, involucrando a los diferentes sectores sociales nacionales en su legítimo derecho de exigir al grupo en el poder, quien tiene las mayores responsabilidades, y a los grupos que se le oponen, una negociación efectiva, realista y razonable. Especialmente con las personas y su dignidad como centro.

La tarea pendiente es construir una solución que tome estos tres ejes que se desarrollan a distintos tiempos, y donde Naciones Unidas tiene y puede jugar un rol muy importante en un impulso más activo de la solución política. Un proceso de mediación y negociación efectiva de buena fe entre las partes, para construir acuerdos que permitan a los y las venezolanos decidir su destino en unas elecciones libres con reglas justas y resultados verificables, en un proceso progresivo de recuperación de la institucionalidad, que a su vez, también genere acuerdos para responder a las situaciones de mayor urgencia para atender la emergencia humanitaria a la escala y dimensiones necesarias; y que finalmente, sigan avanzando los procesos de investigación y justicia, que permitan sentar las bases de una transición donde se atiendan las demandas de justicia, verdad, reparación y garantía de no repetición.

En esta labor es fundamental el respaldo de los países, tanto a la construcción de los acuerdos como en el impulso de la mediación activa que puede tener el Secretario General de Naciones Unidas. El Grupo de Lima ha sido un movilizador referente para la atención de la crisis de Venezuela y la respuesta de la comunidad internacional.

⁴² *Ibid.*, p. 70.

También es importante sumar los esfuerzos del grupo de Contacto Internacional, el cual puede tener un papel clave en un proceso de esta naturaleza, pues goza de la atención y credibilidad con los diversos grupos nacionales, así como la Organización de Naciones Unidas. Como lo planteó Pedro Nikken en sus reflexiones en Centroamérica, el Grupo de Amigos, nueve países que dieron apoyo diplomático en el proceso de Centroamérica fue fundamental⁴³. Sin embargo, en esta ecuación es importante tener en cuenta el peso y rol político que pueden tener en el caso de Venezuela países como China, Rusia y los Estados Unidos. Cualquier viabilidad práctica de acuerdos tendrá a su favor o en contra a la voluntad política de estos países sobre los mismos.

En la propuesta de este mecanismo de negociación y acuerdos en el actual contexto de la crisis venezolana, es importante que se construya, no solo con la participación de los actores políticos en conflicto, sino también con la participación coordinada de actores internacionales y de la mayor diversidad de actores sociales nacionales, acompañando, haciendo propuestas y resguardando este proceso.

Lograr este proceso significa también la acción propositiva de la comunidad internacional, utilizando los instrumentos de presión como herramientas para crear incentivos para que los actores políticos regresen a la mesa de negociación. En este aspecto, la aplicación de medidas coercitivas debe contemplarse de forma inteligente, con el uso de las licencias y exenciones que mitiguen el efecto a una población muy afectada por la emergencia humanitaria.

Finalmente, la labor del sistema de protección de derechos humanos, tanto los órganos de la Carta y los de los tratados, seguirá teniendo una labor fundamental, y es necesario su apoyo y efectividad en la investigación y monitoreo que realizan la Misión de Determinación de los Hechos y la presencia de la oficina de la Alta Comisionada en el país. Como lo menciona también Nikken en el caso de Centroamérica como un importante aprendizaje: “Los derechos humanos estuvieron en la antesala de la guerra y llegaron al corazón de la paz”⁴⁴. Esperemos que también este sea el caso de Venezuela y sin duda los sistemas de protección de derechos humanos, y en especial, el Sistema Universal tiene una ardua tarea en el inmediato futuro.

⁴³ Discurso Incorporación a la Academia Pedro Nikken, ob. cit.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 67.

LA CORRUPCIÓN COMO OBSTÁCULO PARA LA PAZ: PROPUESTA DE PAZ POSITIVA EN VENEZUELA

Mauricio Rafael Pernía-Reyes*

SUMARIO

I. Introducción. II. La corrupción y los derechos humanos. III. La paz positiva y la corrupción en Venezuela. IV. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo forma parte del reconocimiento a la vida y al pensamiento del Dr. Pedro Nikken, cuya obra y ejemplo en diversas áreas del conocimiento son de consulta necesaria, particularmente en materia de Derechos Humanos y construcción de paz, temas sobre los que se aproximará este aporte. Aprovecho la oportunidad de agradecer a los coordinadores, los Dres. Humberto Romero-Muci, Carlos Ayala Corao y Allan R. Brewer-Carías, por la amable invitación en nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales a participar en esta obra, lo que hacemos desde la provincia venezolana.

El presente documento es un acercamiento a la corrupción considerada como la actuación ilegal e ilegítima que impide la construcción de paz, deteriora la legitimidad de las instituciones, desvía recursos públicos, promueve la impunidad, desdibuja el Estado de Derecho, afecta el sistema electoral y lesiona los derechos humanos. La corrupción como uso del poder contrario al interés general, descompone y desarticula la estructura organizativa del Estado, invierte el orden constitucional, legal y administrativo creado originalmente, para servir de manera objetiva al ciudadano al dirigir recursos, prestaciones, bienes y personal, por el contrario, a fines privados cuyos promotores pueden estar constituidos por las élites políticas, grupos o monopolios empresariales asociados al Estado, el crimen organizado u otros elementos

* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y profesor UCAT. Especialista en Gerencia Pública y profesor UNET. Doctorando. Profesor invitado de la Maestría en Derecho Energético de la Universidad Autónoma de Tamaulipas (México). Coordinador de Transparencia Venezuela y Coordinador de la Coalición Anticorrupción (Táchira), Miembro del Nodo Anticorrupción de la VIII Cumbre de las Américas de la Organización de Estados Americanos. Egresado del programa de Paz Positiva del Instituto para la Economía y la Paz. Miembro AVEDA.

resultantes del ejercicio de la política como el populismo y las prácticas clientelares que surgen de tales actuaciones.

Es entonces la corrupción un obstáculo para la paz al no satisfacer los cometidos públicos como la salud, la educación estatal, los servicios públicos, la infraestructura hospitalaria, económica, turística o educativa y otras funciones públicas necesarias para el Estado de Derecho y la Democracia como la protección personal y patrimonial, la libertad de pensamiento, de movilidad, de personalidad y de expresión, así como también la justicia institucional, el entorno empresarial sólido, que producen bienestar al ser humano y proporciona los elementos para la adhesión de las personas a la democracia y a la cultura de paz.

Sobre la paz se han desarrollado estudios que han proporcionado diversas categorías de análisis teórico que ofrecen perspectivas complementarias de este concepto y que pueden ser consideradas al momento de diseñar, implementar y evaluar políticas públicas. Por ejemplo, se han desarrollado trabajos sobre la paz estructural, la paz imperfecta, la paz transpersonal global, la paz intercultural, la paz neutra o la paz positiva, entre otros constructos teóricos. Sobre esta última categoría, la paz positiva, trataremos en el presente estudio –de manera abreviada–, sobre la relación que puede hallarse entre los conceptos de corrupción, derechos humanos y paz positiva, así como la realidad venezolana.

Así las cosas, el presente escrito tiene el siguiente orden, a saber: la corrupción y los derechos humanos (II); la paz positiva y la corrupción en Venezuela (III), y; consideraciones finales (IV).

II. LA CORRUPCIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Las personas pueden conocer la corrupción mejor por sus efectos que por sus prácticas, especialmente si hacemos referencia a categorías como “corrupción menor” o “gran corrupción”. Las prácticas corruptas son, en la actualidad, complejos entramados que involucran a un gran número de personas, sistemas financieros, elaborados esquemas de transferencias, nodos, estrategias de contratación pública, concursos y licitaciones, declaratorias de emergencias, en otras palabras, lo que se conoció como “División de Operaciones Estructuradas” en el caso de la compañía de origen brasileño Odebrecht¹ que representó el ejercicio de la facultad organizativa de la empresa al crear un departamento autónomo para gestionar los sobornos a altos funcionarios para la firma de importantes obras de infraestructura y servicios asociados, lo que le proporcionó “una ventaja competitiva en el pago de sobornos que explica el rápido crecimiento en su participación de mercado”².

Sin evadir la necesidad de proporcionar una definición, antes señalaremos que, como lo ha referido la doctrina³, el término “corrupción” no es de naturaleza técnica, de manera que la mayoría de los instrumentos multilaterales, tratados internacionales,

¹ Nicolás Campos y otros, *Renegociaciones y corrupción en el sector de infraestructura El caso Odebrecht*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2020, p. 21. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Renegociaciones-y-corrupcion-en-el-sector-de-infraestructura-el-caso-Odebrecht.pdf> (Consultado en fecha 28 de diciembre de 2020).

² *Ibid.*, p. 22.

³ Véase Ana Peters, “Corrupción y derechos humanos”, en: *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Santiago de Querétaro, 2018, pp. 23-82. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5096/5.pdf> (Consultado en fecha 28 de diciembre de 2020).

así como legislaciones nacionales, obvian su definición que, además puede ser aplicable a diversas actuaciones, hechos y conductas como enriquecimiento ilícito, peculado en cualquiera de sus variantes, malversación entre otros. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Resolución 1/18, señaló que la corrupción se caracteriza por (...) “el abuso o desviación del poder, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y que debilita las instituciones de control tanto administrativas como judiciales”⁴. Por su parte, *Transparency International* ha señalado que se entiende por corrupción “el abuso del poder delegado para obtener beneficios privados”⁵, a lo que se agrega la consideración según la cual, la corrupción produce la (...) desmoralización general de un país y es el mayor mal que se le puede infligir”⁶. Finalmente, autores como Dennis Thompson propuso la categoría de “corrupción institucional, que considera más el impacto del hecho corrupto que su acción individual, así como Lawrence Lessig, para quien la acción corrupta depende de los propósitos de una institución determinada en el que el sujeto corrupto adopta el carácter sistémico y estratégico de conocer e intentar (...) distorsionar y socavar los propósitos rectores de la institución”⁷.

Con lo anterior se precisa que la nota resaltante es la consideración del flujo ilegal e ilegítimo del recurso público hacia el beneficio privado y, con esa idea comentaremos cómo esta realidad tiene impacto cierto en los derechos humanos y las consideraciones de índole legal que puedan ser aplicables. Se puede partir del hecho evidenciado en la materia que se refiere a la corrupción como una actividad que se ha convertido en oficio especializado. En efecto, la corrupción en sus distintas variantes es una actividad de complejidad, que “esconde diversas prácticas como la extorsión, el nepotismo, la colusión entre competidores y el fraude, los cuales tienen su propia lógica, sus propios mecanismos y realidades, por lo que la lucha contra un tipo aislado de corrupción puede fomentar otro”⁸.

Por lo anterior, uno de los primeros principios sacrificados en el establecimiento de esquemas de corrupción y especialmente en los de gran corrupción y captura del Estado⁹, es el de transparencia, vinculado de cerca al derecho de acceso a la información pública, al gobierno abierto, a la Administración abierta y, de manera indirecta, a la

⁴ Resolución 1/18, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018, Bogotá, p. 1, Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf> (Consultado en fecha 28 de diciembre de 2020).

⁵ Véase Campus Transparencia, disponible en: https://campustransparencia.com/files/Corrupcion_de_la_A_a_la_Z-Una_guia_comunicacional.pdf (Consultado en fecha 28 de diciembre de 2020).

⁶ Feliciano Blázquez y otros, *Diccionario de términos éticos*, 2ª ed., Verbo Divino, 2002, p. 121.

⁷ Luis Garay Salamanca, Eduardo Salcedo-Albarán y otros, *Macrocorrupción y cooptación institucional*, Vórtex, Bogotá, 2018, p. 24.

⁸ Juan Carlos Henao y Aníbal Rafael Zárate, “Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos: la necesidad de un enfoque integral en la lucha anticorrupción”, en: *Corrupción en Colombia*, Bogotá, 2018, T. 4, p. 36.

⁹ La definición que sobre la Captura del Estado aporta desde el año 2000 el Banco Mundial es: “(...) la acción de individuos, grupos o firmas, en el sector público y privado, que influyen en la formación de leyes, regulaciones, decretos y otras políticas del gobierno, para su propio beneficio como resultado de provisiones ilícitas y no transparentes de beneficios privados otorgados a funcionarios públicos”. Véase: Luis Garay Salamanca, Eduardo Salcedo-Albarán y otros, *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*, p. 8. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_col_sc_anexo8.pdf (Consultado en fecha 28 de diciembre de 2020).

simplificación de trámites administrativos. En efecto, la transparencia como el principio en virtud del cual las labores del Estado y de la Administración Pública están a la vista de los ciudadanos mediante esquemas previstos en la Ley como la publicidad normativa y de gestión, gobierno electrónico, rendición de cuentas, colaboración y participación ciudadana.

La transparencia y el acceso a la información pública suelen ser representados –en términos generales– junto con las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la libertad de expresión¹⁰, del cual la doctrina señala como génesis del derecho de acceso a la información pública¹¹, el derecho a la información y comunicación¹² –sobre el cual la doctrina tiene opiniones diversas en su relación con el derecho de acceso a la información pública derecho¹³⁻¹⁴–, el derecho de petición como facultad de

¹⁰ Artículo 57 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), el cual señala: “ Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades”.

¹¹ Al respecto véase Rafael Valim, “El derecho fundamental de acceso a la información pública en el derecho brasileño”, en: *El Derecho administrativo en Iberoamérica en homenaje al profesor Mariano Brito*, Universidad Panamericana, México, 2015, T. II, p. 226.

¹² Artículo 58 de la C RBV el cual señala: “La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como el derecho de réplica y rectificación cuando se vean afectados directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”.

¹³ Así, José Peña Solís, refiriéndose a la transparencia, rendición de cuentas y al derecho de información y comunicación, señala: “En síntesis, pese a los postulados constitucionales citados y a la consagración de la libertad de información, el atributo de esta concierne a la búsqueda de la información veraz, no se corresponde con la obligación de proporcionarla por parte de los titulares del gobierno y de la Administración Pública”. José Peña Solís, *Lecciones de Derecho constitucional venezolano*, Ediciones Paredes, Caracas, 2012, T. I, p. 374.

¹⁴ En sentido distinto se expresa, Guillermo Tenorio, expone: “Hablar de derecho de acceso a la información es hablar del conjunto de libertades informativas que nutren y colman el espacio donde se debate lo público. En ese sentido, hablar del derecho de la información o el derecho de acceso a la información es hablar de dos componentes esenciales para la democracia contemporánea. Mientras el derecho a la información permitirá recibir o difundir ideas de cualquier índole nutriendo con ello el espacio público de racionalidad estatal para su debate, crítica, interpretación o valoración, el derecho de acceso a la información propiciará que el ciudadano acuda directamente al Estado a buscar, investigar o indagar la información cuya única fuente es el poder público. Así, uno y otro nutren la vida democrática de los sistemas políticos que buscan tener esa vocación.

La libertad de expresión se nutrirá de ambos derechos dinamizando la llamada opinión pública. Como sabemos, esta llamada ‘opinión pública’ tiene un componente esencial que es la información pues sin ella sería incapaz de suscitar un dialogo fecundo de crítica al poder público. La opinión pública tiene dos maneras de hacerse a la información: a) mediante el flujo continuo que hace el Estado a través de los intermediarios (medios masivos de comunicación) o bien a través de la publicidad del poder estatal mediante la publicación de determinados actos como las leyes o sentencias, En esa dinámica el derecho a la información cobra vida, pues genera la exigencia de recepción de infamación; y, b) mediante el ciudadano que acude directamente con el Estado a exigir la entrega de determinada información para con ello poder inundar lo público. En este caso, el derecho de acceso a la información será el actor principal”. Guillermo Tenorio “La transparencia administrativa y el derecho de acceso a la información pública como factores primordiales de la función social de la Administración. Revisión

cualquier persona, natural o jurídica, para dirigir solicitudes ante los órganos y entes del poder público y que los titulares de las estructuras organizativas deban dar oportuna y adecuada respuesta¹⁵, el derecho de acceso a la información personal que repose en los archivos públicos o privados (*Habeas data*)¹⁶, el derecho de toda persona de ser informada oportuna y verazmente por la Administración Pública, respecto del estado en las actuaciones en las que estén directamente interesados y sus derivaciones¹⁷ y, finalmente el derecho de participación en los asuntos públicos¹⁸.

Este elenco pone de relieve que son diversas las instituciones jurídicas que los actores de la corrupción distorsionan para desplegar las actuaciones que les permitan obtener beneficios privados particulares o de grupo derecho. En este sentido, los recursos que se desvían de los fines públicos y que bien estaban presupuestados para un fin estatal o que se manipulan las leyes de presupuesto para privilegiar determinadas cuentas y partidas para la ejecución formal de recursos con destino diferente al interés general, tiene un efecto consistente en lesionar las tareas estatales y, con ello, privar de recursos a los ciudadanos lo que lesiona los derechos humanos.

De lo anterior deben señalarse dos formas de comprender la vulneración de los derechos humanos con ocasión de la corrupción y gran corrupción, a saber: a) el impacto negativo que tiene la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, en el que los afectados resultan los ciudadanos destinatarios del servicio público, de la obra, de la protección patrimonial y personal, del tiempo de los procedimientos administrativos o de la ausencia de la participación ciudadana, especialmente en la verificación de la rendición de cuentas¹⁹, no constituye una violación concreto como

comparativa de los puntos de encuentro en Iberoamérica a partir de sus principios rectores”, en: *Función social de la Administración*, Editorial Ibáñez, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, p. 439.

¹⁵ Al respecto, véase: José Belandria, *El derecho de petición en España y Venezuela*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), Caracas, 2013.

¹⁶ Artículo 28 de la CRBV: “Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

¹⁷ Artículo 143 de la CRBV: “Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”.

¹⁸ Artículo 62 de la CRBV: “Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas. La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica”.

¹⁹ Véase Angello Peña, “Rendición de cuentas: instrumento protector de derechos humanos”, en: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 17-19, Especial en homenaje a Pedro Nikken, 2019. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, pp. 563-597.

la violación al “derecho de las personas a la ausencia de corrupción” sino que, en los hechos, la corrupción y la captura del Estado lesiona el elenco de derechos ya reconocidos y positivados en tratados, pactos y derecho interno de los países, y; b) si, efectivamente, un ciudadano puede ejercer el derecho de acción y exigir del Estado judicialmente la reparación o la restitución de la situación jurídica infringida por un hecho de corrupción en un caso concreto, incluso en tribunales internacionales.

En el primer caso no reviste de análisis extendidos relacionar la parcial y paralizada construcción de un hospital público, con la falta de control, supervisión, corrección de las fallas en el concurso público para el contratista de la obra o la propia corrupción en su licitación²⁰, como se puede verificar de la misma manera en la prestación de servicios públicos, especialmente cuando lo hace el Estado, sea en régimen de competencia o como único proveedor de este, como lo resulta en Venezuela el servicio público de energía eléctrica²¹, en la que el Estado controla todas las fases de la industria²², así como la producción, distribución y venta de combustible. La corrupción afecta ambos el funcionamiento de ambos servicios.

En el segundo caso existen otros factores a evaluar y se corresponden con elementos de índole procesal, institucional y la consideración de criterios como el litigio estratégico, para conocer de casos concretos en el que el Estado responda directamente por la violación de derechos humanos y la corrupción probada. En este sentido, el nexo de causalidad ha de suponer también de una institucionalidad capaz de considerar todas las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y en el curso de procesos diversos o compatibles, considerar los hechos de corrupción y la participación ciudadana o el impulso de un particular que dé lugar a un proceso que determine tales responsabilidades, las del estado y el funcionario²³.

En la sección siguiente, trataremos sobre la viabilidad de los postulados de la paz positiva frente a la corrupción venezolana.

III. LA PAZ POSITIVA Y LA CORRUPCIÓN EN VENEZUELA

Como se pudo señalar antes, los teóricos de la paz han ofrecido diversos conceptos, perspectivas e interpretaciones que han dado origen a categorías variadas y en la mayoría de los casos, complementaria para entender y, mejor aún, proponer acciones públicas para alcanzar la paz. Hemos considerado que la paz positiva y los aportes del Instituto para la Economía y la Paz pueden resultar de interés para los propósitos del presente escrito.

²⁰ La Corte Constitucional colombiana en sentencia C-499 de 2015, ha sostenido al respecto: “La Contratación Pública es el sector en el cual se vienen presentando los casos más graves de corrupción pública; por ello es necesario realizar reformas puntuales para aumentar la transparencia y garantizar la sanción y el fraude en esta actividad estatal”. También, sobre los instrumentos internacionales y de la República de Colombia, para evitar la corrupción en la contratación pública, véase: William Zambrano Cetina, “Instrumentos para prevenir la corrupción en la contratación estatal”, en: *Retos de la contratación pública en Iberoamérica, homenaje a Allan R. Brewer-Carías*, 2ª ed., Grupo Editorial Ibáñez, Universidad del Rosario, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Institute of Latin American Studies, Columbia University, Bogotá, 2019, pp. 324-371.

²¹ Véase *Empresas Propiedad del Estado, parte III*, Transparencia Venezuela, capítulo venezolano de *Transparency International* 2020. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/un-conglomerado-marcado-por-la-ineficiencia-y-la-opacidad/> (Consultado en fecha 28 de diciembre de 2020).

²² Véase Victor Hernández-Mendible y Sandra Orjuela Córdoba, *Energía eléctrica regulación de fuentes convencionales renovables y sostenibles*, Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Caracas, 2016.

²³ Puede verse con provecho el trabajo de Ana Peters, ob. cit., pp. 37-82.

Las acciones de paz positiva no resultan novedad en Venezuela. En efecto, de acuerdo con Francisco Alfaro Pareja, con la firma del “Tratado de Regularización de la Guerra”, suscrito el 26 de noviembre de 1820, con el que el ejército patriota, bajo el mando de Simón Bolívar y el realista dirigido por Pablo Morillo, acuerdan el cese de hostilidades por seis meses una vez ambas partes lo ratificaran, generó tres consecuencias fundamentales, a saber:

Primero, impulsa la creación de un instrumento jurídico súper avanzado con lo cual se pone fin definitivamente al derecho de hacer la guerra sin límites y se dan los pasos necesarios hacia una reglamentación del conflicto bélico. Segundo, se genera una suerte de empatía, ya que los líderes de ambos bandos comienzan a considerar el sufrimiento de su contraparte, así como el del sector de los no combatientes. Tercero, con este tratado se reduce la violencia estructural dentro del conflicto, **se potencia automáticamente la paz positiva, lo cual abona el camino para el reencuentro**, una vez cesase las regulaciones violentas y estuviese menos lleno de la carga emocional negativa que generan los actos sanguinarios y de crueldad²⁴. (Resaltado nuestro).

Siendo así ¿qué es la paz positiva? El Instituto para la Economía y la Paz lo define como “(...) las actitudes, instituciones y estructuras que crean y sostienen sociedades pacíficas. Estos mismos factores también conducen a muchos otros resultados positivos que la sociedad considera importantes. Por lo tanto, la paz positiva crea el ambiente óptimo para que florezca el potencial humano”²⁵. En contraposición al concepto de paz negativa, que consiste en la ausencia de violencia o la ausencia del miedo a que se produzca violencia social, la paz positiva es, además de no existir conflictos sociales que generen la violencia estructural, es la decidida construcción de paz por el Estado, sus instituciones, los ciudadanos, el sector privado, con vista en el largo plazo, por lo que bien puede llamarse, paz de prevención o de largo plazo, capaz de sostener un conjunto de condiciones que, haciendo próspera y pacífica a la sociedad, sofoque de manera natural los brotes de violencia que puedan arraigarse con facilidad mediante fórmulas populistas, sectarias, revanchistas, o de grupos armados para la toma forzada del poder, promoción de la autocracia, autoritarismo y la corrupción que le acompaña.

Así, y distinto a lo que ha propuesto desde su campaña electoral, el presidente mexicano Andrés Manuel López Obrador, que seleccionar el personal según su nivel de honestidad y no necesariamente sus capacidades para el cargo, podría darse un freno a la corrupción²⁶, son las acciones y actitudes de la sociedad y el Estado dirigidos a diseñar, crear y mantener planes, programas y acciones que eleven el costo de los grupos armados, corruptos y populistas de propiciar una sociedad sectaria y la toma del poder para dar lugar a la captura del Estado.

Veamos estos elementos en cifras. En 2016, de acuerdo con las investigaciones del Instituto para la Economía y la Paz, el impacto económico de contener o tratar las consecuencias de la violencia en la sociedad representó el 12,6% del PIB mundial. Esto equivale a un total de US \$ 14.3 millardos o USD 5.40 por persona por día. En contraste, se dedican muchos menos recursos para apoyar las condiciones subyacen-

²⁴ Francisco Alfaro Pareja, “De la guerra a muerte a la regularización de conflicto: los tratados de Trujillo de 1820 en la Independencia de Venezuela”, en: *Venezuela en clave de paz. Breve historia de la convivencia nacional (1820-2020)* primera edición, Centro Gumilla, 2020, Caracas, pp. 19-42.

²⁵ Véanse las investigaciones del Instituto para la Economía y la Paz disponible en: <https://www.economicandpeace.org/research/#positive-peace> (Consultado en fecha 30 de octubre de 2020).

²⁶ Véase a Diana Cruces García, “La cuarta transformación: retos y desafíos en el combate a la corrupción”, en: *Aportaciones para la construcción de una Administración Pública para la cuarta transformación*, Tirant Lo Blanch, México, 2020, pp. 235-254

tes que conducen a la paz²⁷. Por su parte, en los países que han logrado sostener la paz a largo plazo, se han identificado sus fortalezas, categorizadas en ocho pilares que, en la elaboración del índice global de paz, reflejan a las sociedades prósperas, así como aquellos que recurrente o permanentemente están en conflicto, tienen bajos índices de desarrollo de estos pilares.

Estos ocho pilares²⁸ están constituidos por los siguientes: a) bajos niveles de corrupción; b) aceptación de los derechos de los demás; c) libre circulación de la información; d) entorno empresarial sólido; e) alto nivel de capital humano; f) distribución equitativa de los recursos; g) buenas relaciones con los vecinos, y; h) gobierno que funcione eficazmente.

Esta propuesta concreta y susceptible de medición, así como para el diseño de planes, programas y acciones que desarrollen políticas públicas y actividad social para su desarrollo y consolidación intencional, lo que supone la institucionalidad para la participación y colaboración ciudadana, tiene como desafío la realidad de Venezuela que, al momento que se elabora este trabajo, obtiene 15 puntos en una escala de 100 en el “Índice de Percepción de la Corrupción 2020” (elaborado anualmente por *Transparency International*), lo que le ubica en el puesto 176 de 180 países evaluados, acompañado en estos últimos 5 puestos por Yemen, Siria, Somalia y Sudán del Sur²⁹. Conviene señalar, para contextualizar lo señalado, que desde 2012, Venezuela descendiendo en este índice, por cuanto en la anterior medición, la de 2019 se habían alcanzado 16 puntos, y para el 2018, se había ocupado el puesto 168³⁰.

Como lo señala el profesor Allan Brewer-Carías, la corrupción administrativa en Venezuela y en general en los países latinoamericanos, tiene condicionamientos que la configuran como una “(...) administración centralizada, no participativa, incontrolada, penetrada por los grupos de presión, dominada por los partidos políticos, disgregada y cuyos objetivos políticos aparecen con frecuencia, distorsionados”³¹. Por su parte, Transparencia Venezuela, el capítulo nacional de *Transparency International*, indica que en este país, se ha configurado el denominado “patrón de la gran corrupción” representado en 12 elementos, que señalamos a continuación: a) monopolio en sectores económicos; b) incentivos a la corrupción; c) gasto público discrecional; d) control cívico-militar; e) estado de emergencia permanente; f) contrataciones millonarias irregulares; g) impunidad institucionalizada; h) opacidad y ausencia de rendición de cuentas; i) impulso a la desinformación y hegemonía comunicacional; j) designaciones en altos cargos por lealtad; k) red criminal transnacional, y; l) violación de derechos humanos, criminalización de la protesta³².

Lo anterior revela la Captura del Estado y la instrumentalización de las instituciones para el beneficio privado, como lo revelan las 70 investigaciones inter-

²⁷ Instituto para la Economía y la Paz, ob. cit. <https://www.economicandpeace.org/research/>

²⁸ *Idem*.

²⁹ Véase el Índice de Percepción de la Corrupción 2020 en el siguiente enlace: <https://transparencia.org.ve/project/informe-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2020/> (Consultado en fecha 27 de enero de 2021).

³⁰ Puede verse: <https://transparencia.org.ve/venezuela-es-el-pais-mas-corrup-to-en-america-y-el-caribe-segun-el-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2019/> (Consultado en fecha 28 de diciembre de 2020).

³¹ Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho administrativo, Derecho público en Iberoamérica*, Thomson Reuters, Madrid, 2013, Vol. II, pp. 172-173.

³² Para ver el informe de Transparencia Venezuela, ingrese a: <https://transparencia.org.ve/project/actualizacion-patron-de-gran-corrupcion-un-esquema-para-el-desfalco-y-la-violacion-de-ddhh/> (Consultado en fecha 28 de diciembre de 2020).

nacionales en 20 países, que involucran a 12 entes públicos por una cifra de USD 29.900.609.098,39, de acuerdo con las investigaciones de Transparencia Venezuela³³, reflejan parte de la magnitud de la situación venezolana a la que debe plantearse elementos concretos, medibles, factibles, para que las lesiones a los derechos humanos que han supuesto estas actuaciones, puedan ser revertidas, con una mirada que integre el corto con el largo plazo, que la provee la paz positiva y la construcción de sus ocho pilares.

Nuestro homenajeado, el Dr. Pedro Nikken señaló que la (...) “noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado”³⁴ y es esta categoría, la dignidad, está asociada a los deberes de diverso orden que corresponden al Estado ante los derechos humanos, como son el de respetarlos, protegerlos y cumplirlos³⁵, creemos que la consideración por las organizaciones de la sociedad civil, las universidades, gremios, el sector salud, de una centralidad ineludible vistas las circunstancias que ha revelado la pandemia de COVID-19, así como el entorno empresarial, de los pilares de paz positiva, desde sus propias realidades, propósitos, planes y objetivos, puede resultar de enorme provecho porque no es más que avanzar para evitar que la Captura del Estado se consolide frente a una sociedad disgregada, desconfiada, desolada y desmoralizada, emprenda la lucha en solitario, sin consideraciones probadas que pueden iniciar acuerdos sociales, políticos y económicos que puedan dar elementos materiales que concreten lo señalado por el Dr. Pedro Nikken en el que “la negociación no es la mejor alternativa, es la única alternativa”³⁶.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como se pudo señalar, Venezuela ha tenido en su temprana historia republicana, actuaciones de paz positiva que dieron fruto en las vicisitudes del momento. Hoy, el patrón de gran corrupción que refleja Venezuela es el desafío de mayor envergadura dentro del conjunto de grandes y renovadores cambios que requiere la nación para restituir la República.

Este desafío requiere de ser imaginativos, como señaló el Dr. Pedro Nikken, y las acciones públicas pueden también tener mejores resultados si hacen coincidir la imaginación con elementos probados y que puedan ser operados con sencillez sin ingenuidad, que participen todos porque es con todos como cobra sentido la lucha contra la corrupción, contra la Captura del Estado, como señala el profesor Jaime Rodríguez-Arana “El buen gobierno, la buena administración, implica la necesidad de contar con la presencia y participación real de la ciudadanía, de toda la ciudadanía (...) las políticas públicas no pueden hacerse sin la participación ciudadana”³⁷.

³³ Puede verse el informe elaborado por Transparencia Venezuela, en: <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2020/12/05-Casos-de-corrupcion-de-Venezuela-en-el-mundo.pdf> (Consultado en fecha 28 de diciembre de 2020).

³⁴ Pedro Nikken, “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, en: *Revista Tachirensis de Derecho*, N° 3 enero-junio 1993, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1993, pp. 5-23.

³⁵ Ana Peters, ob. cit., pp. 37 ss.

³⁶ Claudia Nikken, “Perder el miedo: una semblanza de Pedro Nikken”, en: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 17-19, Especial en homenaje a Pedro Nikken, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2019, pp. 15-25.

³⁷ Jaime Rodríguez-Arana, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 39-40.

Participar activamente es el mejor obsequio que puede darse a sí misma la sociedad venezolana puesto que se hace cargo también de la formación para comprender no solo el funcionamiento del Estado sino la configuración y comprensión del funcionamiento del Estado que necesitamos restaurar en Venezuela, que también implica la construcción total de diversos sectores de la vida nacional. Señaló el Dr. Pedro Nikken que “La persona humana no puede vivir conforme a la dignidad que le es inherente en una sociedad oprimida. Los derechos humanos imponen la organización del entorno social y político en orden a su respeto, protección, satisfacción y garantía”³⁸.

Este trabajo es una corta pincelada para poder sumar ideas como la paz positiva para disminuir la corrupción y con ella, proteger los derechos humanos que no es otra cosa que proteger su dignidad.

Confinados en Caneyes –cerca de San Cristóbal–, enero de 2021.

³⁸ Pedro Nikken, “Los presupuestos de los derechos humanos”, en: *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, T. I, pp. 613-662.

PEDRO NIKKEN

Phil Gunson*

A veces, en este viaje de la vida, ocurre que algunos de nuestros más valiosos y queridos acompañantes se nos unen sólo hacia el fin del camino, cuando faltan apenas unas curvas para la recta final. Y cuando además se nos van antes de tiempo, como ocurrió con Pedro, nos quedamos pensando si en realidad no debíamos habernos encontrado antes. En honor a la verdad, no recuerdo bien la primera vez que hablé con el Dr. Pedro Nikken, un *lapsus* que no dudo en atribuir a mis deterioradas facultades mentales. No debe haber sido más de unos doce a quince años atrás, aunque –por supuesto– su nombre y su reputación me eran conocidos desde mucho antes. Pero durante varios años nos veíamos con cierta regularidad como asistentes a un almuerzo-tertulia en el que se discutía la cada vez más apremiante crisis nacional y sus posibles soluciones. No era fácil destacar en ese foro, que contaba con algunas de las cabezas más claras y mejor amobladas del país, y tampoco habría sido su intención, porque si algo caracterizaba a Pedro era su humildad. Lo que me impresionaba, sin embargo, era su sensatez, la claridad de sus ideas y –por encima de todo– la habilidad que tenía de armonizar posiciones, sin que eso significara simplemente buscar el mínimo común denominador. Y si de acción se trataba, era capaz de levantar el teléfono y comunicarnos con una amplia gama de estadistas y expertos a lo largo del hemisferio y más allá, que con gusto le recibían las llamadas. Así que cuando dejé a un lado el periodismo y empecé a trabajar tiempo completo en International Crisis Group, no fue ninguna sorpresa encontrar que Pedro ya se contaba entre los contactos claves de la organización en Venezuela.

Fue solo después de su repentina partida que, sacando cuentas, me percaté de la oportunidad que perdí de haberlo conocido mucho antes. No en Venezuela, porque llegué a conocer este país recién hacia finales del siglo pasado, sino en Centroamérica, donde, por casualidad, mi estadía coincidió casi con exactitud con los años en que el Dr. Nikken presidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica. Uno de los temas que nos ocupaban a los pocos corresponsales extranjeros radicados en Tegucigalpa, la capital hondureña, en aquella época –y que llegó a ocupar también a la Corte– era el de los desaparecidos. Recuerdo bien,

* Periodista británico, ex-corresponsal de medios internacionales en Venezuela (1999-2015), actualmente Analista Senior para la Región Andina de International Crisis Group. Miembro-fundador del Grupo Experto para Venezuela (Grupo Nikken) del Institute for Integrated Transitions (IFIT).

y todavía con escalofríos, la respuesta de un funcionario de la embajada de Estados Unidos en Honduras cuando –en una visita que hice a Tegucigalpa en 1982– le pregunté por dos sindicalistas detenidos y posteriormente “desaparecidos” por las fuerzas de seguridad. Respondió que seguramente estaban muertos, y que, como eran “comunistas”, no le parecía mal –más bien todo lo contrario. “Creo que deberían ser aplastados como cucarachas,” me dijo. La frase me impactó de tal manera que, por primera y única vez, hice caso omiso del “*off the record*” y se la atribuí a un “funcionario norteamericano” en una nota para una revista británica. Después de haber trabajado varios años con chilenos refugiados en Londres que habían pasado por las cárceles de Pinochet, incluyendo a la mujer que sería mi primera esposa, tenía una idea muy clara de lo que significaba el verbo “desaparecer” en su modo transitivo.

Honduras había recuperado su democracia, después de muchos años de dictadura militar, pero la Fuerza Armada –de la mano de la embajada de los Estados Unidos, y bajo el mando del furibundo anti-comunista General Gustavo Álvarez Martínez– seguía siendo el poder tras el trono. Eran los últimos años de la Guerra Fría, que en Centroamérica se había vuelto caliente. Y aunque Honduras era un oasis de paz en comparación con sus vecinos, se había convertido en una ficha imprescindible en el tablero geopolítico, que Washington no pensaba soltar. No en vano se le trataba en broma como “*USS Honduras*”, el portaaviones más grande de la marina norteamericana. Ahí se aplicaba la Política de Seguridad Nacional, que trataba al disidente político como un “enemigo interno” al que había que aniquilar. El grueso de los 184 desaparecidos documentados en Honduras pertenece al periodo 1981-84, y uno de ellos era un profesor y dirigente gremial de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH) llamado Manfredo Angel Velásquez Rodríguez, cuyo caso estaba destinado a hacer historia.

A Velásquez los organismos de inteligencia le venían siguiendo la pista, por supestando tener contacto con el FMLN, el frente guerrillero del vecino país, El Salvador. Y el 12 de septiembre de 1981 un escuadrón de la muerte lo secuestró en el centro de Tegucigalpa y lo llevó a un centro de tortura. Muchos años después, a mediados de los ’90, asistí a una excavación en una zona rural de Honduras llevada a cabo por el equipo argentino de antropología forense en búsqueda de los restos de algunos de los desaparecidos. Pero, aunque los argentinos lograron desenterrar unos pocos, hasta el día de hoy Manfredo Angel Velásquez permanece desaparecido. Según el testimonio posterior de un desertor que había pertenecido al tenebroso Batallón 3-16, Velásquez –junto con otro desaparecido, Saúl Godínez Cruz– habrían muerto bajo tortura, para luego ser desmembrados y sus restos abandonados en diferentes sitios a lo largo de la carretera que une Tegucigalpa con San Pedro Sula.

Fue dos años después de su secuestro, en octubre de 1983, que el caso de Velásquez Rodríguez llegó a la Corte Interamericana, durante su Sesión Regular #61. Los recursos intentados ante los tribunales hondureños no habían prosperado, pero tampoco habían producido ningún fallo definitivo. Y el gobierno se amparaba en la tesis según la cual había que “agotar los recursos internos” para posteriormente acudir –si fuese el caso– a la justicia internacional. Para los gobiernos que violaban sistemáticamente los derechos humanos, la desaparición forzosa de sus adversarios a manos de escuadrones de la muerte y el ocultamiento de su posterior destino era la manera ideal de evadir su responsabilidad ante la justicia internacional, que había empezado a representar una amenaza a su impunidad. Y en eso, contar con un sistema de justicia nacional cómplice, o al menos con jueces que temían enfrentar al poder ejecutivo, era clave. En este sentido, el fallo de 1988 en el caso de *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, en el que Pedro Nikken jugó un papel fundamental, obligando por primera

vez al Estado a demostrar su inocencia cuando todo apuntaba a un patrón sistemático de desapariciones y encubrimiento, fue determinante. Fue un caso que marcó un hito y que sigue siendo referencia obligatoria en la jurisprudencia de los derechos humanos.

Pero no es únicamente por eso que me llama la atención, y que lamento haberlo estudiado en detalle sólo cuando ya era tarde para comentarlo con el mismo Pedro. Es porque habla de la dimensión humana de su labor como jurista, que lo llevó a trabajar tan intensamente en años recientes para combatir en su propio país los mismos males que había enfrentado en otras latitudes. Se manifestaba no sólo en el tiempo que dedicaba *pro bono* a la causa de la democracia en Venezuela –cuando podía haberse encerrado en su estudio, por ejemplo, a terminar el libro en el que trabajaba– sino en el sentido de urgencia que imprimía a todo lo que hacía en este sentido. Raras veces lo vi impaciente o hablando en tono perentorio. Pero la impaciencia le invadía en ocasiones cuando los tiempos de la política y las negociaciones le parecían demasiado lentos para la inmensa tragedia humana que la crisis venezolana ha provocado.

Cuando en el 2016 me tocó participar en la formación del Grupo Experto para Venezuela –el mismo que ahora lleva su nombre– de la mano de Mark Freeman del *Institute for Integrated Transitions (IFIT)*, era evidente que el que no podía faltar entre sus integrantes era el mismo Pedro Nikken. Afortunadamente, nos aceptó la propuesta de colaborar en el diseño y la promoción de una hoja de ruta para la transición democrática, y fue el que más hizo no sólo para mantener la cohesión del mismo grupo sino para promover la unidad entre factores muchas veces enfrentados de la oposición política. Fueron, y siguen siendo, muchas reuniones con políticos, diplomáticos, analistas, además de viajes fuera del país. Y su estado de salud muchas veces no colaboraba. Se quejaba, pero siempre con humor. “La vejez,” decía –citando a de Gaulle– “es un naufragio”. Lo dijo una vez cuando salíamos de una residencia diplomática en Caracas y le tocaba descender, con dificultad, por una escalera. Yo iba un par de pasos más atrás, y le respondí que por lo menos la vejez era preferible a la alternativa. Se dio media vuelta y me miró a los ojos. “Eso también viene,” me replicó, con esa sonrisa pícaro que le caracterizaba.

Ahora es que me doy cuenta de que la frase del general francés se refería no tanto al deterioro físico que trae la vejez sino al naufragio de su país durante la Segunda Guerra Mundial bajo el mando del Mariscal Pétain y su gobierno títere. Un héroe de guerra en su juventud, Pétain pasó en la vejez a ser sinónimo del colaboracionismo. Lejos de ser un naufragio, en cambio, la vejez de Pedro Nikken fue una afirmación de todo lo que había sido a lo largo de su vida. Y lo único que tenemos que reclamarle es que se haya ido tan pronto, cuando todavía queda tanto por hacer. Que su ejemplo nos inspire para terminar la tarea.

EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO INSTRUMENTO QUE COADYUVA A GARANTIZAR LA PAZ EN LA SOCIEDAD

José Gregorio Silva Bocaney*

SUMARIO

I. Justificación. II. Introducción. III. De los antecedentes revolucionarios y su aporte al contencioso administrativo. Orígenes. 1. De las revoluciones de los Siglos XVII, XVIII y XIX. A. Antecedentes pre revolucionarios. B. De las revoluciones. i. La Revolución en Estados Unidos de Norteamérica. ii. De la Revolución Francesa. 2. Del contencioso administrativo. IV. Del derecho constitucional. Sus orígenes. V. Relación derecho constitucional - derecho administrativo. VI. Del derecho administrativo como derecho de la libertad, de la democracia que ayuda a garantizar la paz. VII. Conclusiones.

I. JUSTIFICACIÓN

En primer lugar, debo agradecer a la Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, especialmente al Dr. Ayala Corao, por la invitación a participar en el presente homenaje que la Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas brinda al profesor Pedro Nikken, que tal como lo catalogó el profesor Ayala Corao, fue hombre de bien, de los Derechos Humanos y de paz, que puso en alto el nombre de nuestro país, en las funciones que desempeñó, tanto en la docencia, en la Academia, y especialmente en su rol de conocedor y defensor de los Derechos Humanos. Pero paradójicamente, cuando uno es participante en estos homenajes a prohombres, como el profesor Nikken, termina siendo homenajeado, pues resulta inmerecidamente invitado.

El título otorgado al presente trabajo tiene que ver con una situación que sucedió en una reunión virtual, donde junto a ex compañeros de bachillerato estábamos hablando de diversos temas y entra el Derecho. Alguien mencionó que el Derecho civil es la columna de nuestro Derecho; a lo que asentí, pero agregué que el Derecho

* Abogado. Especialista en Derecho Administrativo y Doctorando en Ciencias mención Derecho (UCV). Profesor ordinario de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela en pre y postgrado. Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario (AVDD). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Miembro Honorario del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO). Director de la Revista de Derecho Funcionario (RDF).

administrativo es el Derecho de la libertad, de la democracia, a lo que ahora agregó que ayuda a garantizar la paz, lo cual lució para muchos, exagerado. En este estado, me podrían ripostar que, en todo caso, es el Derecho Constitucional y la Constitución, como punto de apoyo de una nación libre y democrática, que determina los derechos ciudadanos e impone límites al Poder, rigiendo y sometiendo a su vez a las leyes del país, que en definitiva, constituye verdaderamente el Derecho que garantiza la paz y la democracia; sin embargo, sin sostener que la Constitución sea meramente programática, las leyes concretizan los principios y normas constitucionales, y es, dentro de ese margen, aguas abajo, que se centra el presente trabajo.

Para ello, haremos un acercamiento al origen del Derecho Administrativo, para posteriormente tomar la noción de Constitución y Derecho Constitucional, para concluir cómo el control de la Administración es capaz de garantizar o ayuda a garantizar la paz en la sociedad.

II. INTRODUCCIÓN

La actividad general del Estado, y en especial, la administrativa, dimane bien de órganos públicos o prestada por particulares, en un Estado de Derecho, está sometida a un autocontrol y al control jurisdiccional y acarrea responsabilidad del Estado o personal, según sea el caso, en aplicación del principio de legalidad. En este sentido, se han provisto los medios para que la propia Administración adecúe su actuación, cuando se considere que no se encuentra dentro de los parámetros que dimanen de la Ley o implique un sacrificio particular, a través de los recursos administrativos o podrá el interesado a través de los órganos judiciales, para la protección de los derechos e intereses legítimos de los administrados o algún otro interesado frente a la Administración Pública. Así, nos centraremos en el presente trabajo en las cuestiones actuales que atañen a este medio de control: el judicial.

Cuando de las diferentes ramas del Derecho se refiere, tenemos algunas de milenaria data; mientras otras, son históricamente muy recientes, tanto que algunas apenas alcanzan algunas décadas de antigüedad. Pero su justificación como verdadera rama del Derecho se centra en la existencia de instituciones que le son propias, tanto en lo subjetivo como en lo adjetivo. Distinguir esa verdadera singularización de instituciones puede convertirse en trabajo arduo, pues pueden existir detractores, cuando derivan de una rama existente y cobran verdadera independencia; incluso, suceder que aceptando la autonomía de esa rama en lo sustantivo puede encontrar fuerte rechazo en aceptar su independencia en lo adjetivo.

Es precisamente lo que ha sucedido con el Derecho administrativo, y su interrelación con otras ramas, que reclaman como propio ciertas áreas, como se pretende con el funcionarial, reclamado por algunos autores como propio del laboral; o, el contencioso administrativo en general y con ciertos procesos contenciosos especiales en lo particular, que el Derecho procesal reclama como suyos, pero con criterios de exclusividad y exclusión, reconociendo quizás, algunos matices propios, pero pretendiendo una cobertura absoluta por parte de los principios e instituciones propias del Derecho Procesal.

Para aclarar lo anterior, es necesario adentrarnos profundamente en los orígenes y principios del Derecho administrativo, lo cual no es posible en el presente trabajo, por lo que daremos por sentado –a los fines del presente trabajo– la independencia del Derecho administrativo, incluyendo dentro del mismo, lo propio del contencioso administrativo, como uno de sus múltiples apéndices.

III. DE LOS ANTECEDENTES REVOLUCIONARIOS Y SU APOORTE AL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ORÍGENES

Debo aclarar *ab initio* del presente capítulo, que el mismo no refiere necesariamente al inicio o representación histórica del Derecho Administrativo. A este, dependiendo del autor de que se trata, lo ubicará a partir de la revolución francesa o entenderá su nacimiento previo a esta. Sin embargo, tal como lo aprecia —a mi entender, acertadamente— el profesor Rodríguez Arana¹, “...desde que se toma conciencia de las necesidades colectivas, desde que los seres humanos nos hemos organizado de algún modo para ordenar lo común de acuerdo a las exigencias de la justicia, nos tropezamos con Derecho administrativo, por incipiente que este sea”. Tal como lo indica el profesor, esa relación entre el Estado y las personas, bien es su condición de súbditos, ciudadanos, administrados, habitantes, dibujan de alguna forma al Derecho Administrativo. Desde el mismo momento en que surgen o se identifican necesidades colectivas, que deban ser normadas, surge igualmente nociones de Derecho Administrativo, que serán más o menos claras. En este sentido, el citado autor trae a colación el trabajo que se realiza en la Universidad Autónoma de Madrid, estudiando varias de las instituciones, conceptos y categorías centrales propias del Derecho Administrativo a la luz del Derecho Romano, al igual que sostiene las posturas de Ernst Forsthoff y Massimo Severo Giannini, siendo que el último de los nombrados consideraba que cualquier organización administrativa previa a la revolución francesa, no forma parte del Derecho Administrativo, sino en todo caso de la llamada ciencia de la Administración. Por su parte, luego de revisar varias posturas, se centra en la posición del profesor Villar Palasi, indicando que:

...sí bien se pueden constatar determinados cortes ideológicos o institucionales, entre los que destaca la Revolución francesa, no encontramos ningún corte categorial, no se dio esa congelación dogmática que caracterizó al pandectismo. Por eso, en su opinión, el Derecho Administrativo está más pegado a la historia, por eso las instituciones se han ido configurando con el transcurso del tiempo. Por eso, tantas veces comprobamos como la investigación histórica no es solo entretenimiento de académicos, sino fuente segura para resolver problemas administrativos difíciles del momento presente.

Partiendo de esta premisa, y aceptando lo expuesto por el profesor Rodríguez Arana, tampoco considero que la génesis del Derecho administrativo deba ser cargada a la revolución francesa, sin que ello implique ignorar que dicha revolución marcó un hito importantísimo en la materia concerniente al Derecho Administrativo, que marca el inicio del Derecho administrativo moderno; y, en consecuencia, al control de la Administración o del Poder, aclaratoria importante, a los fines de continuar con el hilo del presente trabajo.

Del mismo modo, el control de la actividad del Estado, aún en forma incipiente, no nace a partir de la revolución francesa, sin obviar que esta lo reconoció, implementó formalmente y lo consolidó en la formas en que lo conocemos, tal como lo indicó el maestro Moles Caubet², quien tomando en consideración los caracteres de la jurisdicción contencioso administrativa, señaló que su nombre indica una controversia con la

¹ Jaime Rodríguez Arana: “Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional”, en: *Cuadernos de la Cátedra Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo*, Universidad Católica del Táchira, N° 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 15 ss.

² Antonio Moles Caubet, “El sistema contencioso administrativo venezolano en el Derecho comparado”, en: *Contencioso administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 9-10.

Administración, que se produce entre partes paritarias “aun cuando una de ellas sea la Administración, y decidida por un organismo del Estado, independiente y neutro”, quien determinará las consecuencias de la actuación sometida a su control y restableciendo el orden perturbado, bien sea ejercida por un Consejo de Estado, un tribunal de orden judicial o un tribunal especial; sin embargo, debemos agregar un elemento teleológico, consistente en la intención de la necesaria restitución de la actuación de la Administración a un cauce debido.

De allí que no toda forma de control del Estado constituye una manifestación o antecedente del contencioso administrativo. Partiendo de esta base, revisaremos los antecedentes que, conforme a la doctrina, han servido para asentar el contencioso administrativo.

1. De las revoluciones de los Siglos XVII, XVIII y XIX

A. Antecedentes pre revolucionarios

De este periodo debemos resaltar las revoluciones francesa y norteamericana, sin obviar los antecedentes de 1215 y la Carta Magna inglesa, que en definitiva hicieron importantes aportes a la noción del Estado de Derecho, que tal como lo indica José Valentín González³ se caracterizó por (i) el reconocimiento de unos derechos inherentes a los individuos que son previos a la existencia del Estado y que constituyen esferas inmunes a su actuación (ii) el sometimiento del Estado al derecho (iii) la existencia de tribunales autónomos e independientes capaces de proteger esos derechos ante las actuaciones ilegales del Estado (iv) la separación y autonomía de los poderes públicos (v) la despersonalización del poder y (vi) la separación entre Estado y Sociedad. Así, en el hilo argumentativo que viene al caso, debemos traer a colación lo referente a las Cortes de León de 1188, donde la necesidad de ingresos por parte del Reino de León, producto del gasto dispendioso y la guerra con Portugal y Castilla imponen a la Corona la creación de nuevos y arbitrarios impuestos que generan un alza de precios y un clima que podríamos definir hoy día como de conflicto social, que se apacigua con la convocatoria de la Curia Regia (equivalente a los Estados Generales en la Francia del Antiguo Régimen) durante el reinado de Alfonso IX de León (1188-1230), en las que el pueblo (el común o plebe) participa por primera vez tomando decisiones del más alto nivel, junto con el rey, la iglesia y la nobleza, a través de representantes elegidos de pueblos y ciudades, ante lo cual, se exige regular los gastos. La clase ciudadana demanda una contrapartida como también regular el gasto de la corona a través de los representantes de las principales ciudades designados por elección, en lo que es considerado como ejemplo del parlamentarismo moderno en la historia de la Europa occidental, tal como ha sido reconocido por la Unesco⁴, siendo que igualmente se consiguen especiales avances de normas que buscaban proteger a los ciudadanos contra el abuso de poder por parte de los nobles, clero o del rey. Esta conformación del sistema de poder no fue circuns-

³ José Valentín González, “Las Tendencias Totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo”, en: <http://cedice.org.ve/wp-content/uploads/2012/12/Tendencias-Totalitarias-del-Edo-Social-y-Democr%C3%A1tico-de-Derecho-Administrativo.pdf> (Consultado el 11 de mayo de 2018).

⁴ Programa “Memoria del Mundo” <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/memory-of-the-world/register/full-list-of-registered-heritage/registered-heritage-page-8/the-decreta-of-leon-of-1188-the-oldest-documentary-manifestation-of-the-european-parliamentary-system/> (Consultado el 30 de enero de 2021). Se reconoce a Las Cortes de León de 1188 como el testimonio documental más antiguo del sistema parlamentario europeo.

tancial, sino que las Cortes se convirtieron en una institución permanente del reino, poniendo cotos tan importantes, como los de su principal sucesor histórico, como lo es la Carta Magna, promulgando nuevas leyes destinadas a proteger a los ciudadanos y a sus bienes contra los abusos y arbitrariedades del Poder, constituyendo los primeros pasos de exigencia de sujeción del poder a la ley.

Este importante conjunto de decretos ha sido calificado con el nombre de «Carta Magna Leonesa», donde se garantiza un debido proceso, reconocimiento y respeto a la propiedad privada, el sometimiento del Rey al Consejo e incluso, nociones propias de lo que conocemos como responsabilidad del Estado.

Por su parte, poco tiempo después nos encontramos con el escenario donde Inglaterra nos presenta su gran aporte, en un momento histórico marcado por el evidente abuso por parte del Rey Juan, quien sistemáticamente violaba las tradiciones sobre las cuales se había gobernado históricamente el reino anglosajón. No se trató propiamente de una revolución, pero por poco se llegó a ello, toda vez que el descontento solo mermó ante la imposición al Rey Juan a firmar la Carta Magna, que consolida un sistema parlamentario de avanzada, la limitación del Poder por ese parlamento –con el antecedente de las Cortes Leonesas– y el agregado del reconocimiento de derechos como el habeas corpus y la libertad de culto, aportando un adecuado equilibrio entre el poder del rey y el parlamento.

En el primero de los casos (Carta Leonesa), su germen es producto de un descontento; mas, la inteligencia y habilidad de un joven gobernante, ante las intrigas que lo rodeaban, supo ganarse el afecto de quienes podrían ayudar a dar la cara y la vida en defensa del trono, siendo que se trató más de un desprendimiento voluntario de poder por el rey en el cual se toma en consideración al común, donde este logra imponer condiciones al poder; mientras el segundo fue producto, igualmente en un clima de malestar, de la necesidad de claudicar por parte del rey Juan a sus caprichosas posiciones y ceder forzosamente parte del poder, aceptando un control externo al trono, pues, sencillamente, tenía en juego el cuello, siendo que en este caso se impone el poder feudal para lograr compromisos por parte del poder gobernante, y se les reconocen derechos a los hombres libres. Sin embargo, pasa a la historia como antecedente necesario de lo que serían las constituciones modernas, siendo que a lo largo de sus 63 artículos aseguraba derechos a los señores feudales limitando el poder del rey, independencia de la iglesia frente al gobierno, el derecho de todos los ciudadanos libres de poseer y heredar bienes, imponiendo igualmente disposiciones sobre el buen gobierno y desempeño de sus funcionarios y el sometimiento a un consejo parlamentario que necesariamente implican importantes limitaciones a lo que se entendía era un poder.

Dicho documento se adereza con la Declaración de Derechos o *Bill of Rights* de febrero de 1689⁵, de Inglaterra, que ante la muerte del déspota Jacobo II, se impone como ley que regula las obligaciones y los deberes respectivos del Rey y el Parlamento, declara los derechos y libertades de los ingleses y establece el orden de sucesión de la corona, y se complementa con la *Toleration Act* o Ley de Tolerancia en mayo de 1689⁶, como una forma de acabar con las luchas entre religiones se concede libertad religiosa a los católicos y protestantes, la libertad de culto público, el derecho a abrir escuelas y el acceso a todas las funciones públicas.

⁵ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/20.pdf> (Consultado el 4 de noviembre de 2018).

⁶ <http://www.enciclonet.com/articulo/tolerancia-acta-de/> (Consultado el 4 de noviembre de 2018).

Como puede verse, estos antecedentes, sí podrían tomarse como propios del constitucionalismo, lo reducimos a lo que comprende al control del poder, común al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo.

B. De las revoluciones

Las últimas décadas del siglo XVIII y primeras del siglo XIX fueron ricas en movimientos revolucionarios que aportaron no solo la liberación de colonias ultramarinas europeas, al igual que se produjo dentro de la misma generación la Revolución Norteamericana y la Francesa, que si bien, por causas y finalidad distintas, se fraguó bajo similares principios, que significaron un invaluable aporte al mundo jurídico. Fijaron los fundamentos de lo que conocemos como Estado de Derecho.

Si bien es cierto, en cada uno de ambos países, los aportes siguieron su propio derrotero, encontramos muchos puntos comunes entre ambos.

i. La Revolución en Estados Unidos de Norteamérica

Adoptada la Declaración de Derechos del Hombre, como antecedente inmediato de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, y al mes de iniciada la guerra de independencia, se aprueba en Filadelfia la primera constitución escrita de la era moderna, ratificada luego por el pueblo, en convenciones por cada estado con la cual por primera vez en la historia se adopta una forma de Estado Federal y se asientan los principios de Estado; separación de poderes; democracia; control del poder por la constitución y reconocimiento de derechos y libertades ciudadanas; soberanía popular; control de la constitucionalidad e independencia de los jueces a través de la Suprema Corte. Se hace especial énfasis en la preponderancia que adquiere este órgano en defensa de las garantías, libertades y avances obtenidos, en especial, la noción de la Suprema Corte como garante e intérprete de la Constitución y el sistema presidencialista independiente del parlamento, entre otros grandes avances y aportes.

ii. De la Revolución Francesa.

Los aportes de la Revolución Francesa han sido tratados generosamente por nuestra doctrina y ampliamente conocidos; en especial, por quienes nos hemos dedicado al Derecho Público; sin embargo, considero necesario realizar una breve mención:

a. La definición de un hombre nuevo (término acuñado por la revolución), estaba signada por la noción de sociedad, en que se modifica la intervención de factores que hasta ese momento estaban relegados en los sistemas monárquicos que reinaban en Europa, que se limitaba al reconocimiento a la realeza, nobleza y clero –salvo la excepción de las cartas leonesas, como anteriormente se indicara– abonada por la declaración de derechos, de rango igualmente constitucional, que debían ser absolutamente respetados por el Estado.

b. El cambio en la noción de soberanía, que se traslada del rey a la noción de soberanía popular, ejercida a través de los designados representantes del pueblo por medio de la elección, otorgando un nuevo papel al pueblo en general, y no limitado a los detentadores del Poder, amparado por la idea de la existencia de una Constitución, no solo como carta política, sino que representa verdaderos límites al poder y que organiza al Estado, frente al absoluto reconocimiento de derechos a los particulares y los valores que rigen como Nación.

c. La noción de Constitución, que en el mismo sentido que la Revolución Norteamericana, y sus antecedentes en la Carta Magna, Cartas Leonesa entre otros, sentó el criterio de la supremacía y el carácter normativo de la Constitución y previó el prin-

cipio absoluto de separación de poderes, que se adereza con la separación del Estado de la Iglesia y del poder que esta detentaba, agregando la supremacía del legislador y el respeto absoluto a la ley, estableciendo el “reino de la Ley”, concentrado en la noción de principio de legalidad, que somete la Administración a la Ley, entendiendo que el Rey gobierna por la fuerza de esta, que a su vez gobierna al rey y le impone marcados y conocidos límites.

d. Modificación o reforma de la estructura territorial, donde se aparta del sistema centralista dominante que implica el gobierno por monarquía absoluta, cuyas autoridades menores no eran más que “comisarios” o encomendados de los reyes, donde evoluciona a nociones más propias de federalismo o municipalismo, reconociendo exclusivas competencias a dichos entes; pero por otra parte fortalece al poder central, como noción de Administración, que tal como lo indica el profesor Luis Ortiz⁷ “...se formaría estructuras hacia el centro, modernas, en las cuales se incorporaban funcionarios bañados de un nuevo y fuerte espíritu administrativo”.

e. Otro gran aporte lo constituye la noción de Derecho Administrativo del cual deriva un Derecho adjetivo propio, el contencioso administrativo y el sometimiento de la Administración Pública y el Poder en general, no solo al imperio de la ley, sino la posibilidad de juzgar los actos y las conductas de la Administración así como la concepción de la idea de responsabilidad del Estado, que tal como lo expresa el maestro Moles⁸:

Ha de comenzarse afirmando que el principio de legalidad, propiamente dicho, se refiere únicamente a un tipo de Estado concreto, el Estado de régimen administrativo, cuya configuración corresponde al modelo doctrinal y organizativo de la revolución francesa y sus epígonos –bonapartismo, restauración y liberalismo– caracterizado por la concurrencia de cuatro notas distintivas.

1° Emerge una nueva rama del Derecho Público, el Derecho Administrativo, precisamente para regular la Administración Pública, o dicho con mayor exactitud, para hacer jurídicamente correctas las actividades funcionales de la Administración.

2° Aparece la categoría de los derechos subjetivos con un contenido público, llamados también derechos públicos subjetivos, entre los cuales se encuentran, además de los derechos de libertad, aquellos otros dimanantes de distintas fuentes creadoras del orden administrativo. A ellos se añaden los denominados ‘intereses legítimos’ que tanta relevancia llegan a adquirir en el derecho italiano, según se verá más adelante.

3° La tutela de semejantes derechos e intereses queda atribuida a una jurisdicción especial, la contencioso administrativa, que asimismo corrige las irregularidades de la Administración constitutivas de “*d’excès de pouvoir*”, (recurso objetivo)

4° La Administración-sujeto puede ser patrimonialmente responsable por determinadas faltas –aun cuando no constituyan actos ilícitos– con independencia de la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes (responsabilidad directa).

Para conseguirlo, fue necesario, incluso, cambiar la mentalidad del individuo (la noción del hombre nuevo) a través de la acuñación de nuevos términos⁹ o el reforzamiento de otros, para lograr cambiar el modelo de organización, hacia un sistema que

⁷ Luis Ortiz Álvarez, *Revolución Francesa y justicia administrativa*, Colección Cuadernos N° 7, Editorial Sherwood, Caracas 2003.

⁸ Antonio Moles Caubet: “El Principio de Legalidad y sus implicaciones”, en: O. Acosta-Hoenicka (comp.), *Antonio Moles Caubet. Estudios de Derechos Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997.

⁹ Nada que ver con el bodrio de neolengua que han tratado de imponer en Venezuela.

imperase de forma absoluta la libertad y la igualdad, señalando García de Enterría¹⁰ que:

Todo el sistema léxico de representación del mundo colectivo tuvo que sufrir, y así fue, en efecto, una conmoción profunda, como muy pocas veces en la historia. Una cualificada historiadora de la lengua francesa, Renéé Balibar, en su libro *L'institution du français*, 1985, no ha dudado en decir que la “Revolución Francesa... es una revolución lingüística hasta el presente en la historia del francés nacional”.

La Revolución fue, así, desde sus orígenes, justamente una guerra de palabras una genuina “logomaquia”, que da lugar a un conjunto de estrategias ofensivas y defensivas desplegadas para el dominio del “poder de lenguas” ...

Así las palabras juegan un papel decisivo a lo largo de todo el proceso revolucionario, pres-tándole un dinamismo peculiar. Se desarrollan por unos y por otras especiales estrategias del lenguaje. Como ha dicho un autor, hablar va a ser combatir, en el sentido de actuar, y los actos de lenguaje van a participar, y no en último término precisamente, de una agonística general. Quien gana la batalla de las palabras puede ganar normalmente la posición política dominante, puesto que su discurso pasa a ser el discurso autorizado, o más propiamente, el que tiene autoridad.

Son precisamente estos aportes los que han servido de firmes cimientos para la consolidación del Derecho administrativo y la noción de Estado de Derecho, que implica no solo el sometimiento del poder a la ley, sino que se incluye el control del Estado y la responsabilidad exigible, ambos, en el denominado sistema contencioso administrativo. Así, a partir de estas bases nacen coetáneamente y unidos de manera indisoluble, el Derecho administrativo y el contencioso administrativo, formando un todo, una unidad que no puede ser analizado de manera aislada, ni pretender la migración de lo contencioso para el Derecho procesal, pues sería una escisión fatal pues dejaría al contencioso sin su base originaria, teórica, sin justificación y, por ende, un cascarón vacío de contenido.

2. Del contencioso administrativo

Aun cuando muchos autores tratan de encontrar nociones de justicia administrativa previas a la Revolución Francesa, que incluso se remontan en manifestaciones del Imperio Romano, por la existencia de figuras similares al Consejo de Estado, con funciones administrativas, consultivas y jurisdiccionales, la falta de autonomía de dichos órganos, con un poder absolutamente concentrado en el Rey o en la propia Administración, trastoca la noción de efectividad que corresponde a la noción compleja de una verdadera justicia, amén que institucionalizar un órgano colegiado o un consejero, con o sin funciones jurisdiccionales, puede tener la intención de permitir el ejercicio del poder de una mejor y efectiva manera, incluso a favor de los súbditos; más sin embargo, a mi entender, falta el elemento de intencionalidad de someter el Poder de manera efectiva a ese consejo; es decir, que implique efectivamente una contención al poder. Por otra parte, la existencia o posibilidad de encontrar alguna acción aislada que pudiere ser ejercida contra el poder, en cualquiera de sus manifestaciones, tampoco –a mi entender– puede considerarse como antecedentes del contencioso, pues le falta una noción básica que complementa la triada, como lo es la pretensión de institucionalizar y sistematizar ese control, con la intención de resguardar derechos individuales; restableciendo situaciones; enmendando la actividad de la Administración; que conlleva a la noción de sistema; buscando obtener una mejor

¹⁰ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Ciencias Sociales Alianza Editorial, Madrid, 1999.

administración o gobierno. Se trata más bien, a mi entender, como antecedentes del consejo de estado moderno y cómo en Francia, evolucionó a un sistema de contención al Poder y de allí, acogido en otros países, bien como consejos de estado o la función judicializada.

Conviene así, revisar la cita de Bernard Stirn (*Le Conseil d'Etat*, París 1991) realizada por Luis Ortiz¹¹ en el libro anteriormente citado que señala:

Se habla así de que Augusto (63 ac/14 dc) es el padre lejano del *Conseil d'Etat*, toda vez de que en su reinado existía un consejo que tenía atribuciones administrativas (*consilium* o *consistorium*) y atribuciones jurisdiccionales (*auditórium*), consejo que luego sería reforzado por Adriano, emperador de 117 hasta 138. También en la Edad Media, se habla de la curia regia, la cual constituye personajes cercanos al rey que lo ayudaban en el gobierno y en la justicia.

Sin embargo, como se señala en el libro Historia de Roma¹², el *conseil* de Augusto, era principalmente un comité de enlace entre el Emperador y el Senado para convertirse posteriormente, en manos de siguientes emperadores en un comité de amigos del emperador. Por otra parte, los citados autores critican que si bien es cierto, se toma este periodo con la gracia de que el emperador gobernaba democráticamente oyendo la petición y necesidades de sus súbditos, su incidencia real en la vida ordinaria era escasa, debido a que la capacidad de dar respuesta, según el análisis que hacen los autores basado en la información que se tiene, no llegaría a resolver o responder mil solicitudes por año, indicando que tuvo un efecto de trascendencia en la imagen pública del emperador mayor que el que le corresponde.

Por su parte, la evolución de la noción de control del Poder, pasa en sus antecedentes a los consejos impuestos en Francia, previos a la Revolución (Antiguo Régimen), en la cual un Gran Consejo controlaba los asuntos donde otros órganos hubieren demostrado parcialidad, o las comisiones extraordinarias involucradas cada vez en asuntos públicos, pero cerrado a los litigios privados.

Ya en el último siglo de la monarquía francesa, el gobierno advertía en los edictos, que los posibles litigios en cuanto a su aplicación, serían conocidos por el Intendente, prohibiendo a los órganos ordinarios de justicia, conocer de los mismos, que tal como lo indicó René Chapus, citado por Ortiz Álvarez, se trata de la línea de una tradición; sin embargo, tal como lo comenta Ortiz, esos antecedentes comunes o similares “... no permiten configurar una nítida base histórica para lo que hoy conocemos como justicia administrativa”¹³.

Así, aún la noción de sistema que ha de envolver la de justicia administrativa la encontramos en el Consejo de Estado francés desde su concepción en el Antiguo Régimen y la posibilidad que tenían las comisiones de ejecutar sus decisiones; más, sin embargo, la exigencia de una efectiva imposición de la decisión que ha de recaer, para hacer cierta la noción de justicia, no existe, por lo que tampoco dibuja como propio del contencioso.

No es sino a partir de la Revolución que se impone un sistema de autocontrol basado en el principio de separación de poderes, particularmente interpretado, de la cual

¹¹ Luis Ortiz Álvarez, ob. cit., p. 110.

¹² Francisco Javier Lomas Salmonte y Pedro López Barja De Quiroga, *Historia de Roma*, Ediciones Akal, Madrid 2004. Revisado en versión parcial electrónica https://books.google.co.ve/books?id=MCpZmP85ZssC&pg=PA286&lpg=PA286&dq=augusto+emperador+consilium&source=bl&ots=Q9MkwMCqfS&sig=9VGUa9LO8EndxAj6lJbUqno7ahA&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiO_bFwYtB AhWRjVvkKHYyHAI8Q6AEIKTAA#v=onepage&q=augusto%20emperador%20consilium&f=false (Consultado el 14 de mayo de 2018).

¹³ Luis Ortiz Álvarez, ob. cit., pp. 114-115.

deriva una prohibición al poder judicial para resolver litigios. Por su parte, las ideas revolucionarias, movieron los cimientos de lo que hasta ese momento implicaba el sistema judicial, especialmente con la Ley 16-24 de 1790, instaurando los siguientes principios y reglas¹⁴:

la independencia de los magistrados; eliminación de la venalidad de los cargos judiciales, establecimiento de un sistema de elección y designación de los mismos, y exigencia de profesionalización; el principio de igualdad ante la justicia y la gratuidad; el principio de doble instancia y el derecho de apelación; principios de motivación de las decisiones judiciales; el jurado popular en materia criminal, organización de jurisdicciones o competencia territorial en conformidad con la nueva estructura territorial; simplificación de la organización judicial; la conciliación y el arbitraje; protección de los intereses privados y de los derechos de la persona humana; nuevas reglas de procedimiento penal; entre otros y, por supuesto, el principio de separación del orden judicial y del orden administrativo.

La interpretación del principio de separación de poderes se instituye en un pilar fundamental de la noción de Estado de Derecho, pero que en y desde la época de la Revolución se ha considerado como un principio fundamental del contencioso, entendiendo que juzgar a la Administración es administrar, como concepción específicamente francesa, resultando necesario un juez consciente de que su decisión debe complementar la acción administrativa, pero se planteaba el temor de un riesgo de una justicia complaciente, tal como lo expresa René Chapus¹⁵, lo cual, no sucedió en la práctica; sin embargo, el hecho de formar un órgano a tales fines, no crea la verdadera noción de independencia¹⁶. Posteriormente, durante el mandato de Napoleón Bonaparte se afianza la justicia administrativa; en primer lugar, con la incorporación del Consejo de Estado en la Constitución y la incorporación de una comisión de lo contencioso en el propio Consejo. Se incorporan otras reformas que consolidan el funcionamiento del Consejo de Estado, perfeccionando la participación tanto de los litigantes como de un ministerio público; sin embargo, pese a que va aumentando la independencia del tribunal administrativo, y sus decisiones eran seguidas y respetadas, aún se mantiene la noción de justicia retenida en manos del gobierno.

Con la Ley del 24 de mayo de 1872, se sustituye el sistema de justicia retenida en manos del Jefe de Estado, por un sistema que otorga al Consejo de Estado, potestades soberanas y propiamente jurisdiccionales, en lo que fue conocido como justicia delegada, cuyos rasgos distintivos se mantuvieron hasta 1963, siendo que a partir de esa fecha comienza en Francia la modernización del sistema, para adaptarlo a las nuevas necesidades y la forzosa adecuación a tendencias universales que se imponían sobre la materia, descartando, si se quiere, ciertos pruritos que le anclaban desde los tiempos revolucionarios. Durante ese periodo se formó y transformó el Derecho Público, principalmente por vía jurisprudencial, no solo en Francia, sino en la mayoría de los países de corte administrativo, de los cuales no escapó Venezuela.

Tal como lo indica el profesor Roland Drago¹⁷, la evolución de cerca de dos siglos del contencioso administrativo francés, contribuyó a elaborar una jurisprudencia que

¹⁴ Luis Ortiz Álvarez, ob. cit., p. 121.

¹⁵ René Chapus, *Droit du Contentieux Administratif*, 10ª ed., Montchrestien, Paris, 2002.

¹⁶ Como tampoco lo configura un poder judicial –pretendidamente autónomo– complaciente al gobierno. Así, en la Venezuela actual existe formalmente un control judicial, pero en la práctica, es más ineficiente cumpliendo sus funciones, que un Consejo de Estado perteneciente a la propia Administración.

¹⁷ Roland Drago, “Un nuevo juez administrativo”, en: *Contencioso Administrativo. Primeras jornadas internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias*, FUNEDA, Caracas, 1995.

le permitió poner en evidencia los vicios del sistema administrativo, “Por esta razón, el papel del Consejo de Estado, especialmente bajo la Tercera República, ha permitido a Francia aumentar la extensión y los mecanismos del control como, para la época, ningún otro país habría sabido hacerlo, pero ocurre hoy, como suele suceder a los precursores, que se ven aventajados por sus imitadores”.

Así, tomando en consideración lo expuesto por el profesor Chapus¹⁸, en su libro anteriormente citado, se llegó a la existencia de un tribunal administrativo independiente del tribunal judicial y con un estatus y prerrogativas específicas, creando una jurisdicción relacionada con la administración, como tribunal administrativo que adquiere un poder propio, entendiendo que, para que el juez administrador pueda juzgar completamente a la administración, no debe ser totalmente ajeno a esta. Estas relaciones con la administración le otorgan a la justicia administrativa francesa un carácter particular. Es mucho más parte de la administración que una emanación del poder judicial, la cual apareció por razones históricas y se justifica hoy por razones prácticas.

Por otra parte, si revisamos algunos aportes de lo que se ha denominado sistema de justicia administrativa en los diferentes países, o por lo menos en los países que por antonomasia han servido de soporte o fundamento al criterio venezolano, tenemos al francés y el anglosajón, como creadores de la noción que permitió el paso del absolutismo, a la actividad controlada.

Por su parte, el sistema originario contencioso en España, que judicializó el control de la Administración, difirió en cuanto la función de decidir que se le otorgó a la Administración, denominada privilegio de decisión ejecutoria, excluía la posibilidad de decidir situaciones de conflicto en forma ejecutoria, a decir del profesor español José Ramón Parada¹⁹, quien señaló que “La Administración activa podía evidentemente resolver cuestiones, dictar actos ejecutorios, pero siempre y cuando dichos actos no resolviesen controversias jurídicas, cuestiones conflictivas, en otras palabras, cuestiones contenciosas”. Así, si bien en España el contencioso administrativo se encuentra judicializado, existía una absoluta escisión entre lo que podría conocer la administración y lo que era propio del órgano jurisdiccional, aun cuando el mismo autor señala que la Constitución de Bayona autorizó una justicia administrativa dependiente del gobierno. De forma tal que la Administración, en los casos de encontrarse la oposición de un administrado, titular de derechos que se resistiese a la ejecución material del acto que posteriormente sería cuestionado, debía adoptar la posición de demandante, que lo colocaba en posición de igualdad inter partes en un proceso judicial, donde la administración no puede tomarse la justicia por su propia mano, que “mientras no hay oposición se está en caso de la jurisdicción voluntaria –sede Administrativa– y cuando se manifiesta la oposición, se convierte automáticamente la actuación en contenciosa. La Administración activa solo tendría, pues, jurisdicción voluntaria, solo puede actuar y ejecutar válidamente sus decisiones si media el asentimiento de los sujetos afectados”. Sin embargo, el mismo autor refiere a los denominados jueces administrativos de excepción, que se corresponden con órganos activos de la Administración, a los que se les reconoció potestades de resolver ejecutoriamente controversias sobre derecho, lo cual rompía el esquema de que la jurisdicción contenciosa era atribución exclusiva de los tribunales y que la administración, también tenía poderes jurisdiccionales. Ese esquema, a decir del mismo

¹⁸ René Chapus, ob. cit., Traducción libre.

¹⁹ José Ramón Parada Vázquez, “El privilegio de Decisión Ejecutoria y el proceso contencioso administrativo”, en: *La administración y los jueces*, Editorial Jurídica Venezolana y Marcial Pons, Caracas, 1988, p. 104.

autor, fue cambiando a partir de 1845, en la cual, se le otorgó más poderes de decisión de controversias a la Administración y se aviva en las décadas siguientes, al punto, que lo contencioso administrativo era previamente gubernativo. Sin embargo, la posición de Parada es criticada por Alejandro Nieto²⁰, quien señala que la historia y los autores de la época justifican que efectivamente existía una jurisdicción contencioso administrativa, que en definitiva, volverán a conocer lo que fue conocido por la Administración y que esta, efectivamente, gozaba del privilegio de decisión ejecutoria de manera general y no de manera excepcional como indicó Parada.

Simplificando la evolución española, conforme lo sistematiza Santamaría Pastor²¹, en el periodo auditado, el principio de separación de poderes apuntaba en cuanto la atribución de enjuiciar a la actividad administrativa, a los jueces. A mediados del Siglo XIX se importa el modelo francés, mientras que para finales del mismo siglo se implementa un sistema denominado armónico, que contemplaba la implementación de un sistema judicial donde todos los tribunales actuaban en base a la competencia propia, que subsistió en la Ley de lo Contencioso de 1956 y su reforma.

Así, el caso español, donde tomando los principios de la Revolución Francesa se impone al final un contencioso judicializado reconocedora legal del proceso inter partes y de la posibilidad de revisión o fiscalización de la denominada potestad discrecional –tal como lo indica Garrido Falla²²–, con aportes de otros países en el perfeccionamiento del control, tal como sucedió en el caso venezolano y los contratos administrativos y otros de varios países; aportes estos que fueron producto de ese desarrollo principalmente jurisprudencial que ha sido propio del contencioso, lo cual permite a los diferentes sistemas, estar en constante evolución y perfeccionamiento.

En definitiva, sea el sistema de que se trate, se instituye entonces, una noción de justicia que no se limita a la aceptación de ciertas acciones de control, ni a la eventual existencia de algún tribunal especializado para conocer de la misma, sino en el establecimiento de un sistema complejo, el cual es definido por Fix Zamudio²³:

Consideramos que en sentido estricto la justicia administrativa es un concepto mucho más amplio que los instrumentos procesales en sentido estricto, ya que abarca todas las instituciones jurídicas establecidas para resolver las controversias que surgen entre los órganos administrativos y estos con los particulares, pero también ante los organismos de jurisdicción de carácter administrativo, ya sea que estos últimos estén situados formalmente dentro de la esfera del Ejecutivo, o bien incorporados al Poder Judicial.

La distinción es conveniente, debido a que los mecanismos jurídicos para la defensa de los derechos y los intereses jurídicos de los particulares frente a una administración pública cada vez más poderosa, son muy amplios y complejos y no se conocen en toda su extensión ni se analizan de manera suficiente, a pesar de su importancia en la vida contemporánea. Para no citar sino dos ejemplos evidentes, no siempre se comprenden dentro del concepto

²⁰ Alejandro Nieto, “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso administrativo”, en: *La administración y los jueces*, Editorial Jurídica Venezolana y Marcial Pons, Caracas, 1988, pp. 147 ss.

²¹ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, Colección Ceuras, 2005, Vol. II.

²² Fernando Garrido Falla, “Ámbito de la Jurisdicción contencioso administrativo en España” en: *Contencioso Administrativo. Primeras jornadas de Derecho Administrativo “Allan Brewer Carías”*, FUNEDA, Caracas 1995.

²³ Héctor Fix Zamudio. “Concepto y contenido de la justicia administrativa” en: *Archivos jurídicos de la Universidad Autónoma de México*, revisado en su versión electrónica en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2391/10.pdf> (consultado el 5 de julio de 2018).

amplio de justicia administrativa los organismos no jurisdiccionales que siguen el modelo escandinavo del ombudsman, no obstante su desarrollo espectacular a partir de la segunda posguerra en la mayoría de los ordenamientos del mundo; ni tampoco se le otorga la debida atención necesaria a las leyes de procedimiento administrativo, que constituyen el antecedente necesario para la solución jurisdiccional, debido a la gran dispersión que muy frecuentemente se advierte en las leyes administrativas especiales que se han multiplicado en sentido geométrico, en especial en los últimos años...

Por tanto, en sentido propio, la justicia administrativa está constituida por un conjunto bastante amplio y crecientemente complejo de instrumentos jurídicos para la tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los particulares frente a la actividad de la administración pública o de la conducta en materia administrativa de cualquier autoridad, por medio de los cuales se resuelven los conflictos que se producen entre la administración y los administrados.

Así, la previsión legal de la posibilidad de control de conductas del Estado, gobierno o Administración, como pretensiones en acciones judiciales, no contribuye *per se* a considerar la existencia de un contencioso, así como tampoco lo hace la existencia de tribunales especializados; sino que resulta necesario la noción de un sistema que comprenda unos y otros, que debe ser amalgamado con el elemento teleológico de ese sistema, que conjugue por una parte, la intención de resolver la situación del particular, el respeto a situaciones subjetivas, y reorientar y ajustar la conducta de la Administración en los términos que la ley le impone, siendo que, en todo caso, sin importar la época que consideremos para el inicio del Derecho administrativo y el contencioso administrativo, podemos aseverar que el derecho administrativo moderno y las nociones que entendemos del contencioso administrativo, nacen a partir de la revolución francesa.

En el caso venezolano, desde las primeras constituciones republicanas, existen indicios del contencioso, en tanto se imponían acciones de control de la Administración, pero cualesquiera dudas de su existencia, finalidad, alcance y posibilidades, se disipa con la regulación del 206 de la Constitución de 1961, recogida prácticamente al calco en el 259 de la aprobada en el año 2000. El juez, ha de restablecer la situación jurídica.

IV. DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. SUS ORÍGENES

El Derecho constitucional, por su parte, tiene igualmente orígenes que dependerán del autor, siendo que algunos lo ubican en la antigua Grecia, con la *Politeia*, como organización y naturaleza del Estado cuando se persiguen los intereses propios, que cobra mayor relevancia con las ideas de Aristóteles, que a grandes rasgos, se sintetizan en la necesidad de una constitución que ha de regir la *polis*, la cual ha de ser producto de la razón y toda persona sujeta a ella, así como sugiere la división tripartita del poder.

Sin embargo, en prácticamente todos los periodos se podría hurgar en ideas de constitucionalismo, no por la existencia misma de normas supremas, sino a partir de la relación entre Estado, Gobierno y Población y la necesaria regulación para la cohabitación o existencia más o menos pacífica de dichas relaciones.

Por otra parte, se sitúa el constitucionalismo a partir de la Carta Magna inglesa (1215) y la Bula de Oro húngara (1222), las cuales son consideradas tempranas declaraciones de derechos humanos, que llevan a una imposición de respeto del Estado; sin embargo, para el maestro García-Pelayo, ello sería un error por cuanto el privilegio no se basa en la naturaleza humana sino en la pertenencia a un grupo social legalmente definido. Ello conlleva a que no sean reglas objetivas y paritarias, sino

pactos o compromisos entre el gobernante y algunos grupos sociales dominantes, lo cual, como dijimos con respecto a la carta Magna y la posición del Rey Juan, no fue más que la relación entre el rey y los señores que mantenían en el poder a la Corona, agregando el maestro que igualmente recogen antiguos derechos.

También el Derecho Constitucional recoge lo que interesa a las formas de Estado y gobierno y la regulación de poderes públicos y su regulación con los ciudadanos, así como los derechos inalienables que se le reconocen a los individuos, lo cual nos ubica, al igual que al Derecho administrativo, en los aportes de las revoluciones del siglo XVIII.

Debemos entonces, reconocer la existencia de un Derecho constitucional moderno, que ha evolucionado a lo que conocemos en la actualidad, que de alguna manera se ha globalizado; en la medida que, sin ser impuestas por un poder superior, ni producto de tratados internacionales, sino que cada país lo adoptó en su redacción constitucional.

V. RELACIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL - DERECHO ADMINISTRATIVO

Conforme lo anterior, surge una línea que resulta común al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo y que lo une de manera indisoluble, primero, dentro de un marco general contenido en el Derecho Público. Y ambos, parten en su moderna concepción, de una génesis que marca el inicio de un mismo camino a transitar, que se bifurcan cada uno por su derrotero, que en definitiva buscan un mismo fin, por lo que los dos caminos, aparentemente en paralelo, se unen en muchos de sus puntos. Para ello, si tomamos en consideración las definiciones más básicas, tenemos como:

- Derecho Constitucional: rama del Derecho público que estudia los fundamentos y preceptos esenciales de un Estado, sus formas, la regulación de los poderes públicos y sus vínculos con los ciudadanos.
- Derecho Administrativo: rama del Derecho público que estudia la organización, funcionamiento, poderes y deberes de la Administración pública y las relaciones entre la Administración y otros sujetos.

Existiendo una aparente identidad y partiendo de un tronco común, surge entonces un marco regulatorio contenido en la Constitución, estudiado por el Derecho constitucional, que determina en primer lugar, el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos y las garantías para hacerlos valer, sin que los límites que puedan imponerse a esos derechos los vacíe de contenido; al igual que fijará la forma jurídica del Estado y la organización del gobierno y de los poderes, así como expresos límites al ejercicio del Poder, mientras que el Derecho administrativo termina siendo la concreción de esas normas regulatorias del Poder Público, tanto en su organización y funcionamiento como en sus relaciones con otros sujetos a quienes se les reconocen esos derechos que, en su actuar, deben ser respetados por el Poder Público en el ejercicio de sus facultades y atribuciones.

Ese reconocimiento de derechos y garantías conlleva a su respeto y la implementación de los mecanismos de protección. Por su parte, la organización del Estado y los límites al ejercicio del Poder, en conjunción con el respeto de los derechos constitucionales, conlleva a la necesaria relación Estado-ciudadano o Estado-particular.

Esa génesis y evolución del Derecho, que marca hitos comunes al constitucional y al administrativo contiene un sustrato que dibuja de manera evidente el cambio sufrido: el cambio de súbdito al ciudadano.

El súbdito, conforme lo define la primera acepción del DRAE²⁴, es aquella persona sujeta a la autoridad de un superior con obligación de obedecerle. Es decir, el Estado (monarca) ejerce un poder sobre la persona, en una relación de superioridad/subordinación, que dejaba muy poco a la noción o reconocimiento de derechos a la persona, pues el desconocimiento de la autoridad podía tener como precio la libertad o la vida. En el ínterin, transitamos por la noción de administrado (que nos cuesta abandonar), como aquella persona que no puede administrarse a sí misma, por lo que necesita de otro sujeto para satisfacer sus necesidades, que implica una necesaria relación de sujeción. Implica de alguna forma, un sometimiento. Aun cuando esta última reconoce la noción de derechos de la persona, la noción de sujeción que envuelve o que la persona resulte administrada, es de por sí, limitante de esos derechos que reconoce; es decir, te reconozco derechos más los administro. Aun cuando pocos derechos se consideran como absolutos, mientras que la mayoría son derechos limitados, pero limitados en primer lugar, por lo que establezca la constitución, y en todo caso, por la ley, entendiendo esta posibilidad como de exclusiva reserva legal, y sin que su regulación pueda vaciar de contenido ese derecho. Sin embargo, desde un principio de la concepción de las revoluciones francesa y norteamericana, se plantea la noción de ciudadano, lo que implica el reconocimiento en una mayor medida de los derechos individuales; implica, que el interés general no puede, bajo ningún aspecto, desconocer los derechos individuales que la propia constitución y el bloque de la constitucionalidad, reconoce; ergo, ha de balancearse el interés general y el derecho particular, buscando satisfacer el primero sin desconocer los segundos.

La noción de ciudadano, por su parte, va más allá. No se limita a la condición de vivir o no en una ciudad, sino que conlleva el reconocimiento de derechos que, en definitiva, protegen las libertades individuales, bien frente a otros ciudadanos o ante el desconocimiento, abuso o quebrantamiento por parte del poder, mientras que garantizan la capacidad de la persona de participar en sus relaciones con el Estado. El funcionario adquiere la condición de servidor y la noción de dependencia se invierte.

Para conseguir ese estado de ciudadano, las leyes, en especial, las de corte administrativo adquiere un papel fundamental.

Así, el Derecho constitucional refiere a la regulación en abstracto, pero la regulación en concreto de cualquier órgano o ente, público o privado, en ejercicio de la actividad administrativa, corresponde al Derecho administrativo, la cual ha de seguir el derrotero que emerge de la noción y condición de ciudadano. Así, cuando la Administración se aleja de ese cauce debido, surgen los medios de protección que regula y forma igualmente del Derecho Administrativo, como lo es la revisión recursiva o la judicial.

VI. DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO DE LA LIBERTAD, DE LA DEMOCRACIA QUE AYUDA A GARANTIZAR LA PAZ

En este entramado, donde la Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder público, y a estas deben sujetar su ejercicio –manifestación del principio de legalidad–, surge una simbiosis necesaria donde, en primer lugar, la Constitución genera un tamiz fino que ha de permear aguas abajo, para que las leyes y demás instrumentos normativos impongan debidos límites, y los actos administrativos que en base a ellos se dicten, sean, en definitiva, ajustados a derecho. Para cumplir ese obje-

²⁴ Versión electrónica correspondiente a la vigésimo tercera edición <https://dle.rae.es> (Consultado el 15 de enero de 2021).

tivo, se articulan los poderes legislativo y ejecutivo; el primero²⁵, dictando las leyes que han de controlar la actividad administrativa²⁶ ejercida por el segundo, mientras que el segundo, en el marco normativo puede reglamentar la Ley, siempre que no altere su espíritu, propósito o razón, y dictar otros actos normativos (decretos, por ejemplo), para dictar en definitiva el acto administrativo que ha de adecuarse a todo este entramado normativo.

Ese acto administrativo, sea de efectos particulares o generales, es susceptible de ser controlado e impugnado. Primero en sede administrativa, si así lo acoge la parte interesada, de manera que la Administración adecúe el acto dictado, bien sea reconociendo los vicios de nulidad absoluta de que pudiera adolecer el acto o subsanando los vicios de anulabilidad (nulidad relativa). Así, en primer lugar, vemos como la propia Administración puede resolver o evitar se lleve a mayores, un conflicto que afecta a un particular, a una serie de particulares o un enfrentamiento entre particulares, dentro del marco del Derecho administrativo en las nociones de recurso.

A su vez, bien sea agotada la fase anterior o directamente, quien se considere afectado o considere necesario ejercer el control debido, encuentra la posibilidad de acudir a un órgano del Estado, pero imparcial, sometiendo a la Administración a su escrutinio, no solo para controlar el acto administrativo, sino cualquier conducta que, en el orden positivo o negativo, dimanase de la Administración o de otros sujetos que ejerzan actividad administrativa, o de ser el caso, se abstenga de actuar cuando está llamado a hacerlo. Ese control, enmarcado dentro del Derecho administrativo es el contencioso administrativo, capaz, en definitiva, de resolver la situación jurídica infringida lesionada por la actividad de la Administración, de conformidad con la parte final del artículo 259 Constitucional

Entre el objeto de control, tenemos las actuaciones u omisiones que lesionen cualquier derecho fundamental, lo cual nos lleva a otro punto de discusión. Si bien, entre los derechos fundamentales de primera generación, tenemos la libertad, propiedad y en general, los derechos individuales civiles y políticos, una característica de dichos derechos es la facultad de ejercerlos; es decir, la libertad de ejercerlos, mientras que siempre existe la obligación de terceros, y especialmente por parte del Estado, de respetarlos.

Así, en sentido estricto, cuando hablamos de libertad, la primera noción que se nos acerca es la de la persona que no se encuentra en condición de esclavitud. Una acepción más amplia nos lleva a la posibilidad de hacer lo que uno quiera, actuar como uno quiera, dentro del marco de la ley, sin afectar el derecho de otros. Una tercera aproximación nos habla de las libertades individuales fundamentales como son la libertad de opinión, de expresión, de circulación, de pensamiento, de conciencia o religión, entre otras. Pero una concepción más laxa, abarca todos los derechos, en la medida que la persona goza de la libertad de ejercerlo. A título de ejemplo, la propiedad, considerado como derecho autónomo, la persona tiene la libre elección (libertad) de usar, gozar o disponer de la cosa. En este sentido, el Estado en general no solo está obligado a respetar y garantizar la libertad en general (derechos o

²⁵ Entiéndase, Poder legislativo debidamente constituido que conforme la Constitución, tiene la función principal de dictar leyes conforme al procedimiento legislativo establecido, cómo órgano democrático donde confluyen las diferentes fuerzas políticas que hacen vida en un país, lo cual, excluiría, en primer lugar, los denominados decretos leyes, y con mayor razón, adefesios jurídicos, tal como resulta pretender que una denominada asamblea nacional constituyente, indebidamente convocada, dicte leyes, y que se le otorgue el mote de leyes constituyentes.

²⁶ Por lo que resulta un contrasentido que la propia administración se auto imponga límites.

libertades) como derechos individuales de que se trata, y en tal sentido, aún en presencia de intereses generales o colectivos, ponderar la forma en que se puede satisfacer los segundo sin afectar los primeros (o bajo la menor afectación obligado así a la correspondiente indemnización), so pena de nulidad de sus actos, determinar sus consecuencias resarcitorias, así como a garantizar que otras personas igualmente las respete, por lo que el Estado ha de actuar, bien a nivel de órganos administrativos o judiciales, para conseguir ese respeto.

Ese control del Estado opera no solo en referencia a la libertad del particular, que ya es mucho decir, pero cabe la pregunta si puede ser a su vez, garante de la democracia, o es sencillamente utópico o pretencioso. Pues, el Derecho administrativo, a través del contencioso administrativo, no solo pone coto a la Administración en su actuar, y en la defensa de los derechos particulares, debiendo devolver a su cauce las conductas que se tratan de escapar, lo cual, puede ser un lugar común, independientemente de las administraciones de que se trate, cultura y época histórica, pues parece que el poder tiende a abusar. Por ello, en ese breve paseo histórico, se ve que el paso del súbdito al ciudadano ha implicado enormes cambios en el actuar de la Administración, y que tal como lo expuso Eduardo García de Enterría, en su ensayo de sugerente título²⁷, el ciudadano se enfrenta al Poder, como Poder Administrativo, que “le acompaña, como decían nuestros clásicos del siglo XIX, desde la cuna a la sepultura”.

En dicho trabajo, el ilustre profesor indica que entre las razones que justifican el surgimiento de la justicia administrativa, a partir de la Revolución Francesa, está el principio de legalidad, y:

En segundo lugar, el principio de la libertad como una garantía jurídica. De nuevo es también en nuestro terreno donde ha de efectuarse la conversión técnica de este soberbio mito de la libertad en una técnica jurídica operante y concreta. La libertad como ideario, como idea metafísica, podríamos decir, se convierte para nosotros, en nuestro terreno, en el derecho público subjetivo. Este derecho público subjetivo comienza configurándose como un derecho a la legalidad, en el sentido de un derecho a oponerse a la opresión que no venga en nombre de la Ley, a oponerse a toda posibilidad de ser afectados en la esfera de los intereses personales si no es por disposición expresa de la Ley. Ahora bien, esta idea, que es patente en todos los textos revolucionarios, comienza técnicamente montando a su servicio dos garantías perfectamente toscas, como tomada del Antiguo Régimen. Por una parte, la técnica medieval del derecho de resistencia –los textos revolucionarios que proclaman el derecho de resistencia son constantes, como ustedes saben; por otra parte, la técnica del proceso penal al agente arbitrario, al agente que no legitima su actuación con un mandato de la Ley.

Ese control judicial de la Administración, por jueces verdaderamente independientes, que sean capaces de impedir el daño (cautelares), restablecerlo si se causó, y en todo caso resarcirlo, lleva al ciudadano a pensar sanamente que, en caso de que la Administración se desborde, afectándolo, va a obtener un remedio judicial, lo cual redundará en paz social. Si bien, ha sido lugar común en nuestra historia, tener un catálogo de actos o conductas excluidas, dichas exclusiones ha sido producto más de una labor jurisprudencial quizás apoyada por la doctrina, en unos casos, hurgando en doctrina o principios foráneos y en otro, con criterios autóctonos, que difícilmente

²⁷ Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed., Aranzadi, Madrid, 2016. Publicado originalmente bajo el título de “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes De Gobierno, Poderes Normativos)”, en: *Revista de Administración Pública*, Nº 38, mayo/agosto 1962, que puede ser revisada en <http://www.cepc.gov.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22227> (Consultado el 15 de enero de 2021).

pueden compaginarse con la imposición que el artículo 206 de la Constitución de 1961, recogido en idénticos términos en la de 1999 en su artículo 259, que señala la existencia y atribuciones de la jurisdicción contencioso administrativa, y que como corolario impone la obligación de “disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”. Esta disposición, clara, no atiende a matices ni cortapisas de excluir conductas de la Administración al control judicial.

Viendo que el Derecho administrativo no solo está llamado a fijar un cauce a la Administración, garantizar el derecho de libertades individuales y de intereses generales, constituyendo un Derecho que coadyuva a garantizar la paz, del mismo modo, es un Derecho por y para la democracia, pues:

- Ha de garantizar que el respeto a los principios de separación de poderes se cumpla.
- Que ningún poder, –pero especialmente, quien ejerce el gobierno–, podrá arropar, asumir o despojar competencias de otros poderes, ni el nacional asumir, entorpecer o redistribuir las competencias propias de la administración regional o local.

Sin embargo, contrario es lo que sucede desde hace años en Venezuela. Solo como muestra, podemos observar que hizo el ejecutivo nacional, cuando se conoció que la Alcaldía Metropolitana de Caracas fue ganada por la oposición, en cuyo caso se eliminó por decreto la Policía Metropolitana, se le quitó la competencia de los bomberos metropolitanos, y se le pasó al jefe del Gobierno del Distrito Capital. O lo sucedido en todas las gobernaciones que ganó la oposición, en los cuales se les nombró, sin el menor empacho, un “protector” designado a dedo por el presidente²⁸ de la República, a quien se les asigna los recursos que han de ser destinados al ente territorial, por lo que las elecciones y la decisión popular es falsa, y solo se reconoce si coincide con las aspiraciones de los gobernantes. Actuaciones arbitrarias del SENIAT, IVSS, Bomberos, y otra serie de organismos públicos, con el solo propósito de perseguir y anular la disidencia.

La lista es aberrantemente larga, y no es la idea cubrir las páginas asignadas solo en una enumeración detallada de atrocidades, pero el asunto no habría llegado a mayores, si un poder judicial, representado por amantes de la ley, con un mínimo respeto al derecho, hubiera actuado oportunamente, ejerciendo y decidiendo lo que es debido.

Si hubiera sido capaz de detener a tiempo el hacha que actúa visceralmente, antes que causare el daño.

Si hubiera sido capaz de ordenar resarcir el daño.

Si tan solo, hubiera tenido la gallardía de declarar la contrariedad a derecho de muchas de las actuaciones.

Si tan solo lo hubiera hecho con algunas.

Desde ese mismo momento que dejó de hacerlo, el rumbo de la República se tornó en tortuoso, pues el ofendido no obtuvo más que oídos sordos, al extremo, que tratar de ejercer alguna acción no era más que pérdida de tiempo y en algunos casos dinero. Y por ello, el Poder se sitió que recobró la fuerza que tuvo en las épocas anteriores a las revoluciones francesa y americana. El ciudadano pasó nuevamente a administrado, o peor aún, a súbdito, donde el respeto a la autoridad se perdió y se convirtió, fundadamente, en temor o terror.

²⁸ Minúsculas conscientes.

Pero ante este oscuro panorama ¿Es rescatable la confianza? Afortunadamente sí.

Reconstruyendo ese Derecho administrativo que es capaz de garantizar la paz y la democracia.

VII. CONCLUSIONES

Un poder judicial servicial, que sigue instrucciones expresas del ejecutivo, o complaciente a este, puede llegar a ser más ineficiente en el control del poder, que un consejo de Estado perteneciente o designado por el propio ejecutivo, lo que nos lleva a la conclusión que, el problema no es de la institución de que se trate, sino de los principios y valores de las personas llamadas a ejercer esa actividad de control. En la Venezuela actual, el contencioso administrativo existe formalmente, regulado por su ley expresa, pero no es más que un cascarón vacío, efectivo para cuestiones políticamente irrelevantes, pero que no ha sido capaz de evitar o restablecer la situación jurídica ante los abusos del poder.

El principio de separación de poderes luce inexistente, lo cual no se debió a un azar, sino que fue aviesamente predestinado y así fue sostenido en las bases del PSUV²⁹, así como fue previsto el control absoluto de los máximos representantes del poder judicial y de todas las instituciones democráticas, no solo ante el silencio de aquellos llamados a impartir justicia, sino que el pleno y absoluto aval³⁰, y que se retrata en el excelente trabajo publicado por el profesor Delgado³¹.

La noción de contencioso administrativo desaparece en Venezuela, cuando resulta evidente que no existe separación de poderes y que el poder judicial, lejos de ser un poder autónomo, no es más que un apéndice del ejecutivo. Todos concertistas bajo una misma y única batuta que hacen inexistente el control debido del poder, independientemente que existan sentencias aisladas que parecieran dar la impresión de autonomía o incluso, de mera sobriedad. Aun cuando formalmente, existen órganos jurisdiccionales, organizados, con la aparente intención de ejercer el debido control del poder, la situación en nuestra querida patria se equipara a lo expuesto por el maestro Moles³², cuando compara el Estado de régimen administrativo con el judicialista (*Common Law*) y el socialista, señalando de este último:

El tipo de Estado socialista cuenta con un derecho Administrativo sumamente desarrollado³³ pero, en cambio, carece de una auténtica condición contencioso administrativa, excepto en Yugoslavia. Los derechos subjetivos de cualquier índole no tienen un fin en sí mismos sino subordinados siempre al cumplimiento de ordenaciones objetivas. En este tipo de estado, rige el principio de legalidad socialista.

²⁹ Basta revisar el reportaje publicado en El Universal, del periodista Francisco Olivares, del 18 de julio de 2010, en el cual, revisando el documento dimanado del primer Congreso del PSUV, se indica:

“en el camino para controlar todos los poderes públicos se señala: ‘El ejercicio intransferible de la soberanía, de la cual emanan y a la cual están subordinados todos los poderes públicos (Legislativo, Judicial, Ejecutivo, Electoral y Moral), implica necesariamente que ‘el pueblo los concentre en sus manos’ como forma de superar a la concepción liberal burguesa de la separación formal de poderes”.

³⁰ Basta revisar los libros de los profesores Rafael Chavero Gazdik, *La justicia revolucionaria*, Editorial Aequitas, Caracas, 2011. Antonio Canova González, Giuseppe Graterol Stefanelli, Luis Alfonso Herrera Orellana, y Rosa Elvira Rodríguez Ortega, “El TSJ al servicio de la revolución”, Editorial Galipán, Caracas 2014.

³¹ Francisco J. Delgado, *Chavismo y derecho*, Editorial Galipán, Caracas, 2017.

³² Antonio Moles Caubet, *El Principios de Legalidad*, ob. cit., p. 278.

³³ Sería discutible si el nuestro es un derecho sumamente desarrollado o sencillamente abultadamente atrofiado.

Considero que el socavamiento de la noción de individualidad y respeto a derechos individuales que se venían inculcando desde hace varios años, se instauraron en el ADN venezolano, al extremo que hoy en día muchas voces gritan que no puede pretenderse que el derecho individual se encuentre por encima del interés colectivo³⁴, lo que nos llevó a lo que ahora vivimos. Y una mutación fatal, nos impuso unos gobernantes que tal como la novela de Mary Shelley³⁵, crearon un monstruo, que usando y manteniendo nuestras bases históricas, constitucionales y legales, y gracias a fisuras en el sistema, se incubó al punto, que, reconociendo nuestra Carta Fundamental, derechos particulares y colectivos, no son respetados por la Administración y los órganos jurisdiccionales, la mayor de las veces, no quieren o no se atreven a solventar, restituir o hacer respetar.

Llevó al contencioso administrativo, que alguna vez fue ejemplo en las décadas anteriores como referencia mundial, a niveles de un consejo cortesano de un soberano soberbio e implacable, dónde solo es importante complacer, pues se corre el riesgo de perder la cabeza.

Todo ello nos llevó a que el Derecho administrativo, que debió operar como muro de contención a las arbitrariedades del poder, lejos de ser un instrumento de garantía para la paz, sea visto con diferente óptica, donde incluso, de manera aparente, algunas voces, cual reina de corazones en la novela de Lewis Carroll, o más bien Charles Lutwidge Dodgson (Alicia en el País de las Maravillas) solicita que le corten la cabeza, siendo que aparentemente pugnan por su extinción. Pero hay que aclarar que la presente y calamitosa situación no se debió al Derecho administrativo, sino a unas aberraciones que afectaron al Estado como conjunto, pues, desde el mismo momento en que el llamado a juzgar se arrodilló vergonzosamente ante el poder, neutralizó al Derecho administrativo como Derecho de la libertad, de la democracia, y resultó incapaz de ayudar a garantizar la paz.

Sin embargo, ese mismo Derecho administrativo ha de ayudar a restablecer las nociones de lo que conocemos como Estado de derecho.

Caracas, octubre de 2020.

³⁴ No se trata de gradación o superioridad de derechos, sino de respeto de todos los derechos en los términos de la ley.

³⁵ Frankenstein o el moderno Prometeo.

LA PROTECCIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO PILAR PARA LA PAZ

Marianna Alexandra Romero Mosqueda*

SUMARIO

I. Surgimiento y definición de los derechos humanos. II. Caracterización de los derechos humanos. III. Universalización de los derechos humanos. IV. La paz como derecho humano. V. Justiciabilidad de la paz como derecho humano. VI. Conclusión.

Vengo a hablar sobre la paz. Sobre la paz resultante de la guerra. Sobre la paz que no es apaciguamiento sino genuina conquista de la esperanza y cuando esa conquista se edifica sobre un propósito mancomunado de recuperar para un pueblo la justicia, la libertad y, sobre todo, la dignidad, la paz es paradigma de la política.

Pedro Nikken¹

I. SURGIMIENTO Y DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Doctor Nikken, en el “El concepto derechos humanos”, define a los derechos humanos de la siguiente manera:

(...) la noción de Derechos Humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos son los que hoy conocemos como Derechos Humanos².

* Abogada, egresada de la Universidad Católica Andrés Bello – Venezuela (2014). Honor Code: International Human Rights. Universidad Católica de Louvain y edX. Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos mención Acceso a la Justicia UCABello 2016. Gestión del riesgo y fortalecimiento de la protección; Universidad de York - 2017. Verified HarvardX: Humanitarian Response to Conflict and Disaster. Aspirante a Magister de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Humanitario de la American University. Directora del Centro para los Defensores y la Justicia (CDJ); Coordinadora Académica y profesora del Centro de Derechos Humanos UCAB.

¹ Pedro Nikken, Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, Venezuela. 18 noviembre de 1997. Disponible en: https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_1997_64_134_59-81.pdf (Consultado el 15 de enero de 2021).

² Pedro Nikken, “El concepto derechos humanos”, 2008, p. 1.

Ante lo dispuesto por el autor, es importante iniciar diciendo que los derechos humanos surgen a raíz del desarrollo de distintas luchas históricas, en las cuales la sociedad ha buscado la reivindicación de su situación, jurídica y social, con miras al alcance de la igualdad y la no discriminación, especialmente frente a actores que han oprimido y transgredido la dignidad de las personas. Los seres humanos han procurado ser respetados y alcanzar la protección de su derecho a vivir dignamente en sociedad.

Desde la promulgación del *Bill of Rights* o Carta de Derechos de Inglaterra en 1689, pasando por la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789³, el *Bill of Rights* de los Estados Unidos de América de 1791⁴, entre otros documentos hasta llegar a la Declaración Universal de los Derechos humanos en 1948⁵ al término de la Segunda Guerra Mundial, los conflictos sociales, guerras, y crisis llevaron a que los ciudadanos, oprimidos o cuyos derechos eran vejados luchasen por el respeto de su dignidad como seres humanos, conforme a los principios de libertad, igualdad y no discriminación. Hoy día existen no menos de 40 declaraciones relativas a derechos humanos y más de 100 tratados concernientes a su protección, todos ellos promulgados con la intención de resguardar el derecho de todas las personas a vivir con dignidad.

En este orden de ideas, es importante destacar que los derechos humanos se han ido desarrollando progresivamente con el fin de establecer limitaciones a las esferas y estructuras que detentan el poder, sirviendo como bases para la construcción de sistemas democráticos sólidos que velen por la protección efectiva de los derechos sociales y libertades fundamentales de los ciudadanos.

De este modo, los derechos humanos, presentados como una especie de muro de contención a los abusos de poder derivan en distintas obligaciones a cargo del Estado, en la medida que estos se afirman frente a su existencia, pues este es quien debe gestionar la totalidad del aparato gubernamental para que dichos derechos sean respetados, garantizados, protegidos y sean realizados, a su vez se presenta como el único que puede violarlos por lo cual frente a cualquier transgresión la responsabilidad internacional recae sobre él.

Es entonces responsabilidad del Estado adecuar las instituciones y las normas internas conforme a los presupuestos del derecho internacional de los derechos humanos, para asegurar una plena efectividad en el goce de los mismos, cerciorándose que se implementen todos los medios necesarios para que la población pueda ver satisfechas estas prerrogativas. Quedando sujetos a no solo cerciorarse el pleno y libre desenvolvimiento de los proyectos de vida de los ciudadanos, sin la imposición de limitaciones o restricciones arbitrarias, sino organizándose para encausar el desarrollo y alcance de los derechos humanos, facilitando, promoviendo y proporcionando herramientas a los ciudadanos para su satisfacción.

³ Bill of Rights 1689. Disponible en: <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/collections1/collections-glorious-revolution/billofrights/> (Consultado el 15 de enero de 2021).

⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789. Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espanol/es_ddhc.pdf (Consultado el 15 de enero de 2021).

⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 217 (III) A. Paris, 1948. Disponible en: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (Consultado el 15 de enero de 2021).

Tomando en cuenta lo antes expuesto, cabe destacar que, además, de cara a la consecución y mantenimiento de la paz y de la consolidación de sistemas de gobierno democráticos y respetuosos de la dignidad humana, es imprescindible generar mecanismos para la justiciabilidad de todos los derechos humanos una vez que hayan sido vulnerados. Al respecto el Doctor Nikken estableció en su obra “El Concepto de los Derechos Humanos”, que:

(...) todo ciudadano debe disponer de medios judiciales sencillos y eficaces para la protección de sus derechos y que existan medios para asegurar la reparación de los daños causados, así como para investigar seriamente los hechos cuando ello sea preciso para establecer la verdad, identificar a los culpables y aplicarles las sanciones pertinentes⁶.

En este sentido, frente a las constantes afrentas y situaciones de conflicto experimentadas será esencial trabajar en función de la construcción de entornos en los cuales no solo se prevenga sean cometidos abusos contra los derechos humanos, sino que existan mecanismos para luchar contra la impunidad de los mismos, fomentando los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, como pilar fundamental para la consolidación de la paz.

Lo antes expuesto nos permite referirnos nuevamente al Doctor Nikken, quien, por su incansable lucha en virtud del principio pro persona, la reivindicación de la dignidad humana, la construcción de sistemas democráticos y el establecimiento de la paz y la reconciliación, se presenta como un referente mundial con un legado que trasciende a futuras generaciones que se encaminen como defensoras de las causas justas. Por ello a continuación pasaremos a desarrollar con mayor profundidad sobre estos aspectos.

II. CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos, como prerrogativas establecidas para proteger a los seres humanos, se identifican por ser de carácter indivisibles e interdependientes, progresivos e irreversibles, justiciables, exigibles y principalmente, son inherentes a todos los seres humanos de forma universal⁷.

Esto quiere decir que cuando hablamos de este tipo de derechos debe partirse de un reconocimiento establecido de forma global, que no requiere que un instrumento legal específico los otorgue a los ciudadanos, por el contrario, toda persona por el mero hecho de ser un ser humano goza de ellos, independientemente de los valores, intereses, creencias o particularidades que puedan existir. Toda persona va a gozar y poseer los mismos derechos. En tal sentido, siendo todos los individuos titulares de estos derechos, los Estados deben comprometerse a dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones sin ningún tipo de discriminación, y velar y defender los derechos del diferente de forma universal.

Igualmente, es importante destacar que los Estados no pueden condicionar la protección de un derecho sobre otro, en la medida que estos no son jerarquizables y todos son igualmente necesarios, importantes e intrínsecos a la dignidad humana. En consecuencia, dada su indivisibilidad e interdependencia, deberán ser implementados todos los medios necesarios para su protección y promoción universal, independien-

⁶ Pedro Nikken, “El concepto”, ob. cit., p. 9.

⁷ Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea), *Conceptos y características de los derechos humanos*, Segunda edición corregida, Serie “Tener derechos no basta”, Caracas, N° 5, 2008.

temente de las condiciones sociales, económicas o políticas en las cuales se encuentre un Estado.

Debe mencionarse también que, conforme a los procesos asociados a la globalización y la evolución de los distintos contextos, los derechos humanos van evolucionando con el tiempo, conforme a las necesidades de protección de la dignidad de las personas. Asimismo, los ya establecidos van ampliando su alcance a medida que transcurre el tiempo, con el fin de velar por una protección efectiva frente a las nuevas necesidades que van surgiendo.

Debe también tomarse en cuenta la no reversibilidad de los mismos, es decir, como parte de la universalización, una vez alcanzado el grado de cobertura de protección de un derecho este no podrá ser limitado o restringido arbitrariamente y por el contrario debe avanzarse hacia un mayor reconocimiento.

En ese contexto como parte de la lucha contra la impunidad frente a abusos y violaciones contra los derechos humanos resulta importante que los Estados trabajen en función de la materialización de la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos, asegurando la existencia de recursos efectivos, mecanismos y políticas públicas que no solo prevengan las violaciones a estos, sino que promuevan procesos de investigación, sanción a responsables y reparación a las víctimas conforme al derecho a la justicia.

Sobre este aspecto, el poder comprender la necesidad de hacer valer estos derechos en la práctica por medio de garantías institucionales y jurisdiccionales, será esencial. Tal y como ha expuesto el autor Andrés Ibáñez en su obra *Garantía Judicial de los Derechos Humanos*, en la cual indica que “la justiciabilidad es un elemento esencial para el goce y disfrute de los derechos humanos, por lo tanto, la existencia de una garantía jurisdiccional de un determinado estándar de calidad es condición necesaria, aunque no suficiente, para que los derechos humanos puedan gozar de algún grado estimable de realización práctica”⁸.

En este sentido, ante la importancia de los principios de progresividad y universalidad descritos de forma precedente, deberán los Estados trabajar en función de la creación o mejoramiento de mecanismos para hacer justiciables cada uno de los derechos reconocidos, en la medida que, como parte de sus obligaciones, se encuentra la de proveer a sus ciudadanos medios judiciales y administrativos de fácil acceso y lo suficientemente eficaces para proteger sus derechos, sin menoscabo de la construcción de mecanismos que aseguren la realización de procesos de investigación, sanción y reparación de los daños cuando sea requerido.

En caso de que por medio de la jurisdicción interna esto no sea posible, conforme al carácter universal de los derechos humanos deberán existir medios a los cuales las víctimas puedan acudir en miras de identificar responsables, establecer la verdad de los hechos, sancionar a los perpetradores, reparar integralmente a las víctimas y generar acciones para garantizar la no repetición de los abusos.

Partiendo de lo descrito, resulta pertinente pasar a analizar con detalle la importancia de los aspectos más relevantes de la universalización de los derechos humanos, en razón de su efectiva protección conforme a la aplicación del derecho internacional y del derecho nacional aplicable como herramientas para su fortalecimiento, la lucha contra la impunidad y la consolidación de la paz y la democracia.

⁸ Perfecto Andrés Ibáñez, “Garantía Judicial de los Derechos Humanos”, en: *Revista Claves*, N° 90, 1999.

III. UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Refiere el Doctor Nikken, en su artículo titulado “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno”,

La internacionalización de los derechos humanos tiene sus raíces en notas fundamentales de su concepto. Por ser inherentes a la persona humana, existen sobre la tierra porque la persona humana existe sobre la tierra, y los ha hecho valer. No dependen de la nacionalidad del individuo ni emanan de la soberanía, que son las barreras que separan a los Estados como entidades diferenciadas de la comunidad internacional. Los derechos humanos son doblemente universales porque, por una parte, emanan de la dignidad universal de la persona humana y, por la otra, porque los derechos humanos arraigan universalmente y son el objeto de una amplia gama de obligaciones internacionales de los Estados⁹.

Conforme a lo que se ha mencionado, tomando en consideración las obligaciones asociadas a los derechos humanos, los Estados deben procurar, como creadores y destinatarios del derecho internacional, adaptar sus ordenamientos jurídicos y, en general, ajustar el derecho interno en función de las disposiciones del *corpus iuris* internacional, con miras a dar progresividad y proteger de forma más eficiente y eficaz los derechos humanos inherentes a los ciudadanos.

En cuanto a la universalización, debe también partir su aplicabilidad de conformidad a las fuentes del derecho internacional, recordando que los Tratados internacionales son la principal fuente del derecho internacional, presentándose como normas universales que están encaminados a regular el comportamiento de los Estados de una manera correlativa, pero que además están basados en la reciprocidad y la voluntad de las partes, solo obligando a aquellas partes que han asumido el compromiso de obligarse al instrumento. Por su parte, la Costumbre Internacional es considerada como fuente, al ser un conjunto de comportamientos reiterativos y que son considerados obligatorios desde el punto de vista jurídico por ser generalmente aceptados como derecho. Finalmente tenemos las fuentes indirectas que tangencialmente permiten el surgimiento del derecho internacional, como los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina¹⁰. En tal sentido, con base en las fuentes mencionadas para la materialización de la protección integral y efectiva de las personas, debe manifestarse cooperación y complementariedad en el desarrollo del derecho entre los sistemas nacionales de los Estados y los sistemas internacionales, con el objeto de que ambos puedan aplicar las normas relativas a derechos humanos bajo la premisa de su universalización.

Es por ello que resulta pertinente referirse a la universalización como la nacionalización del derecho internacional y la internacionalización del derecho interno para así poder establecer leyes que permitan a los particulares hacer valer sus derechos y a las instituciones contar con los medios necesarios para observar las violaciones, investigarlas y sancionarlas, conforme a los principios internacionales establecidos y sin menoscabar la propia normativa interna.

En función de los valores que sustentan un sistema de gobierno democrático y de los principios de igualdad, libertad y no discriminación denota la importancia de

⁹ Pedro Nikken, “El Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno”, en: *Revista IIDH*, 57 enero - junio 2013, p. 11. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1393/revista-iidh57.pdf> (Consultado el 15 de enero de 2021).

¹⁰ Gloriana Fernández de Daniels, “Las Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en: *Manual de Derechos Humanos Selección de Materiales*, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, p. 39.

poder contar con elementos que permitan a los individuos posibilidades de obtención de justicia de forma expedita, sencilla y efectiva, bien sea por acciones propias o de oficio conforme a investigaciones y acciones de organismos del Estado. De igual forma, deben tenerse opciones que permitan la posibilidad de acudir o contar con medios externos que sirvan para el mismo fin, especialmente en casos en los cuales por vías de derecho interno no pueda alcanzarse u obtenerse el derecho de acceso a la justicia y de reparación integral frente a las violaciones cometidas.

Será necesario entonces generar mecanismos tanto en el orden nacional como en el internacional, ante el quebrantamiento del orden jurídico que ampara los derechos humanos, que, de forma complementaria, entre sí puedan derivar en instrumentos capaces de garantizar la protección de la dignidad humana y operar en función de la progresividad de los derechos humanos, sin discriminación, para todas las personas y en todos los lugares.

Para poder entonces alcanzar la universalización de los derechos humanos los Estados tendrán que establecer vinculaciones entre sus normas y las del derecho internacional, generando diálogos institucionales, inter estatales y con los organismos de índole multilateral, apartándose del concepto clásico de soberanía, en tanto que la protección de la dignidad humana la trasciende y deberá prevalecer el principio pro persona por encima de los intereses del Estado. En consecuencia, esa interacción y diálogo constante entre lo nacional y lo internacional facilitará la articulación de ambos sistemas con miras a establecer la protección universal, tomando parte de las mejores prácticas y directrices para dar cumplimiento a las obligaciones de respetar, garantizar, proteger y permitir la realización de estos.

Una práctica que nos permite ilustrar estos procesos es la aplicada en nuestro sistema regional de protección de los derechos humanos, específicamente en el seno de la Corte Interamericana, mediante el desarrollo del llamado Control de la Convencionalidad. Siendo este definido por el tribunal como:

Una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, en específico la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el derecho interno de los Estados parte de aquella¹¹.

A partir de ello, como parte de los esfuerzos de generar procesos de articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno de los Estados en miras a una universalización efectiva, la Corte a partir del caso *Gelman* citado en el párrafo precedente, ha comenzado a generar criterios y avances jurisprudenciales significativos en relación a la aplicación del control de la convencionalidad.

Esto se evidencia en las referencias contenidas en más de 30 sentencias¹², donde se manifiesta la tendencia a que los Estados, no solo cumplan con sus obligaciones y compromisos internacionales en materia de derechos humanos, sino que procuren hacerlos evolucionar progresivamente a través de sus ordenamientos jurídicos, aplicando y suscribiendo a cabalidad el *corpus iuris* internacional, pero a su vez desarrollándolos en función de las necesidades que van surgiendo para la protección de la dignidad humana.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, considerando 65.

¹² Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Manual auto-formativo para la aplicación del control de la convencionalidad dirigido a operadores de justicia. Anexo 3 Sentencias en las que la Corte Interamericana ha desarrollado el contenido y alcances del control de la Convencionalidad, pp. 125-126.

Si bien es cierto que el control de la convencionalidad se centra en la nacionalización de los instrumentos interamericanos y la aplicación de la jurisprudencia emanada de este Tribunal en los ordenamientos internos de cada Estado parte, debe igual entenderse como un mecanismo modelo para la universalización, en la medida que se presenta como la apertura de derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales, pero que además establece límites a posibles desviaciones o actos discrecionales de índole interno que puedan desvirtuar la protección de los derechos humanos, sirviendo entonces no solo como promotor de la universalidad, sino también como garante ante posibles abusos.

Bajo esos supuestos, cuando los órganos del poder público de un Estado, con especial énfasis en los tribunales y parlamentos, procedan a generar y aplicar normas para proteger los derechos humanos, quedaran sujetos a que los instrumentos nacionales desarrollados para darles progresividad y hacerlos evolucionar, no contemplen la aplicación de criterios regresivos o contrarios a su objeto y fin. Todo ello en cumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y adopción de disposiciones de derecho interno, como parte de la universalización.

Para ello juega un papel esencial el Poder Judicial, como garante de que los otros poderes públicos no incurran en violaciones a derechos fundamentales y su actuar se compagine con los principios constitucionales e internacionales, asegurando además que el ordenamiento jurídico sea cónsono con el derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

En forma resumida, puede presentarse el control de la convencionalidad como un instrumento necesario para el proceso de internacionalización y nacionalización de la normativa que reconoce la protección a los derechos humanos; siendo la herramienta para proceder a la articulación entre los sistemas nacionales de justicia y, en el caso específico de la Corte Interamericana, pudiendo a través de ella implementar y fijar los estándares de protección de los referidos derechos.

Igualmente, permite el diálogo y articulación entre ambos sistemas, evidenciando la importancia de conocer e intercambiar posturas y criterios que desarrollen de forma progresiva el contenido y alcance de los derechos, siempre bajo la perspectiva del principio pro persona, incorporado precedentes del derecho internacional en el derecho interno o viceversa. Tal y como el profesor Lovatón David, indica es su artículo “El diálogo judicial interamericano y constitucional desde la experiencia peruana”, se debe entender esta interacción como “un intercambio de argumentos dirigido a lograr una solución compartida”¹³, a través de la articulación. Lo cual permite concluir que el control de la convencionalidad sirve para el desarrollo de la universalización de los derechos humanos, mediante la internacionalización del derecho interno y la nacionalización del derecho internacional, siendo este una forma de aplicación del derecho que deriva en efectos *inter partes* y *erga omnes*.

En tal sentido, el control de la convencionalidad debe tenerse como referencia en otros sistemas más allá del interamericano, con el propósito de enfatizar en la importancia de la universalización de los derechos humanos para su consecuente exigibilidad y justiciabilidad, no solo en instancias internas sino también complementariamente en otros espacios de índole internacional.

¹³ David Lovatón P, “El diálogo judicial interamericano y constitucional desde la experiencia peruana, 2015”, en: *El reto de pensar sobre los derechos fundamentales en América Latina – Actas de las segundas jornadas Latinoamericanas sobre derechos fundamentales*, 2018, p. 328.

Ello, por cómo se ha expresado, en virtud de la observancia al deber de los Estados de dar cumplimiento a sus obligaciones relativas a la materia, de conformidad con los presupuestos del cuerpo jurídico internacional. A tal efecto, deberán los sistemas de justicia y sus operadores cerciorarse y encargarse de que todos los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos, especialmente el de acceso a la justicia y justicia en si misma frente a violaciones que hayan sido cometidas y así garantizar la no impunidad y la protección efectiva de la dignidad de todas las personas.

Podemos concluir además que, con el propósito de que los derechos humanos sirvan como pilar para que los Estados establezcan mecanismos y políticas tendientes al mantenimiento de la paz, por medio de su protección y justiciabilidad universal, contribuirá a prevenir que se sigan cometiendo afrentas contra la dignidad de las personas y en consecuencia la producción de conflictos sociales o políticos que afecten la consolidación de la paz.

IV. LA PAZ COMO DERECHO HUMANO

Al observar los principales ámbitos de acción de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) destaca el de mantener la paz y la seguridad nacional, no solo con el objeto de poner fin a conflictos en curso, sino el prevenir los futuros mediante el trabajo de construcción de condiciones que impliquen la diplomacia preventiva y mediación, afianzamiento y consolidación de la paz, lucha contra el terrorismo y el desarme¹⁴.

Establece la Carta de Naciones Unidas, en su artículo primero que entre los propósitos de la organización se encuentran:

Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;

Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y

Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes¹⁵.

Al respecto la Asamblea General de la ONU adoptó en 1984 una declaración sobre “el derecho de los pueblos a vivir en Paz”, considerando que:

(...) una vida sin guerras constituye en el plano internacional el requisito previo primordial para el bienestar material, el florecimiento y el progreso de los países y la realización total

¹⁴ Naciones Unidas. Paz, dignidad e igualdad en un planeta sano. ¿Qué Hacemos? Mantenimiento de la paz. En: <https://www.un.org/es/sections/what-we-do/maintain-international-peace-and-security/index.html> (Consultado el 15 de enero de 2021).

¹⁵ OHCHR. Carta de las Naciones Unidas. Firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, entrada en vigor el 24 de octubre del mismo año. Disponible en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/introductory-note/index.html> (Consultado el 15 de enero de 2021).

de los derechos y las libertades fundamentales del hombre proclamados por las Naciones Unidas¹⁶.

El citado instrumento se presenta como una base para los Estados y otros actores de la sociedad para que den pie a la elaboración y aplicación de medidas que puedan dar vigencia al espíritu de la declaración, destacando la importancia que esto sea realizado no solo en un ámbito nacional sino también internacional. Lo cual se enmarca dentro de la necesidad de alcance de la universalización de la protección de la dignidad humana.

Ahora bien, ¿cómo debe entenderse la paz y su alcance en relación a la protección de las personas?, el profesor Gros Espiell, en su artículo “El derecho humano a la paz” le define como:

(...) una idea múltiple y compleja, de carácter humano, social, político y jurídico. Es el estado de ausencia de violencia, que se refiere tanto a la situación existente en el interior de las comunidades políticas y de la sociedad nacional, como, en su proyección internacional, a la ausencia de confrontación bélica entre los Estados dentro de la comunidad internacional.

Si la paz es la ausencia de violencia y la paz internacional es la no existencia de confrontación bélica, no es posible pensar que la paz sea solo la ausencia de violencia y de confrontación bélica. No es la paz, en efecto, solo un concepto negativo. La paz, positivamente considerada, es la expresión de la justicia, del desarrollo, del respeto del derecho y de la tolerancia¹⁷.

Ante dicha definición resulta oportuno referirse a la importancia de la paz para la protección universal de los derechos humanos, en este marco resaltamos la frase de la activista social Ilwad Elman, “los derechos humanos de quienes viven en Estados frágiles, fallidos o que son pasto de conflictos armados importan ahora mismo y no solo cuando la guerra haya terminado”¹⁸. Dicha expresión debe llevarnos a reflexionar sobre la estrecha relación entre la paz y la protección de la dignidad humana, y en consecuencia la interrelación con los derechos humanos, en la medida que solo con su vigencia efectiva las sociedades podrán vivir en un mundo donde la justicia y la paz imperen.

El desconocimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, tanto por acciones de responsabilidad de los funcionarios del Estado, como su inacción ante abusos que se estén desarrollando y cometiendo bajo su jurisdicción, se presenta como una primera alerta ante un posible incremento de la conflictividad, social y política, así como también de un eventual conflicto armado. Por lo tanto, el velar por el cumplimiento de las obligaciones en la materia es esencial para garantizar la paz, así como también, en situaciones post –conflicto, la reconciliación social.

En este orden de ideas, debe entenderse la paz no solo como un estado o situación en sí misma, sino propiamente como un derecho humano esencial para el amparo de la dignidad humana y que, en consecuencia, debe protegerse de forma universal.

¹⁶ OHCHR. Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/11, de 12 de noviembre de 1984. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightOfPeoplesToPeace.aspx#:~:text=La%20Asamblea%20General%2C,y%20de%20la%20seguridad%20internacionales%2C&text=Declar%20solemnemente%20que%20proteger%20el,3> (Consultado el 15 de enero de 2021).

¹⁷ Héctor Gros Espiell, “El derecho humano a la paz”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, p. 521.

¹⁸ Reunión de funcionarios de alto nivel celebrada en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York. Octubre 2017. En: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/SustainingPeace.aspx> (Consultado el 15 de enero de 2021).

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO por sus siglas en inglés), ha establecido la Paz como derecho humano por los siguientes motivos:

La paz no es solamente un valor que deba regir las relaciones internacionales. **La paz es también un derecho humano del que todas las personas, los grupos y los pueblos somos titulares: todas y todos tenemos derecho a vivir en paz; todas y todos tenemos derecho a una paz justa, sostenible y duradera.** La paz no es solo ausencia de conflictos armados, internos o internacionales. La paz es un concepto mucho más amplio y positivo que engloba el derecho a ser educado en y para la paz; el derecho a la seguridad humana y a vivir en un entorno seguro y sano; el derecho al desarrollo y a un medio ambiente sostenible; el derecho a la desobediencia civil y a la objeción de conciencia frente a actividades que supongan amenazas contra la paz; el derecho a la resistencia contra la opresión de los regímenes que violan los derechos humanos; el derecho a exigir a todos los Estados un desarme general y completo; las libertades de pensamiento, opinión, expresión, conciencia y religión; el derecho al refugio; el derecho a emigrar y participar en los asuntos públicos del Estado en el que se resida; y el derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación efectiva que asiste a las víctimas de violaciones de los derechos humanos¹⁹. (Resaltado nuestro).

En dichos términos, se plantea la necesidad de que los esfuerzos empleados por los Estados para la protección de los ciudadanos estén sustentados en generar políticas públicas eficaces para procurar y promover la vigencia de los derechos humanos y el desarrollo de la sociedad bajo los principios de igualdad, no discriminación, libertad y justicia; donde todas las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida sin limitaciones o injerencias arbitrarias en un entorno pacífico y de convivencia social donde la diversidad de opinión, pensamiento, expresión e ideología, sean respetadas.

Sobre los aspectos relacionados a la paz y derechos humanos se ha pronunciado también la Organización de las Naciones Unidas y su vinculación con la seguridad y el Estado de Derecho en los siguientes términos:

Un estado de derecho fuerte, que protege los derechos humanos, contribuye a prevenir y mitigar los delitos violentos y los conflictos, proporcionando procesos legítimos para la resolución de las reclamaciones y desincentivos para el delito y la violencia. Por el contrario, un crecimiento económico débil y la desigualdad pueden ser un factor desencadenante del delito y la violencia. En este contexto, resulta pertinente el principio de responsabilidad de proteger, adoptado por la Asamblea General en el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. En él se resalta la importancia de apoyar al estado de derecho en el plano nacional y a las instituciones de derechos humanos para asegurarse de que los gobiernos dispongan de todos los instrumentos necesarios para cumplir sus obligaciones de proteger a sus poblaciones del genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la depuración étnica, y se hace un llamamiento a la comunidad internacional para que apoye esa labor²⁰.

Situaciones relacionadas a la restricción de los derechos civiles y políticos, limitaciones al espacio cívico y democrático, así como las flagrantes afectaciones al disfrute de los derechos económicos y sociales, propician la violencia institucional y política, así como la desigualdad social y la polarización. La principal consecuencia

¹⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO. Cultural de paz | Paz y sociedad. La Paz es un Derecho Humano. En: <http://www.unesco.org/archives/multimedia/document-2800#:~:text=La%20paz%20es%20tambi%C3%A9n%20un,conflictos%20armados%2C%20internos%20o%20internacionales> (Consultado el 15 de enero de 2021).

²⁰ Organización de las Naciones Unidas. La ONU y el Estado de Derecho. Estado de Derecho y la Paz y la Seguridad. Disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/rule-of-law-and-peace-and-security/> (Consultado el 15 de enero de 2021).

histórica de ello se traduce en la manifestación de guerras, conflictos armados no internacionales, instauración de regímenes autoritarios o dictatoriales, cuyo resultado es la desprotección de los ciudadanos, la impunidad y el control social.

De modo tal que para que exista estabilidad y puedan ser prevenidos conflictos, actos de violencia y afrentas contra la dignidad humana, se hace imprescindible el fortalecimiento del Estado de Derecho y los sistemas democráticos sólidos, para la protección y legitimación universal de los derechos humanos y de la paz para su durabilidad, sostenibilidad y principalmente para velar porque la dignidad humana sea respetada, protegida y garantizada.

Emprender acciones en función del establecimiento y durabilidad de la paz implica entonces no solo el prevenir el surgimiento de conflictos, sino el poder armonizar institucionalmente al Estado con los preceptos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y el respeto del derecho a vivir con dignidad. Deben entonces los Estados ocuparse de erradicar las causas que originan los conflictos, partiendo de la prevención de que se cometan violaciones de derechos humanos, investigando los actos de violencia y los abusos que puedan ocurrir, sancionando a los responsables de los hechos, reparando integralmente a las víctimas y estableciendo medidas que garanticen la reconstrucción del tejido social, la reconciliación y procuren la no repetición de los abusos.

Por tanto, es importante proceder al fortalecimiento del Estado de Derecho y la democracia, estableciendo bases institucionales que permitan actuar de forma temprana ante las desviaciones de poder que puedan suscitarse, respondiendo a la independencia y contrapesos que deben tener los poderes públicos y entes gubernamentales para poder velar porque no se cometan arbitrariedades que atenten contra las libertades fundamentales y la protección de las personas.

Para poder lograr estos objetivos es trascendental, además, que la sociedad pueda contar con mecanismos no violentos, que sean efectivos para la prevención y resolución alternativa de los conflictos como la mediación, la negociación o el arbitraje. Esto permitirá poder proceder a la construcción de acuerdos entre las partes en conflicto y distintos actores con relevancia en la sociedad para cesar las hostilidades, proteger a la población y para afianzar el respeto irrestricto y universal de los derechos humanos.

Lo anterior nos permite entender a la paz como un derecho humano en sí mismo, lo cual en consecuencia conlleva a que los Estados deban cumplir con sus obligaciones de respetar, proteger y procurar la paz de forma universal y bajo los mismos supuestos de garantía del principio pro persona y resguardo de la dignidad humana. Solo bajo esos supuestos se podrán procurar reformas institucionales y sociales que permitan la transformación estatal, y poder por medio de las soluciones pacíficas y racionales alcanzar la paz en todas sus formas, la justicia y la solidaridad.

V. JUSTICIABILIDAD DE LA PAZ COMO DERECHO HUMANO

Finalmente, entendida la paz como un derecho humano en sí mismo, es importante referirse a la importancia de la justiciabilidad de la paz como derecho humano de cara a su protección y universalización efectiva.

Como se ha mencionado en apartados precedentes, para poder alcanzar la protección universal de los derechos humanos es imprescindible contar con recursos legales, administrativos e institucionales para poder exigir y hacer exigibles la totalidad de los derechos humanos, validándolos y otorgándoles una plena efectividad práctica.

Se desprende de las obligaciones internacionales en materia de protección de derechos humanos que toda persona debe disponer de medios judiciales sencillos y eficaces para la protección y reivindicación de sus derechos, a través de la existencia de medios que aseguren la reparación de los daños causados a las víctimas, la ejecución de investigaciones, expeditas e independientes de los hechos suscitados que deriven en violaciones a los derechos humanos y en general, para el esclarecimiento de la verdad, la plena identificación y sanción de los responsables.

El profesor Casal, en su obra “Aspectos conceptuales del Acceso a la Justicia”, explica al respecto,

el orden jurídico interno de un país debe garantizar derechos; ofrecer seguridad en el ejercicio de actividades, evitar la impunidad; regular el funcionamiento de las Instituciones y asegurar el Estado de Derecho, así como también la separación de poderes, para en último fin procurar justicia²¹.

En el caso específico de la protección de la paz como derecho humano, en miras a su justiciabilidad tendrán que desarrollarse mecanismos institucionales y legales que permitan monitorear el actuar o falta de acción del Estado y faciliten poder frenar las acciones y actos de abuso de poder que atenten contra los derechos humanos, para procurar prevenir el inicio o escalamiento de los conflictos. Así como también deben contemplarse y articularse opciones para proteger integralmente a las víctimas de los conflictos cuando estos cesen, partiendo de la lucha contra la impunidad y la consecución de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación frente a las violaciones a las cuales fueron objeto, al igual que el establecimiento de medidas para evitar la repetición de los hechos que configuraron las transgresiones y crímenes.

Deberán entonces los Estados organizar sus principales instituciones conforme a los estándares universales de protección de la dignidad humana, de la libertad y de los principios y valores democráticos y de un Estado de Derecho, con el fin de fortalecer y garantizar la independencia entre los distintos poderes públicos para asegurar la protección y promoción de los derechos humanos y en consecuencia el mantenimiento de la paz. Para ello tendrán que establecerse instrumentos de diversa índole capaces de velar por la totalidad de los derechos de los ciudadanos y ser capaces de responder oportuna y eficazmente ante las necesidades de resguardo de los mismos.

Será necesario avanzar hacia la elaboración y promulgación de leyes y normas que protejan la paz y la dignidad de los ciudadanos y que a su vez les permitan hacer valer sus derechos ante los atropellos y agravios que puedan ocurrir, sirviendo a su vez como medio para evitar la inacción o inobservancia de las instituciones ante las violaciones ocurridas.

Por otra parte, de cara a la justiciabilidad universal del derecho humano a la paz, tendrá que trabajarse en función del fortalecimiento institucional con el propósito de que los Poderes Públicos mantengan su independencia y contrapesos, siendo funcionales para la prevención de abusos de autoridad o desviaciones de poder que puedan devenir en el desarrollo de conflictos. Para ello el Poder Legislativo del Estado tendrá que ocuparse de que el ordenamiento interno se compagine con los estándares internacionales y a su vez de desarrollar normas progresivas para la protección de los derechos humanos y alcance de su universalización. Entre tanto, el Poder Judicial debe vigilar por el ejercicio pleno y efectivo de los recursos a ejecutar, en miras a defender derechos, investigar y sancionar abusos. Finalmente, el Poder Ejecutivo debe fungir

²¹ Jesús María Casal, *Aspectos conceptuales del Acceso a la Justicia*, Acceso a la Justicia – La Universidad por la vigencia efectiva de los Derechos Humanos, Caracas, 2006, p. 27.

como garante de la conciliación y articulación entre las normas y el desarrollo social en un contexto de protección a las libertades fundamentales y al principio de igualdad y no discriminación.

En conclusión, para exigir y hacer exigible la garantía, respeto y protección de la paz como derecho humano es ineludible que los Estados, de forma universal, fortalezcan sus acciones tanto de forma coordinada, conforme a la solidaridad internacional, como individualmente en instancias internas para que los valores democráticos, los principios de igualdad, libertad y la protección de la dignidad humana mantengan su vigencia y contar con recursos efectivos y oportunos para prevenir y reaccionar de forma temprana ante posibles conflictos que atenten contra la paz y los derechos humanos.

Deberá procurarse la justicia y combatirse la desigualdad social y los abusos de poder conforme al orden jurídico internacional y nacional de cada Estado, con el fin de poder brindar condiciones idóneas para la protección de los derechos humanos, especialmente el derecho a vivir con dignidad y en paz.

VI. CONCLUSIÓN

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 28 que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”²². Para dar cumplimiento a este precepto debe insistirse en la protección universal de los derechos humanos y el alcance y mantenimiento de la paz. En la medida que sin paz el respeto por la dignidad humana no se materializa y sin respeto a los derechos inherentes a la dignidad humana no se conseguirá vivir en un mundo de paz.

Como se ha expresado en este texto, los Estados deben comprometerse a dar cabal cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas y, conforme a la universalización de los derechos humanos erigir sistemas de gobierno basados en principios de orden democrático, garantistas de derechos y que conciben posibilidades de acceso a la justicia y exigibilidad sin restricciones o limitaciones arbitrarias. A este respecto deberán generarse mecanismos y políticas públicas tendentes a dar cumplimiento al principio de progresividad de los derechos humanos en virtud del principio pro persona y protección de la dignidad humana, como elementos esenciales para alcanzar la universalización.

En este orden de ideas, para velar por la protección de las personas y su derecho a vivir dignamente los distintos actores de la sociedad, partiendo del Estado y sus instituciones tienen que promover acciones adecuadas para la prevención y resolución de conflictos, así como construir espacios y entornos seguros en los cuales los individuos puedan desarrollar sus proyectos de vida, respetando sus libertades fundamentales, combatiendo la polarización y la discriminación, velando porque todas las personas puedan ejercer y disfrutar de sus derechos de forma equitativa, respetando la diversidad.

Debe reiterarse de forma enfática la importancia de tomar acciones para el alcance de la universalización de los derechos humanos promoviendo y ejerciendo escrutinio y contraloría a los Estados para que procuren la armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho nacional, a fin de que todas las personas

²² Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948, 217 A (III).

puedan hacer efectivos sus derechos, vivir en libertad y en paz. Para ello el papel de la sociedad civil organizada, incluyendo organizaciones sociales, de derechos humanos, entes otros, deberán tener un rol esencial en la medida que sus acciones contribuyen a velar por el respeto de las libertades fundamentales, el resguardo del espacio cívico, la protección de los más vulnerables y combatir la impunidad y la desigualdad, siendo el muro de contención a las esferas de poder. De esa manera se podrá trabajar en función del alcance de sistemas democráticos sólidos, robustecer el estado de derecho y por consiguiente garantizar la vigencia de los derechos humanos y la paz.

Finalmente, para concluir, cónsono con el espíritu del presente escrito, merece la pena referirnos brevemente a la vida expresada en acciones y obras del Doctor Pedro Nikken, quien representa un vivo ejemplo de lucha por la protección universal de los derechos humanos como pilar fundamental para el alcance y mantenimiento de la paz, temas objeto de este análisis.

Al realizar una mirada por su trayectoria destaca no solo su rol como Jurista y los avances jurisprudenciales y doctrinarios en materia de derechos humanos alcanzados tras su paso como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su desempeño como presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, sino su papel fundamental como mediador y negociador en el conflicto en el Salvador o en la búsqueda de verdad, justicia y reparación para las víctimas en Centroamérica o Burundi. Así como su labor en distintos procesos de arbitraje y mediación internacional ante controversias de carácter económico, jurídico y de derechos humanos. Tampoco pueden pasarse por alto sus constantes esfuerzos por alcanzar una solución negociada y pacífica al conflicto venezolano.

Asimismo, en relación al conflicto venezolano, su papel fue esencial para la construcción de puentes tendientes a alcanzar soluciones pacíficas a la crisis, que contemplasen de forma integral aspectos de diversa índole para aliviar el sufrimiento de los ciudadanos venezolanos, cesar la violencia social y política, y restablecer un orden democrático en el cual prevaleciesen los derechos humanos y la paz.

La posición del Doctor Nikken ante los conflictos fue siempre trabajar en el marco de la negociación y el diálogo entre todos los actores inmersos en el conflicto para poder alcanzar su solución. Lo que puede resumirse entonces, en palabras del Doctor Carlos Ayala Corao “Pedro Nikken [fue un] hombre de bien, de los derechos humanos y de paz”²³.

En este orden de ideas el legado del Doctor Nikken debe llevarnos a la reflexión y servir como motivación para quienes actualmente se encuentran trabajando desde distintos espacios y ‘ámbitos de acción, a nivel local, nacional, regional o internacional por la protección de los derechos humanos y la paz, puedan emprender acciones que integren los principales elementos de la justicia, la resolución alternativa de conflictos, de la democracia y del Estado de Derecho para el alcance y plena vigencia de la protección universal de los derechos humanos como pilar fundamental para el alcance y mantenimiento de la paz.

²³ Carlos Ayala Corao, “Pedro Nikken hombre de bien, de los derechos humanos y de paz”. Palabras del académico Carlos Ayala Corao con ocasión del fallecimiento del académico Pedro Nikken. Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas. Caracas, 21 de febrero de 2020. Disponible en: <https://cepaz.org/articulos/pedro-nikken-hombre-de-bien-de-los-derechos-humanos-y-de-paz/> (Consultado el 15 de enero de 2021).

PEDRO NIKKEN, HACEDOR DE CONEXIONES

Mariela Ramírez*

SUMARIO

I. Una red de relaciones. II. El diálogo social. III. El acto creativo. IV. El misterio.

¿Cómo trascendemos los ciclos de violencia que subyugan a nuestra comunidad humana cuando aún estamos viviendo en ellos?

La posibilidad de superar la violencia se forja por la capacidad de generar, movilizar y construir la imaginación moral. El tipo de imaginación a la que me refiero se ve movilizada cuando cuatro disciplinas y capacidades son conjugadas y llevadas a la práctica por quienes logran la forma de elevarse por encima de la violencia.

Dicho de manera más sencilla, la imaginación moral requiere la capacidad de imaginarnos en una red de relaciones que incluya a nuestros enemigos; la habilidad de alimentar una curiosidad paradójica que abarque la complejidad sin depender de una polaridad dualística; una firme creencia en el acto creativo y la búsqueda del mismo; y la aceptación del riesgo inherente a avanzar hacia el misterio de lo desconocido que está más allá del demasiado conocido paisaje de la violencia.

John Paul Lederach¹

Con esta iluminadora cita de John Paul Lederach², especialista en consolidación de la paz internacional (y quien me acompañará en todo el periplo a lo largo de es-

* Mariela Ramírez, Arquitecto UCV. Activista social. Miembro fundador del Movimiento Ciudadano Dale Letra y voz a la articulación de ciudadanos, movimientos y organizaciones sociales que impulsan el Diálogo Social.

¹ John Paul Lederach, *La imaginación moral. El arte y el alma de construir la paz*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2008, 284 pp.

² John Paul Lederach, profesor universitario estadounidense, es doctor en sociología por la Universidad de Colorado y trabaja en la Universidad de Notre Dame (Indiana) y en la Eastern Mennonite University de Virginia. En 1994 fundó el Centro por la Justicia y la Construcción de Paz (Center for Justice and Peacebuilding) de la Universidad de Mennonite del que fue su primer director. Como especialista

tas líneas) iniciamos este texto en homenaje a nuestro querido y recordado maestro, el Dr. Pedro Nikken, no sin antes agradecer muy especialmente a su hija, Claudia Nikken, y de manera particular a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales la invitación a participar en este hermoso y necesario proyecto en su honor.

Me apoyo en el planteamiento de Lederach como herramienta para ordenar los recuerdos y las ideas que Pedro nos dejó en estos años en los que tuvimos el honor de trabajar y aprender a su lado. También como parte de las ofrendas de este homenaje, para compartir un poco de lo que somos. Escribo en nombre de mis compañeros del Movimiento Ciudadano @Dale_LETRA, porque Pedro nos tocó a todos con su humanidad y queremos dejar estas palabras en su memoria.

En el mes de mayo del año 2017 un grupo de amigos fundamos en la ciudad de Caracas, concretamente el 15 de mayo de 2017, el Movimiento Ciudadano Dale Letra, grupo civil y ciudadano comprometidos con la defensa de los derechos humanos.

Nos impulsó la idea de desmontar la progresiva fragmentación social, la absurda dicotomía (la polarización) en la que nos han sumergido para disminuirnos y enfrentarnos, la ausencia de la palabra como hilo y amalgama en la vida colectiva. Es así como Dale Letra nació de la búsqueda constante de formas alternativas a la violencia, formas que sean creativas, contundentes, efectivas y significativas, con la aspiración de ser detonante para que muchos otros se activen, comiencen a participar, y juntos tracemos los lineamientos que deben ser integrados a un Acuerdo Democrático Nacional que nos represente a todos.

Bajo estos lineamientos iniciamos un proceso de consulta con una gran diversidad de venezolanos para conocer sus imaginarios de gestión del conflicto, sus visiones del país, sus aspiraciones y deseos, y convocarlos a participar en la dinámica del Diálogo Social³.

Pedro Nikken fue una de las primeras figuras que contactamos, porque algunos ya habían tejido una red de afectos y relaciones con él y porque quienes no lo conocíamos aún personalmente sabíamos de sus trabajos y profesábamos respeto y admiración por una trayectoria que considerábamos imprescindible referencia. Su respuesta fue generosa, así como inmediata fue su disposición para escucharnos e integrar nuestros esfuerzos de acercamiento y construcción de puentes entre las partes en conflicto al movimiento que ya él lideraba.

Así se inició una relación que creció día a día. Nos guio con su sabiduría en un proceso de escucha plural e inclusiva, de identificación de objetivos comunes, de acom-

en consolidación de la paz internacional (*international peacebuilding*) ha escrito ampliamente sobre resolución de conflictos y mediación. En la obra de Lederach citada al comienzo de estas líneas intenta compartir ideas que le llevaron a formas diferentes, quizás innovadoras, de construcción del cambio social en sociedades que viven un conflicto violento y, entre otras, desarrolla la idea “de encontrar y construir la levadura social” haciendo un símil con el efecto de la levadura que –entre todos los ingredientes que se utilizan para la elaboración del pan– es el único ingrediente que hace que los demás crezcan, afirmando que así como sucede al amasar el pan, la clave del crecimiento de la masa es la calidad y no la cantidad de la levadura. “En referencia al cambio social, el punto donde se unen la masa crítica y la levadura crítica no está en la cantidad de gente implicada, sino en pensar y crear la calidad de la plataforma que fortalezca y haga posible el crecimiento exponencial y, luego, en encontrar las formas de sostener esa plataforma” porque la construcción de paz –afirma– para que sea exitosa y sostenible, debe afrontar el riesgo de seguir caminos desconocidos e internarse en lugares donde no hay seguridad acerca de lo que vendrá o de qué ocurrirá. Es un territorio cuya exploración requiere “imaginación moral” (John Paul Lederach, ob. cit.).

³ Dinámica de relación que impulsa una diversa y creciente articulación de ciudadanos, organizaciones y movimientos sociales como instrumento de comunicación, consulta y articulación de los diferentes sectores de la vida nacional.

pañamiento solidario, de trabajo conjunto con el objetivo de visibilizar la crisis y defender nuestros derechos, especialmente en espacios de encuentro con una nutrida diversidad de venezolanos. Como sugería Lederach, motivando nuestra imaginación moral con su humanidad, su alma y su particular arte.

I. UNA RED DE RELACIONES

La edificación de tejidos asociativos más resilientes, capaces de estructurar una solución a la crisis —a pesar del alto riesgo social— constituía para Pedro Nikken un imperativo para lograr el objetivo fundamental de transformar y orientar al país hacia una democracia integral y garante del Estado de derecho. Participaba activamente en esa red de construcción de relaciones y nos alentaba insistentemente a transitar el camino que nos conduciría al encuentro con todo el país. Nos convocó a muchos y muy diferentes a intercambiar ideas y visiones. Compartiendo su vasta experiencia en procesos de paz del continente y otras latitudes, internalizó en nosotros la necesidad de humanizar el conflicto y recuperar nuestros vínculos. Y así hizo posible que nos reencontráramos en la diversidad y aprendiéramos a nutrirnos de la diferencia.

Hasta el día de su partida y con la ternura de su amplia sabiduría, nos condujo de la mano hacia los territorios en los que podremos hallar la humildad y la generosidad necesarias para alcanzar la única victoria real: reencontrarnos y reconocernos humanamente en esa red de relaciones que nos incluye a todos.

II. EL DIÁLOGO SOCIAL

La cualidad de avivar la curiosidad paradójica, esto es, la facultad de ampliar el ángulo de visión de tal manera que abarque la complejidad de la realidad para no reducirla a una polaridad dual es otra de las capacidades que, siguiendo a Lederach, deben ser desarrolladas para suscitar, movilizar nuestra imaginación moral.

En nuestro caso, la imaginación se estimula explorando el reservorio de la memoria colectiva, de las imágenes y los símbolos que emanan de las interacciones en el Diálogo Social que proponemos. El encuentro con el otro es el ámbito donde se puede cultivar esa curiosidad paradójica. Así, Pedro nos convidó una y otra vez a escucharnos, nos juntó y en cada encuentro él fue el hacedor de conexiones, el tejedor de redes, proporcionando nuevos enfoques, haciendo visibles aspectos que aparentaban ser insignificantes o estaban ocultos, suscitando con su delicada habilidad hermética —referida al dios Hermes, mensajero de los dioses, el gran hacedor de conexiones— la posibilidad de re-conectarnos, re-humanizarnos, y así facilitar la activación de nuestra imaginación moral.

Pedro fue un asiduo participante de la dinámica del Diálogo Social. En ese contexto relacional disfrutamos verlo desplegar sus dones para hacer frases sencillas a partir de las más profundas y complejas ideas, imágenes diáfanos que todos podíamos asir, sin importar en qué espectro cultural, social o ideológico nos ubicáramos. Amplió los límites del Diálogo Social no solo con su presencia sino también con su generosidad, pues nos incorporó orgánicamente a la red de relaciones que había tejido a lo largo de su vasta labor como defensor de derechos humanos y figura pública de referencia universal. Nos convocó para delinear, para proyectar el futuro con acciones reflexivas, de modo que pudiéramos adentrarnos en las esferas del arte y del alma de la construcción de paz e invocar el espíritu creativo necesario para concebir conjuntamente las ideas que nos sacarán del extravío, del estéril enfrentamiento, la división y los dolorosos escenarios de la violencia que todos padecemos.

III. EL ACTO CREATIVO

También nos señala Lederach que la imaginación moral encuentra su expresión más clara en la aparición del acto creativo. En el texto citado hace referencia a Matthew Fox⁴, quien llama creatividad al lugar “donde se encuentran lo divino y lo humano”, para resaltar que el acto creativo tiene simultáneamente elementos de lo trascendente y lo humano.

Pedro Nikken tenía plena consciencia de lo que es necesario para propiciar este encuentro y, como el maestro de la persuasión que fue, nos convocaba a los diferentes al espacio de la interacción, el espacio entre el tú y el yo, entre nosotros y ellos, para desde ahí invocar con nuestros gestos, palabras y acciones la epifanía del acto creativo. Con paciencia de artesano y con su humor fino nos sumergía en sus relatos. Su sapiencia nos llevaba a las entrañas de su humanidad y hacía fluir entre nosotros la energía que emerge del proceso de compensación entre fuerzas situadas en posiciones antagónicas. Así nos mostró la geografía de los caminos que debemos transitar para construir la paz que anhelamos y los rituales y sacrificios con los que debemos honrar a los dioses para que hagan su epifanía y se concrete el acto creativo.

La belleza de lo divino, para mí, habita en la profunda humanidad del hombre. Las infinitas imágenes de lo divino que hemos elaborado como representaciones de nuestros imaginarios o cosmogonías particulares de lo que somos como especie –a través de millones de años en la historia de la humanidad– componen el gran abrevadero al que podemos recurrir para conocernos y re-conocernos. Así concibo lo divino, como representación del núcleo de nuestra humanidad, siendo entonces esa humanidad sagrada y desde ese lugar escribo.

Invitar a rendir rituales y sacrificios para honrar a los dioses es, metafóricamente, honrar la humanidad, honrar la vida representada en ellos, la propia, para lo cual es imperioso un diálogo individual y personal, y asumir el compromiso de comparecer ante nosotros mismos, interpelados por la desnudez de nuestra realidad. También hacernos presentes, con el debido respeto, honrando la humanidad del otro en el espacio del encuentro con el diferente, el espacio de la interacción, de la existencia. Solo en ese ritual que es a la vez sacrificio, ofrenda, el del encuentro en la raíz de nuestra mutua humanidad, seremos capaces de consumir el acto creativo para vencer la ignominia que sufrimos, que sufre nuestra gente, nuestro territorio, nuestro país.

La sabia invitación de Pedro era a abrir los sentidos, hacernos sensibles, afinar nuestra sagacidad para vislumbrar, parafraseando a Lederach, cualquier atisbo de transformación pacífica que aparezca en medio de las diferentes expresiones dolorosas de violencia y humanizar el conflicto para poder superarlo.

IV. EL MISTERIO

La aceptación del riesgo es el elemento alquímico que hace posible la epifanía. El miedo para Aristóteles es la emoción más universal de todas. El miedo puede ser motor para la transformación o elemento paralizante, y así nos lo advertía nuestro querido Pedro en el Palacio Nacional de las Academias, el 17 de mayo del año 2019. En sus palabras podemos encontrar las claves para hacer del miedo agente movilizador de nuestras acciones.

Recuerdo que al final de las declaraciones a la prensa en la I Jornada de Reflexión Ciudadana, en el marco del Día Internacional de la Convivencia en Paz, se escuchó

⁴ Matthew Fox, *Creativity: Where the Divine and the Human Meet*, Penguin Putnam, New York, 2002.

la voz de Pedro, sentado en la primera línea del grupo de actores que acompañaban la rueda de prensa que clausuraba las jornadas, preguntando –con la humildad que lo caracterizaba– si podía declarar. Las múltiples voces ahí representadas, con sus diferentes matices y formas, coincidimos asintiendo. Quiero compartir con los lectores un segmento de su declaración:

(...) negociar no es un pecado, lo que es un pecado es matarse, lo que es un pecado es destruirse, lo que es un pecado es mantener esta situación inaceptable que está viviendo el pueblo de Venezuela. Entonces... hay que decirlo, hay que decirlo sin miedo, el tema es que nos paraliza el miedo, el miedo a las redes sociales, el miedo a la mala fe del otro. Efectivamente todas esas cosas están allí, pero estando todas esas cosas allí, sin embargo, si uno está convencido de que el único camino para que Venezuela pueda salir del atolladero en este momento y hacia el futuro es revivir nuestra capacidad de entendernos –no solamente para salir de esta crisis, sino para la futura gobernabilidad del país– entonces realmente seríamos absolutamente irresponsables si no lo decimos con la voz más alta posible.

Aristóteles observa que podríamos ser insensibles a lo que nos da miedo de tres maneras distintas. O no tenemos experiencia del peligro, o contamos con los recursos para enfrentarlo o tenemos cierta confianza en nosotros. Apoyémonos en esto para encontrar en las palabras de Pedro los elementos alquímicos necesarios para elaborar el antídoto de nuestros miedos y completar la mayor de las tareas que, como señala Lederach, demanda corazón y alma y desafía cualquier receta: la voluntad de asumir riesgos, lo que constituye la clave para hallar la esencia.

Pedro nos deja en sus palabras su consciencia de los peligros y el sereno ímpetu de su demanda abrazado al miedo de seguir matándonos, destruyéndonos y manteniendo esta situación inaceptable que vivimos. Ese era el camino de Pedro Nikken para hacer del miedo combustible y no parálisis, integrarlo y transformarlo en movimiento, en la energía que desplegaba en cada sencilla imagen que nos regalaba, obsequiándonos su humanidad, buscando nuevas formas, pensando, imaginando, ensanchando el territorio de las ideas, insistiendo y volviendo a insistir para que encontráramos formas de entendernos.

Alertaba que asumir el riesgo no significa olvidar los peligros sino adentrarnos en sus fauces y desentrañar su misterio. A lo largo del camino siempre nos conminó a fortalecer los espacios y el valor de la organización, la articulación, la comunicación, la formación, la pedagogía social como medios para dotarnos de los pertrechos necesarios y confiar en nuestras propias capacidades con el fin de asumir la complejidad del desafío. Muchas son las tareas y los obstáculos que debemos sortear pero siguiendo sus palabras no tenemos alternativa: “La negociación no es el mejor camino, es el único camino antes de un desastre”⁵.

Pedro nos aguarda en el misterio, invitándonos a arriesgarnos, a adentrarnos en el embarullado e incierto camino de la construcción de la paz confiando en nosotros mismos. Su memoria ilumina la oscuridad. Quienes lo conocimos y fuimos impregnados por su amistad, su obra y sus palabras, mantenemos el rumbo firme, conjurando nuestros temores, intentando continuar sus pasos, coadyuvando a edificar el movimiento social que hoy se levanta en miles de voces que claman por un Acuerdo Democrático Nacional. Siguiendo su rastro, ninguno de nosotros abraza dudas de que más temprano que tarde habremos rendido las tareas y ofrendas necesarias para

⁵ “Van a negociar, el problema está en si lo hacen antes o después de los muertos”. Entrevista de José Gregorio Yépez a Pedro Nikken, en *Contrapunto*, 8 de octubre de 2019. Disponible en internet: <https://contrapunto.com/especiales/entrevistas-ctp/pedro-nikken-van-a-negociar-el-problema-esta-en-si-lo-hacen-antes-o-despues-de-los-muertos/> (Consultado el 15 de enero de 2021).

contemplar el surgimiento de una imaginación moral que lleve a Venezuela hacia un futuro de paz, prosperidad, bienestar y progreso para todos.

Sirvan estas líneas para desde el Movimiento Ciudadano Dale Letra aportar –junto a otros venezolanos– un grano de arena a este merecido tributo a la vida y la obra de Pedro Nikken, habilidoso hacedor de conexiones. Que su espíritu nos acompañe y nos lleve a buen puerto, por el bien colectivo que persiguió en cada paso.

III. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**PEDRO NIKKEN Y EL CASO
ALLAN R. BREWER-CARÍAS VS VENEZUELA,
ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
(2007-2014)**

Allan R. Brewer-Carías*

I

Pedro Nikken, mi querido y admirado amigo y socio por décadas en nuestra firma de abogados *Baumeister & Brewer*, a quien va dedicado esta merecido *Libro Homenaje*, fue un testigo de excepción en el inicuo proceso judicial que se desarrolló en mi contra en Venezuela, nada menos que por el supuesto delito de “conspirar para cambiar violentamente la Constitución,” por hechos que ocurrieron en el país el día 12 de abril de 2002 a raíz de la anunciada renuncia del entonces Presidente Hugo Chávez Frías; proceso en el cual se produjo una violación masiva de mis derechos y garantías judiciales. Por su involucramiento personal en todas mis angustias, seguridades y decepciones originadas por ese proceso y luego en el proceso que se siguió bajo su conducción en el caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es que he querido dedicar estas páginas a su memoria, en este Libro Homenaje.

El proceso judicial en Caracas se inició el día 27 de enero de 2005, cuando acudí en compañía de dos abogados de excepción y entrañables amigos, precisamente Pedro Nikken, y León Henrique Cottin, al acto en el cual la Sra. Luisa Ortega Díaz, la Fiscal Sexta provisoria del Ministerio Público de entonces y quien resultó ser la encargada de ejecutar las persecuciones políticas del régimen contra la disidencia en el país, me formuló una imputación por el delito de “rebelión,” por supuestamente haber yo “conspirado” para “cambiar violentamente la Constitución” de mi país, atribuyéndome falsamente el haber redactado el decreto que emitió el Sr. Pedro Carmona al asumir la Presidencia de la República por encargo del Alto Mando Militar, luego de que dicha institución anunciara públicamente la renuncia de Hugo Chávez. En la imputación que formuló la Fiscal, por supuesto, no mencionó quienes habían sido los otros supuestos “conspiradores” con quienes me habría supuestamente “reunido” a

* Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela. Individuo de Número, Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

conspirar (como delito colectivo, por conspiración no se puede imputar de los hechos a una sola persona), y más grave, no mencionó en qué consistió la “violencia” que pude haber ejercido, ni contra quién, o qué arma habría yo usado, salvo que se refiriera a la pluma fuente de escribir; y todo, porque unos periodistas que no habían estado en el lugar de los supuestos hechos, simplemente habían comentado o especulado sobre los mismos, y con base en chismes que habían recibidos, armaron “un cuento” como lo calificó el mismo Fiscal General de la República de entonces, el Sr. Isaías Rodríguez.

II

Pedro, León Henríque y yo, al oír en aquél acto lo que la Fiscal acusadora leyó de viva voz, sabiendo todos que yo no había redactado el tal decreto, lo que primero constatamos fue que efectivamente la imputación formulada por la Fiscal se basó exclusivamente en unos recortes de prensa y en unos videos contentivos de opiniones de periodistas que se referían a hechos de los cuales ellos no habían sido testigos; recortes y videos que habían sido consignados tres años antes ante el Ministerio Público, en mayo de 2002, por un militar activo del Ejército, el coronel Ángel Alberto Bellorín. Éste, con dichos recortes, había actuado como denunciante –como luego diría “no de personas sino de hechos”–, pero por instrucciones del “alto gobierno” tal como me lo confirmó a mí personalmente –luego de aclararme que para ella yo estaba en la acera de enfrente”–, una abogada penalista que en ese momento incluso era abogada de Chávez, con base, según lo que ella misma me informó, en el texto de denuncia que ella misma había redactado, y que a su modo de ver “estaba muy bien escrita”.

Dicha denuncia presentada por el coronel Bellorín, como él mismo lo confesó años después, en la audiencia pública ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el día 4 de septiembre de 2013, la formuló en su condición de militar activo que era del Ejército, con el deliberado y único propósito de involucrar a civiles, algunos de ellos profesores de derecho público en las Universidades de Caracas, en un hecho que había sido exclusivamente de carácter militar, porque consideró que hasta ese momento en la prensa solo se mencionaba a unos pocos militares como participantes en una asonada, que por lo demás fue estrictamente una acción militar, en la cual el Alto Mando Militar del Presidente Hugo Chávez anunció que lo había removido de su cargo al solicitarle a éste su renuncia, “la cual aceptó”. Por ello, ante una pregunta del abogado del Estado, en la audiencia ante la Corte Interamericana de septiembre de 2013, Bellorín aclaró que la denuncia, la había presentado “como abogado, como constitucionalista, y como un oficial que en ese momento veía que le estaban echando toda la culpa únicamente a cuatro militares,” diciendo: “yo denuncié la comisión de un delito, yo no acusaba a nadie,” Y que si había nombrado a civiles, lo hizo porque el escrito “lo hice con mucha rapidez,” y “por la ligereza en ese momento, la poca experiencia que tenía,” diciendo, al responder a una pregunta que le formuló Pedro Nikken, que:

Lamentablemente la prensa, decía así, y allí están, la prensa unos acusaban decían que era el Dr. Brewer, no tengo nada en contra del Dr. Brewer Carias, la Dra. Cecilia Sosa, este, el Dr. Ayala Corao, a ninguno los conozco, pero solamente reproduce lo que estaba en la prensa.

Es decir, la denuncia del coronel Bellorín de mayo de 2002, solo se basó en recortes de periódicos de artículos y opiniones de periodistas, en los cuales irresponsablemente se involucraba a civiles, solo porque así lo comentaban unos periodistas que no habían sido testigos de nada, pero cuidándose el Coronel de no acompañar al legajo

de recortes de comentarios periodísticos que anexó a su denuncia, absolutamente ninguna de las múltiples reseñas de prensa de los desmentidos que yo mismo había formulado a partir del día 14 de abril de 2002, incluso en rueda de prensa celebrada el día 16 de abril de 2002, en los cuales quedaba aclarada la razón de mi presencia en Fuerte Tiuna en la madrugada del 12 de abril de 2002 donde había sido llamado como abogado, para dar una opinión legal.

El texto de la imputación formulada por la Fiscal Ortega, en todo caso, no fue otra cosa sino un burdo y programado recorte y pega, es decir, una copia fiel y ciega de esa denuncia redactada por su amiga, la abogada penalista de Chávez, y presentada por un militar activo, el Coronel Bellorín, por orden del gobierno, careciendo de los más elementales elementos que pudieran darle sustento a una imputación penal.

III

Las opiniones de las periodistas expresadas en los recortes de prensa y formuladas como suposiciones sobre hechos que ninguno presencié, elaboraban entre muchos otros, el hecho falso de que yo habría supuestamente redactado el decreto que emitió el Sr. Pedro Carmona al asumir la Presidencia de la República.

Pedro Nikken y León Henríque Cottin bien sabían de los acontecimientos que se desarrollaron ese día 12 de abril de 2002, en particular porque yo se los había narrado con detalle ese mismo día, destacándoles la llamada que efectivamente me hizo Pedro Carmona en la madrugada de ese día requiriéndome que, como abogado, le diera mi opinión jurídica sobre el mencionado decreto, el cual, por supuesto, ya estaba redactado para cuando me lo mostraron, y respecto del cual solo pude expresarle mi opinión adversa por teléfono en horas de la tarde de ese día, pues consideraba que era contrario al principio democrático; hecho que el mismo Carmona reconoció por escrito y, además, en forma auténtica en el proceso.

En términos contemporáneos, en aquél entonces fui víctima de una *Fake News* que había generado una matriz de opinión contra la cual, como me lo recomendaron Pedro Nikken y Luis Henríque Cottin, reaccioné de inmediato en la forma como debía, que era desmintiendo públicamente los hechos, en rueda de prensa, y luego, una y otra vez en escritos, declaraciones y libros, defendiéndome contra la infamia que se había montado en mi contra sin base alguna, la cual solo podía explicarse como una conjura para buscar eliminarme como crítico al régimen autoritario que ya se había instalado en el país, y cuyas ejecutorias antidemocráticas yo ya había denunciado, en particular a la luz de los postulados de la Carta Democrática Interamericana que unos meses antes, en septiembre de 2001, había sido aprobada en la Organización de Estados Americanos.

Como lo destacó Pedro Nikken en su discurso académico de despedida el 13 de noviembre de 2019, semanas antes de su lamentable fallecimiento:

Tu posición valiente y crítica contra el régimen despótico venezolano no fue tolerada por los abanderados de la idea única. La certeza de tus juicios, tu lucidez y tu prestigio fueron tomados como una amenaza. Y tal vez lo eran. La consigna oficial fue la de neutralizarte a través de una conjura calumniosa que contó con la complicidad de las instancias que estaban llamadas a proteger tus derechos.

Por ello, seis años antes, en la audiencia pública ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus Conclusiones, Pedro se preguntó y le preguntó a los Jueces:

¿Qué pasa con Brewer? ¿Por qué a Brewer? Él podría hacerse sus conclusiones. Creo francamente que se trata de un caso de persecución política. Brewer era un crítico, y un crítico agudo del gobierno, que ganó unas elecciones para la Asamblea Constituyente con su propio prestigio, presentándose él personalmente; que mantuvo las críticas; que había sido el más duro crítico de las leyes habilitantes, que se nos dijo ayer habían iniciado la protesta civil de fines del 2001 y principios del 2002; que había demandado la nulidad de esas leyes y que había asumido una actitud permanente crítica contra el autoritarismo y la recentralización del Estado que estaba dirigiendo el gobierno del Presidente Chávez.

Esa conjura que se urdió en mi contra desde 2002, de cuya conformación Pedro fue testigo directo, y la cual motivó el proceso penal que se desarrolló en Caracas entre 2005 hasta 2007 cuando se dictó una Ley de Amnistía mediante la cual se despenalizaron los hechos relativos a los sucesos de abril de 2002 (para todos, excepto respecto de mi persona). El proceso se desarrolló durante los años en los cuales el Sr. Isaías Rodríguez ocupó el cargo de Fiscal General de la República, habiendo sido él quien recibió personalmente la denuncia y los recortes de periódicos que le presentó el coronel Bellorín, y el que tres años después, luego de condenarme públicamente violando mi derecho a la presunción de inocencia en un libro suyo por un delito que no cometí, le dio las instrucciones a su subalterna, la Fiscal provisoria Sexta, Luisa Ortega Díaz, para que convirtiera aquella denuncia de un militar activo de 2002 en una imputación en mi contra (además de en contra de otros distinguidos abogados), que fue lo que hizo el 27 de enero de 2005.

IV

Desde el inicio el proceso todos constatamos cómo se violaron todas las reglas más elementales del debido proceso, entre otros, mi derecho a la presunción de inocencia, mi derecho a la defensa, en particular, mi derecho a tener acceso al expediente, a aportar pruebas y a controlar pruebas, todo lo cual tuve oportunidad de expresarlo de vida voz, apenas comenzado el proceso, ante la *XLI Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados* que se celebró en Buenos Aires el 29 de junio de 2005, en una audiencia que se realizó a solicitud de los destacados abogados del Capítulo venezolano de la Federación, Arturo de Sola y Rafael Veloz, y donde estuve acompañado de los profesores Fortunato González y Asdrúbal Aguiar.

Allí denuncié el grave atentado que desde el inicio se estaba cometiendo contra el ejercicio de mi profesión de abogado, al perseguírseme por el solo hecho de haber dado una opinión jurídica, y cómo ello se estaba realizando en grave violación al debido proceso, al formularse una imputación en mi contra por delito que no cometí, sin prueba alguna, solo basada en recortes de prensa contentivos de opiniones (ni siquiera de noticias) y conjeturas de periodistas sobre historias falsas, de las cuales, como lo ratificaron ante la Fiscal, ninguno de los periodistas fue ni pudo haber sido testigo presencial.

Con esas historias falsas la Fiscal montó su acusación, invirtiendo la carga de la prueba pretendiendo, como tuvo el colmo de expresarlo por escrito al Juez de Control, que éramos los imputados quienes debíamos de probar que no cometimos el delito que ella sospechaba que habíamos cometido, solo basándose en cuentos o chismes periodísticos.

Ese hecho insólito de la inversión de la carga de la prueba por la Fiscal Ortega, en violación de mi derecho a la presunción de inocencia que caracterizó todo el proceso en Venezuela, lo destacó específicamente Pedro Nikken en su exposición final en la

audiencia pública ante la Corte Interamericana de septiembre en septiembre de 2013, diciendo:

El Dr. Brewer fue presumido culpable. Aquí tengo una pieza que es increíble. Es el anexo 18. Refiriéndose al entonces coimputado Carlos Ayala Corao, la Fiscal Sexta afirmó “en todo caso corresponde a la defensa del mismo demostrar por qué se supone que no conspiró”. Óigase bien, ¿por qué se supone que no conspiró,? ¿las razones por las cuales acompañó al ciudadano Allan Brewer Carías el día de los hechos?” A Carlos lo imputan por haber acompañado a Allan Brewer Carías el día de los hechos, y que “pruebe que no conspiró, cuáles fueron sus objeciones y oposiciones en relación al Decreto, ¿porque él no fue el que redactó del decreto?”. Eso lo dice la Fiscal en un auto, aquí está, anexo 18. Este es el concepto de presunción de inocencia que dominó esa investigación. ¡No ha demostrado que no participó!

Lo anterior puso en evidencia cómo a los pocos meses de concretado el proceso penal en mi contra ya se habían cometido una masiva violación de mis derechos y garantías judiciales que exigían la declaración de nulidad de todo lo actuado, como en efecto así lo solicitaron ante el Juez de Control mis representantes León Henrique Cottin y Rafael Odremán, en dos ocasiones y mediante dos voluminosas solicitudes de nulidad o amparo penal consignadas el 5 y el 8 de noviembre de 2005 que era el único recurso judicial disponible luego de presentada la acusación, para poder defenderme ante tal ignominia.

Esa violación masiva de mis derechos y garantías judiciales, luego de que tuvimos claro que en el proceso penal en Venezuela nunca se realizaría la audiencia preliminar, como en efecto nunca tuvo lugar pues el objetivo de la Fiscal no era en realidad procesar a nadie sino más bien privarme de mi libertad, Pedro Nikken, a la cabeza de un equipo extraordinario de abogados reconocidos en los sistemas interamericano y universal de derechos humanos, como lo son los profesores Juan Méndez, Claudio Grossman, Helio Bicudo, Douglas Cassel y Hector Faúndez, en enero de 2007 denunció el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dándose inicio al caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, decidido siete años después, en 2014, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

V

Tan evidente había sido la violación de mis derechos y garantías procesales desde el inicio del proceso judicial en Venezuela, que las mismas fueron confirmadas ocho años después de haberse iniciado, por los propios testigos que presentó el Estado en la audiencia pública realizada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos celebrada el día 3 de septiembre de 2013. Esos testigos fueron, por una parte, quien para aquél entonces ya era coronel retirado Ángel Alberto Bellorín, “autor” de la “denuncia” que había originado el proceso por la copia que de ella hizo la Fiscal Ortega; y por la otra quien para ese entonces ya ex Fiscal General de la República, Isaías Rodríguez.

Ambos llegaron a expresar públicamente ante la Corte, que la base para imputarme y acusarme de un delito político tan grave como el de “rebelión” o de “conspiración para cambiar violentamente la Constitución,” había sido, como lo habíamos denunciado reiteradamente, única y exclusivamente unos “recortes de prensa” y videos contentivos de opiniones, comentarios o chismes de varios periodistas.

Como el propio Isaías Rodríguez lo calificó ante la Corte, la denuncia y acusación en mi contra se hizo única y exclusivamente con base en “un cuento,” confesando allí mismo que **él** recogió dicho “cuento” en un libro de su propia autoría titulado *Abril*

comienza en Octubre (Caracas septiembre 2005), que publicó, atribuyéndose la calidad de “poeta,” precisamente cuando ejercía el cargo de Fiscal General de la República. En dicho libro, como Rodríguez lo confesó ante la Corte Interamericana, él se había copiado un de los recortes con opiniones de periodistas que estaban en la denuncia que le había entregado personalmente el coronel Bellorín en mayo de 2002, refiriéndose al cuento del periodista Rafael Poleo, que fue el que los otros periodistas a su vez se copiaron y repitieron. Sobre ese dicho de Poleo, cuando rindió declaración en la Fiscalía, ante nuestra pregunta de si había estado en Fuerte Tiuna, la respuesta fue que no, es decir, que no había presenciado nada de lo que dijo en su “cuento,” indicando solo que había recibido una llamada telefónica informándole lo que escribió, pero excusándose de identificar a su “fuente”.

Pero por los avatares de la vida, años después, Pedro Nikken, precisamente, tuvo el disgusto de haber tenido la suerte de haber sabido quién había sido la infame fuente que había llamado por teléfono a Poleo. Ello ocurrió, conforme me lo narró Pedro, cuando recibió la visita en Caracas de un conocido de ambos, y para colmo, un antiguo alumno mío en la Escuela de Estudios Políticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, quien jocosamente le contó que él había sido quien había “informado” a Poleo de mi presencia en Fuerte Tiuna en la madrugada del 12 de abril de 2002, donde efectivamente fui llamado como abogado para dar una opinión jurídica, hecho que el sujeto, por supuesto, irresponsable omitió en lo que le habría dicho a Poleo, para que éste armara su “cuento”. Pedro, indignado, pues no podía salir aún de su asombro, me contó esto en Nueva York, y después de eso **más nunca vio** al abyecto e irresponsable personaje que buscaba entrar en relación con él por algún interés personal.

El “cuento” de Poleo –como así mismo él lo calificó al hablar con León Henrique Cottin al salir de la Fiscalía luego de su declaración–, copiado y repetido por decenas de periodistas y por Isaías Rodríguez en su libro, fue el que precisamente su subalterna, la Fiscal provisoria Sexta, Luisa Ortega Díaz, había usado para imputarme en enero de 2005. Isaías Rodríguez fue en esto muy preciso, cuando admitió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos al responder una pregunta que le formuló el profesor Claudio Grossman, sobre cómo es que pudo haberme considerado culpable de antemano y por escrito de los hechos que su oficina me había imputado, diciendo que en realidad, su libro:

es un libro de un cuento, aquí yo no estoy haciendo imputaciones a nadie. [...] Esto es un cuento. [...] Y quien lea el libro se va a dar cuenta de que es un cuento. Aquí cuento cosas íntimas mías, muy personales. Esto no es un libro para acusar a nadie. [...] Ya hemos hablado suficientemente de los periodistas, usted lo refirió en su momento, y el Dr. Brewer lo ha afirmado en varias oportunidades, los periodistas dicen una cosa y uno puede decir otra cosa.

Y así, con toda la irresponsabilidad imaginable, el Jefe del Ministerio Público y la Fiscal acusadora, ambos, Rodríguez y Ortega, sin verificar, dieron por cierto un “cuento” periodístico, que uno se lo copió en su libro, violando mi derecho a la presunción de inocencia, y la otra se lo copió en su imputación, violando mis garantías judiciales.

Lo cierto, en todo caso, es que el libro del Fiscal General salió a la luz después que su subalterna, la Fiscal provisoria Sexta, Luisa Ortega Díaz ya me había imputado con base en el mismo “cuento” contenido en los “recortes de prensa” que él se había copiado indebidamente del expediente; pero antes de que la misma Fiscal provisoria Sexta me acusara, lo que hizo unas semanas después, con base en el mismo “cuento,”

y sin duda siguiendo las instrucciones u orientaciones que el Fiscal General, como Jefe del Ministerio Público, le habría dado o sugerido, igualmente con base en los mismos recortes de periódicos y videos, incluyendo los que se había copiado y publicado en su libro.

VI

La acusación intentada en mi contra, sin embargo, tenía un agregado infame y era la solicitud formulada al Juez de Control para que con base en un “cuento” periodístico, me dictase una medida de privación de mi libertad.

Afortunadamente, el día cuando se introdujo la acusación en mi contra, yo no estaba en Caracas. Ese día me encontraba dando una Conferencia en la Universidad Humboldt de Berlín, sobre “El régimen de selección de los Jueces de las Cortes Supremas en el derecho comparado,” en el Congreso de la *Organización Europea de Derecho Público*, donde tuve que informarle a mis colegas profesores europeos de derecho público la noticia de la acusación que estaba en pleno desarrollo, resultando elemental que ante la parodia judicial que ya había vivido en Venezuela y que se prometía seguiría, decidiera por prudencia retrasar mi regreso al país, esperando que el Juez de la causa decidiera la solicitud de nulidad absoluta o amparo penal que mis abogados defensores, León Henrique Cottin y Rafael Odreman habían intentado en esos mismos días de noviembre de 2005, la cual jamás se decidió. De allí, el ya largo exilio que se inició en 2005, y sobre lo cual Pedro Nikken, en el mismo discurso del 13 de noviembre de 2019, expresó:

Por intereses personales, por intereses políticos, por envidia o por perfidia pura y simple, te viste compelido a partir a un largo exilio para preservar tu libertad. Has sido luchador y víctima por la democracia venezolana y has soportado esa pena con el estoicismo de los grandes hombres y sin hacer jamás concesión alguna a tus verdugos. Tu ejemplo perdurará.

Los derechos humanos son, querido Randy, la herramienta de la que nos hemos dotado los seres humanos para liberarnos de la opresión. La historia de la humanidad es también la historia de la lucha contra la opresión, llena de victorias que han dejado atrás periodos oscuros. Por eso, en nuestro combate contra la opresión que padece Venezuela estamos condenados a ganar.

Precisamente por ello, Pedro Nikken, quien como todos los demócratas tenía claro que la Justicia en Venezuela había desaparecido como Poder independiente y autónomo, en compañía del equipo de abogados antes mencionados, ante las masivas violaciones a mis derechos y garantías constitucionales y convencionales por parte de los agentes del Estado venezolano, en enero de 2007 formuló en mi representación, denuncia formal ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la cual, cuatro años después, el 3 de noviembre de 2011, la admitió como caso No 12.724, *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, adoptando el Informe de Fondo No. 171/11 de la misma fecha. Con posterioridad, en fecha 7 de marzo de 2012, la Comisión sometió el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, formalizándose el litigio contra el Estado venezolano mediante la demanda que Pedro Nikken y los otros abogados introdujeron ante la Corte en día 7 de julio de 2012 mediante *Escrito de Solicitud, Argumentos y Pruebas*. El proceso judicial ante la Corte siempre bajo la conducción de Pedro Nikken, se desarrolló conforme a las normas que rigen el procedimiento, habiéndose fijado los días 3 y 4 de septiembre de 2013 para la realización de la Audiencia Pública. Al final de la misma, como lo exigió la Corte, Pedro Nikken y los otros abogados presentaron ante la misma los *Escritos de Conclusiones y Alegatos Finales*.

VII

El juicio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se inició porque Pedro Nikken creía en la justicia internacional en materia de derechos humanos y, en particular, en la Justicia Interamericana. Había sido uno de los más destacados Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, habiendo formado parte de la primera Corte al inicio de los años ochenta del siglo pasado; conocía bien su funcionamiento así como el de la Comisión Interamericana, y en ella había contribuido a sentar la jurisprudencia fundamental que luego guio la actividad de la misma, razón por la cual, sin la menor duda, acudió ante las mismas en búsqueda de la justicia que los tribunales en Venezuela se negaban a impartirme.

Como dije, después de que se me acusó formalmente en 2005, mis representantes, León Henrique Cottin y Rafael Odreman presentaron en el juicio en Venezuela la solicitud de amparo penal contra todo lo actuado por violación de mis garantías constitucionales, la cual nunca fue decidida. Además, en el juicio que afectaba también a otros profesores abogados, nunca se realizó la audiencia preliminar, que es cuando se traba la litis, y no precisamente por mi culpa como lo decidió el propio Juez de Control. El juicio duró de hecho dos años hasta que en 2007 se dictó una Ley de Amnistía que despenalizó los hechos, quedando el juicio sin objeto, sobreseyéndose la acusación contra los otros imputados, pero deliberadamente no contra mí, porque supuestamente “no estaba a derecho” situación que solo hubiera podido haberse dado si la audiencia preliminar se hubiese realizado y yo no hubiese asistido. Pero como dicha audiencia preliminar nunca se realizó y siempre fue pospuesta por el Juez, nunca dejé de estar a derecho, quedando así claramente pintado cuál era el verdadero objeto del “proceso” que no era otro que mantenerlo solo contra mí, junto con una orden de detención en mi contra, para impedir que regresara al país.

Como Pedro creía en la justicia interamericana de los derechos humanos, debo decir que su creencia firme también me la transmitió a mí. Por ello, en la audiencia pública que se realizó ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos el día 3 de septiembre de 2013 expresé ante la Corte, al responder una pregunta que Pedro Nikken me formuló sobre qué consecuencia había tenido para mí este proceso, y sobre qué esperaba yo de la Corte en el caso, dije:

Este proceso me ha causado mucho, muchísimo daño, presentándome como traidor a mis propios principios democráticos que siempre he sostenido, forzándome al exilio que es una pena dolorosa y pesada –ya los romanos hablaban del exilio como la pena más terrible para el hombre público, la pena más terrible que podía sufrir ser alejado de su país–. Se destrozó mi proyecto de vida, vinculado desde mi época de estudiante a la vivencia del derecho, a la investigación del derecho al estudio del derecho, a la actividad profesional en mi país. He perdido la posibilidad de ejercer la actividad académica y la actividad profesional en mi propio país. Mi Escritorio de abogados ha sido estigmatizado. A falta de quitarme la libertad, que han intentado hacerlo, han tratado de destruirme moralmente. Han sido 8 largos años de injusticia. He sido condenado sin juicio ni proceso por los funcionarios, todos los funcionarios, empezando por el entonces Fiscal General de la República, destruyéndoseme la presunción de inocencia. He sido castigado ya con el exilio sin posibilidad de protección del Estado, de mi propio Estado, que me considera un enemigo y me persigue implacablemente por todo el mundo, inclusive tratando de utilizar a la Interpol que es solo para delitos comunes. Por supuesto, afortunadamente la Interpol rechazó la pretensión del Estado. He sido alejado y desplazado de mi familia, de mis amigos, de mi trabajo, de mi profesión, de la Academia, de mi entorno en general. Ha sido un daño incommensurable, no solo patrimonial –que aquí no se están buscando compensaciones dinerarias– sino básicamente un daño

moral que se me ha causado. He perdido buena parte de mi relación familiar, me perdí el crecimiento y desarrollo de mis hijos, y de mis nietos, a varios los dejé niños, en el Colegio, hoy son profesionales. Mi esposa ha sufrido terriblemente, inclusive, enfermedades graves a causa de esta persecución. Mi madre de 94 años, se que no quiere morir sin verme.

¿Que espero yo de esta Corte? Justicia, la Justicia que se me ha negado sistemáticamente en mi país. Soy abogado, ustedes lo saben, y se que mis defensores ejercieron absolutamente todos los recursos judiciales disponibles para que se hicieran justicia, entre ellos, el recurso de nulidad, que en Venezuela, el recurso de nulidad en materia penal es lo que se puede denominar un amparo penal, que se prevé en el Código de Procedimiento Penal, y es el único recurso para limpiar el proceso por razones de inconstitucionalidad, de violación de derechos constitucionales. Pero el resultado es que ha sido imposible obtener justicia y menos con jueces que no son imparciales; que no son independientes porque son dependientes del Poder, como tantos casos que han venido ante esta Corte, y esta Corte ya lo sabe.

Como profesor, entendí y expliqué durante mucho tiempo la lógica de la protección internacional de los derechos humanos sin imaginarme, por supuesto, que yo mismo estaría compelido a acudir a esta Corte y a la justicia internacional, como víctima, denunciando al Estado que me niega la justicia.

Hoy entiendo en carne propia, que mi última esperanza de encontrar justicia, es ante esta instancia internacional; la justicia que el Estado me ha negado despiadadamente, y por eso me pongo en manos de esta Corte, pidiendo amparo, pidiendo protección judicial, pidiendo justicia como ser humano que sufre esta persecución abusiva, masiva del Estado, a través todas sus instituciones, masacrando mis derechos y garantías constitucionales; pidiéndoles que hagan cesar este horror de esta persecución y dejen sin efecto esta persecución configurada en ese proceso penal viciado de raíz, que he sufrido en mi país.

VIII

El proceso ante la Corte Interamericana se desarrolló conforme a las normas procesales que lo guiaron, pero debiendo destacar la peculiaridad de que en el mismo, el Estado, en sus respuestas a las denuncias formuladas por nosotros sobre violación a mis derechos y garantías judiciales, nunca rebatió ni contradijo las mismas, limitándose a alegar la excepción de que supuestamente yo no había agotado los recursos internos antes de acudir a la justicia interamericana, lo cual era falso pues había intentado la solicitud de nulidad o amparo penal que nunca fue decidido. El Estado también alegó, aún más grave, que en la etapa en que se encontraba el juicio en Caracas cuando intentamos dicho amparo penal o nulidad absoluta de las actuaciones por violación de las garantías constitucionales, después de introducida la acusación, dichas garantías simplemente no existían. Pedro Nikken, en la misma audiencia pública ante la Corte, por ello, dijo en su Exposición final lo siguiente:

La verdad es que es un caso extraño, con una víctima inesperada. El Profesor Brewer Carías es el más prominente ius publicista de Venezuela, el jurista más prolífico de nuestra historia, el más emblemático portavoz del constitucionalismo democrático en Venezuela, y se encuentra acá, inesperadamente, como víctima del abuso de poder del Estado.

Ha sido víctima de un proceso penal fraguado para condenarlo por el delito que más puede ofender su trayectoria y su compromiso ético e intelectual, el que más lo expone al escarnio público y afecta su reputación como jurista y como hombre de bien: el de conspirar para destruir la Constitución por la vía armada. Ha sido víctima de una persecución que lo ha forzado al exilio, que vive alejado de su patria, de sus intereses intelectuales y profesionales, de sus hijos, de sus nietos, de su madre de más de 90 años, de quien hemos escuchado en esta audiencia de sus propios labios que no se quiere morir sin volver a verlo.

En este caso, el tener al Profesor Brewer como víctima, nos recuerda que los derechos humanos imponen un permanente ejercicio de humildad y de igualdad, los más débiles, los más pobres, los más desvalidos son, en general, los más vulnerables, pero los más destacados pueden ser y a menudo son los más perseguidos, especialmente cuando se dedican a criticar y a enfrentar el poder, especialmente cuando critican al poder ejercido con la arrogancia de quien se cree en la posesión absoluta de la verdad y que considera toda crítica y toda forma de disentir como un acto antinacional, de quien confunde los límites que al poder imponen el respeto de la dignidad humana como un atentado a la soberanía del Estado.

Por eso tenemos al Profesor Brewer ante esta Honorable Corte pidiéndole humildemente la justicia que su propio Estado le ha arrebatado en un proceso concebido y ejecutado para condenarlo y descalificarlo. Viene a pedir que le restauren sus derechos violados por el Estado venezolano, y que se reivindique su derecho a un juicio justo, que le devuelva la posibilidad de vivir como un ciudadano libre, en su propia patria.

En nuestros escritos ante esta Corte y en los documentos que hemos traído ante esta audiencia, hemos mostrado las numerosas violaciones al debido proceso, al derecho a la justicia, a la libertad de expresión, al derecho a la igualdad y a la no discriminación que han afectado los derechos del Prof. Brewer Carías.

Voy a resumir algunos de ellos, puesto que el tiempo que tengo para la exposición es limitado y la lista de violaciones es larga. Sin embargo, quiero destacar antes de comenzar esa breve esa síntesis que por cierto ya avanzó mi colega Juan Méndez, quiero destacar ante esta Corte lo siguiente.

En los escritos del Estado en sus presentaciones ante esta Corte no se ha contradicho ninguna de las denuncias que hemos formulado en cuanto a las violaciones de los derechos humanos del Profesor Brewer. Apenas se ha dicho que tuvo acceso al expediente pero reconociendo que era para copiarlo a mano y que una cosa es copiar y otra cosa tener acceso. Pero fuera de eso, nada ha sido desmentido. Las violaciones a la presunción de inocencia, el retardo injustificado en resolver los recursos internos, la discriminación en materia de amnistía, el falso y temerario infundio de haberle atribuido arbitrariamente la condición de magnicida frustrado; nada de eso ha sido contradicho, y curioso, lo único que invocan es que no se agotaron los recursos internos, y que no se agotaron los recursos internos en las condiciones que acaba de señalar el Prof. Faúndez.

¡No!, “Venga, y póngase a derecho,” es decir, permítame echarle el guante, encerrarlo, tenerlo preso, humillarlo, para entonces ver, si me digno a estudiar si se han violado sus derechos. Ese es el tratamiento indigno al que se somete al Prof. Brewer y al que lo somete incluso la estrategia procesal del Estado ante esta Corte, de limitarse a litigar, equivocadamente, por cierto, al agotamiento de los recursos internos y no desmentir las graves violaciones al debido proceso de las que ha sido víctima el Profesor Brewer Carías. Al contrario, en cierta forma esas violaciones se han agravado en estos estrados, en estos dos días que tenemos acá. De manera pues que yo quiero destacar ese punto, antes que nada.

Como lo expresaron los Jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, en su Voto Conjunto Negativo a la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela* del 26 de mayo de 2014 –lo único decente de la misma–, estando “de por medio el derecho a la libertad personal:

Pretender que el señor Brewer-Carías regrese a su país para perder su libertad y, en esas condiciones, defenderse personalmente en juicio, constituye un argumento incongruente y restrictivo del derecho de acceso a la justicia.

IX

Pedro Nikken, en su Exposición final ante la Corte Interamericana, continuó su análisis del caso, resumiendo sobre las violaciones denunciadas en el proceso, lo siguiente:

Lo primero, es el tema de las violaciones al debido proceso. El estado ha dicho en sus escritos, formalmente, y ha insinuado de alguna manera en esta audiencia, que el juicio no empieza, sino con la Audiencia Preliminar; que lo anterior es una preparación; que allí no hay proceso, y que allí no hay garantías judiciales; que eso no se aplica allí; que allí no hay propiamente interrogatorios sino entrevistas; que no hay pruebas, sino elementos de convicción como si fuera una cosa tan distinta; que no hay contradictorio; que la víctima, en definitiva, está en manos del Fiscal y sometida a su arbitrio, como en la era de la inquisición. [Y todo ello] cuando se trata, como se ha dicho aquí, de un Código garantista, que requiere el control de juez, y sobre todo, la limitación, la autolimitación del poder del fiscal, según los imperativos de los derechos y garantías constitucionales, y de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana y otros instrumentos internacionales.

Resulta que, además, la Constitución venezolana dice que el debido proceso, las reglas del debido proceso, se aplican a todo grado del proceso y de la investigación; como si faltara campo, para la duda, explícitamente, se incluye la investigación. Y resulta que aquí se ha dicho en los escritos que están en el expediente, que a la investigación no se aplican las reglas del debido proceso y que el juicio no empieza sino después; que en la investigación no hay proceso. Francamente, esto es absolutamente contradictorio con la Convención y con el constitucionalismo democrático. Mas grave, eso ya lo alegó al Estado en un caso de Venezuela ante esta Corte, y la Corte dijo en el caso *Barreto Leiva*: el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible, y solo culmina cuando finaliza el proceso incluyendo en su caso la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas, el artículo 8.2.b, a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que los desconoce, o a los que no se puede controlar. Claramente, sin duda, la fase de investigación está bajo la cobertura de las reglas del debido proceso. En esta fase, se han violado distintos derechos.

De lo anterior resulta que, entre los alegatos formulados por el Estado, Pedro Nikken, con su agudeza intelectual y con el conocimiento procesal único, pudo identificar la insólita afirmación de que, en el proceso penal, durante la etapa de investigación fiscal, simplemente no hay garantías judiciales protegibles, pudiendo las mismas ser violadas *ad libitum* por los agentes del Estado sin que hubiera posibilidad de solicitar protección internacional contra las mismas.

Ese argumento o monstruosidad jurídica, sin embargo, en definitiva, resultó ser la absurda base del razonamiento que montaría el ponente de la sentencia mencionada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso, Sr. Humberto Sierra Porto, para hacer que la mayoría, en la sentencia del caso de 26 de mayo de 2014, decidiera archivar el expediente sin decidir sobre las violaciones alegadas.

Para ello, la Corte decidió que como en la etapa de investigación penal no podían alegarse violaciones a las garantías constitucionales pues en criterio de la Corte en esa etapa no existían, entonces, para que yo pudiera acceder a la justicia internacional buscando protección a mis derechos, debía previamente lograr que el paródico proceso penal iniciado en mi contra, que estaba viciado *ab initio* y de raíz, y en el cual ya había sido condenado de antemano, sin juicio, por el Ministerio Público en violación de mi derecho a la defensa y a la presunción de inocencia; pasara de una supuesta “etapa temprana” en la cual se encontraba según la Corte, a alguna imprecisa y subsi-

guiente “etapa tardía” que nadie sabe cuál podría ser, pero eso sí, privado de libertad y sin garantía alguna del debido proceso, en un país donde simplemente no existe independencia y autonomía del Poder Judicial; y entonces en esa “etapa tardía” en unos lustros, si todavía subsistiesen las violaciones, entonces si podía acudir a buscar justicia ante la Corte Interamericana.

Ante ese gravísimo error en que incurrió la Corte Interamericana al afirmar que en un proceso penal, supuestamente habría la antes referida “etapa temprana” donde no habría garantías que pudieran ser violadas —cuando es bien sabido que es precisamente allí, en esa supuesta “etapa temprana” donde se cometen las más abyectas violaciones contra los derechos humanos, como ocurre por ejemplo con los casos de torturas—, los Jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura Robles, en su *Voto Conjunto Negativo* a la sentencia, destacaron que se trataba de un “nuevo concepto acuñado en la Sentencia y en la jurisprudencia”, que implica la absurda consecuencia de que si en la misma (como sería la etapa de investigación de un proceso penal) se han cometido violaciones a los derechos y garantías constitucionales, las mismas nunca podrían apreciarse ni juzgarse por el juez internacional, porque eventualmente podrían ser corregidas en el curso del proceso interno (se entiende, por supuesto, en un sistema donde funcione el Estado de derecho), así este esté viciado.

Ello, sin embargo, equivale a dejar sentada la doctrina de que en esa “etapa temprana” del proceso penal se podrían violar impunemente las garantías judiciales, y las víctimas lo que tienen que hacer es esperar *sine die*, incluso privadas de libertad y en condiciones inhumanas, para que un sistema judicial sometido al Poder, deliberadamente lento, termine de demoler todos los derechos y garantías, para entonces, después de varios años de prisión sin juicio, las víctimas puedan pretender tener oportunidad de acudir al ámbito internacional buscando justicia.

Como lo advirtieron los mismos Jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura Robles en su *Voto Conjunto Negativo*, en

la Sentencia se consideró que en este caso en el cual todavía se encuentra pendiente la audiencia preliminar y una decisión al menos de primera instancia, no era posible entrar a pronunciarse sobre la presunta vulneración de las garantías judiciales, debido a que todavía no habría certeza sobre cómo continuaría el proceso y si muchos de los alegatos presentados podrían ser subsanados a nivel interno,

considerando el *Voto Conjunto Negativo* que, con ello, la Corte Interamericana:

contradice la línea jurisprudencial del propio Tribunal Interamericano en sus más de veintiséis años de jurisdicción contenciosa, desde su primera resolución en la temática de agotamiento de los recursos internos como es el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, creando así un preocupante precedente contrario a su misma jurisprudencia y al derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano.

Por ello, los Jueces Ferrer Mac Gregor y Ventura Robles en su *Voto Conjunto Negativo* insistieron en este grave error de la sentencia de la Corte de establecer esta “nueva teoría” de la “etapa temprana” de un proceso, que:

representa un retroceso que afecta al sistema interamericano en su integralidad, en cuanto a los asuntos ante la Comisión Interamericana y casos pendientes por resolver por la Corte, toda vez que tiene consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Aceptar que en las “etapas tempranas” del procedimiento no puede determinarse alguna violación (porque eventualmente puedan ser remediadas en etapas posteriores) crea un precedente que implicaría graduar la gravedad de las violaciones atendiendo a la etapa del procedimiento en la que se encuentre; más aún, cuando es el pro-

pio Estado el que ha causado que no se hayan agotado los recursos internos en el presente caso, dado que ni siquiera dio trámite a los recursos de nulidad de actuaciones –de 4 y 8 de noviembre de 2005– por violación a derechos fundamentales.

Todo ello llevó a los Jueces disidentes en su *Voto Conjunto Negativo* a concluir que la utilización por la sentencia, como uno de sus argumentos centrales, de “la artificiosa teoría,” –así la califican–:

de la “etapa temprana” del proceso, para no entrar al análisis de las presuntas violaciones a los derechos humanos protegidos por el Pacto de San José, constituye un claro retroceso en la jurisprudencia histórica de esta Corte, pudiendo producir el precedente que se está creando consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia; derecho fundamental de gran trascendencia para el sistema interamericano en su integralidad, al constituir en sí mismo una garantía de los demás derechos de la Convención Americana en detrimento del efecto útil de dicho instrumento.

Con esta sentencia, en definitiva, la mayoría sentenciadora de la Corte Interamericana, al pensar que el viciado proceso penal seguido en mi contra como instrumento de persecución política podía avanzar y salir de la “etapa temprana” en la que en criterio de la Corte se encontraba, y creer que el Estado, con el Poder Judicial como estaba, podía sin embargo corregir los vicios denunciados, lo que resolvió en definitiva, fue darle un aval a la situación y el funcionamiento del Poder Judicial en Venezuela, considerándolo apropiado para impartir justicia, para que el juicio “avanzase” a “etapas tardías,” precisamente todo lo contrario de lo denunciado. Ello, además, constituye un vicio de inmotivación que hace nula la sentencia.

La sentencia, por tanto, cambió de raíz su jurisprudencia de un cuarto de siglo de tradición en materia de la excepción del agotamiento de recursos internos, en el sentido lógico de que cuando se demanda al Estado por violaciones del debido proceso y de las demás garantías judiciales (derechos a un juez independiente, a la defensa, a la presunción de inocencia, a la protección judicial), la Corte no puede resolver aisladamente la excepción preliminar de supuesta falta de agotamiento de recursos internos, sin examinar y decidir necesariamente el fondo de las violaciones mencionadas, como por ejemplo, la ausencia de independencia y autonomía del Poder Judicial. Lo contrario sería, avalar sin motivación a un Poder Judicial que no es independiente ni autónomo, y obligar a la víctima a someterse a mayores violaciones de sus garantías judiciales, e incluso de su libertad y seguridad personales, para luego quizás poder acudir a la justicia internacional, que es lo que se ha pretendido en mi caso.

Resultando de todo ello, en definitiva, que lo que resolvió la Corte Interamericana fue, ni más ni menos, que yo debía regresar a Venezuela a entregarme a mis perseguidores, para que me privasen de mi libertad, y sin garantías judiciales algunas, tratara de seguir, desde la cárcel, un proceso judicial que está viciado desde el inicio; y si después de varios años, quizás pudiera tener la suerte de que el proceso “avanzara” y las violaciones a mis derechos se agravasen, entonces, si aún contaba con vida, o desde la ultratumba, podía regresar ante la Corte Interamericana a denunciar los mismos vicios, que con su sentencia la Corte se negó a conocer.

X

Sobre el otro alegato del Estado, de que supuestamente yo no había agotado los recursos internos, Pedro Nikken estaba sobreseguro de su improcedencia, no solo porque sabía que efectivamente yo sí había agotado el único recurso del cual disponía una vez intentada una acusación penal ante el Juez de la causa, que es la solicitud de nulidad o amparo penal por violaciones a las garantías constitucionales que

regula el Código Orgánico Procesal penal, sino porque como autor de la Ponencia de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras (1987)*, bien sabía que en mi caso la regla del previo agotamiento de los recursos internos no era aplicable, por no existir el debido proceso legal, por no haber tenido yo acceso a ningún recurso realmente efectivo, y por la demora injustificada de resolver la nulidad o amparo penal solicitado que fue el único disponible y teóricamente efectivo existente al momento de iniciarse la etapa intermedia, nunca se decidió. Como lo ha dicho la Corte Interamericana en la sentencia del caso citado, en semejante situación:

acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto.

En otros términos, como lo advirtió Pedro Nikken y los otros abogados en sus alegatos ante la Corte al destacar la sentencia citada:

...cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no solo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo.

Sin embargo, para asombro de todos y gran desilusión de Pedro Nikken y de todos los abogados que me representaban, la Corte Interamericana en su sentencia citada del caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela* de 26 de mayo de 2014, admitió la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos opuesta por el Estado, y así evadió conocer y decidir sobre mis denuncias de violación de mis derechos humanos, violado mi derecho de acceso a la Justicia internacional, y protegiendo en cambio, al Estado, con lo cual renunció a las obligaciones convencionales que tenía de juzgar sobre la masiva violación de mis derechos y garantías.

Para ello, como se dijo, abandonó la más tradicional de su jurisprudencia sentada desde el citado caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, (1987)* que le imponía la obligación de entrar a conocer del fondo de la causa cuando las denuncias formuladas contra un Estado son de violaciones a las garantías judiciales, como la violación a los derechos al debido proceso, a un juez independiente e imparcial, a la defensa, a la presunción de inocencia, y a la protección judicial. En esos casos, no se puede decidir la excepción de falta de agotamiento de recursos internos sin entrar a decidir si el Poder Judicial efectivamente es confiable, idóneo y efectivo para la protección judicial.

Para decidir, sin embargo, la Corte se excusó, sin razón jurídica alguna, y de la manera más inconcebible, recurriendo al argumento de que en este caso, antes de que yo pudiese pretender acudir ante la jurisdicción internacional para buscar la protección que nunca pude obtener en mi país, yo debía haber supuestamente “agotado” recursos internos en Venezuela, ignorando que mis abogados defensores León Henrique Cottin y Rafael Odreman había agotado en noviembre de 2005, el único recurso disponible y oportuno que tuve al comenzar la etapa intermedia del proceso penal, que fue la solicitud de nulidad absoluta de lo actuado por violación masiva de mis derechos y garantías constitucionales, o amparo penal; recurso que nunca fue decidido por el juez de la causa, violando a la vez mi derecho a la protección judicial.

Sobre el alegato de que supuestamente yo no había agotado los recursos internos antes de acudir a la justicia internacional, que por ignorancia o presión política fue

acogido por la sentencia de la Corte Interamericana, los distinguidos jueces Eduardo Ferrer Mac Gregor y Manuel Ventura Robles en su Voto Conjunto Negativo a la sentencia, –que como he dicho fue lo único decente de la misma–, le llamaron la atención a la mayoría sentenciadora, entre otros aspectos fundamentales, sobre el hecho de que

en el presente caso, los representantes del señor Brewer-Carías utilizaron los medios de impugnación previstos en la legislación venezolana –recursos de nulidad absoluta– para poder garantizar sus derechos fundamentales en el procedimiento penal;

indicando además que el Estado

ni siquiera dio trámite a los recursos de nulidad de actuaciones –de 4 y 8 de noviembre de 2005– por violación a derechos fundamentales .

Sobre este aspecto de la sentencia de la Corte Interamericana, incluso, en 2016, el destacado profesor recientemente fallecido, Héctor Fix Zamudio expresó que:

los recursos de nulidad formulados por el profesor Brewer-Carías ante el tribunal de la causa fueron presentados el 4 y 8 de noviembre de 2005, es decir, bastantes años atrás, y los mismos no fueron tramitados y menos resueltos por dicho tribunal, por lo que se incurrió en un retraso excesivo en la tramitación del proceso, lo que no fue tomado en cuenta por la mayoría de los jueces de la Corte Interamericana, que consideraron que dicho retraso no era imputable al Estado;

agregando:

Por ello me duele que la Corte Interamericana haya sido incapaz de hacer justicia a uno de sus juristas más distinguidos, a quien un gobierno arbitrario y autoritario ha perseguido injustamente y obligado a defender precariamente sus derechos desde el exilio.

Y todo ello, en un proceso que se había extinguido legalmente desde diciembre de 2007, luego de que se dictó la Ley de Amnistía que despenalizó los hechos por los que se me había acusado, habiéndose extinguido en consecuencia el proceso penal para todos los imputados. Sin embargo, como yo reclamé justicia ante la justicia internacional, Corte Interamericana no solo me la negó, sino que en Venezuela, por ello, se me “castigó” de manera tal que la extinción del proceso penal operó para todos, excepto para mí, por haber clamado por justicia.

La Corte Interamericana, con su sentencia, en definitiva, demostró una comprensión extrema del sistema venezolano de protección constitucional de los derechos humanos mediante el amparo o tutela constitucional, que en el país es un derecho constitucional (el derecho a ser amparado) y no solo una acción o recurso, desconociendo la solicitud de amparo penal que se había ejercido, llegando incluso a afirmar que si se formula un amparo o tutela con petición de nulidad absoluta, mediante un escrito extenso, que en ese caso tenía 532 páginas, entonces según el criterio de la mayoría de los Jueces de la Corte Interamericana, bajo la Ponencia del Juez Sierra Porto, el amparo deja de ser una petición de amparo, porque en su miopie criterio, por su “extensión,” no podría resolverse perentoriamente. Por ello, con razón, en el Voto Conjunto Negativo de los Jueces Eduardo Ferrer Mac Gregor y Manuel Ventura Robles se advirtió la incongruencia de la sentencia indicándose que:

a pesar de la complejidad de los alegatos de ambas partes sobre el momento procesal en que debe resolverse, en la Sentencia se entra posteriormente a definir un aspecto polémico, entre otros argumentos, dejando ver que un recurso de 523 páginas no podía resolverse en 3 días, como si la extensión del recurso sea lo que determina el momento procesal en que se debe resolver.

Pero lo más lamentable de la decisión de la Corte, fue que en mi caso, cambiando su justa y tradicional jurisprudencia histórica, lo que hizo fue proteger a un Estado que despreció sus sentencias, cercenándome el acceso a la justicia que había acudido a buscar ante ella, ya que no la podía obtener en mi país.

XI

Con esta sentencia de la Corte Interamericana, en todo caso, lamentablemente se inició una nueva etapa en el ámbito del sistema interamericano de protección a los derechos humanos.

Y en la misma forma como Pedro Nikken preguntó en la audiencia pública realizada ante la Corte Interamericana, “¿Qué pasa con Brewer? ¿Por qué a Brewer? yo me he preguntado ¿Qué pasó con la Corte Interamericana? ¿Por qué la Corte?

Y no hay otra respuesta a esas preguntas que no sea constatar cómo por debilidad, la mayoría se dejó presionar políticamente por el Estado venezolano que controlaba los votos para la elección de los jueces en la Asamblea de la OEA, y que se había dado el lujo de denunciar la propia Convención, entre otros motivos, por el hecho de haberse admitido la demanda que Pedro Nikken y otros destacados abogados habían presentado en mi representación contra el Estado.; y en medio de esas presiones, afloraron intereses personales de algunos jueces que privaron sobre la justicia.

Como lo destacó Pedro Nikken en su discurso en el Circulo de Bellas Artes el 13 de noviembre de 2019 al referirse a los distinguidos abogados que lo acompañaron en el proceso en mi defensa ante la Corte Interamericana y a los Jueces que emitieron su Voto Conjunto negativo a la sentencia, dijo de ellos:

Moralmente su criterio avasalla lo decidido por jueces condicionados por la aspiración de uno de ellos a la Secretaría general de la OEA.

Se refirió Pedro, efectivamente, a la situación que ya se estaba viviendo en la Corte Interamericana para cuando se dictó la sentencia en el caso *Allan Brewer-Crías vs. Venezuela*, de uno de los jueces, el Sr. García Sayán quien, sin dejar de ser Juez, ya tenía varios meses de campaña política para lograr concretar dicha candidatura a la Secretaría General de la OEA. Ello se comenzó a apreciar abiertamente en el seno de la propia Corte con la solicitud que formuló el 21 de agosto de 2014, solicitando “su excusa de participar, mientras sea candidato, de las actividades de la Corte”. La solicitud fue aceptada de inmediato y convenientemente por el Presidente Sierra Porto, sin someter el asunto al Pleno de la Corte, indicando que valoraba “la iniciativa del juez García-Sayán de apartarse de todas las actividades de la Corte mientras sea candidato a la Secretaría General de la OEA,” considerando que “con su generosa actitud, se propician las condiciones para el adecuado funcionamiento del Tribunal,” pero desconociendo que el tema era de incompatibilidad y no de excusa.

Todo este asunto se aprecia de lo que expusieron los Jueces Vio Grossi y Ventura Robles en la “Constancia de Disidencia” que consignaron, cuestionando la excusa dada por el Presidente Sierra Porto, de espaldas al Pleno de la Corte, para que el Juez García Sayán, sin dejar de ser Juez, siguiera realizando actividades políticas en busca de compromisos y apoyos de los Estados que la propia Corte debía juzgar, para que votasen por su candidatura a la Secretaría General de la OEA.

Por otra parte, no puedo dejar de mencionar que el Estado, luego de haber declarado como inejecutables varias sentencias de la Corte, se escapó del ámbito de su jurisdicción, denunciando en 2012 la Convención Interamericana sobre Derechos

Humanos, alegando, entre otros argumentos, precisamente, que en la Corte existía y estaba pendiente de decisión el caso *Brewer-Cariás vs. Venezuela* que la Comisión Interamericana le había sometido.

En la comunicación de denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita por el entonces Canciller de Hugo Chávez, Nicolás Maduro de 6 de septiembre de 2012, en efecto, mientras la Corte conocía de los últimos detalles de la sentencia en mi caso, el gobierno de Venezuela acusó directamente a la Comisión y a la Corte Interamericanas de ser instituciones “secuestradas por un pequeño grupo .de burócratas, desaprensivos” que habían impedido las reformas necesarias al “llamado” Sistema Interamericano, y que se habían convertido en “arma política arrojadiza destinada a minar la estabilidad” del país, “adoptando una línea de acción injerencista en los asuntos internos” del gobierno. Esos funcionarios de la Comisión y Jueces de la Corte, según afirmó el Canciller, desconocían el contenido y disposiciones de la Convención que se denunciaba, particularmente la exigencia de que para hacer precedente la actuación de dichos órganos, era necesario “el agotamiento de los recursos internos del Estado” lo que a juicio del Estado, constituía “un desconocimiento al orden institucional y jurídico interno, de cada uno de los Estados”. Todo ello, para el Canciller, se había constituido “como un ejercicio de violación flagrante y sistemática” de la Convención, lo que indicó se evidenciaba “en los casos que detalladamente exponemos en el anexo de la presente Nota” considerados como instrumentos para el “apuntalamiento de la campaña internacional de desprestigio” contra Venezuela.

XII

El Canciller, sin embargo, anticipándose a la Nota explicativa. en el mismo texto de su comunicación de denuncia de la Convención, hizo referencia a varios casos ya decididos por la Corte (*Caso Ríos, Perozo y otros contra Venezuela, Caso Leopoldo López contra Venezuela, Caso Usón Ramírez contra Venezuela, Caso Raúl Díaz Peña contra Venezuela*), y lo que es más grave por la presión indebida que significó, hizo referencia a un caso que entonces aún no estaba decidido y que estaba ya bajo el conocimiento de la Corte Interamericana, que fue precisamente el *Caso Allan R. Brewer-Cariás contra Venezuela*.

Sobre este caso, que era el mío, el Canciller le explicó al Secretario General de la OEA, que el mismo había sido “admitido por la Comisión sin que el denunciante hubiera agotado los recursos internos, violando lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Convención e instando al Estado venezolano “adoptar medidas para asegurar la independencia del poder judicial”. Agregó el Canciller en su comunicación, que este comportamiento irregular de la Comisión, que absurdamente denunció como injustificadamente favorable Brewer-Cariás “produjo de hecho, desde la sola admisión de la causa, el apuntalamiento de la campaña internacional de desprestigio contra la República Bolivariana de Venezuela, acusándole de persecución política”.

Mayor presión política sobre los jueces de la Corte Interamericana, los que estaban y los recién nombrados en junio de ese mismo año y que comenzarían a ejercer sus funciones tres meses después en enero de 2013 ciertamente no podía concebirse, sobre todo cuando se trataba de un caso que ya estaba en conocimiento de la Corte, que no había sido decidido, cuya sola admisión según el Canciller habría sido el “apuntalamiento” de la supuesta “campaña internacional de desprestigio” contra Venezuela.

En la Nota anexa a la comunicación de denuncia de la Convención, además, el Canciller Maduro fue aún más explícito en cuanto a la campaña de presión política que con la misma el Estado estaba ejerciendo contra la Corte en relación con mi caso

aún no decidido, que provocaba precisamente el retiro de Venezuela, donde se indicó lo que sigue:

Caso Allan Brewer-Carías contra Venezuela. El 8 de septiembre de 2009, la Comisión admitió la petición hecha el 24 de enero de 2007 por un grupo de abogados [Se refería el Estado a los distinguidos profesores Pedro Nikken, Claudio Grossman, Juan E. Méndez, Douglas Cassel, Helio Bicudo y Héctor Faúndez Ledezma.], en la cual se alegaba que los tribunales venezolanos eran responsables de la “persecución política del constitucionalista Allan R. Brewer-Carías en el contexto de un proceso judicial en su contra por el delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución”, en el contexto de los hechos ocurridos entre el 11 y el 13 de abril de 2002.

Cabe destacar que al mencionado señor Brewer-Carías se le sigue juicio en Venezuela por su participación en el golpe de Estado de abril de 2002, por ser redactor del decreto mediante el cual se instalaba un Presidente de facto, se abolía la Constitución Nacional, se cambiaba el nombre de la República, se desconocían todas las instituciones del Estado; se destituían a todos los miembros y representantes de los Poderes Públicos, entre otros elementos.

Al admitir la petición, la CIDH instó al Estado venezolano a “Adoptar medidas para asegurar la independencia del poder judicial” con lo cual prejujudgaba que dicha independencia no existía.

El 7 de marzo de 2012, la Comisión informo al Estado venezolano que el caso sería llevado a la Corte, a pesar de que no se habían agotado los recursos internos. Este ejemplo es más grave, debido a que el juicio penal contra Allan Brewer no se ha podido llevar a cabo en Venezuela, en virtud de que nuestra legislación procesal penal no permite que el juicio pueda realizarse en ausencia del imputado, y es el caso que el imputado Brewer Carías huyó del país, como se conoce públicamente encontrándose prófugo de la justicia hasta la fecha.

Aparte de que yo no participé en conspiración alguna, ni redacté decreto alguno y no me fugué en forma alguna, y de que el proceso que el Estado había iniciado en mi contra estaba extinguido desde diciembre de 2007 por una Ley de Amnistía sobre los hechos ocurridos entre el 11 y 13 de abril de 2002, lo que no se percató el Canciller de Venezuela, al acusar a la Comisión de haber prejujudgado sobre la inexistencia de independencia judicial en Venezuela, cuando instó al Estado al admitir la denuncia para que adoptara las medidas necesarias “para asegurar la independencia del poder judicial;” es que el propio Estado, en esta comunicación dirigida a la Corte Interamericana en relación con un caso pendiente de decisión, prejujudgó sobre los hechos que originaron la persecución política y me dio por culpable de lo que injustamente se me acusó, violándoseme de nuevo mi derecho a la presunción de inocencia.

Pero en realidad ese hecho, para el Estado era irrelevante, pues de lo que se trataba era de presionar políticamente a los jueces de la Corte Interamericana, a quienes había acusado reiteradamente en la misiva por el “pervertido ejercicio” en sus funciones, y de advertirles, sobre todo a los jueces recién electos con los votos controlados por Venezuela, de lo “importante” y “grave” que era el caso Brewer-Carías, y particularmente, el tema del agotamiento de los recursos internos.

XIII

Pues bien, lo cierto fue que la Corte Interamericana, unos meses después de que la denuncia de la Convención por Venezuela comenzara a surtir efectos (septiembre de 2013), desconociendo su propia jurisprudencia (y el ordenamiento constitucional venezolano en materia de amparo constitucional), el día 26 de mayo de 2014 dictó la mencionada sentencia en el *Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, que fue la n° 277 emitida con el voto favorable de los Jueces Humberto Antonio Sierra Porto (Colombia), Presidente y Ponente; Roberto F. Caldas (Brasil), Diego García-Sayán

(Perú) y Alberto Pérez Pérez (Uruguay), ordenando el archivo del expediente, sin decidir nada sobre ‘los méritos del caso, salvo su inadmisibilidad pues supuestamente yo no había agotado los recursos internos, negando su derecho de acceso a la justicia internacional y protegiendo una tremenda arbitrariedad del Estado autoritario.

La sentencia se emitió con el ya destacado Voto Conjunto Negativo de los Jueces Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México). El Juez Eduardo Vio Grossi (Chile), el 11 de julio de 2012, apenas el caso se presentó ante la Corte, muy honorablemente se excusó de participar en el mismo conforme a los artículos 19.2 del Estatuto y 21 del Reglamento, ambos de la Corte Interamericana, recordando que en la década de los ochenta se había desempeñado como investigador en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, cuando yo era Director del mismo, precisando que aunque ello había acontecido hacía ya bastante tiempo, “no desearía que ese hecho pudiese provocar, si participase en este caso en cuestión, alguna duda, por mínima que fuese, acerca de la imparcialidad”, tanto suya “como muy especialmente de la Corte”. La excusa le fue aceptada por el Presidente de la Corte el 7 de septiembre de 2012, después de consultar con los demás Jueces, estimando razonable acceder a lo solicitado.

Cuando salió la sentencia, en el libro contentivo del largo comentario crítico que escribí sobre la misma, ante la denegación de justicia que la misma significó, barriendo la confianza que teníamos en la justicia internacional, señalé que no pasaría “mucho tiempo sin que llegemos a comprender realmente lo sucedido”.

Y así fue, al poco tiempo para mí quedó claro que lo que había sucedido había sido lo más simple en el campo de las relaciones internacionales, pero a la vez lo más lamentable, y era que los votos de la mayoría de los Jueces en el caso estaban comprometidos. Los Jueces había sido electos con el apoyo directo del gobierno de Hugo Chávez y de su sucesor Nicolás Maduro, y en este caso, que se consideraba emblemático porque en el mismo se trataba precisamente de juzgar la actuación de los agentes del Estado precisamente durante ese gobierno, éste ejerció toda la presión política directa necesaria para que la Corte simplemente no condenara al Estado.

Era una realidad y no ya un secreto a voces, que Chávez durante su gobierno logró controlar políticamente la mayoría de los votos en la Asamblea General de la OEA, al punto de que por ejemplo, el ex canciller del Perú, **Luis Gonzalo Posada, en marzo de 2014**, dos meses antes de que se dictase la sentencia del caso, dijo de la Corte Interamericana que se trataba de “una institución controlada a través de la influencia petrolera”, y el “padrinazgo” de países que protegían el “modelo político autoritario”, en la cual ningún “tema sustantivo para los países americanos” podía “tratarse si no se tiene el beneplácito de Venezuela, quien es el que gobierna esta institución desde hace muchos años”.

Y ello explica la designación del Juez Caldas en 2013, propuesto por el gobierno de Dilma Rouseff de Brasil, aliado a proyecto de Chávez; la designación del Juez Pérez Pérez en 2010, propuesto por el gobierno de José Mujica de Uruguay, también aliado al proyecto de Chávez; y la designación del Juez Sierra Porto en 2013, propuesto por el gobierno de Juan Manuel Santos de Colombia, quien desde 2010 calificó a Chávez como su “nuevo mejor amigo,” de manera que el Juez Sierra Porto en su campaña personal por la candidatura para ser designado juez de la Corte Interamericana comentó entre colegas en Bogotá, con gran satisfacción, que el primer voto que había comprometido para su elección había sido el de Hugo Chávez, con lo que tenía asegurada la misma.

Por supuesto, el voto de los Estados para designar a los Jueces, de por sí no los compromete con las políticas de los Estados pues los Jueces son por principio autó-

nomos e independiente. Y ello en efecto es así, hasta que llega la hora de la verdad, y en este caso llegó: estando el voto de esos tres Estados en la OEA controlado por Chávez, ante la presión abierta que su gobierno estaba haciendo sobre la Corte a raíz de la denuncia de la Convención Americana en 2012, entre otras causas por estar conociendo la Corte el caso *Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela*, resultaba inconcebible que esos jueces fueran a votar para proteger mis derechos condenando al Estado Venezolano bajo el régimen de Chávez.

Al voto de esos tres jueces se sumó el cuarto voto para hacer mayoría, y ese fue el voto del Juez García Sayán, cuya designación en 2008 se debió a la propuesta del gobierno de Alan García del Perú, pero en este caso no porque Chávez controlara el voto de ese Estado en la OEA, sino por su interés personal pues en ese momento en el cual se estaba discutiendo la sentencia estaba aspirando a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Él lo había anunciado desde 2013, lo que le requería cortejar a los electores, que eran precisamente los Estados a los que los jueces están llamados a juzgar, para buscar sus votos. En ese marco y en ese entonces, no hay duda que lo primero que tuvo que hacer el Juez García Sayán fue buscar el apoyo del gobierno de Hugo Chávez que controlaba la votación en la Asamblea de la OEA.

Lo insólito en el caso fue que para lograr su cometido de ser juez-candidato o candidato-juez a ese alto cargo político internacional, sin separarse de su cargo de Juez, el juez García Sayán logró que el Juez Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente de la Corte, lo autorizase a proceder a realizar todas las actividades políticas necesarias para promover su candidatura, totalmente incompatibles con el cargo de Juez, lo que le exigía por el control de votos antes mencionado, sin duda, que cortejara al Estado venezolano. Y así fue entonces que el Juez García Sayán al fin, el 16 de agosto de 2014, hizo pública su aspiración, que era un secreto a voces desde meses antes, continuando con su afán de buscar los votos de los Estados para que lo apoyasen y eligieran.

Esta decisión del Presidente Juez Sierra Porto, adoptada de espaldas a la Corte, motivó que los Jueces Eduardo Vio Grossi y Manuel Ventura consignaran y publicaran el 21 de agosto de 2014, una “Constancia de Disentimiento” cuestionando la decisión del Presidente Juez Sierra Porto, y solicitando que por “la trascendencia del asunto para el desarrollo de la propia Corte”, quedase registrada en sus archivos “su disconformidad”, tanto con la solicitud formulada por el Juez García Sayán, para que mientras fuese candidato a la Secretaría General de la OEA se le excusase “de participar en la deliberación e las sentencias u otras decisiones relativas a casos contenciosos, supervisión de cumplimiento de sentencias o medidas provisionales sobre las que la Corte tenga que pronunciarse;” como con lo resuelto unilateralmente por el Presidente de la Corte, Juez Sierra Porto aceptando la mencionada excusa.

Era evidente que el Juez García Sayán no podía pretender seguir ejerciendo su cargo como Juez de la Corte Interamericana y además, simultáneamente, seguir de Juez con una “excusa” para realizar la gestión política de compromisos internacionales buscando apoyos y votos de los Estados Partes en los procesos ante la Corte Interamericana, en particular de Venezuela y sus aliados, los cuales son los sujetos a ser juzgados por la propia Corte. Al contrario, lo que debió haber hecho el Juez García Sayán era haber renunciado antes a su cargo, para dedicarse de lleno a la actividad política que demandaba su postulación como candidato a la Secretaría General de la OEA, como bien lo indicaron los Jueces Vio Grossi y Ventura Robles, en su “Constancia de Disentimiento”, y conforme a lo que está previsto en el artículo 21.1 del Estatuto del Corte, lo cual sin embargo no hizo. Por ello, la propia conclusión de los jueces Ventura Robles y Vio Grossi, fue que: “es a todas luces evidente que la ‘activi-

dad' consistente en la candidatura a la Secretaría General de la OEA, no solo puede en la práctica impedir el ejercicio del cargo de juez de la Corte, sino que también puede afectar la '*independencia*', '*imparcialidad*', '*dignidad*' o '*prestigio*' con que necesariamente debe ser percibido dicho ejercicio por quienes comparecen ante la Corte demandando Justicia en materia de derechos humanos”.

Y todo lo anterior ocurrió en la víspera de la emisión de la sentencia en mi caso Allan R. *Brewer-Cariás vs. Venezuela* en mayo de 2014.

XIV

Lo anterior, sin duda, afectó la legitimidad de algunos jueces de la Corte Interamericana, tal como lo explicó uno de sus más distinguidos jueces, el Juez Manuel Ventura Robles, al referirse al giro apreciado en las decisiones de la Corte en noviembre de 2013, en el caso *Mémoli contra Argentina* en materia de violación derecho a la libertad de expresión (decidiendo al contrario de lo que la misma Corte venía de decidir en el caso *Kimel contra Argentina*), en el cual los dos jueces que votaron contra la violación a la libertad de expresión fueron precisamente el Presidente, juez Diego García Sayán, y los jueces Alberto Pérez Pérez, Roberto F. Caldas y Humberto Sierra Porto, agregando el juez Ventura que:

Como si eso fuera poco, ese mes se produjo la votación para elegir nuevo Presidente y Vicepresidente de la Corte. Por precedencia y compromiso de votos se esperaba elegir a los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Vio Grossi, respectivamente. La sorpresa fue que el mismo grupo que había votado en contra de la violación a la libertad de expresión en el caso *Mémoli* se unió y eligieron Presidente a Humberto Sierra Porto y a Roberto F. Caldas como Vicepresidente. Estos dos jueces tenían únicamente 9 meses de integrar el Tribunal y con esto se rompió la tradición de los tribunales internacionales de elegir a los jueces más antiguos y experimentados. Se sospechó desde un inicio una maniobra por parte del entonces Presidente de la Corte de quien se rumoraba que quería ser candidato a la Secretaría General de la OEA.

Y precisamente, como el mismo Juez Ventura lo afirmó, no hubo que esperar mucho tiempo para que se confirmaran la sospecha y los hechos, al dictarse el 26 de mayo de 2014, precisamente,

la sentencia en el *Caso Allan R. Brewer Cariás vs. Venezuela*, en que se puso en evidencia que el mismo grupo de cuatro jueces que habían votado favorablemente el caso *Mémoli contra Argentina*, hicieron mayoría para que no se condenara a Venezuela en el citado caso. Los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor votaron en contra y emitieron un voto disidente contra la sentencia emitida por la Corte. El juez Vio Grossi se excusó de conocer el caso por haber trabajado como exiliado en Venezuela en la Universidad Central de Caracas bajo la dirección del Profesor Brewer Cariás.

Adicionalmente, sobre la resolución antes mencionada del entonces Presidente de la Corte, Humberto Antonio Sierra Porto de 21 de agosto de 2014 aceptando la excusa planteada por el entonces juez Diego García Sayán, para sin dejar de ser Juez siguiera en el proceso de su candidatura a la Secretaría General de la OEA, el Juez Ventura, además de referirse a la Constancia de Disentimiento antes mencionada que presentó junto con el Juez Vio Grossi, la consideró absolutamente improcedente, lo que ratificó en la carta del 20 de agosto de 2014, que el mismo juez Ventura Robles le dirigió al Presidente al considerar que “la situación en que se encuentra el Juez García Sayán, debido a que es candidato a la Secretaría General de la OEA, es un asunto de clara incompatibilidad con el cargo de Juez de la Corte Interamericana”.

Concluyó el juez Ventura Robles sus comentarios, refiriéndose a lo que consideró como una de “las últimas consecuencias de la deslegitimación de la Corte” el hecho de que:

la presencia en la Presidencia de la Corte actualmente [2016] del juez Roberto Caldas, miembro del grupo de jueces que con su voto se sumó a los casos *Mémoli y Brewer Carías* y que apoyó el permiso para ser candidato a Secretario General de la OEA al juez García Sayán, acaba de producir un hecho que afectó la legitimidad de la Corte, durante el proceso que llevó a juicio político a Dilma Rousseff, Presidenta del Brasil. Lo anterior en virtud de declaraciones públicas hechas siendo Presidente de la Corte, en contra del mencionado proceso, las que la prensa atribuyó a la Corte como posición de la misma sobre este tema. Cabe aclarar que el juez Roberto Caldas fue propuesto como candidato a juez de la Corte Interamericana, por el gobierno de la Presidenta del Brasil, Dilma Rousseff. Hechos como este, en mi entendimiento, afectan la imparcialidad del juez y la imagen de la Corte, por la cual no pudo participar en la absolución de la opinión consultiva solicitada por el Secretario General de la OEA sobre la materia.

Luego, en 2018, el Juez Calas renunciaría al cargo de Juez por acusaciones en su contra por violencia de género.

XV

Por toda esa situación, evidenciada por uno de los jueces miembros de la Corte Interamericana durante el curso del proceso en el cual se decidió el caso *Allan Brewer-Carías vs. Venezuela*, que atentaba contra la credibilidad de la Corte, y además por la presión que Venezuela había estado ejerciendo ante la propia Corte, resultaba más que evidente que en dicho caso poder esperar justicia —a pesar de que en ello efectivamente creíamos—, no era más que una vana ilusión, lo que quedó evidenciado con la propia sentencia, dictada en el caso unos meses antes de esos eventos, y durante el tiempo en el cual la aspiración a la candidatura de parte del Juez García Sayán a la Secretaria General de la OEA era ya bien conocida.

Con la sentencia, en todo caso, no obtuvimos la justicia que buscábamos y que, a pesar de todas las sospechas derivadas de la presión política, sin embargo, esperábamos.

Para ello, la Corte Interamericana se fue por la vía más fácil, que fue renunciar a entrar siquiera a considerar las denuncias formuladas, escudándose en una excepción, mal argumentada; es decir, optó por sacrificar la justicia y su deber de proteger a las víctimas, dando prioridad a la formalidad para proteger al Estado denunciado, abandonando su propia jurisprudencia, ignorando el sistema venezolano de amparo constitucional, y protegiendo en particular a un Estado renuente en aceptar incluso someterse a la justicia, y que despreció la impartida por la propia Corte Interamericana, y a la vez, negándome mi derecho de acceso a la justicia.

En todo caso, debo mencionar que al concluir la audiencia pública ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en septiembre de 2013, en el proceso magistralmente conducido por mi abogado, socio y entrañable amigo Pedro Nikken, a quien se dedica esta obra colectiva, después de haber tenido la oportunidad por primera vez en ocho años de exponer mi caso ante un tribunal, al reunirme con todos los abogados y expertos que Pedro lideró y que nos acompañaron en San José, les expresé de viva voz que, en este caso, en mi búsqueda por obtener justicia yo, personalmente, con lo que había presenciado ante la Corte, me daba por satisfecho.

Sentí que con la realización de la audiencia pública, donde se ventilaron todos los agravios y violaciones a mis derechos, y donde los testigos del Estado las reconocieron, había habido justicia, no solo por el privilegio que tuve de haber tenido como abogados y representantes al formidable equipo de juristas que actuó ante la Corte y ante los tribunales venezolanos, que creyeron en el caso, sino con el resultado mismo de la audiencia, en la cual participaron excelentes expertos y testigos presentados por mis representantes, y se presentaron docenas de *amicus curiae* por representantes del mundo académico latinoamericano; todo lo cual me llena de orgullo.

Con todo eso, y además, con los hechos admitidos por los testigos del Estado con las cuales públicamente reconocieron los más graves vicios y violaciones en el desarrollo del proceso penal en Venezuela, yo personalmente me di por satisfecho pues, como dije, además, por primera vez pude personalmente exponer y explicar mi caso ante un tribunal que consideré independiente y autónomo, pues me resistí en su momento a pensar que algunos de sus jueces, como fue particularmente el caso del Ponente de la sentencia, el Juez Sierra Porto, y los otros Jueces que lo acompañaron en la traición al derecho y a la tradición jurisprudencial de la propia Corte Interamericana, los Jueces García Sayán, Caldas, Pérez Pérez, pudieran sucumbir a renunciar a impartir justicia por presiones políticas.

Nueva York, febrero de 2021

Todas las referencias indicadas en este trabajo han sido tomadas de los siguientes libros y artículo:

- Allan R. Brewer-Carías, *En mi propia defensa. Respuesta preparada con la asistencia de mis defensores Rafael Odreman y León Henríque Cottin contra la infundada acusación fiscal por el supuesto delito de conspiración*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos No. 13, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2006, 606 pp.
- Allan R. Brewer-Carías, *El Caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio del caso y análisis crítico de la errada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 277 de 26 de mayo de 2014*, Colección Opiniones Y Alegatos Jurídicos, N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, 500 pp.
- Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Persecución política y violaciones al debido proceso. Caso CIDH Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. TOMO I: Denuncia, Alegatos y Solicitudes presentados por los abogados Pedro Nikken, Claudio Grossman, Juan Méndez, Helio Bicudo, Douglas Cassel y Héctor Faúndez. Con las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Apéndices*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 1088 pp.
- Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Persecución política y violaciones al debido proceso. Caso CIDH Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. TOMO II: Dictámenes, Estudios Jurídicos y Amicus Curiae*, Colección Opiniones y Alegatos Jurídicos, No. 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2015, 796 pp.
- Allan R. Brewer-Carías, “Los efectos de las presiones políticas de los Estados en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un caso de denegación de justicia internacional y de desprecio al derecho,” en *Revista Ars Boni Et Aequi* (año 12 n°2), Universidad Bernardo O’Higgins, Santiago de Chile 2016, pp. 51-86.
- Luciano Parejo Alfonso y León Henríque Cottin (Coordinadores) *Allan R. Brewer-Carías. Proyección de su obra en Iberoamérica*, Homenaje a la Memoria del profesor Pedro Nikken, Editorial Jurídica Venezolana, Madrid 2020.

LA INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA COMO UN DERECHO HUMANO Y UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Carlos Ayala Corao*

SUMARIO

I. El derecho humano y la obligación internacional de protección judicial efectiva. 1. El contenido esencial del derecho-obligación de proteger. 2. la protección por jueces y tribunales. 3. La protección por jueces y tribunales independientes. II. Las facetas de la independencia de los jueces. 1. El proceso de selección y nombramiento de jueces. A. El derecho político de acceso y permanencia en el cargo de juez en condiciones de igualdad. 2. Las garantías contra presiones externas: el principio de inamovilidad. B. La estabilidad y excepcionalidad de los jueces provisionales. C. El ejercicio de otros derechos por los jueces: la libertad de expresión y el derecho de asociación. 3. el régimen disciplinario y de separación del cargo. A. Breve referencia a los juicios políticos contra jueces. III. Algunas consecuencias de la violación de la independencia judicial. 1. La reparación integral de los jueces: el reintegro al cargo y el pago de daños. 2. La reparación de los justiciables.

La justicia no es justicia, si no es independiente. Uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho y la democracia constitucional es la separación de poderes y la independencia de la justicia. De hecho, la justicia es un factor fundamental para determinar la existencia misma, o el grado de consolidación, de un Estado de Derecho y una democracia.

La justicia es un poder del Estado y un derecho al mismo tiempo. De allí que las constituciones modernas en su mayoría reconocen en variadas modalidades a la justicia como un derecho y como un (o unos órganos del) poder público. El contenido del derecho a la justicia como de la organización del aparato del Estado de Derecho, se complementa necesariamente con las exigencias de su independencia. Estos temas clásicos de la Constitución y del Derecho Constitucional, son también y al mismo tiempo, temas claves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De allí que el derecho constitucional y humano a la justicia, tiene hoy en día como contrapar-

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (1979) mención Cum Laude. Doctor en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello (1994). Profesor Titular de Derecho Constitucional, Expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas.

tida, las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado, que se derivan: las primeras, de la propia Constitución, y las segundas, de los tratados relativos a derechos humanos.

Los derechos de toda persona reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o CADH) son a su vez obligaciones de los Estados Partes de respeto, garantía y protección. En otras palabras, la persona humana es titular de los derechos humanos internacionales, los cuales tienen como contrapartida las obligaciones internacionales de los Estados. En este sentido, el artículo 1 de la Convención Americana dispone que los Estados partes se comprometen a respetar los derechos reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta obligación estatal se complementa con el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno, consistente en el compromiso de los Estados partes de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias, para hacer efectivos los derechos mencionados en el artículo 1, cuando el ejercicio de tales derechos no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Este marco convencional supone, que los Estados partes como destinatarios de las obligaciones relativas a los derechos humanos, son quienes asumen directamente el cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales de respeto y garantía en su jurisdicción interna. Por ello, los Estados partes son responsables de la vigencia de los derechos humanos, sin discriminación alguna, respecto de todas las personas que estén bajo su jurisdicción.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o CorteIDH), esas obligaciones de respeto y garantía de los derechos contenidas en el artículo 1 de la Convención Americana, implican “el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente, el libre y pleno ejercicio de los derechos”¹.

I. EL DERECHO HUMANO Y LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN JUDICIAL EFECTIVA

1. El contenido esencial del derecho-obligación de proteger

Las obligaciones de los Estados partes de respeto y garantía de los derechos, se refuerzan con la obligación de protección de toda persona bajo su jurisdicción.

Cualquier acto, actuación u omisión indebida que cause una violación a uno de los derechos reconocidos en la Convención Americana, genera la obligación del Estado de proceder a proteger a la víctima, y en su caso, a repararla integralmente². Si bien esta obligación de protección efectiva y reparación integral compromete a todo el Es-

¹ CorteIDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A N° 11, párr. 23. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf, consultado en fecha 21 de enero de 2021.

² OEA. CADH, 22 de noviembre de 1969, Art. 25.

tado en el conjunto de sus órganos y poderes públicos, conforme a sus competencias, la Convención Americana, basada en la tradición del principio de la separación de poderes en el Estado de Derecho, particulariza esa obligación en los jueces y tribunales.

La Corte Interamericana ha sostenido, que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho, son inseparables”³. Por su lado, la Carta Democrática Interamericana declara que la separación de poderes, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos, son elementos esenciales de la democracia⁴. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado que, “uno de los objetivos principales que tiene la separación de poderes públicos, en la independencia de los jueces”; y de allí la necesidad de que “se garantice la independencia de cualquier juez en un estado de derecho”⁵.

Por lo tanto, el derecho humano y la obligación convencional de los Estados de proteger los derechos de todas las personas, deba estructurarse a través de los elementos esenciales de la democracia y los principios fundamentales del Estado de Derecho, como son la separación de poderes y la independencia judicial.

De esta forma, la protección de los derechos de toda persona se expresa convencionalmente a través de un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo, ante jueces o tribunales competentes, independientes e imparciales. Esta obligación de protección judicial en el Derecho interno no se limita a los derechos convencionales, sino que incluye además a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley o la Convención. La obligación de protección no solo debe ser reconocida a nivel normativo o teórico por los Estados, sino que debe ser efectiva, de manera que los Estados deben (i) garantizar que la autoridad competente (juez) prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; (ii) desarrollar las posibilidades del recurso judicial; y (iii) garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El artículo 25 de la Convención Americana reconoce el derecho-obligación de protección judicial o tutela judicial efectiva, en los siguientes términos:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

³ CorteIDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A N° 8, párr. 24 y 26. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf, consultado en fecha 21 de enero de 2021.

⁴ OEA. Carta Democrática Interamericana, 11 de septiembre de 2001, Art. 3.

⁵ CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párrs. 73 y 75. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf; consultado en fecha 11 de enero de 2021.

El derecho a la protección judicial o tutela judicial efectiva de los derechos humanos y fundamentales está acompañado de unas garantías esenciales, intrínsecas, sustanciales e inseparables. Estas son las **garantías judiciales del debido proceso** para la protección de los derechos de la persona, es decir, tanto de todas las personas que acceden a la justicia⁶: el accionante o recurrente (“para la determinación de sus derechos y obligaciones...de cualquier otro carácter”); la víctima (justicia y reparación); y el imputado o acusado (“cualquier acusación penal formulada contra ella”). Entre estas garantías judiciales de toda persona, destacan, en primer lugar, el derecho a ser oída: (i) por un juez o tribunal competente, *independiente* e imparcial; (ii) establecido con anterioridad por la ley; (iii) con las debidas garantías; (iv) dentro de un plazo razonable. Así como los derechos de toda persona inculpada de delito: (v) a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad; y (vi) en plena igualdad, a las garantías mínimas del artículo 8.2 de la CADH.

En este sentido, el artículo 8 de la Convención Americana reconoce el derecho-obligación a las garantías judiciales o del debido proceso, en los siguientes términos:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Conforme a los principios de Derecho internacional antes expuestos recogidos en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, los Estados partes se comprometen

⁶ CADH, 22 de noviembre de 1969, Art. 8.

a garantizar a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, la protección judicial efectiva con las garantías del debido proceso, de los derechos reconocidos en su constitución, en sus leyes y en la propia Convención, sin discriminación alguna. Y cuando el ejercicio de este derecho no estuviere ya garantizado por sus disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados igualmente se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter en su Derecho interno, que fueren necesarias para hacer efectivo el derecho a la protección judicial con las garantías del debido proceso.

2. La protección por jueces y tribunales

En primer lugar, la protección efectiva de los derechos debe garantizarse a través de jueces y tribunales competentes. Ello, aunque parezca redundante, es importante afirmarlo: si bien el respeto, la garantía y la protección de los derechos es un deber de todos los órganos del Estado (art. 1, CADH); la “protección judicial” a la que se refiere el artículo 25 de la Convención Americana, debe llevarse a cabo a través de jueces y tribunales competentes.

Ello significa que, si bien se pueden y se deben articular diversos mecanismos de monitoreo y protección de los derechos humanos en toda la organización del poder público, como son, por ejemplo, las solicitudes y los recursos administrativos; en todo caso, el Estado tiene la obligación de garantizar siempre, la organización y funcionamiento de la protección judicial de los derechos bajo los principios de separación de poderes, es decir, a través de jueces y tribunales.

3 La protección por jueces y tribunales independientes

Ahora bien, esa protección de los derechos a la que se refiere el artículo 25 convencional, no basta que se lleve a cabo “ante los jueces o tribunales competentes”, sino que conforme al artículo 8.1 convencional, que necesario que además sea ante un juez y tribunal “independiente e imparcial”.

De esa manera, bajo la Convención Americana, la protección judicial efectiva o tutela judicial efectiva de los derechos es necesario que se garantice a través de jueces y tribunales independientes. Conforme lo ha resaltado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana o CIDH),

[e]l requisito de independencia, a su vez, requiere que los tribunales sean autónomos de otras ramas del gobierno, estén libres de influencias, amenazas o interferencias de cualquier origen o por cualquier razón, y cuenten con otras características necesarias para garantizar el cumplimiento apropiado e independiente de las funciones judiciales, incluidas la estabilidad de un cargo y la capacitación profesional adecuada⁷.

En este sentido, los “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura” (Principios Básicos) han sido citadas reiteradamente en los informes y decisiones tanto por la CIDH como por la CorteIDH⁸, con son una interpretación autorizada y

⁷ CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, Documento OEA/Ser.L/V/II.116, Doc.5 rev.1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 229, disponible en: <http://www.cidh.org/Terrorism/Span/indice.htm>; consultado en fecha 11 de enero de 2021.

⁸ Vgr. CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia cit., párr. 73; *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182, párr. 45. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf; consultado en fecha 12

aceptada de las normas convencionales sobre la independencia judicial, los cuales establecen los siguientes principios al respecto⁹:

1. La independencia de la judicatura será “garantizada por el Estado” de manera que “[t]odas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura” (principio 1);
2. “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo” (principio 2);
3. “La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley” (principio 3);
4. “No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial”, y las decisiones judiciales de los tribunales solo estarán sujetas a “revisión judicial” (o de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas, de conformidad con lo dispuesto en la ley) (principio 4);
5. “Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”, por lo cual, no se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas “para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (principio 5);
6. “El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes” (principio 6); y
7. Cada Estado “proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones”.

de enero de 2021; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C N° 197, párrs. 71, 75-77, 80. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf; consultado en fecha 12 de enero de 2021; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C N° 227, párr. 100. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf; consultado en fecha 12 de enero de 2021; *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párr. 186. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf; consultado en fecha 12 de enero de 2021; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C N° 266, párr. 146. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf; consultado en fecha 12 de enero de 2021; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C N° 268, párr. 190. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf; consultado en fecha 12 de enero de 2021; y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C N° 302, párr. 170. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf; consultado en fecha 12 de enero de 2021. Además, ver CIDH: *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas*, documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 445 diciembre 2013, Original: español, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf>; consultado en fecha 13 de enero de 2021.

⁹ ONU. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, disponibles en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>; consultado en fecha en fecha 13 enero de 2021.

Además de estos principios iniciales, el documento sobre los Principios básicos declara también los relativos a: libertad de expresión y asociación (principios 8 y 9); competencia profesional, selección y formación (principio 10); condiciones de servicio e inamovilidad (principios 11 a 14); secreto profesional e inmunidad (principios 15 y 16); y medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo (principios 17 a 20).

La independencia judicial tiene dos dimensiones: (i) la institucional u objetiva, relativa al sistema judicial como órganos del Estado bajo la separación de poderes; y (ii) la individual o subjetiva del juez como integrante del poder judicial. Pero, en definitiva, la independencia judicial implica que “ni el poder judicial ni los jueces que lo integran estén subordinados a los demás poderes **públicos**”¹⁰. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado, que estas dos dimensiones tienen por objetivo, la protección tanto del sistema judicial como de sus integrantes frente a restricciones indebidas en el ejercicio de sus funciones por parte de actores externos al poder judicial:

55. Al respecto, la Corte resalta que si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también es cierto que tienen un contenido jurídico propio. Así, esta Corte ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su **faceta institucional**, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su **vertiente individual**, es decir, con relación a la persona del juez específico. **El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación**¹¹. (Resaltados añadidos).

La Corte Interamericana ha hecho una precisión importante, al afirmar que el derecho de toda persona consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana a la protección o a ser juzgado por un juez independiente, debe analizarse no solo desde la dimensión de la persona del justiciable, sino también, desde la dimensión de la persona del propio juez, quien debe contar con las garantías que hagan posible su independencia judicial. Esta última dimensión debe analizarse, a la luz de los derechos convencionales del **juez como titular de las garantías de independencia judicial**, incluyendo aquellos casos en que por una decisión estatal se ve afectada arbitrariamente su inamovilidad y estabilidad. En este sentido, la CorteIDH ha afirmado:

153. Los anteriores elementos permiten precisar algunos aspectos de la jurisprudencia de la Corte. En efecto, en el caso *Reverón*

Trujillo vs. Venezuela, el Tribunal señaló que el derecho a un juez independiente consagrado en el artículo 8.1 de la Convención solo implicaba un derecho del ciudadano de ser juzgado

¹⁰ Comisión Internacional de Juristas. *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de los jueces, abogados y fiscales*. Guía para profesionales N° 1. Ginebra, 2007, p. 21, disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/04/International-Principles-on-the-Independence-and-Accountability-of-Judges-Lawyers-and-Prosecutors-No.1-Practitioners-Guide-2009-Spa.pdf>; consultado en fecha 14 enero de 2021.

¹¹ CorteIDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 55. En el mismo sentido: *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 67; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 97; *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia cit., párr. 186; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* sentencia cit., párr. 188.

por un juez independiente. Sin perjuicio de ello, es importante señalar que **la independencia judicial no solo debe analizarse en relación con el justiciable, dado que el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial.** La Corte considera pertinente precisar que la violación de la garantía de la independencia judicial, en lo que atañe a la inamovilidad y estabilidad de un juez en su cargo, **debe analizarse a la luz de los derechos convencionales de un juez cuando se ve afectado por una decisión estatal que afecte arbitrariamente el período de su nombramiento.** En tal sentido, la garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con un derecho del juez de permanecer en su cargo, como consecuencia de la garantía de inamovilidad en el cargo¹². (Resaltados añadidos).

En resumen, la Corte Interamericana ha establecido, que la independencia judicial es una garantía judicial esencial del debido proceso de la cual el juez es titular y tiene derecho a que el Estado respete su estabilidad en el cargo. Dicha garantía incluye además el derecho subjetivo del juez a que cualquier separación del cargo obedezca a las causales expresamente establecidas y mediante un debido proceso; o en su caso, por el cumplimiento del término del período de su mandato. Por lo cual, cuando el Estado de manera arbitraria vulnera la permanencia de un juez en su cargo, no solo se viola el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, sino además viola el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de dicha Convención. Sobre el particular, la Corte ha declarado:

199. Teniendo en cuenta los estándares señalados anteriormente, la Corte considera que: i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana¹³.

II. LAS FACETAS DE LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

Las facetas que forman parte integral de la independencia de los jueces son: el proceso de selección y nombramiento de jueces; las garantías contra presiones externas; el principio de inamovilidad; y el régimen disciplinario y de separación del cargo.

1. El proceso de selección y nombramiento de jueces

Conforme al Principio Básico número 10, las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán “personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas”. El método utilizado para la selección de personal judicial debe garantizar que “este no sea nombrado por motivos indebidos”, ni se haga sin discriminación.

¹² CorteIDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 153. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párrs. 191 y 197.

¹³ CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 199.

Siguiendo este principio, la Corte Interamericana ha sostenido la necesidad de que los Estados al establecer los procedimientos para el nombramiento de sus jueces, debe tener en cuenta, que no cualquier procedimiento satisface las exigencias de la Convención Americana para garantizar la independencia judicial, particularmente si en la selección del personal judicial no se respetan parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, y se deja abierto a un alto grado de discrecionalidad que no permita escoger necesariamente a los candidatos más idóneos:

74. Finalmente, cuando los Estados establezcan procedimientos para el nombramiento de sus jueces, debe tenerse en cuenta que no cualquier procedimiento satisface las condiciones que exige la Convención para la implementación adecuada de un verdadero régimen independiente. Si no se respetan parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, resultaría posible diseñar un régimen que permita un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, en virtud de lo cual las personas escogidas no serían, necesariamente, las más idóneas¹⁴.

Al mismo tiempo, la Corte Interamericana ha declarado que la selección de los jueces debe hacerse exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, asegurando la igualdad de oportunidades en el acceso a la función judicial:

72. [...] la Corte destaca que todo proceso de nombramiento debe tener como función no solo la escogencia según los **méritos y calidades del aspirante, sino el aseguramiento de la igualdad de oportunidades en el acceso al Poder Judicial**. En consecuencia, se debe seleccionar a los jueces exclusivamente por el mérito personal y su capacidad profesional, a través de mecanismos objetivos de selección y permanencia que tengan en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones que se van a desempeñar¹⁵. (Resaltados añadidos).

En este sentido, los procedimientos de nombramiento de jueces deben garantizar la igualdad de oportunidades, a través de una libre concurrencia de todos los candidatos que acrediten los requisitos determinados en la ley. Esta libre concurrencia en los procesos de selección excluye cualquier trato desigual arbitrario; y no puede involucrar privilegios o ventajas irrazonables, como por ejemplo, respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad. Sobre el particular, la CorteIDH ha sostenido:

73. **Los procedimientos de nombramiento tampoco pueden involucrar privilegios o ventajas irrazonables. La igualdad de oportunidades se garantiza a través de una libre concurrencia**, de tal forma que **todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en la ley deben poder participar** en los procesos de selección sin ser objeto de tratos desiguales arbitrarios. Todos los aspirantes deben concursar en igualdad de condiciones aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios o ventajas, así como tampoco con desventajas, en relación con el cargo que ocupan y al cual aspiran. En suma, se debe otorgar oportunidad abierta e igualitaria a través del señalamiento ampliamente público, claro y transparente de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo. Por tanto, no son admisibles las restricciones que impidan o dificulten a quien no hace parte de la administración o de alguna entidad, es decir, a la persona particular que no ha accedido al servicio, llegar a él con base en sus méritos¹⁶. (Resaltados añadidos).

¹⁴ CorteIDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 74.

¹⁵ CorteIDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 72.

¹⁶ CorteIDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 73.

A El derecho político de acceso y permanencia en el cargo de juez en condiciones de igualdad

La libre concurrencia a los procedimientos de nombramiento de jueces en condiciones generales de igualdad, mediante procedimientos razonables y objetivos, configura al mismo tiempo el derecho político de todos los ciudadanos, reconocido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana, “de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Este derecho también contiene su reverso, es decir, el derecho de un juez a permanecer en condiciones de igualdad en el cargo público para el cual fue nombrado. De allí, que cuando un juez es destituido indebidamente por pertenecer a una categoría determinada, se configura un trato desigual arbitrario respecto al derecho a la permanencia, en condiciones de igualdad (art. 23.1.c, CADH); y si a su vez, dicho juez no es reincorporado, en condiciones de igualdad, al ejercicio de las funciones públicas (como juez), también se configura la violación al derecho reconocido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana.

En ese sentido, la Corte Interamericana ha afirmado:

138. Según lo alegado por el Estado, el artículo 23.1.c de la Convención Americana no incluye la protección del derecho a la permanencia en el ejercicio de las funciones públicas. Al respecto, la Corte resalta que en el caso *Apitz Barbera y otros*, este Tribunal precisó que **el artículo 23.1.c no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en “condiciones generales de igualdad”**. Esto quiere decir que **el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos” y que “las personas no sean objeto de discriminación” en el ejercicio de este derecho**. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado que la garantía de protección abarca tanto el acceso como la permanencia en condiciones de igualdad y no discriminación respecto a los procedimientos de suspensión y destitución. Como se observa, **el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede**.

[...]

140. [...]En suma, la Corte observa que un juez titular, en circunstancias de destitución anulada similares a las de la señora Reverón Trujillo, hubiese podido ser restituido. Por el contrario, en el presente caso, por tratarse de una jueza provisoria, ante el mismo supuesto de hecho, no se ordenó su reincorporación.

141. **Esta diferencia de trato entre jueces titulares que cuentan con una garantía de inamovilidad plena, y provisorios que no tienen ninguna protección de dicha garantía en el contexto de la permanencia que les corresponde, no obedece a un criterio razonable** (*supra* párr. 138) conforme a la Convención (*supra* párrs. 114 a 117 y 121). Por ello, el Tribunal concluye que la señora Reverón Trujillo sufrió un **trato desigual arbitrario respecto al derecho a la permanencia, en condiciones de igualdad, en el ejercicio de las funciones públicas, lo cual constituye una violación del artículo 23.1.c de la Convención Americana** en conexión con las obligaciones de respeto y de garantía establecidas en el artículo 1.1 de la misma¹⁷. (Resaltados añadidos).

En conclusión, cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera “el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido

¹⁷ *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párrs. 138, 140 y 141.

en el artículo 23.1.c de la Convención Americana¹⁸. Ello también ocurre, en criterio de la Corte Interamericana, no solo en las destituciones arbitrarias de jueces por autoridades judiciales o disciplinarias; sino igualmente, en los casos de remociones o destituciones de jueces o magistrados por juicios políticos en sedes parlamentarias cuando estos se llevan a cabo de manera arbitraria, en violación de las garantías mínimas del debido proceso, consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana:

3.4. Conclusión de la Corte sobre garantías judiciales y derechos políticos

222. En consecuencia, la Corte declara la violación del artículo 8.1, las partes pertinentes del artículo 8.2 y el artículo 8.4 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, por **la cesación arbitraria y los juicios políticos ocurridos, hechos que generaron la violación de las garantías judiciales** en perjuicio de las ocho víctimas del presente caso. Por otra parte, la Corte declara **la violación del artículo 8.1 en relación con el artículo 23.1.c y el artículo 1.1 de la Convención Americana, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial y la consecuente afectación a la independencia judicial y a la garantía de imparcialidad**, en perjuicio de las ocho víctimas del presente caso¹⁹. (Resaltados añadidos).

2. Las garantías contra presiones externas: el principio de inamovilidad

Un elemento esencial de la independencia de los jueces y tribunales es la garantía frente a presiones externas. Los jueces deben tener las condiciones para conocer, tramitar, sustanciar, decidir y ejecutar las causas libremente, es decir, sin temor a sufrir consecuencias por sus actuaciones. Un juez amenazado o con temor fundado a sufrir represalias en su cargo si no decide de determinada manera, no es un juez libre ni por tanto independiente. Los jueces tienen que ser capaces de resolver las causas conforme a los elementos fácticos que constan en el expediente y con base en su razonamiento basado en el Derecho. Por lo cual, las presiones externas ejercidas por autoridades políticas y gubernamentales contra un juez; así como la amenaza incluso por autoridades judiciales de sufrir la suspensión o la remoción de su cargo, si no decide de determinada manera, constituyen una violación de los principios de la independencia y la imparcialidad judicial.

En este sentido, la Corte Interamericana, invocado los Principios Básicos que disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan “basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”(principio 2); que la judicatura “tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley” (principio 3); y que “[n]o se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial” (principio 4), llegó a la conclusión de que estas garantías que refuerzan la estabilidad de los jueces en el cargo, tienen por finalidad de asegurar la independencia de estos frente: a las partes del proceso, a la sociedad y al Estado²⁰.

¹⁸ CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 199.

¹⁹ CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 222.

²⁰ CorteIDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 80. En el mismo sentido: *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 100; *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia cit., párr. 186; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 146; y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 190.

De lo contrario, de no existir la inamovilidad de los jueces como garantía frente a las presiones externas, los Estados podrían remover a los jueces e intervenir el poder judicial, generando en los demás jueces el temor a ser destituidos arbitrariamente, y por tanto, fomentando a que sigan sus instrucciones con obediencia o se abstengan de controvertir tanto al ente nominador como al sancionador. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado lo siguiente:

81. Como se puede observar, los jueces cuentan con varias **garantías que refuerzan su estabilidad en el cargo con miras a garantizar la independencia de ellos mismos** y del sistema, así como también la apariencia de independencia **frente al justiciable y la sociedad**. Como ya lo ha reconocido este Tribunal, la garantía de inamovilidad debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella. Ello es así puesto que de lo contrario los Estados podrían remover a los jueces e intervenir de ese modo en el Poder Judicial sin mayores costos o control. Además, esto podría generar un **temor en los demás jueces que observan que sus colegas son destituidos y luego no reincorporados aún cuando la destitución fue arbitraria. Dicho temor también podría afectar la independencia judicial, ya que fomentaría que los jueces sigan las instrucciones o se abstengan de controvertir tanto al ente nominador como al sancionador [...]**. (Resaltados añadidos).

También pueden llegar a configurar presiones externas, de acuerdo a su peso y gravedad, las realizadas por grupos políticos, económicos y sociales. Mas no así, cuando sean manifestaciones de ideas u opiniones críticas en ejercicio legítimo de la libertad de expresión. En este punto, resulta relevante la cita hecha por la Corte Interamericana en el caso *Apitz Barbera y otros* de la declaración del señor Param Kumaraswamy (ex Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Jueces y Abogados entre 1994 y 2003), quien en su condición de perito propuesto por la Comisión en ese caso, afirmó que “[s]i bien la crítica pública constructiva de fallos o decisiones de los jueces en un lenguaje moderado sería permisible incluso cuando proviene de las fuerzas políticas, cuando dicha crítica se expresa en un lenguaje virulento, inmoderado, amenazante e intimidador y en mala fe, se considerará como una amenaza o una interferencia a la independencia judicial”²¹.

En conclusión pues, el juez debe ser libre de decidir la controversia según el Derecho, conforme a su razonamiento y su conciencia jurídica, sin temor a sufrir por ello represalia alguna.

Por ello, la Corte Interamericana ha llamado la atención sobre las expresiones de los funcionarios públicos y en especial de las más altas autoridades de Gobierno, que puedan constituir una forma de injerencia o presión lesiva de la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades, ya que vulneran la independencia o afectan la libertad del juzgador:

131. La Corte ha reiterado numerosas veces la importancia que posee la libertad de expresión en una sociedad democrática, especialmente aquella referida a asuntos de interés público. Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención. Por lo anterior, no solo es legítimo, sino que en ciertas ocasiones es un deber de las autoridades estatales pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto a constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en

²¹ CorteIDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, sentencia cit., notas 59 y 157.

atención al alto grado de credibilidad de la que gozan y en aras a evitar que los ciudadanos reciban una versión manipulada de los hechos. **Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden llegar a desconocer dichos derechos. Del mismo modo, los funcionarios públicos, en especial las más altas autoridades de Gobierno, deben ser particularmente cuidadosos en orden a que sus declaraciones públicas no constituyan una forma de injerencia o presión lesiva de la independencia judicial o puedan inducir o sugerir acciones por parte de otras autoridades que vulneren la independencia o afecten la libertad del juzgador**²². (Resaltados añadidos).

La inamovilidad de los jueces provee así una protección a la independencia judicial, compuesta por las siguientes garantías: la permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y el no despido injustificado o libre remoción. Por lo cual, cuando un Estado viola una de estas garantías de la inamovilidad, viola su obligación de respetar y garantizar la independencia judicial. En este sentido, la Corte Interamericana ha expresado:

79. De todo esto se puede concluir que la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial²³.

Por otro lado, como hemos visto, la independencia judicial trasciende la dimensión individual de la persona del juez, para proyectarse en toda la sociedad y en su dimensión institucional como elemento esencial del Estado de Derecho y la democracia. De allí que exista una relación directa entre la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de la garantía de su estabilidad funcional. Así, la Corte Interamericana ha sostenido al respecto:

194. La Corte ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El Tribunal estima pertinente precisar que la dimensión institucional se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. **Por ello, esta dimensión institucional trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Asimismo, existe una relación directa entre la dimensión institucional de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad**²⁴. (Resaltados añadidos).

B. La estabilidad y excepcionalidad de los jueces provisionales

En algunos países, por razones de necesidad y en otros por irresponsable conveniencia política, se hacen nombramientos de jueces de carácter provisional (jueces provisionales), con diversas denominaciones: provisorios, provisionales, temporales, interinos, accidentales, subrogantes, etc. Algunos de esos Estados han pretendido,

²² CorteIDH. *Caso Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia cit., párr. 131.

²³ CorteIDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 79.

²⁴ CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 194.

que estos jueces provisionales no tengan que cumplir con ningún procedimiento ni los requisitos objetivos de méritos para ser seleccionados como jueces y que sean designados “discrecionalmente”. Pero lo que es aún peor, al menos alguno de esos Estados también ha pretendido, que estos jueces provisionales no tengan estabilidad ni por tanto inamovilidad alguna, y que por tanto, puedan ser removidos de manera discrecional, sin causa ni procedimiento alguno; y además, sin derecho a un recurso judicial efectivo. Es decir, que en definitiva sean jueces de libre nombramiento y remoción discrecional.

No es posible concebir la condición de juez, sin las garantías de independencia. De allí que, aunque no se puede igualar la condición de juez titular a la de juez provisional, aún en el caso de estos últimos, su inamovilidad está estrechamente ligada a la garantía contra presiones externas. En efecto, si los jueces provisionales no tienen la seguridad de permanencia durante un período determinado, entonces serán vulnerables a las presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el poder judicial.

Como vimos *supra*, el nombramiento de los jueces debe estar regido por condiciones objetivas que garanticen el ingreso en condiciones generales de igualdad, de los candidatos y las candidatas idóneos con los mejores méritos. Por lo cual, también los nombramientos de jueces provisionales deben garantizar el cumplimiento de esos requisitos, mediante modalidades adaptadas a las características propias. Así mismo, una vez efectuado el nombramiento adecuado de los jueces provisionales, estos deben gozar de las garantías mínimas de estabilidad. En palabras de la Corte Interamericana, los Estados deben garantizar respecto a los jueces provisionales, tanto un procedimiento adecuado para su nombramiento como cierta inamovilidad en su cargo. Esa estabilidad o inamovilidad propia de los jueces provisionales, está sujeta a una condición resolutoria, como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un procedimiento concursal regido por los principios de objetividad, transparencia, publicidad y transparencia. Por lo cual, los jueces provisionales deben disfrutar de los beneficios propios de la permanencia, hasta tanto se cumpla la condición resolutoria que pone fin legal a su mandato. La CorteIDH ha afirmado al respecto:

116. De la misma forma en que el Estado está obligado a garantizar un procedimiento adecuado de nombramiento para **los jueces provisorios, debe garantizarles una cierta inamovilidad en su cargo**. Esta Corte ha manifestado que **la provisionalidad “debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente”**. De esta manera, la garantía de la inamovilidad se traduce, en el ámbito de los jueces provisorios, en la exigencia de que ellos puedan disfrutar de todos los beneficios propios de la permanencia hasta tanto acaezca la condición resolutoria que pondrá fin legal a su mandato. En este sentido, vale la pena mencionar que la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela sí reconocida que los jueces provisorios cuentan con estabilidad hasta que se cumpliera cierta condición.

117. **La inamovilidad de los jueces provisorios está estrechamente ligada a la garantía contra presiones externas**, ya que si los jueces provisorios no tienen la seguridad de permanencia durante un período determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el Poder Judicial²⁵. (Resaltados añadidos).

²⁵ CorteIDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párrs. 116 y 117. En el mismo sentido: *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 106.

Una situación diferente puede plantearse, ante los nombramientos abiertamente irregulares por vía de asalto al Estado de Derecho y a la democracia, por parte de una dictadura o un régimen autoritario, con el propósito de controlar políticamente al poder judicial y someter a la sociedad con agentes del partido o el movimiento político.

En todo caso, es importante resaltar que, dado que los jueces provisionales generan importantes obstáculos para la independencia judicial, aquéllos deben constituir **la excepción** en doble sentido: respecto a su duración en el **tiempo** y respecto al **regla** de los jueces en un país. En este sentido, aun y cuando existan razones debidamente justificadas para el nombramiento de jueces provisionales, esa situación debe ser temporal, es decir, durar el menor tiempo necesario para regularizar la normalidad de los jueces. Al mismo tiempo, la regla general en la situación de los jueces en un país debe ser su nombramiento en titularidad, con estatus permanente; y solo excepcionalmente y de manera justificada y transitoria, un grupo de jueces provisionales. Al respecto la Corte Interamericana ha afirmado:

118. Ahora bien, dado que no se puede igualar un concurso público de oposición a una revisión de credenciales ni se puede aseverar que la estabilidad que acompaña a un cargo permanente es igual a la que acompaña a un cargo provisorio que tiene condición resolutoria, esta Corte ha sostenido que **los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla**, ya que **la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación**, generan importantes obstáculos para la independencia judicial. De otra parte, para que el Poder Judicial cumpla con la función de garantizar la mayor idoneidad de sus integrantes, **los nombramientos en provisionalidad no pueden prolongarse de manera indefinida**, de tal forma que se conviertan en nombramientos permanentes. Ello es una nueva razón que explica que la provisionalidad sea admisible como excepción y no como regla general y que deba tener una duración limitada en el tiempo, en orden a ser compatible con el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad²⁶. (Resaltados añadidos).

Por último, como acabamos de ver en los casos *Reverón Trujillo* y *Chocrón*, la Corte Interamericana ha afirmado que la excepcionalidad de la provisionalidad de los jueces es una exigencia para hacerla compatible con el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad. De allí que la Corte haya insistido en señalar la importancia del derecho de los jueces conforme al artículo 23.1.c de la CADH, a permanecer en el cargo en condiciones generales de igualdad, en virtud de que “la garantía de estabilidad e inamovilidad de juez se relaciona con el derecho a permanecer en un cargo público, en condiciones de igualdad”²⁷.

C. El ejercicio de otros derechos por los jueces: la libertad de expresión y el derecho de asociación

En términos generales, los titulares de los derechos humanos son todas las personas; y excepcionalmente, como en el caso ciertos derechos políticos, pueden ser únicamente los ciudadanos de un Estado. De allí que, como principio general, los jueces, como personas y además como ciudadanos, son titulares y puedan ejercer los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, especialmente la

²⁶ CorteIDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 118. En el mismo sentido: *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 107.

²⁷ CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 235.

libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación y los derechos políticos, ya que estos derechos, en conjunto, hacen posible el juego democrático²⁸.

Un elemento importante de las garantías de la independencia de los jueces en una sociedad democrática es la **libertad de expresión**. Esta es definida en la Carta Democrática Interamericana, como uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia²⁹. Respecto a los jueces, los Principios Básicos invocados por la Corte Interamericana en su jurisprudencia, establecen que al igual que los demás ciudadanos, “los jueces gozan de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión”, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que se “preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura” (principio 8)³⁰.

La libertad de expresión, reconocida en el artículo 13 de la Convención Americana, ha sido desarrollada ampliamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como una piedra angular para la existencia de una sociedad democrática, tanto en su dimensión individual, de quien ejerce el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones de toda índole, sin censura previa; como en su dimensión social, del derecho colectivo de la sociedad a recibir informaciones y opiniones de toda índole, sin censura previa³¹.

Si bien estos derechos no son absolutos y están sujetos a restricciones, la Corte ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, y por ello, deben: (i) estar previstas en ley; (ii) perseguir un fin legítimo; y (iii) cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad³². En el caso de los jueces, debido a sus funciones en la administración de justicia, en condiciones normales del Estado de Derecho, “pueden estar sujetos a restricciones distintas y en sentidos que no afectarían a otras personas, incluyendo a otros funcionarios públicos”³³. De allí que, conforme a esos principios,

²⁸ Estos derechos junto con los derechos políticos fueron invocados por la CorteIDH en *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184, párr. 140. En el mismo sentido: *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 160.

²⁹ OEA. Carta Democrática Interamericana, 11 de septiembre de 2001, Art. 4.

³⁰ CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 170.

³¹ Ver, CorteIDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 16: Libertad de Pensamiento y de Expresión*, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo16.pdf>; consultado en fecha 21 de enero de 2021.

³² Cfr: CorteIDH. *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, supra, párrs. 35 y 37, y *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C N° 257, párr. 273. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf; consultado en fecha 15 de enero de 2021. Ver también, sobre el derecho a la libertad de expresión: *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 2 de julio de 2004. Serie C N° 107, párr. 120. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf; consultado em fecha 15 de enero de 2021; *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C N° 238, párr. 43. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf; consultado en fecha 18 de enero de 2021, y *Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C N° 265, párr. 127. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf; consultado en fecha 18 de enero de 2021, citados en la sentencia CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 168.

³³ CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 169.

la finalidad de proteger la independencia y la imparcialidad de la justicia como un derecho o libertad de los demás, pueda justificarse la “restricción de ciertas conductas” de los jueces³⁴. En todo caso, la facultad de los Estados de regular o restringir estos derechos “no es discrecional”; por lo que, cualquier limitación a los derechos consagrados en la Convención “debe interpretarse de manera restrictiva”³⁵.

No obstante las restricciones incluso legítimas a la libertad de expresión a las que podría estar sometido un juez en condiciones normales, bajo ciertas circunstancias excepcionales, el espectro de esa libertad se ve ampliada. La Corte Interamericana, citando los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, ha afirmado que, pueden existir situaciones donde un juez, como ciudadano parte de la sociedad, considere que tiene un deber moral de expresarse³⁶. Al respecto, en el caso *López Lone y otros*, la CorteIDH citó entre los fundamentos de su decisión la afirmación Leandro Despouy (ex Relator para la independencia de jueces y abogados de las Naciones Unidas 2003-2009) perito en ese caso, quien señaló que puede constituir un deber para los jueces pronunciarse “en un contexto en donde se esté afectando la democracia, por ser los funcionarios públicos[,] específicamente los operadores judiciales, guardianes de los derechos fundamentales frente a abusos de poder de otros funcionarios públicos u otros grupos de poder”³⁷. En dicho caso, la Corte Interamericana concluyó, que en momentos de graves crisis democráticas, como sería por ejemplo una situación de golpe de estado, “no son aplicables a las actuaciones de los jueces y de las juezas en defensa del orden democrático las normas que ordinariamente restringen su derecho” a la participación en política, la libertad de expresión, el derecho de reunión y de manifestación³⁸.

Los anteriores principios y pautas de interpretación jurisprudencial son aplicables también a la **libertad de asociación** de los jueces. Los Principios Básicos establecen al respecto, que los jueces gozan del derecho a constituir asociaciones de jueces u otras organizaciones que tengan por objeto “representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho a afiliarse a ellas” (principio 9). Este derecho implica la obligación internacional de los Estados de garantizar las condiciones necesarias para hacer posible su ejercicio; y al mismo tiempo, de abstenerse de imponer obstáculos o restricciones ilegítimas.

Las asociaciones de jueces tienen diversas finalidades legítimas, entre las que resaltan las relativas a promover los valores y principios de la judicatura, el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos; la formación del personal judicial; la lucha por las condiciones dignas en el ejercicio de la función judicial, y otras similares. Por ello, estas asociaciones de jueces usualmente requieren estar integradas por jueces activos, es decir, en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, en estos casos, los jueces ejercen su derecho de asociación precisamente en su condición de jueces. De manera que, cuando se deja de ser juez, como regla se deja de permanecer

³⁴ CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 171.

³⁵ CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 172.

³⁶ Cfr. ONU, *Comentarios relativos a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial*, elaborados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2013, párrs. 65 y 140. Al respecto, el Código Iberoamericano de Ética Judicial establece que “[e]l juez tiene el derecho y el deber de denunciar cualquier intento de perturbación de su independencia”. Código Iberoamericano de Ética Judicial de 2006, artículo 6. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/CodigoEtico.pdf>; consultado en fecha 19 de enero de 2021.

³⁷ CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 173.

³⁸ CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 174.

como miembro activo de estas asociaciones, y por tanto, se cesa en el ejercicio de este derecho de asociación de jueces.

En virtud de ello, la Corte Interamericana ha sostenido que la destitución arbitraria de un juez miembro de una asociación de jueces, que por tanto conlleva a su cese en el ejercicio de su condición de miembro de dicha asociación, constituye además “una restricción indebida al derecho a la libertad de asociación”, en violación al artículo 16 de la Convención Americana³⁹.

3. El régimen disciplinario y de separación del cargo

Como hemos visto *supra*, la estabilidad como garantía esencial de la independencia judicial, supone el principio de estabilidad de los jueces y su consecuente inviolabilidad. Si bien este principio no es absoluto, el mismo está sometido a una serie de garantías y requisitos. Como principio general, durante el ejercicio de sus funciones, los jueces no pueden ser removidos ni destituidos de sus cargos, sin el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) causal legal previamente establecida, conforme a los principios de tipicidad y proporcionalidad; (ii) procedimiento previo, que respete las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa; y (iii) el derecho a un recurso judicial efectivo ante jueces y tribunales competentes, imparciales e independientes.

De allí la necesidad de llevar a cabo un test de alto escrutinio o un examen riguroso de los casos y procedimientos a través de los cuales se llevan a cabo los procesos de separación del cargo de los jueces, ya sean disciplinarios o de otra naturaleza.

Los Principios Básicos citados por la Corte Interamericana, precisan lo siguiente, con relación a las medidas disciplinarias, incluidas las de suspensión o separación del cargo de juez⁴⁰:

17. Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.

18. Los jueces solo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones.

Con base en las citas de los principios 17 y 18 invocados por la Corte Interamericana y de las interpretaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General N° 32, la CorteIDH ha afirmado que los jueces únicamente pueden ser destituidos “por conductas claramente reprochables” como son “razones graves de mala conducta o incompetencia”⁴¹. Por ello, la posibilidad de destitución debe obedecer al “principio de máxima gravedad”, dado que la protección de la independencia judicial exige, que la destitución de jueces y juezas “sea considerada

³⁹ CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 186.

⁴⁰ CorteIDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 147. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 191 y *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 198.

⁴¹ CorteIDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 147. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 191; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 198; y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párrs. 196, 198, 199 y 259.

como la *ultima ratio* en materia disciplinaria judicial”⁴². En este sentido, los jueces solo pueden ser removidos “por faltas disciplinarias graves o incompetencia y acorde a procedimientos con debidas garantías o cuando se cumpla con el período de su cargo”, por lo que, “la destitución no puede resultar una medida arbitraria”, lo cual debe analizarse “a la luz del marco jurídico nacional existente y las circunstancias del caso concreto”⁴³.

La Corte ha considerado, además, que, en virtud de la garantía de estabilidad judicial, las razones por las cuales los jueces y juezas pueden ser removidos de sus cargos “deben estar clara y legalmente establecida”. Por lo cual, teniendo en cuenta que la destitución o remoción de un cargo es la medida más restrictiva y severa que se puede adoptar en materia disciplinaria, “la posibilidad de su aplicación deber ser previsible, sea porque está expresa y claramente establecida en la ley la conducta sancionable de forma precisa, taxativa y previa o porque la ley delega su asignación al juzgador o a una norma *infra* legal, bajo criterios objetivos que limiten el alcance de la discrecionalidad”⁴⁴.

Asimismo, citando los Principios y Directrices relativos al Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África⁴⁵, la Corte se ha referido en específico a la no procedencia de la remoción de jueces en el contexto de la revocatoria de sus fallos, o incluso, de ser sometidos a otros procedimientos disciplinarios o administrativos, únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior⁴⁶.

La CorteIDH ha desarrollado las diferencias entre las distintas sanciones aplicables a los jueces, dependiendo de la gravedad de la falta, citando otros estándares internacionales como los contenidos en el principio VI de las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces⁴⁷. Con base en los principios y en las interpretaciones autorizadas invocadas por la Corte Interamericana, esta ha sostenido que la “destitución” como sanción máxima, debe obedecer a conductas “bastante graves”; mientras que las “otras sanciones” menores, pueden contemplarse ante eventos como “negligencia o impericia”⁴⁸.

⁴² CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 259.

⁴³ CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 200.

⁴⁴ CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 259.

⁴⁵ Unión Africana. *Principios y directrices relativos el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África*, adoptados como parte del informe de actividades de la Comisión Africana en la 2ª Cumbre y Reunión de Jefes de Estado de la Unión Africana celebrada en Maputo del 4 -12 de julio de 2003, Principio A, numeral 4, literal n (2), publicados en *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de los jueces, abogados y fiscales*, ob. cit., 2007, pp. 213 a 223. Disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/04/International-Principles-on-the-Independence-and-Accountability-of-Judges-Lawyers-and-Prosecutors-No.1-Practitioners-Guide-2009-Spa.pdf>; consultado en fecha 19 de enero de 2021.

⁴⁶ CorteIDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 149. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 193.

⁴⁷ Consejo de Europa. *Recomendación Nº R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces* (adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994 en la 58ª sesión de viceministros), disponible en: <https://rm.coe.int/1680747c9c>; consultado en fecha 19 de enero de 2021.

⁴⁸ CorteIDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 140. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párrs.191 y 192.

En el caso de las sanciones a los jueces, y especialmente en casos de destitución, la autoridad a cargo “debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa”⁴⁹. Ello supone, además, que para que la investigación de la denuncia de un juez sea efectiva, “las personas encargadas de la misma deben de ser independientes, tanto jerárquica e institucionalmente como en la práctica”, especialmente de “aquellas personas implicadas en los hechos que se investigan”⁵⁰.

En conclusión, conforme en los estándares desarrollados por la Corte Interamericana, esta ha rechazado de plano la libre remoción o las remociones arbitrarias de los jueces (incluidos los jueces provisionales), dado que ello viola la independencia judicial, en virtud de que fomenta abiertamente la “posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias”⁵¹. De allí que la Corte haya ratificado las garantías de la independencia judicial en sentido institucional y subjetivo, relativas al principio de la inviolabilidad de la estabilidad en el cargo, sometida estrictamente a los siguientes requisitos del régimen disciplinario o sancionatorio de los jueces: (i) causal legal previamente establecida, conforme a los principios de tipicidad y proporcionalidad; (ii) procedimiento previo, que respete las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa; y (iii) el derecho a un recurso judicial efectivo ante jueces y tribunales competentes, imparciales e independientes. Por lo cual, cuando se afecta la independencia judicial, no solo se afectan respecto al juez, las garantías del debido proceso reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana y el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de dicha Convención; sino que además, respecto a los justiciables y ciertamente respecto al juez mismo, también se afecta el propio derecho a la protección judicial efectiva, reconocido en el artículo 25 de la Convención. En este sentido, la CorteIDH ha afirmado:

155. Teniendo en cuenta los estándares señalados anteriormente, la Corte considera que: i) **el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial**; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el **derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas**, ya sea por medio de un **proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato**, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, **se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana**⁵². (Resaltados añadidos).

⁴⁹ CorteIDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 78. En el mismo sentido: *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 99; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 189; y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 196.

⁵⁰ CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 120.

⁵¹ CorteIDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 78. En el mismo sentido: *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia cit., párr.99; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 189; y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 196.

⁵² CorteIDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 155. En el mismo sentido: *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 191; *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 200; y *Caso Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Por último, la Corte Interamericana, invocando su precedente en el caso *Uzcátegui y otros* ha señalado que los procesos penales pueden generar “un efecto intimidador o inhibitorio en el ejercicio de su libertad de expresión, contrario a la obligación estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de este derecho en una sociedad democrática”⁵³, sometiendo la aplicación de esta consideración a los hechos particulares de cada caso⁵⁴. Además de ello, a pesar de no tratarse de procesos penales, la Corte ha considerado que el mero hecho de “iniciar un proceso disciplinario” en contra de los jueces por sus actuaciones en contra de un golpe de Estado y a favor del Estado de Derecho, “podría tener el efecto intimidante” y, por lo tanto, “constituir una restricción indebida a sus derechos”⁵⁵.

A. Breve referencia a los juicios políticos contra jueces

En algunos países, la remoción o destitución de los jueces (magistrados o ministros) de las altas cortes, como la corte suprema de justicia o los tribunales o cortes constitucionales, está asignada al órgano legislativo (parlamento o congreso), a través del llamado juicio político (“*impeachment*”). Este procedimiento en sede política debe, sin embargo, regirse por los mismos principios generales y las garantías de la independencia judicial, como son, la causa legal, la competencia, el debido proceso y el derecho a un recurso judicial efectivo.

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse en dos oportunidades, respecto a la utilización de los juicios políticos para la destitución de jueces, casualmente relativas a los jueces de los tribunales constitucionales. En el caso del *Tribunal Constitucional de Perú* la CorteIDH dejó sentados los siguientes criterios ratificados en el caso del *Tribunal Constitucional de Ecuador*, con relación a las garantías judiciales aplicables a los juicios políticos en general, y en concreto, contra jueces:

1. El ejercicio del poder sancionatorio del Estado debe llevarse a cabo con total apego al orden jurídico, lo cual incluye las garantías mínimas del debido proceso, bajo las exigencias establecidas en la Convención Americana.

2. La aplicación del artículo 8 de la Convención Americana relativo a las “Garantías Judiciales”, no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino que constituyen un “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que “las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”.

3. El elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 artículo 8 de la Convención, se aplica también en la determinación de los derechos y obligaciones

Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C Nº 237, párr. 105. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_327_esp.pdf; consultado en fecha 20 de enero de 2021.

⁵³ CorteIDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C Nº 249, párr. 189. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_249_esp.pdf; consultado en fecha 20 de enero de 2021, citado en *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 176.

⁵⁴ La CorteIDH mencionó, como ejemplo, que en el caso *Caso Uzcátegui y otros* existía un proceso penal en contra del señor Uzcátegui, donde el querellante ocupaba un alto cargo (Comandante General de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Falcón), existía un contexto de violencia y la víctima había sido objeto de actos de amenaza, hostigamiento y detenciones ilegales. *Cfr. Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 189, citado en *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 176.

⁵⁵ CorteIDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párr. 176.

de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter órdenes y, por ende, “en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”.

4. La expresión de la Convención relativa al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos (art. 8.1), se refiere a “cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”. Por lo cual, “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.

5. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas. Por ello, es “necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento”.

6. En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, es necesario que “toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete”⁵⁶.

Con relación al derecho de los jueces bajo el artículo 8.1 de la Convención Americana, a ser oídos y ejercer su derecho a la defensa en los juicios políticos o procedimientos sancionatorios en sede parlamentaria, la Corte Interamericana ha reiterado que las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención suponen que “las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que estos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones”⁵⁷.

Con base en la aplicación de los anteriores principios y garantías del debido proceso aplicables a los juicios políticos llevados a cabo en contra de los jueces, la Corte Interamericana concluyó en el caso del *Tribunal Constitucional de Perú*, que el Estado había violado el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, en perjuicio de los magistrados (Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano), en virtud de que “el procedimiento de juicio político al cual fueron sometidos los magistrados destituidos **no aseguró a estos las garantías del debido proceso legal y no se cumplió con el requisito de la imparcialidad del juzgador**. Además, la Corte observa que, en las circunstancias del caso concreto, **el Poder Legislativo no reunió las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad para realizar el juicio político contra los tres magistrados del Tribunal Constitucional**”⁵⁸. (Resaltado añadido).

⁵⁶ CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia cit., párrs. 68 a 71, 75 y 77; ratificados en *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 166.

⁵⁷ CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 181. La primera parte de la cita de la Corte: “las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos” originalmente fue expuesta en el *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia cit., párr. 81.

⁵⁸ CIDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia cit., párrs. 84 y 85.

De manera similar, en el caso del *Tribunal Constitucional de Ecuador*, la Corte Interamericana concluyó que los jueces (vocales) de dicho Tribunal: (i) no fueron notificados en el primer procedimiento llevado a cabo por el Congreso para determinar la cesación de sus cargos, ni contaron con la posibilidad de comparecer para responder las acusaciones que se les formularon y dado que era necesario garantizarles la posibilidad de ser oídos en relación con las alegadas irregularidades en su nombramiento; y que (ii) en el juicio político subsiguientemente llevado a cabo en su contra por el Congreso, por tratarse de un nuevo enjuiciamiento, los vocales no fueron notificados de la nueva sesión parlamentaria, ni tuvieron oportunidad alguna de ejercer su derecho a la defensa para intervenir en dicho juicio y ser escuchados⁵⁹. En virtud de estas irregularidades constatadas por la CorteIDH en este caso relativo a los procedimientos parlamentarios para la cesación y en el juicio político para la destitución de los vocales del Tribunal Constitucional de Ecuador, la Corte concluyó que se habían configurado las siguientes pluriviolaciones de la Convención Americana:

222. En consecuencia, la Corte declara la violación del artículo 8.1, las partes pertinentes del artículo 8.2 y el artículo 8.4 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, por la cesación arbitraria y los juicios políticos ocurridos, hechos que generaron la violación de las garantías judiciales en perjuicio de las ocho víctimas del presente caso. Por otra parte, la Corte declara la violación del artículo 8.1 en relación con el artículo 23.1.c y el artículo 1.1 de la Convención Americana, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial y la consecuente afectación a la independencia judicial y a la garantía de imparcialidad, en perjuicio de las ocho víctimas del presente caso⁶⁰.

III. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

La violación de las garantías de la independencia judicial, en concreto a través de la remoción o destitución arbitraria de un juez, viola varias disposiciones de la Convención Americana, comenzando por las garantías del debido proceso, el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, y el derecho a la protección judicial efectiva, reconocidos en los artículos 8, artículo 23.1.c y 25 de dicha Convención. Dependiendo de las circunstancias del caso, la violación de la independencia judicial puede conllevar la violación de otros derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, como la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación y otros derechos políticos.

La víctima de una violación de la independencia judicial es la persona del propio juez; pero, además, dependiendo de las circunstancias, también pueden ser víctimas de la violación de la independencia judicial los justiciables como: los demandantes, los demandados, los acusados y las víctimas de violación de derechos humanos. Todas las víctimas de la violación del derecho a la independencia judicial deben ser reparadas integralmente por los daños sufridos.

1. La reparación integral de los jueces: el reintegro al cargo y el pago de daños

Los jueces que han sido víctimas de remociones o destituciones arbitraria en sus cargos tienen derecho a ser protegidos en el Derecho interno mediante un recurso

⁵⁹ CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párrs. 183 y 187.

⁶⁰ CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párr. 222.

judicial efectivo ante jueces competentes, independientes e imparciales, a fin de ser amparados contra los actos mediante los cuales se violaron sus garantías judiciales, incluida su garantía a la independencia judicial, reconocida en el artículo 8 de la Convención Americana. Para esa protección, los jueces tienen derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso judicial efectivo, reconocido en el artículo 25 de la Convención. En este sentido, los Principios Básicos establecen que las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo de los jueces, “estarán sujetas a una revisión independiente” (principio 20).

Ese recurso, de ser estimado, debe amparar al juez y repararlo de manera integral, incluida su reincorporación al cargo del cual fue arbitrariamente privado. Es decir, la protección efectiva debe restablecer al juez en el ejercicio del cargo, en virtud del principio de inamovilidad. De allí que la estimación con lugar de un recurso judicial contra la destitución arbitraria de un juez, debe necesariamente disponer como reparación su reincorporación al cargo, además de las demás reparaciones de los daños materiales y morales causados. En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido lo siguiente:

81. Como se puede observar, los jueces cuentan con varias garantías que refuerzan su estabilidad en el cargo con miras a garantizar la independencia de ellos mismos y del sistema, así como también la apariencia de independencia frente al justiciable y la sociedad. Como ya lo ha reconocido este Tribunal, **la garantía de inamovilidad debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella. Ello es así puesto que de lo contrario los Estados podrían remover a los jueces e intervenir de ese modo en el Poder Judicial sin mayores costos o control.** [...] Por tanto, un recurso que declara **la nulidad de una destitución de un juez por no haber sido ajustada a la ley debe llevar necesariamente a la reincorporación.** En el presente caso, el recurso de nulidad era el idóneo porque declaró la nulidad y, como lo afirma la propia SPA, hubiera podido llevar a la reincorporación de la señora Reverón Trujillo. La pregunta que surge de esto es si las razones adelantadas por la SPA para no reincorporarla (el proceso de reestructuración judicial y su condición de jueza provisoria) eximían a la SPA de reordenar dicha reparación⁶¹. (Resaltados añadidos).

No obstante, conforme a las reglas establecidas en la Convención Americana y una vez agotados los recursos internos sin que se haya obtenido una reparación integral, el juez víctima de una remoción o destitución arbitraria, puede recurrir ante la CIDH, y en su caso, posteriormente ante la CorteIDH, a fin de obtener el amparo internacional a sus derechos convencionales violados.

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de conocer y decidir varios casos relativos a jueces removidos o destituidos arbitrariamente, en violación a la independencia judicial y las demás garantías del debido proceso y al derecho a la protección judicial efectiva, los cuales que han sido citados ampliamente en este trabajo: *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*; *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*; y *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*; y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*.

En todos esos casos, como hemos visto, en virtud de la remoción o destitución arbitraria de la que han sido víctima los jueces, la Corte Interamericana ha declarado

⁶¹ CorteIDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 81.

la responsabilidad internacional del Estado por la violación de la Convención Americana: artículo 8 (Garantías Judiciales) y artículo 25 (Protección Judicial) en beneficio del juez como víctima; y a partir del *Caso Reverón Trujillo*, se ha declarado además, la violación del artículo 23.1c (Derechos Políticos: tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país)⁶². En virtud de las características propias del *Caso López Lone y otros*, relativas a la vaguedad de los tipos y las sanciones disciplinarias, el pronunciamiento de los jueces en contra del golpe de estado, la asociación de jueces a la cual pertenecían, la Corte Interamericana además declaró la violación de los artículos 9 (Principio de Legalidad y Retroactividad), 13.1 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), 15 (Derecho de Reunión) y 16 (Libertad de Asociación) de la Convención⁶³.

A partir del caso *Apitz Barbera y otros*, como regla general, la Corte Interamericana también ha dispuesto en sus sentencias, como parte de la reparación integral, requerirle al Estado “reintegrar” a los jueces al poder judicial “así lo desean”, “en un cargo que tenga las remuneraciones, beneficios sociales y rango equiparables a los que les correspondería el día hoy si no hubieran sido destituidos”⁶⁴. Este cumplimiento directo o en especie, en caso de que fuese justificadamente imposible cumplirlo por el Estado como obligado de la prestación, deberá entonces cumplirlo mediante una indemnización sustitutiva. En efecto, si por “motivos fundados, ajenos a la voluntad de las víctimas, el Estado no pudiese reincorporarlas al Poder Judicial en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, deberá pagar a cada una de las víctimas la cantidad establecida en el párrafo 246 de esta Sentencia”⁶⁵.

Sin embargo, en caso de que, al momento de dictarse la sentencia, la Corte Interamericana haya constatado “la imposibilidad” de los jueces (vocales o magistrados) de “retornar a sus funciones”, la Corte ha dispuesto directamente en su fallo el pago de la indemnización sustitutiva. Ello ha ocurrido, por razones asociadas a un cambio constitucional ocurrido, que haya modificado el órgano (Tribunal Constitucional) y el nuevo (Corte Constitucional) no sea equivalente en su composición y competencias al anterior⁶⁶; o cuando dicho cambio constitucional haya generado una reestructuración posterior del órgano (Corte Suprema de Justicia), la cual implicó modificaciones importantes en asuntos como el número de miembros que conforman el nuevo órgano

⁶² CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia cit., párr. 130.1 y 2.; *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 267.7, 8 y 9; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 209.2, 3 y 4; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 205.2 y 3; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 284.2, 3 y 4; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 327.2, 3 y 4; y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 341.2, 3, 4, 5, 7 y 8.

⁶³ CorteIDH. y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 341.2 al 6, y 9.

⁶⁴ CorteIDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, sentencia cit., párr. 267.17.

⁶⁵ CorteIDH. *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 267.17. El plazo dado al Estado para efectuar la reincorporación del juez removido o destituido arbitrariamente fue de un (1) año en el *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia cit., párr. 205.7 y en el *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., párrs. 298 y 341.16.

⁶⁶ CorteIDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párrs. 263 y 264; y Puntos Resolutivos, párr. 327.10.

(Corte Nacional de Justicia), el cual es menor a los que integraban el anterior y algunos de los jueces (magistrados) incluso ya habían renunciado a su reincorporación⁶⁷.

En cuanto a las reparaciones de los daños causados, en todos los casos la Corte Interamericana ha dispuesto en sus sentencias la reparación a las víctimas del “daño material, inmaterial y reintegro de costas y gastos”, en los términos dispuestos en cada fallo. Ello ha incluido, las remuneraciones dejadas de percibir por los jueces (salarios caídos y demás prestaciones), así como otros daños materiales y morales causados, y el lucro cesante⁶⁸.

Otras medidas adicionales de reparación integral acordadas por la CorteIDH se han referido a los problemas estructurales que han causado las violaciones, como son las leyes, regulaciones e incluso la jurisprudencia. En esos casos, a fin de hacer efectiva la obligación de “no repetición”, la CorteIDH ha requerido al Estado la adopción de medidas de carácter general, para prevenir nuevas violaciones. Así, por ejemplo, en los casos venezolanos relativos a la existencia de un porcentaje mayoritario de jueces provisionales de libre nombramiento y remoción discrecional y sin recurso judicial efectivo, la Corte ha requerido al Estado para remediar la situación, la adopción de medidas correctivas de naturaleza legislativa (Código de Ética del Juez y la Jueza Venezolanos) y el cambio de la línea jurisprudencial de su Tribunal Supremo de Justicia⁶⁹.

2. La reparación de los justiciables

El haber sido sometido a un “juez” sin la garantía de la independencia, ya sea como acusado, como demandante o como víctima, no solamente causa una violación del derecho al acceso a la justicia con las garantías del debido proceso (arts. 8 y 25, CADH); sino que, además, puede conllevar a una serie de violaciones y daños graves adicionales.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de una persona civil sometida indebidamente a juicio ante jueces militares que no son independientes, y que además en violación a las garantías del derecho a la defensa ha sido condenada a la pena de prisión. O una persona que, habiendo sufrido una violación en sus derechos por parte de un acto gubernamental, acude ante los tribunales en busca de protección, siendo que el juez está sujeto a las presiones que ejerce el gobierno porque carece de independencia, y como resultado, dicta una sentencia que rechaza la protección solicitada. Y que, en ambos casos, habiéndose agotado los recursos idóneos en la jurisdicción interna, no se haya logrado protección alguna. Frente a esas situaciones, cabe preguntarnos: ¿Qué protección pueden buscar a nivel internacional, aquellas personas que han sido víctimas o hayan sido desprotegidas por decisiones dictadas por jueces sin independencia?

⁶⁷ *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., párrs. 214 y 215; y Puntos Resolutivos, párr. 284.10.

⁶⁸ CorteIDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 267.17; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 209.12; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 205.10; *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 284.11; *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 327.11; y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 341.18.

⁶⁹ CorteIDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 267.19; *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 209.9 y 10; y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 205.8.

Algunos casos resueltos por la CorteIDH y el Comité de Derechos Humanos de la ONU nos brindan una respuesta a nuestra interrogante.

La CorteIDH conoció el caso *Castillo Petruzzi y otros*, en el cual las víctimas de nacionalidad chilena habían sido juzgadas por traición a la patria en Perú por tribunales militares carentes de independencia y, habían sido condenadas en violación a sus garantías judiciales. En su fallo, la Corte Interamericana determinó que los “tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las **garantías de independencia** e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como **elementos esenciales del debido proceso legal**”⁷⁰. (Resaltado añadido). Por lo cual, la Corte dictaminó que “el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana”⁷¹, en virtud de lo cual “declar[ó] la **invalidez**” del proceso militar seguido en contra de las víctimas. Entre las medidas de reparación integral a las víctimas, la Corte le requirió al Estado que “se les **garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal**”.⁷² (Resaltados añadidos).

De manera similar, en el caso *Palamara Iribarne*, la víctima quien era civil y había realizado la publicación de un libro sobre temas de inteligencia militar, fue juzgada en Chile por tribunales militares carentes de independencia y fue condenada. En su fallo, la Corte Interamericana, al afirmar previamente que “**la independencia del Poder Judicial** frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial”⁷³ (resaltado añadido), concluyó que el Estado “no garantizó al señor Palamara Iribarne su derecho a que un juez o tribunal competente, imparcial e independiente conociera de las causas penales que se iniciaron en su contra, por lo cual violó el artículo 8.1 de la Convención en su perjuicio”⁷⁴, y además “violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención”⁷⁵ en su perjuicio. Entre las medidas de reparación integral a la víctima, la Corte le requirió al Estado “**dejar sin efecto**, en el plazo de seis meses, en todos sus extremos, las sentencias condenatorias”⁷⁶ (resaltados añadidos) emitidas por los tribunales militares chilenos en contra del señor Palamara Iribarne.

⁷⁰ CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52, párr. 152. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf; consultado en fecha 21 de enero de 2021.

⁷¹ CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia cit., párr. 226.4.

⁷² CorteIDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia cit., Puntos Resolutivos, párr. 226.13.

⁷³ CorteIDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, párr. 145. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_135_esp.pdf; consultado en fecha 21 de enero de 2021.

⁷⁴ CorteIDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia cit., párr. 269.3.

⁷⁵ CorteIDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia cit., párr. 161 y Puntos Resolutivos, párr. 269.4.

⁷⁶ CorteIDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia cit., párr. 161 y Puntos Resolutivos, párr. 269.12. De manera similar, en el caso *Radilla Pacheco*, relativo a la investigación por tribunales militares en México de la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, la CorteIDH aunque sin hacer referencia expresa a la violación a la “independencia judicial” sino al “derecho a un juez natural” como garantía del debido proceso bajo el artículo 8.1. de la Convención Americana, declaró la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana; y entre las medidas de reparación integral le requirió al Estado, conducir ante la jurisdicción penal ordinaria “eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación, los procesos penales que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, para determinar las correspondientes responsabilidades

En conclusión, en casos de juzgamiento y condena de víctimas por jueces carentes de independencia judicial, la CorteIDH ha declarado la violación de la garantía esencial del debido proceso y del derecho a la protección judicial, bajo los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Y dentro de las medidas de reparación integral a las víctimas, ha dispuesto la invalidez de los procesos, le ha requerido al Estado dejar sin efecto las sentencias condenatorias, y que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal.

De manera similar a la CorteIDH ha actuado el Comité de Derechos Humanos de la ONU (Comité o CDH), en casos relativos a la falta de independencia judicial y la situación de los jueces provisionales sin estabilidad en el cargo (de libre nombramiento y remoción), cuando las víctimas que han sido juzgadas o que han acudido ante esos jueces, han sido desprotegidas⁷⁷.

Así, el caso *Gabriel Osío Zamora* se trató de una persona quien tuvo que acudir ante los jueces “provisorios” de la Corte de lo Contencioso-Administrativo en Venezuela para solicitar la protección de sus derechos frente a actos gubernamentales arbitrarios de toma de sus acciones y propiedades. El Comité, dialogando y citando expresamente la jurisprudencia de la CorteIDH en el caso *Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*, afirmó los principios de la independencia judicial y las garantías de inviolabilidad en la estabilidad en el cargo frente a presiones externas, incluidas las que puedan venir del poder ejecutivo:

El Comité recuerda que el procedimiento para el nombramiento de los jueces y las garantías en relación con su seguridad en el cargo son requisitos para la independencia judicial, y toda situación en que el Poder Ejecutivo pueda controlar o dirigir al Judicial es incompatible con el Pacto. En este sentido, **el nombramiento provisorio de miembros del Poder Judicial no puede eximir a un Estado parte de asegurar las debidas garantías para la seguridad en el cargo de los miembros así designados**. Independientemente de la naturaleza de su designación, los miembros del Poder Judicial deben ser independientes y dar apariencia de independencia. Además, los nombramientos provisorios deberían ser excepcionales y limitados en el tiempo. (nota N° 77: En este sentido, véase, entre otras, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 5 de agosto de 2008, en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, párrs. 42 a 46).⁷⁸ (Resaltados añadidos).

A continuación, el Comité luego de constatar que todos los jueces “provisorios” de la Corte de lo Contencioso-Administrativo en Venezuela eran nombrados provisoriamente, y que podían ser removidos sin causa ni procedimiento ni apelación, concluyó que “no gozaban de las necesarias garantías de independencia de conformidad

penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea”. CorteIDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209, párrs. 114, 115, Puntos Resolutivos 5 y 8. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.doc; consultado en fecha 21 de enero de 2021.

⁷⁷ De manera similar a los artículos 8.1 y 25 de la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en el artículo 14.1 el derecho de toda persona a ser juzgada ante un tribunal independiente: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...]”

⁷⁸ ONU. Comité de Derechos Humanos. *Gabriel Osío Zamora vs. Venezuela*. Dictamen de la Comunicación N° 2203/2012, CCPR/C/121/D/2203/2012, 1 de febrero de 2018, doc G1802241-2.pdf, párr. 9.3, disponible en: <https://docstore.ohchr.org>; consultado en fecha 21 de enero de 2021.

con el artículo 14, párrafo 1, del Pacto, en violación de dicha disposición”⁷⁹. Dentro de las medidas de reparación “íntegra” a la víctima (“autor”), el Comité le requirió al Estado cumplir con su “obligación de **proporcionar al autor un recurso efectivo**”, garantizándole “entre otras medidas, **un procedimiento judicial conforme a las garantías establecidas por el artículo 14 del Pacto**”⁸⁰ (resaltados añadidos). Finalmente, el Comité también le requirió al Estado otorgar a la víctima una “compensación adecuada” por las violaciones de las que ha sido objeto conforme al dictamen emitido; y adoptar las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

En el caso *Marco Siervo Sabarsky*, similar al anterior, pero que además involucró procesos penales ante jueces provisorios, el Comité ratificando su jurisprudencia antes citada, afirmó que todos los jueces del proceso penal y contencioso-administrativo “**carecían de independencia e imparcialidad por su carácter provisorio**”; y concluyó que “los jueces integrantes de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo y aquellos que participaron en el procedimiento penal seguido contra el autor, **no gozaban de las necesarias garantías de independencia de conformidad con el artículo 14, párrafo 1, del Pacto, en violación de dicha disposición**”⁸¹ (resaltados añadidos). Dentro de las medidas de reparación “íntegra” a la víctima (“autor”), el Comité igualmente le requirió al Estado cumplir con su “obligación de **proporcionar al autor un recurso efectivo**”, garantizándole “entre otras medidas, **un procedimiento judicial conforme a las garantías establecidas por el artículo 14 del Pacto**”⁸² (resaltados añadidos). Finalmente, el Comité también le requirió al Estado otorgar a la víctima una “compensación adecuada” por las violaciones de las que ha sido objeto conforme al dictamen emitido; y adoptar las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro⁸³.

En conclusión, el Comité de Derechos Humanos de manera similar a la realizada por la CorteIDH en los casos de juzgamiento o desprotección judicial de víctimas por jueces carentes de independencia judicial, ha declarado la violación de la garantía esencial del debido proceso y de la protección judicial, bajo los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y dentro de las medidas de reparación integral a las víctimas, ha dispuesto requerir al Estado proporcionarle a la víctima un recurso efectivo, garantizándole entre otras medidas, un procedimiento judicial conforme a las garantías establecidas por el artículo 14 del Pacto. Asimismo, en esos casos, el Comité de manera similar a la realizada por la CorteIDH, ha requerido al Estado la adopción de medidas estructurales de carácter general, a fin de evitar la repetición de las violaciones semejantes.

⁷⁹ ONU. Comité de Derechos Humanos. *Gabriel Osío Zamora vs. Venezuela*, dictamen cit., párr. 9.3 y 9.10.

⁸⁰ ONU. Comité de Derechos Humanos. *Gabriel Osío Zamora vs. Venezuela*, dictamen cit., párr. 11.

⁸¹ ONU. Comité de Derechos Humanos. *Marco Siervo Sabarsky vs. Venezuela*. Dictamen de la Comunicación núm. 2254/2013, CCPR/C/125/D/2254/2013, 1 de mayo de 2019, párr. 8.4, disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsjvffJqiI84ZFd1DNP1S9EJn8ehjE%2FYjXj1IQ6EitdvxRVoo%2BAGD1vbkarkR3yhgidGboTffJnjCOiV1oFKm8lfidIT5so4A4jpbIZLDoR%2FskNRq%2FmWPPm5OjRxsKMPe4Vw%3D%3D>; consultado en fecha 21 de enero de 2021.

⁸² ONU. Comité de Derechos Humanos. *Marco Siervo Sabarsky vs. Venezuela*, dictamen cit., párr. 10.

⁸³ ONU. Comité de Derechos Humanos. *Marco Siervo Sabarsky vs. Venezuela*, dictamen cit., párr. 10.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA TENTACIÓN DE LA POLÍTICA

Héctor Faúndez Ledesma*

SUMARIO

I. La lucha contra la impunidad de violaciones de derechos humanos y las masacres de el mozote. II. La libertad de expresión. III. El agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. 1. Una regla que implica una obligación correlativa. 2. Una interpretación compatible con el objeto y fin de la Convención. 3. Una regla flexible. 4. Un medio de defensa del Estado. 5. La indicación de los recursos adecuados y efectivos. 6. La oportunidad para alegarla. 7. La desviación de la jurisprudencia de la Corte en el caso Brewer-Carías. IV. La candidatura del juez garcía sayán a la secretaría general de la OEA. A modo de conclusión.

De acuerdo con el artículo 53 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces de la Corte son elegidos por los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados; es decir, a partir de los lazos que se tenga con los círculos del poder, los candidatos a jueces de la Corte son propuestos por los gobiernos de los Estados partes en la Convención y son elegidos por esos mismos gobiernos. Pero, a pesar de este nexo muy fuerte con la política, hasta la segunda década del siglo XXI, nunca había habido razones para dudar de la independencia política, de la imparcialidad y de la rectitud de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Puede que alguna vez se hayan dictado sentencias técnicamente muy malas, como aquellas en los casos *Aloeboetoe y otros*, *El Amparo*, y *Garrido y Baigorria*, en que el Estado demandado aceptó como ciertos los hechos referidos en la demanda y la responsabilidad internacional consiguiente, y la Corte dio por sentado que esos hechos constituían una violación de la Convención, omitiendo calificarlos e indicar precisamente qué disposiciones de la Convención habían sido vulneradas¹; en realidad, en dichas sentencias, la Corte tampoco decidió que los hechos denunciados constituyeran una violación de la Convención.

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Aloeboetoe y otros*, sentencia del 4 de diciembre de 1991, párrafo inicial de la parte resolutiva; Caso *El Amparo*, sentencia de 18 de enero de 1995, parte dispositiva, especialmente párrafos 1 y 2; y Caso *Garrido y Baigorria*, sentencia de 2 de febrero de 1996, párrafos 1 y 2 de la parte dispositiva.

Desde los primeros casos de que tuvo conocimiento, durante décadas, la Corte asumió, incorrectamente, que si el Estado demandado no tenía, entre los jueces de la Corte, a un juez de su nacionalidad, podía designar un juez *ad hoc*; más aún, en los tres primeros casos que se sometieron a la Corte en contra de Honduras, a pesar de que para ese momento la Corte ya incluía entre sus jueces a uno de nacionalidad hondureña —el juez Jorge Hernández Alcerro—, luego de que este se inhibió de conocer de los mismos, el Presidente de la Corte le comunicó al gobierno de Honduras que, de acuerdo con el art. 10.3 del Estatuto de la Corte, tenía derecho a designar un juez *ad hoc*, para cuyos efectos el gobierno de Honduras designó al abogado Rigoberto Espinal Irías². En lo sucesivo, en todos los casos en que el Estado demandado no tenía un nacional suyo entre los jueces de la Corte, esta entendió que dicho Estado tenía derecho a designar un juez *ad hoc*; a pesar de todas las advertencias que se le hicieron a la Corte, esa práctica, claramente incompatible con el espíritu y con el tenor literal del artículo 55, párrafo 2, de la Convención, se mantuvo tozudamente hasta que Argentina hizo una consulta para que se dilucidara este tema³. La falta de experiencia y formación de sus jueces hizo que, en los primeros casos que se le presentaron, la Corte confundiera “reparaciones” con “indemnizaciones”⁴. En fin, esas mismas carencias hicieron que, a pesar de las diferencias notables que hay entre la Carta de la ONU y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se interpretara —y se siga interpretando, hasta hoy día— el artículo 64 de la Convención, en el sentido de otorgar a los dictámenes que emite la Corte Interamericana en el ejercicio de su función consultiva el carácter de meras “opiniones”. Para llegar a esta conclusión, los jueces de la Corte Interamericana aplicaron, por analogía, el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, que señala expresamente que la Corte Internacional de Justicia podrá emitir “opiniones consultivas”; como desarrollo de esta disposición, el capítulo IV del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se denomina, precisamente, “Opiniones consultivas”; pero los jueces de la Corte Interamericana no se percataron que, a diferencia de lo que ocurre en la Carta de la ONU y en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en la Convención Americana no se hace ninguna referencia a “opiniones”, ni se sugiere que los dictámenes que la Corte emita en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 64 carezcan de efecto vinculante; en realidad, esos dictámenes emanan del órgano judicial encargado de interpretar autorizadamente las disposiciones de la Convención, por lo que no son un mero ejercicio retórico, desprovisto de efectos jurídicos para los Estados partes en la Convención. Tampoco

² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*. Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 4, Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*. Excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, párrafo 4, Caso *Godínez Cruz*. Excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, párrafo 4.

³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09, de 29 de septiembre de 2009, solicitada por la República Argentina (Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, *Indemnización compensatoria*, sentencia del 21 de julio de 1989 (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), publicada por la Secretaría de la Corte en 1990, y Caso *Godínez Cruz*, *Indemnización compensatoria*, sentencia del 21 de julio de 1989 (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), publicada por la Secretaría de la Corte en 1990. Posteriormente, bien entrado el siglo XXI, en la página web de la Corte se corrigió el título de estas sentencias, indicando que las mismas se referían a “Reparaciones y Costas”; las publicaciones oficiales realizadas con anterioridad, y que reposan en las bibliotecas, no se han podido corregir. Además, en la parte dispositiva de las sentencias sobre el fondo de estos dos casos, la Corte había dispuesto que Honduras estaba “obligada a pagar una justa indemnización a los familiares de la víctima” (párrafo 5 de la parte dispositiva de ambas sentencias sobre el fondo, del 20 de enero de 1989), pero no dice nada sobre reparaciones.

son modelos a seguir las sentencias en los casos *Gangaram Panday* y *Genie Lacayo*, en que la Corte se sintió exonerada de determinar cuáles eran los daños efectivamente causados, a partir de los cuales disponer determinadas medidas reparadoras o el pago de una justa indemnización, y creyó que bastaba con disponer el pago de “una indemnización de carácter nominal”⁵, o un pago “en equidad”⁶, sin indicar a qué daños concretos –materiales o inmateriales– correspondía esa indemnización.

Costó encaminar el trabajo de la Corte y, antes de llegar a su época de máximo esplendor, hubo que pasar por lo que, en sus conversaciones, Pedro Nikken llamaba “el período gris” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero lo cierto es que, al margen de sentencias más o menos desacertadas que ella pueda haber dictado, nunca había habido razones para poner en duda la rectitud, la independencia o la imparcialidad de los jueces de la Corte. Sin embargo, eso no iba a ser eterno, y Pedro Nikken y quien esto suscribe lo sufrimos, en carne propia, en el caso *Brewer-Carías*.

Entre octubre de 2012 y agosto de 2013, la Corte Interamericana dictó dos sentencias que, al apartarse de lo que ya era una jurisprudencia bien establecida, en materia de libertad de expresión y lucha en contra de la impunidad por graves violaciones de derechos humanos, sorprendieron ingratamente a la comunidad jurídica y a los defensores de derechos humanos, generando severas críticas, tanto en la prensa como en revistas especializadas, no solo por el contenido de dichas sentencias, sino por la participación de un juez que debía haberse inhibido y no lo hizo. Solo meses después vendría la sentencia en el caso *Brewer-Carías*, con la que se dio un giro de ciento ochenta grados a la jurisprudencia anterior en materia de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. Por supuesto, no hay razones para que la jurisprudencia de los tribunales deba ser estática, y no pueda evolucionar o, incluso, dar marcha atrás, si hay motivos suficientes para hacerlo. Otra cosa es que exista siquiera la apariencia de que esos cambios en la jurisprudencia de la Corte hayan sido el producto de las necesidades de la política, o de la utilización de la Corte como un trampolín para hacer política. Pero veamos los casos antes referidos.

I. LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y LAS MASACRES DE EL MOZOTE

Si hay algo que es de la esencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la investigación y castigo de las violaciones de derechos humanos. Por ello, en su sentencia en el caso *Barrios Altos*, la Corte concluyó que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁷. El *dictum* de la Corte

⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Gangaram Panday vs. Surinam* Sentencia de 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 70.

⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua* Sentencia de 29 de enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 95. En este caso, en un voto disidente, el juez Pacheco Gómez advirtió que lo procedente hubiera sido abrir la etapa de reparaciones, para fijar el monto de la compensación por los daños materiales y morales sufridos, después de haber escuchado a las partes y a los familiares de la víctima.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Barrios Altos Vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), párrafo 41.

era categórico; en casos de graves violaciones de derechos humanos, la amnistía, la prescripción del delito o de la pena, o las excluyentes de responsabilidad penal, son absolutamente inadmisibles. Esta jurisprudencia permaneció inalterable⁸ hasta la sentencia en el caso de *El Mozote y lugares aledaños*⁹.

El 19 de agosto de 2013, la Corte dictó su sentencia en el caso de las *masacres de El Mozote y lugares aledaños*, ocurridas entre el 11 y el 13 de diciembre 1981, en el Departamento de Morazán, en la República de El Salvador¹⁰.

Según los hechos establecidos por la Corte, en el año 1981 eran comunes las operaciones de contrainsurgencia en la zona antes referida¹¹. Entre fines de noviembre y principios de diciembre de 1981, soldados indicaron a un comerciante del caserío El Mozote que acumulara víveres y aconsejara a la población que se concentrase en el caserío, pues aquellos que estuvieran reunidos allí no correrían peligro, pero a quienes estuvieran dispersos los matarían¹². Entre el 8 y el 16 de diciembre de ese año, se realizó un operativo militar de grandes dimensiones, que se inició con bombardeos aéreos y de artillería dirigidos hacia el caserío El Mozote y el cantón La Joya¹³. Al llegar los soldados al caserío llevaban consigo capturadas varias personas que encontraron en los alrededores, quienes no habían querido salir de sus casas; los soldados sacaron a la gente de las casas, incluyendo a las personas concentradas en la vivienda y tienda de Marcos Díaz, obligándolos a tenderse en el suelo boca abajo para interrogarlos sobre la presencia de guerrilleros en la zona. Las personas fueron despojadas de sus pertenencias y les ordenaron regresar a sus viviendas bajo la amenaza de que debían encerrarse en las mismas “sin sacar siquiera la nariz”, pues de lo contrario les dispararían¹⁴. Aproximadamente a las 5:00 horas de la mañana del 11 de diciembre de 1981, los soldados sacaron a todas las personas de sus casas, agrupándolas en la plaza del caserío frente a la ermita. En la plaza los soldados les ordenaron formarse en dos filas, una de hombres y otra de mujeres, niñas y niños, manifestándoles que allí permanecerían mientras tomaban la decisión de qué hacer con ellos. Dos horas más tarde, dividieron a las personas en dos grupos: uno de hombres y niños mayores que enviaron a la ermita, y otro de mujeres y niños y niñas pequeños que ubicaron en la vivienda del señor Alfredo Márquez. Según fue reconocido por el Estado, los comandantes del destacamento del Batallón de Infantería de Reacción Inmediata Atlacatl (BIRI Atlacatl) y otros oficiales de alto rango dentro del operativo habrían sostenido una reunión, luego de la cual se dio la orden de ejecutar a civiles indefensos, no combatientes¹⁵. La extrema crueldad y las circunstancias de esas ejecuciones están

⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafos 105 a 114; Caso *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas) párrafos 152 y 168; Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párrafo 147; Caso *Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 195; Caso de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 1 de marzo de 2005, párrafo 172, y Caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2011, párrafo 174.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, sentencia del 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁰ Cfr. *ibid.*

¹¹ Cfr. *ibid.*, párrafo 80.

¹² Cfr. *ibid.*, párrafo 88.

¹³ Cfr. *ibid.*, párrafos 83 al 86.

¹⁴ Cfr. *ibid.*, párrafo 89.

¹⁵ Cfr. *ibid.*, párrafos 90, 91, 151 y 153.

detalladas en la sentencia¹⁶. Según fue reconocido por el Estado, a las mujeres las violaron antes de asesinarlas¹⁷. Tal como fue reconocido por el Estado, los cuerpos de todas las personas asesinadas fueron apilados en varias viviendas, que luego fueron quemadas por los soldados; del mismo modo, prendieron fuego a la ermita, en donde había personas lesionadas aún con vida, pues se pudieron escuchar sus gritos y lamentos¹⁸. De acuerdo a lo establecido en el informe de fondo de la Comisión y reconocido por el Estado, se había identificado a 498 personas ejecutadas solo en el caserío El Mozote¹⁹. Según reconoció el Estado, otras 152 personas fueron ejecutadas en el cantón La Joya²⁰, 56 personas en el caserío Ranchería²¹, 82 en el caserío Los Toriles²², 23 en el caserío Jocote Amarillo²³, 141 en el cantón Cerro Pando²⁴, y 15 personas en una cueva del cerro Ortiz²⁵. Se trata de siete masacres realizadas de forma sucesiva.

En su sentencia, la Corte resalta que las ejecuciones colectivas no se produjeron inmediatamente después de la detención de los pobladores y otras personas que se habían congregado en el caserío, sino que transcurrieron aproximadamente entre 12 y 24 horas, durante las cuales dichas personas fueron intencionalmente sometidas a sufrimientos intensos, al ser amenazadas e intimidadas, mantenidas encerradas y custodiadas durante horas y, en dichas circunstancias, interrogadas sobre la presencia de guerrilleros en la zona, sin saber cuál sería su suerte final. La Corte advierte que ese conjunto de actos causó a las víctimas sufrimientos de grave intensidad, dentro de la incertidumbre de lo que les podía suceder y el profundo temor de que podrían ser privados de su vida de manera arbitraria y violenta, como en efecto ocurrió²⁶. Según el testimonio de la señora Rufina Amaya, esta refiere la crueldad con la que actuaron las fuerzas de seguridad al relatar que:

“vio que los soldados tenían vendados y amarrados de los pies y con las manos amarradas hacia atrás a todos los hombres, dentro de la ermita que tenía sus puertas abiertas, todos los hombres estaban boca abajo en el suelo, y también vio que los soldados se paraban encima de ellos, y les levantaban la cabeza hacia atrás, entonces los hombres gritaban de dolor; después vio que los levantaban del suelo y con corvo a uno por uno les iban cortando la cabeza, después arrastraban sus cuerpos y cabezas hacia el convento y allí iban dejando el montón de muertos, pero como algunos hombres trataban de escaparse los ametrallaban²⁷.”

Respecto de los sobrevivientes, la Corte observa que la Fuerza Armada procedió a quemar las viviendas, despojar a las víctimas de sus pertenencias, destruir y quemar los cultivos de los pobladores, y a matar a los animales, lo que implicó la pérdida definitiva de las propiedades de las víctimas y la destrucción de sus hogares²⁸.

¹⁶ Cfr. *ibid.*, párrafos 92 y ss.

¹⁷ Cfr. *ibid.*, párrafo 93.

¹⁸ Cfr. *ibid.*, párrafo 95.

¹⁹ Cfr. *ibid.*, párrafo 97.

²⁰ Cfr. *ibid.*, párrafo 105.

²¹ Cfr. *ibid.*, párrafo 109.

²² Cfr. *ibid.*, párrafo 112.

²³ Cfr. *ibid.*, párrafo 116.

²⁴ Cfr. *ibid.*, párrafo 119.

²⁵ Cfr. *ibid.*, párrafo 121.

²⁶ Cfr. *ibid.*, párrafo 158.

²⁷ *Ibid.*, párrafo 159.

²⁸ Cfr. *ibid.*, párrafos 175 al 177.

A partir de los hechos establecidos por ella, la Corte concluyó que el Estado de El Salvador era responsable por la violación de los artículos 4, 5.1, 5.2, 21.1 y 21.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y adicionalmente en relación con el artículo 19 respecto de los niños y niñas, en perjuicio de las víctimas ejecutadas²⁹. Respecto de las mujeres que fueron violadas, la Corte concluyó que el Estado era responsable por la violación de los artículos 5.2 y 11.2 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 de la misma³⁰; además, se determinó que el Estado era responsable por la violación de los artículos 5.1, 5.2, 11.2, 21.1 y 21.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y adicionalmente en relación con el artículo 19 respecto de los niños y niñas, en perjuicio de las víctimas sobrevivientes de las masacres³¹. Respecto de los familiares de las víctimas ejecutadas, se determinó que el Estado era responsable por la violación de los artículos 5.1, 5.2, 21.1 y 21.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma³². Por último, se determinó que el Estado era responsable por la violación del artículo 22.1 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y adicionalmente en relación con el artículo 19 respecto de los niños y niñas, en perjuicio de las personas que fueron forzadas a desplazarse dentro de El Salvador y hacia la República de Honduras³³. La Corte consideró que la responsabilidad internacional del Estado en el presente caso se configuró de manera agravada en razón del contexto en que los hechos de las masacres de El Mozote y lugares aledaños fueron perpetrados, que se refiere a un período de violencia extrema durante el conflicto armado interno salvadoreño que respondió a una política de estado caracterizada por acciones militares de contrainsurgencia, como las operaciones de “tierra arrasada”, que tuvieron como finalidad el aniquilamiento masivo e indiscriminado de los poblados que eran asimilados por sospecha a la guerrilla³⁴.

A pesar de la gravedad de los hechos constatados por la Corte, y no obstante la responsabilidad internacional del Estado que ella misma determinó, esta vez, la Corte matizó su bien establecida jurisprudencia anterior respecto de la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones asumidas por los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y concluyó que, a diferencia de los casos abordados anteriormente por ella, en el presente caso se trataba de una ley de amnistía general que se refería a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno³⁵. Con lo anterior, se debilitó lo que parecía ser una regla absoluta, y se abrió la puerta para que, en cada caso, se reconsiderara si una determinada ley de amnistía era compatible con la Convención. Adicionalmente, la Corte no consideró necesario emitir un pronunciamiento sobre la violación del derecho a establecer la verdad a través de procesos judiciales, impulsando investigaciones penales que determinarán las responsabilidades correspondientes, y que establecieran penas adecuadas, coherentes con la gravedad de las violaciones cometidas y con el compromiso asumido contra la impunidad de tales atrocidades³⁶. Es cierto que, respecto del sobreseimiento dictado en aplicación de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, la Corte decidió que la investigación penal no había constituido el recurso

²⁹ Cfr. *ibid.*, párrafo 203.

³⁰ Cfr. *ibid.*, párrafo 204.

³¹ Cfr. *ibid.*, párrafo 205.

³² Cfr. *ibid.*, párrafo 206.

³³ Cfr. *ibid.*, párrafo 207.

³⁴ Cfr. *ibid.*, párrafo 208.

³⁵ Cfr. *ibid.*, párrafo 284.

³⁶ Cfr. *ibid.*, párrafos 298 y 316.

efectivo para garantizar los derechos de acceso a la justicia y de conocer la verdad mediante la investigación, enjuiciamiento y eventual sanción de los responsables de las masacres³⁷; pero el daño ya estaba hecho y, con su sentencia, se diluyó el *dictum* que declaraba que las leyes de amnistía por violaciones de derechos humanos, sin excepción, son incompatibles con la Convención.

Por otra parte, llama la atención un voto concurrente del juez Diego García Sayán, que se refiere extensamente al tema de las amnistías y su relación con la protección de los derechos humanos. García Sayán observa que, en América Latina, rutinariamente, las amnistías fueron usadas a lo largo del siglo XX como herramienta para poner fin a guerras civiles, asonadas, golpes de estado fallidos y conflictos armados diversos y, más recientemente, en procesos de transición política³⁸. Según García Sayán, cada uno de los casos sobre leyes de amnistía conocidos por la Corte hasta antes de las masacres de El Mozote y lugares aledaños tenían sus particularidades, matices y énfasis propios, ya sea en cuanto al contexto en que se originó la ley o al alcance de la misma. Todos tenían en común, sin embargo, que ninguna de esas normas de amnistía se daba dentro del contexto de un proceso orientado a poner término por la vía negociada a un conflicto armado no internacional³⁹. En cambio, el caso de amnistía de El Mozote derivaba de un contexto distinto a todos los anteriores⁴⁰. Había, por lo tanto, razones para justificar la amnistía. Al margen de lo que diga la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que era el instrumento a aplicar, o lo que pudieran indicar instrumentos internacionales más recientes, como, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁴¹, o el Estatuto de Roma⁴², García Sayán insiste en que “No existe en el derecho internacional positivo una norma a través de la cual se haya proscrito explícitamente todo tipo de amnistía”⁴³. En su opinión,

en el contexto específico de procesos de violencia generalizada y de conflictos armados no internacionales el recurso de la amnistía puede conducir, al menos teóricamente y según los casos o circunstancias específicas, a rumbos en diversas direcciones. Que plantean, en consecuencia, un abanico de posibles resultados que pueden fijar los márgenes para el ejercicio de la ponderación de los intereses en el propósito de conjugar los propósitos de investigación, sanción y reparación de graves violaciones a los derechos humanos, de un lado, con los de reconciliación nacional y salida negociada de un conflicto armado no internacional, por el otro⁴⁴.

En concreto, al tenor de los pasajes antes citados, la amnistía por crímenes cometidos en caso de conflictos armados no internacionales –y la consiguiente impunidad de los mismos– es una opción válida, y no se puede descartar. García Sayán olvida que no es lo mismo un acto delictivo cometido por un particular que una violación de

³⁷ Cfr. *ibid.*, párrafos 315, 325 y 326.

³⁸ Cfr. *ibid.*, párrafos 2 y 3 del voto razonado del juez García Sayán.

³⁹ Cfr. *ibid.*, párrafo 9 del voto concurrente.

⁴⁰ Cfr. *ibid.*, párrafos 10 y 16 del voto concurrente.

⁴¹ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984, en vigor desde el 26 de junio de 1987.

⁴² Aprobado el 17 de julio 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, en vigor desde el 1 de julio de 2002.

⁴³ Voto razonado del Juez García Sayán, en la sentencia en el Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, sentencia del 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 17 del voto razonado.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 20 del voto razonado.

derechos humanos; no es lo mismo perdonar a quien, sin el apoyo de la maquinaria del Estado, ha cometido un delito con fines egoístas, que perdonar a un agente del Estado por crímenes cometidos en contra de la población, en cumplimiento de una política de Estado. La amnistía nunca puede ser la indulgencia o el perdón de los crímenes cometidos por quienes tienen la responsabilidad de dirigir el Estado, manteniendo el orden y castigando la transgresión de la ley. En una sociedad civilizada, se da por descontado que el Estado no puede cometer crímenes en contra de su población y que, si los comete, no puede auto absolverse de esos crímenes. Por supuesto, afirmar lo contrario, desde los estrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tenía que ser recibido como un bálsamo por varios gobiernos de la región señalados por la adopción de leyes de amnistía que dejaban en la impunidad graves violaciones de derechos humanos.

Según García Sayán, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, deben ser entendidos como interdependientes, pues solo la aplicación integrada de medidas en favor de las víctimas en todos esos ámbitos pueden conseguir resultados eficaces y concordantes con el ordenamiento interamericano de derechos humanos; así, la simple aplicación de sanciones penales, sin que ellas impliquen un serio esfuerzo de encontrar y decir la verdad en su conjunto, podría convertirse en un proceso burocrático que no satisfaga la pretensión válida de las víctimas de llegar a la mayor verdad posible. Por otro lado, el otorgamiento de reparaciones sin que se sepa la verdad de las violaciones ocurridas, y sin sentar condiciones para una paz duradera, solo produciría un aparente alivio en la situación de las víctimas, pero no una transformación de las condiciones que permiten la recurrencia de las violaciones⁴⁵. Por consiguiente, “estos ingredientes fundamentales pueden ser, de manera total o parcial, materia de diseño de procedimientos adecuados a la especificidad de un proceso de salida negociada a un conflicto armado no internacional”⁴⁶. Para García Sayán, “un conflicto armado y la solución negociada del mismo abre varios interrogantes y plantea enormes exigencias jurídicas y éticas en la búsqueda de la armonización entre justicia penal y paz negociada”⁴⁷. Si se dificulta la concreción de la sanción penal, los otros componentes no deberían verse afectados o diferidos⁴⁸; en su opinión, el derecho de las víctimas y de las sociedades de acceder a la verdad de lo ocurrido adquiere un peso especial que debe considerarse en un adecuado ejercicio de ponderación para delinear las especificidades de la justicia de tal forma que no sea antagónica con la justicia transicional requerida en procesos de pacificación y reconciliación⁴⁹. La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar⁵⁰. A juicio de García Sayán, la solución negociada de un conflicto armado interno abre varios interrogantes sobre el juicio de ponderación de estos derechos, en la legítima discusión sobre la necesidad de cerrar el conflicto y poner fin a futuras graves violaciones de los derechos humanos; los Estados tienen el deber jurídico de atender los derechos de las víctimas, y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance. Así, la paz como

⁴⁵ Cfr. *ibid.*, párrafo 23 del voto concurrente.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 24 del voto concurrente. Las cursivas son del autor de estas líneas.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 26 del voto concurrente.

⁴⁸ Cfr. *ibid.*, párrafo 28 del voto concurrente.

⁴⁹ Cfr. *ibid.*, párrafo 29 del voto concurrente.

⁵⁰ Cfr. *ibid.*, párrafo 31 del voto concurrente.

producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto de lo que él llama el aniquilamiento del contrario⁵¹. Por ese camino, García Sayán está dando a la Convención Americana una lectura que no corresponde a su tenor literal, y está subordinando el deber de investigar y castigar las violaciones de derechos humanos a las negociaciones y acuerdos alcanzados por las partes en un conflicto armado interno.

El efecto de todo el razonamiento del juez García Sayán fue relativizar –o trivializar– la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos, asumida por los Estados en el artículo 1.1 de la Convención. Por supuesto, decir que las leyes de amnistía no son, necesariamente, incompatibles con la Convención es algo que siempre encontrará buena acogida en los gobiernos de los Estados partes en ella. Esto era especialmente relevante si se considera que, al momento de esa sentencia, eran varios los países de la región que venían saliendo de dictaduras más o menos largas, y que se encontraban inmersos en procesos de transición.

García Sayán recuerda que, a través del Acuerdo de Esquipulas II, firmado en agosto de 1987, los presidentes de cinco países centroamericanos se pusieron de acuerdo en buscar una salida a los conflictos armados internos que vivían El Salvador y otros países centroamericanos. Las negociaciones hacia la paz salvadoreña se iniciaron luego que los presidentes centroamericanos solicitaran la intervención del Secretario General de las Naciones Unidas. En setiembre de 1989 se suscribió el acuerdo entre el gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) para entablar un proceso de diálogo y poner fin, por la vía política, al conflicto armado en El Salvador. Luego de la suscripción de acuerdos parciales (el primero fue el Acuerdo de Derechos Humanos suscrito el 26 de julio de 1990), finalmente el acuerdo de paz se concretó el 31 de diciembre de 1991, firmándose de manera solemne el 16 de enero de 1992, en el Castillo de Chapultepec de la Ciudad de México⁵². Como recuerda García Sayán, en este proceso participó ONUSAL, la Misión de Naciones Unidas en El Salvador⁵³; pero el juez García Sayán omitió mencionar que él mismo había sido el representante personal del Secretario General de la ONU en esas negociaciones para la paz en El Salvador. Este no era un asunto menor pues, de acuerdo con el artículo 19, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que hubieran intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte. Las negociaciones referidas, y los acuerdos de paz posteriormente alcanzados, tenían que ver directamente con los hechos del caso; además, aunque en los acuerdos de paz no se hace ninguna mención a leyes de amnistía, es obvio que el tema debió ser objeto de consideración, incluso si se acordó “esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde esté comprometido el respeto a los derechos humanos”, e incluso si las partes reconocieron que tales hechos debían “ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia”⁵⁴.

Lo cierto es que el voto razonado del juez García Sayán, en el caso de las masacres de El Mozote, tuvo el efecto de situarlo del lado de los Estados americanos en que

⁵¹ Cfr. *ibid.*, párrafo 37 del voto concurrente.

⁵² Cfr. *ibid.*, párrafos 11 y 12 del voto concurrente.

⁵³ Cfr. *ibid.*, párrafo 13 del voto concurrente.

⁵⁴ Cfr. el párrafo 287 de la sentencia.

había casos de leyes de amnistía que podían ser impugnadas ante la Corte Interamericana; en el futuro próximo, los gobiernos de esos Estados tendrían que tener muy en cuenta esa sintonía con el juez García Sayán.

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”⁵⁵. Según este mismo tribunal, “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes pueden influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre”⁵⁶.

En el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte Interamericana observó que la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir su libertad de expresión, así como la de los periodistas que laboraban e investigaban para el programa Contrapunto del canal 2 de la televisión peruana y que, al separar al señor Ivcher del control del canal 2, y al excluir a los periodistas del programa Contrapunto, el Estado no solo restringió el derecho de estos a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática, en violación de los artículos 13 N° 1 y 13 N° 3 de la Convención Americana⁵⁷.

Según la jurisprudencia de la Corte, la libertad de expresión requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno⁵⁸. Para la Corte, “la profesión de periodista [...] implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención”⁵⁹.

Cualquier restricción de la libertad de expresión debe ajustarse estrictamente a lo que sea necesario para alcanzar el propósito legítimo que se persigue. Pero la circuns-

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Colegiación obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 69.

⁵⁶ *Ibid.*, párrafo. 70. Cfr., también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*), sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 68.

⁵⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú)*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafos 162, 163, y 164.

⁵⁸ Cfr. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párrafo 30, y Caso *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, *supra*, párrafo 138.

⁵⁹ La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra*, párr. 72, y Caso *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, *supra*, párrafo 140.

tancia de que se persiga un fin legítimo no justifica recurrir a cualquier medio para lograrlo; tanto los fines como los medios deben ser igualmente legítimos, y ninguna medida restrictiva de la libertad de expresión puede interferir con ella substancialmente más de lo que sea estricta y razonablemente necesario. La demanda de proporcionalidad entre la interferencia a que se somete la libertad de expresión y los bienes jurídicos que se desea proteger impone a las autoridades del Estado la necesidad de poner en la balanza intereses contrapuestos e igualmente dignos de protección, debiendo determinar cuál es el que debe tener prioridad. Para los efectos de su proporcionalidad, tratándose de medidas judiciales que interfieren con el ejercicio de la libertad de expresión es irrelevante si ellas son el resultado de procedimientos civiles o criminales; en cualquiera de esos casos será necesario examinar si dicha medida está justificada por las circunstancias del caso, y si es proporcionada al propósito legítimo que se persigue.

En el caso *Mémoli vs. Argentina*, en el que las víctimas –propietarios del diario argentino *La Libertad*, una de ellas periodista– habían sido condenados a uno y cinco meses de prisión en suspenso y al embargo de sus bienes, por denunciar un presunto fraude y defraudación en la venta de nichos en el cementerio de una ciudad argentina, bajo la presidencia de Diego García Sayán, la Corte consideró que este no era un asunto de interés público. Según el juez argentino que conoció del caso, los directivos de la En su sentencia, la Corte admitió las sanciones civiles y penales como medio para establecer responsabilidades ulteriores ante la expresión de informaciones u opiniones que puedan afectar la honra o la reputación de las personas⁶⁰. La Corte convalidó una condena penal por difamación, con todos sus efectos, sugiriendo que el mal manejo de los bienes públicos no constituye un asunto de interés público. Con su sentencia, sin examinar si la información que fue considerada difamatoria era veraz, la Corte avaló los delitos de opinión, que antes había condenado como incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y determinó que, con la sentencia de los tribunales argentinos, no se había violado la libertad de expresión.

El 14 de noviembre de 2013, en *El Tiempo* de Bogotá, apareció publicado un comentario de José Miguel Vivanco, Director de Human Rights Watch's Americas, con el título *La Corte García-Sayán*. En dicho comentario, y refiriéndose a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Mémoli*, Vivanco recordó que, como consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Kimel*, en el año 2009, Argentina había despenalizado las calumnias e injurias referidas a asuntos de interés público, por lo que las víctimas en el caso *Mémoli* habían sido condenadas por un delito inexistente. En su comentario, de esta sentencia, Vivanco apunta que, gracias a la denuncia de esos periodistas, los afectados por esa venta fraudulenta de nichos objetaron la validez de esos contratos y recuperaron su dinero; pero, sorprendentemente, el mismo juez que invalidó los contratos determinó que los directivos de la sociedad que había vendido esos nichos habían actuado sin conocimiento de que no podían vender bienes públicos que no les pertenecían. Curiosamente, según observa Vivanco, los únicos que fueron condenados por estos hechos fueron quienes los denunciaron, debiendo cargar con una condena penal por difamación, con una demanda civil, y con el embargo de sus bienes por más de 16 años. Según expresó Vivanco:

⁶⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Mémoli vs. Argentina*, Sentencia del 22 de agosto de 2013 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 126.

Es muy triste que la Corte de García-Sayán haya tirado por la borda la jurisprudencia construida con el sacrificio de muchos que se han arriesgado para limitar los abusos de las autoridades y de quienes manejan asuntos de interés público. En este continente, donde es habitual que quienes pueden hacerlo intimiden a los jueces, la Corte ha privado a la región de una herramienta clave para luchar contra el abuso de poder y la corrupción, una batalla que seguimos perdiendo.

Según Vivanco, la sentencia en el caso *Mémoli* representó un gravísimo retroceso para la defensa de los derechos humanos y la libertad de expresión; además, observó que los valiosos votos salvados de tres de los siete jueces pusieron de manifiesto las profundas discrepancias que, felizmente, subsisten en la Corte. En el mismo sentido, Santiago Cantón, ex Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también expresó que la Corte presidida por García Sayán marcó un claro retroceso en la defensa de la libertad de expresión y el derecho al debido proceso⁶¹.

Si bien las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son responsabilidad de la misma y no de cada uno de los jueces que la integran, sí es importante destacar que, en el caso del juez García Sayán, antes de que el caso *Mémoli* llegara a la Corte, aquel ya tenía una opinión formada sobre la responsabilidad de los periodistas en casos de difamación a una figura pública. Concretamente, en el caso de un comentario de prensa publicado en agosto de 2004 en el diario *Perú 21*, por el periodista Ricardo Ramos Tremolada, en el que se afirmaba que, siendo Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, García Sayán había gestionado indultos que favorecieron a terroristas, este último presentó una querrela por difamación en contra de Ramos Tremolada, lo que le costó que, el 2 de febrero de 2006, fuera detenido en el aeropuerto de Lima⁶². Muy probablemente, esa afirmación del periodista Ramos Tremolada era infundada; pero lo cierto es que García Sayán tenía una idea muy restringida del significado de la libertad de expresión en una sociedad democrática, y del mayor grado de tolerancia que hay que tener cuando se están discutiendo asuntos de interés público. Tampoco era la primera vez que García Sayán embestía contra la prensa; en efecto, según reportó la Sociedad Interamericana de Prensa, el 4 de agosto de 2004, García Sayán había presentado una demanda, por un millón de dólares, ante el 12 juzgado penal de Lima, por difamación agravada, contra los directivos del diario *La Razón*. En dicha oportunidad, García Sayán manifestó ser víctima de una campaña periodística, por haber convocado a una reunión con los cabecillas terroristas recluidos en la Base Naval del Callao y haber promovido la flexibilización del sistema carcelario⁶³. Puede que esos reportajes hayan sido injustos, e incluso excesivos; pero, al igual que en el caso anterior, se trataba de un comentario de prensa sobre un asunto de legítimo interés público que, precisamente, formaba parte de aquel debate público que el artículo 13 de la Convención Americana intenta promover y proteger, como la piedra angular de una sociedad democrática. Para que ese debate sea vigoroso, quienes voluntariamente han asumido ejercer cargos de responsabilidad pública tienen que someterse a la crítica política. No hacerlo así y, al mismo tiempo, ser quien puede decidir sobre la responsabilidad de los periodistas en casos de difamación, plantea un conflicto de intereses.

Por lo menos, parece obvio que, para ser coherente, el juez García Sayán no podía emitir un juicio imparcial en el caso *Mémoli*, en el que otro periodista era acusado

⁶¹ Cfr. <http://enernews.com/debate/264307/oppenheimer-candidaturas-preocupantes-en-la-oea>, consultado el 15 de marzo de 2021.

⁶² Cfr. <https://ifex.org/es/periodista-denunciado-por-difamacion-detenido-una-noche-por-la-policia/>, consultado el 15 de marzo de 2021.

⁶³ Cfr. <https://www.sipiapa.org/notas/1125685-peru>, consultado el 15 de marzo de 2021.

por difamación. Hubiera sido de esperar que, de acuerdo con el artículo 19, párrafo 2, del estatuto de la Corte, el juez García Sayán se hubiera excusado de participar en el caso *Mémoli*, lo cual no hizo. Queda como anécdota que, ante una avalancha de comentarios críticos de esa sentencia, en su condición de presidente de la Corte, García Sayán pidió a todos los jueces que aprobaran un comunicado en el que la Corte, por unanimidad, saliera en defensa de esa sentencia, lo que obviamente no fue aceptado por los jueces que habían emitido un voto disidente, entre quienes se encontraba el vicepresidente de la Corte, Manuel Ventura Robles, y a quien, siguiendo lo que era una práctica reiterada, le habría correspondido ser el próximo presidente de la Corte. Ese incidente significó que el juez Ventura Robles fue desplazado de su legítima aspiración a presidir la Corte Interamericana, cargo que pasó a ocupar el juez Humberto Sierra Porto. Pero, fuera de lo que pudiera considerarse como venganzas e intrigas internas, el efecto más notable de la sentencia en el caso *Mémoli* es que se dio a los gobiernos de los Estados americanos, con frecuencia enemigos de la libertad de expresión, una señal complaciente en materia de restricciones a la libertad de expresión, que avalaba lo que esa misma Corte antes había condenado.

Puede especularse sobre qué es lo que se buscaba con esta sentencia; pero lo cierto es que ella generó una sensación de desconfianza en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Según el diario *El País*, de Madrid, la sentencia en el caso *Mémoli* fue vista como “un peligroso cambio con *intenciones políticas* en la jurisprudencia de la Corte sobre la protección de la libertad de prensa”⁶⁴. Otra cuestión es saber cuáles podían ser esas “*intenciones políticas*”.

III. EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS DE LA JURISDICCIÓN INTERNA

En 1969, cuando se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se hizo con el firme compromiso de proporcionar a las víctimas del ejercicio arbitrario del poder público, que no podían obtener justicia de los tribunales nacionales, la posibilidad de recurrir a una instancia internacional, independiente e imparcial, con competencia para disponer las reparaciones a que hubiera lugar. El sistema así diseñado no tenía (ni tiene) el propósito de sustituir a las jurisdicciones de los propios Estados, que tienen la responsabilidad primordial de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención. Por consiguiente, según los términos del artículo 46.1, literal a), de la Convención, cualquier reclamación internacional dirigida en contra del Estado debe estar precedida del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, “conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

Nacida como parte del Derecho Internacional clásico, específicamente como un requisito del amparo diplomático, la regla antes referida no es creación de los redactores de la Convención, sino que forma parte del Derecho Internacional general, por lo que ya había sido ampliamente desarrollada por la doctrina⁶⁵ y la jurisprudencia,

⁶⁴ Cfr. https://elpais.com/internacional/2013/12/17/actualidad/1387311940_520992.html, consultado el 15 de marzo de 2021. Las cursivas son del autor de estas líneas.

⁶⁵ Cfr. por ejemplo, Ian Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 1998, p. 103; Lassa Oppenheim, *Tratado de Derecho Internacional Público*, 8ª ed. inglesa a cargo de Hersch Lauterpacht, trad. J. López Oliván y J. M. Castro-Rial, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1961, tomo I, vol. I, pág. 382; Charles Rousseau, *Droit International Public*, Sirey, Paris, 1983, Tome V, pp. 153 y ss.; Denis Alland, *Droit International Public*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000, pp. 417 y ss.; John Collier y Vaughan Lowe, *The settlement of*

tanto de los tribunales internacionales⁶⁶ como internos⁶⁷. Las dimensiones precisas de esta regla fueron desarrolladas por el juez Algot Bagge, en su laudo sobre el reclamo de los armadores finlandeses por el uso de sus barcos durante la I Guerra Mundial, sometido a arbitraje solo para determinar si se habían agotado, por parte de los armadores finlandeses, los recursos jurisdiccionales internos disponibles en el Derecho inglés⁶⁸. El minucioso razonamiento del juez Bagge fue citado con profusión, a veces literalmente, sin temor a cruzar las fronteras del plagio, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus primeras sentencias en los casos *Velásquez Rodríguez*⁶⁹, *Godínez Cruz*⁷⁰, y *Fairén Garbi y Solís Corrales*⁷¹, aunque sin mencionar a la fuente original, y dejando la impresión, en la mente de sus desprevenidos colegas y de quienes no se han formado en el Derecho Internacional,⁷² de que toda esa argumentación era el producto original de la mente del juez que redactó esas sentencias de la Corte Interamericana, y no de la concienzuda argumentación de otro tribunal internacional. Adicionalmente, mucho antes de que se creara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia ya se había pronunciado, en numerosas oportunidades⁷³, sobre las características de la regla del agotamiento de

disputes in International Law, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 195 ss.; Anthony D'Amato, *International Law Anthology*, Anderson Publishing Co., Cincinnati, 1994, p. 312; Antonio Cassese, *International Law*, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 122; Michael Akehurst, *Introducción al Derecho Internacional* (título original, *A Modern Introduction to International Law*, 2ª ed., George Allen & Unwin Ltd., London, 1971), trad. Manuel Medina Ortega, Alianza Editorial, Madrid, 1972, pp. 159 ss., Antônio A. Cançado Trindade, *The application of the rule of exhaustion of local remedies in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, y Eloy Rulloba Santana, *El agotamiento de los recursos internos como requisito de la protección internacional del individuo*, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, Valencia, 1978.

⁶⁶ A título meramente ilustrativo, en el caso *Interhandel*, la Internacional Court of Justice manifestó que este era “un principio bien establecido del Derecho Internacional consuetudinario”, y en el caso *Eletronica Sicula (ELSI)* lo calificó como un “importante principio de derecho internacional consuetudinario”. Cfr. International Court of Justice, *Interhandel case, Switzerland vs. United States of America*, Preliminary objections, sentencia del 21 de marzo de 1959, en Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 1959, p. 27, y *Case concerning Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI), United States of America vs. Italy*, sentencia del 20 de julio de 1989, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 1989, p. 42, párrafo 50.

⁶⁷ Sobre esta materia, uno de los casos notables en la jurisprudencia de los tribunales nacionales es la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Banco Nacional de Cuba vs. Sabatino*, sentencia del 23 de marzo de 1964, 376 U. S. 398.

⁶⁸ Cfr. United Nations, Reports of International Arbitral Awards, *Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war (Finland vs. Great Britain)*, 9 May 1934, vol. III, pp. 1479-1550.

⁶⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 61 a 64.

⁷⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, párrafos 64 a 67.

⁷¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales*, sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafos 87 y 88.

⁷² Al momento de dictarse esas sentencias, el único juez formado en el Derecho Internacional era Thomas Buergenthal. Después, le siguieron Héctor Gros Espiell, Rafael Nieto Navia, Antonio Cançado Trindade, que dio un impulso decisivo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y Eduardo Vío Grossi. Todos ellos con estudios de postgrado en Derecho Internacional, y con una amplia trayectoria como profesores en ese campo. Cançado Trindade es hoy uno de los jueces de la Corte Internacional de Justicia. Montiel Arguello había sido Canciller de Nicaragua durante el régimen de Somoza.

⁷³ Cfr. nota 66, *supra*.

los recursos de la jurisdicción interna. Ese acervo jurisprudencial echó las bases de lo que hoy son “los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos” en materia de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, a que hace referencia el artículo 46,1, literal a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que tienen que servir de guía a la aplicación de esta regla. En los párrafos que siguen, nos referiremos únicamente a aquellas características que resultan relevantes para este comentario.

1. Una regla que implica una obligación correlativa

A partir de la jurisprudencia internacional (aunque sin citarla), la Corte ha sostenido que esta regla también implica obligaciones paralelas para los Estados, en cuanto les obliga a garantizar a los individuos bajo su jurisdicción una tutela judicial efectiva, y en cuanto supone la existencia de un aparato judicial que funciona, y que contempla recursos apropiados para proteger a las personas en el ejercicio de sus derechos humanos; es la inexistencia de recursos internos efectivos lo que coloca a la víctima en estado de indefensión, y lo que justifica la protección internacional⁷⁴. En tal sentido, ya en sus sentencias en los primeros casos en contra de Honduras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que la obligación de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos derivaba de la obligación general asumida por los Estados en el artículo 1 de la Convención, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre sometida a su jurisdicción⁷⁵. Esta obligación también es el resultado de la otra obligación general asumida por los Estados, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención, en el sentido de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades; es esta disposición, en armonía con el artículo 1 de la Convención, la que impone al Estado la obligación de proporcionar recursos jurisdiccionales eficaces.

El derecho correlativo de esta obligación se encuentra reflejado en el artículo 25 de la Convención que, en lo fundamental, dispone que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley, o la misma Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. La existencia de este derecho hace que la cuestión del agotamiento de los recursos internos no pueda disociarse enteramente del fondo de la controversia. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que, según la Convención,

los Estados se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1). Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no (sic) agotamiento de los recursos internos, como son la inefectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no solo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos,

⁷⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 92, Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 92, y Caso *Godínez Cruz*. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 95.

⁷⁵ Cfr. *Ibid.*, párrafos 91, 90, y 93, respectivamente.

sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención (sic). En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo⁷⁶.

2. Una interpretación compatible con el objeto y fin de la Convención

Nacida como parte del Derecho Internacional clásico, específicamente como un requisito del amparo diplomático, al trasladarse al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la regla del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna debe adaptarse a las exigencias de esta nueva rama del Derecho Internacional; por consiguiente, en su interpretación y aplicación se debe tener en cuenta el objeto y fin de la Convención, que no es otro que la protección de los derechos humanos. En este sentido, se recuerda que, según el artículo 31, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto y fin”. Al respecto, la Corte ha expresado que “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”, y que “la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional”⁷⁷.

La regla del agotamiento de los recursos internos está llamada a ser aplicada en el contexto de un procedimiento para la protección de los derechos humanos, previamente convenido y aceptado por los Estados partes en la Convención⁷⁸, circunstancia que debe pesar decisivamente al interpretarla y evaluar su aplicación, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

3. Una regla flexible

El agotamiento de los recursos internos no es una regla absoluta e inflexible. La Convención admite expresamente algunas excepciones a la regla y, si se prueba de manera convincente que, en el Estado de que se trate, no hay recursos adecuados disponibles, o que ellos no son efectivos, exime de agotarlos y permite recurrir directamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En su jurisprudencia, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que la regla del agotamiento de los recursos internos no es absoluta ni puede ser aplicada en forma automática, por lo que, al examinar si ella ha sido observada, es esencial tomar en consideración las circunstancias particulares del caso específico.⁷⁹ Según la Corte Europea, al hacer uso de la regla del agotamiento de los recursos internos se debe tener en cuenta el contexto del caso específico, y ella debe aplicarse con cierto grado de flexibilidad, sin excesivos formalismos⁸⁰.

⁷⁶ *Ibid.*, párrafos 91, 90, y 93, respectivamente.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* Sentencia de 26 de junio de 1987 (Excepciones Preliminares), párrafo 93; Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras* Sentencia de 26 de junio de 1987 (Excepciones Preliminares), párrafo 92, y Caso *Godínez Cruz vs. Honduras* Sentencia de 26 de junio de 1987 (Excepciones Preliminares), párrafo 95.

⁷⁸ Cfr. European Court of Human Rights, *Caso Aksoy vs. Turkey*, sentencia del 18 de diciembre de 1996, párrafo 53.

⁷⁹ Cfr. European Court of Human Rights, *Case of Van Oosterwijck vs. Belgium*, sentencia del 6 de noviembre de 1980, párrafo 35.

⁸⁰ Cfr. European Court of Human Rights, *Caso Cardot vs. France*, sentencia del 19 de marzo de 1991, párrafo 34.

En el sistema interamericano, incluso, en los primeros casos en contra de Honduras, la Corte Interamericana dejó abierta la puerta para interpretar en forma muy laxa las excepciones al agotamiento de los recursos internos, incorporando situaciones distintas a las allí expresamente previstas. En opinión del citado tribunal,

no es necesario que la Corte resuelva en este caso la cuestión de saber si la enumeración del artículo 46.2 es taxativa o solamente ilustrativa. Sin embargo, la referencia a “los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos” indica, entre otras cosas, que esos principios no son relevantes solamente para determinar en qué situaciones se exime del agotamiento de los recursos, sino también porque son elementos necesarios para el análisis que la Corte haga al interpretar y aplicar las reglas establecidas en el artículo 46.1.a)⁸¹.

4. Un medio de defensa del Estado

En segundo lugar, la jurisprudencia ha considerado que, más que un requisito de la petición o comunicación, el agotamiento de los recursos internos es un medio de defensa del Estado, que este puede o no invocar en su favor. Si no lo hace en el momento y en la forma apropiada, se entiende que el Estado ha renunciado a este derecho. La jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha inclinado consistentemente por sostener que este es un medio de defensa del Estado y, por ende, renunciable incluso tácitamente⁸², y de manera irrevocable⁸³. Siendo así, cualquier objeción a la falta de agotamiento de los recursos internos tiene que ser invocada expresamente, no bastando con la sola presentación de información sobre el avance de los procesos judiciales internos⁸⁴, o sobre la afirmación genérica de recursos disponibles que no fueron agotados. Para ser coherentes, si la regla que comentamos es un medio de defensa del Estado que, por lo tanto, este tiene que invocar expresamente, y si la cuestión del agotamiento de los recursos internos no es objeto de controversia, ella no podría ser planteada de oficio por la instancia internacional, debiendo entenderse que el Estado ha renunciado tácitamente a este alegato⁸⁵. En este sentido, en el sistema europeo, en un caso en el que el Estado no había presentado ninguna excepción preliminar relativa a esta materia, pero en el que planteó ante la Corte Europea que la Comisión debía asegurarse de oficio de que se habían agotado los recursos internos y que, por lo tanto, también era competencia del tribunal euro-

⁸¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 87, Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales*, Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 86, y Caso *Godínez Cruz*, Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 89.

⁸² Cfr. por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto *Viviana Gallardo y otras*, decisión del 13 de noviembre de 1981, párrafo 26; Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 88; Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales*, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 87; y Caso *Godínez Cruz*, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 90.

⁸³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Loayza Tamayo*, Excepciones preliminares, sentencia de 31 de enero de 1996, párrafo 40.

⁸⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Páez*, Excepciones preliminares, sentencia de 30 de enero de 1996, párrafo 44; y Caso *Loayza Tamayo*, Excepciones preliminares, sentencia de 31 de enero de 1996, párrafo 44. Cfr. también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 46/04, Petición 12.180, Inadmisibilidad, Luis Prado Alava, Perú, 13 de octubre de 2004, párrafo 27.

⁸⁵ Cfr. por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 7/94, caso 10.911, e Informe N° 8/94, caso 10.915, ambos del 1° de febrero de 1994, ambos en contra de El Salvador, párrafo 5, letras b), de la parte considerativa, y párrafo 5, letra c), de la parte considerativa, respectivamente.

peo examinar esta cuestión, la Corte Europea rechazó esta tesis, sosteniendo que le correspondía alegarlo a las partes⁸⁶.

En el sistema interamericano, la cuestión de la renuncia por parte del Estado a la regla del agotamiento previo de los recursos internos se planteó, por primera vez, en el *Asunto Viviana Gallardo y otras*, que el gobierno de Costa Rica sometió directamente a la Corte Interamericana, renunciando en forma expresa, entre otras cosas, al cumplimiento de esta condición. Fue precisamente Costa Rica quien sostuvo que la regla del previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna era una regla establecida en beneficio de los Estados, por lo que podía ser renunciada por el Estado interesado⁸⁷. Por su parte, la Corte constató y observó que,

según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa [del Estado] y como tal, renunciabile, aun de modo tácito⁸⁸.

En respaldo de su tesis, la decisión que comentamos cita la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos –en el caso *De Wilde, Ooms y Versyp*–, y recuerda que, una vez producida esta renuncia, ella es irrevocable⁸⁹. Según la Corte Europea, puesto que el objeto de esta regla es proteger el sistema jurídico de los Estados contratantes, ella puede ser renunciada en forma expresa o implícita por el Estado⁹⁰. En realidad, la Corte ha llegado a señalar que, incluso una vez formulada la objeción del no agotamiento de los recursos internos, mediante su comportamiento, el Estado puede renunciar tácitamente a dicha objeción. En efecto, en un caso en el que, aunque la había formulado oportunamente, durante la audiencia ante la Corte el Estado no abordó la cuestión del no agotamiento de los recursos internos, y ante la solicitud de la Comisión para que se considerara que esta objeción había dejado de existir, sin que ese planteamiento generara una respuesta por parte del Estado, la Corte interpretó la actitud del Estado demandado como un retiro de dicha objeción⁹¹.

Concebida como un derecho del Estado y no como una condición de admisibilidad de la petición, la regla del agotamiento de los recursos internos también fue abordada por la Corte Interamericana, aunque tangencialmente, en un caso en que se interpuso el recurso de hábeas corpus en favor de una de las víctimas, pero no de la otra, a pesar de que en la relación de los hechos en ese recurso se mencionó a “una joven Carmen”. En esa ocasión, la Corte señaló que, como el gobierno no había invocado

⁸⁶ Cfr. European Court of Human Rights, *Case of Duinhof and Duijf vs. The Netherlands*, sentencia del 22 de mayo de 1984, párrafo 30. Cfr. también, *De Jong, Baljet and Van den Brink vs. The Netherlands*, sentencia del 22 de mayo de 1984, párrafo 36.

⁸⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, Decisión del 13 de noviembre de 1981, párrafo 8.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Asunto Viviana Gallardo y otras*, Decisión del 13 de noviembre de 1981, párrafo 26. La opinión de la Corte en esta decisión fue confirmada en sus sentencias del 26 de junio de 1987, sobre las excepciones preliminares en los casos *Velásquez Rodríguez*, párrafo 88, *Fairén Garbí y Solís Corrales*, párrafo 87, y *Godínez Cruz*, párrafo 90.

⁸⁹ Cfr. *idem*.

⁹⁰ Cfr. European Court of Human Rights, *De Wilde, Ooms and Versyp cases* (“Vagrancy” cases), sentencia del 18 de junio de 1971, párrafo 55.

⁹¹ Cfr. European Court of Human Rights, *Case of Van der Sluijs, Zuiderveld and Klappe*, sentencia del 22 de mayo de 1984, párrafos 38 y 39.

esta circunstancia en su escrito de excepciones preliminares, el tribunal no estaba llamado a pronunciarse sobre el particular, atribuyendo a este silencio el carácter de una renuncia tácita⁹². El tribunal ha sostenido que, para oponerse válidamente a la admisibilidad de la denuncia interpuesta ante la Comisión, el gobierno del Estado demandado está “obligado a invocar de manera expresa y oportuna la regla de no (*sic*) agotamiento de los recursos internos”⁹³.

En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, la Corte recuerda que, de acuerdo con el artículo 46, párrafo 1, letra a), de la Convención, para que una petición o comunicación sometida ante la Comisión sea admisible, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; de allí deduce que (según esos principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos) la regla que comentamos es un derecho del Estado que, por lo tanto, el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de la falta de agotamiento de los recursos internos, y que la renuncia tácita ocurre cuando el Estado no plantea oportunamente esta excepción ante la Comisión. En este caso, la Corte observó que el Estado no alegó, en la etapa procesal oportuna, que los recursos de apelación de las resoluciones de hábeas corpus y de prisión preventiva, así como la acción civil de daños y perjuicios, no hubiesen sido agotados; por ello, consideró que el Estado renunció tácitamente a un medio de defensa que la Convención establece a su favor, e incurrió en admisión implícita de la inexistencia de dichos recursos o del oportuno agotamiento de ellos⁹⁴.

La tesis según la cual regla del agotamiento de los recursos internos confiere al Estado un derecho que tiene que ser alegado oportunamente por este, no ha sido aceptada pacíficamente. En el caso *Uson*⁹⁵, y luego en el caso *Reverón Trujillo*⁹⁶, Venezuela objetó completamente la jurisprudencia de la Corte en esta materia, y solicitó que la misma fuera modificada. Venezuela refutó que, al no interponerla oportunamente, se pierda la posibilidad de alegar la falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna; Venezuela sostuvo que: a) la renuncia tácita es contraria al preámbulo y al artículo 46 de la Convención, b) que el agotamiento de los recursos internos puede ser revisado de oficio en cualquier etapa del procedimiento, y c) que el no alegar esta excepción es una falencia procesal que puede ser subsanada por el Tribunal. Sin embargo, según la Corte, la propia Convención dispone que la regla de agotamiento de los recursos internos debe interpretarse conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, entre los cuales se encuentra aquél que consagra que el uso de esta regla es una defensa disponible para el Estado, y por tanto deberá verificarse el momento procesal en el que la excepción ha sido planteada; de modo que, de no presentarse en su debido momento ante la Comisión, el Estado habría perdido la posibilidad de hacer uso de ese medio de defensa ante el Tribunal. En apoyo de su conclusión, la Corte citó la jurisprudencia de la Corte

⁹² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Caballero Delgado y Santana*, Excepciones preliminares, sentencia del 21 de enero de 1994, párrafo 66.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Castillo Páez*, Excepciones preliminares, sentencia de 30 de enero de 1996, párrafo 41; y Caso *Loayza Tamayo*, Excepciones preliminares, sentencia del 31 de enero de 1996, párrafo 41.

⁹⁴ Cfr. Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de noviembre de 2007, párrafos 16 al 18.

⁹⁵ Cfr. Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2009, párrafos 22 y 23.

⁹⁶ Cfr. Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009, párrafos 20 al 22.

Europea de Derechos Humanos⁹⁷, y concluyó que la interpretación que ha dado al artículo 46.1.a de la Convención por más de 20 años estaba en conformidad con el Derecho Internacional⁹⁸.

5. La indicación de los recursos adecuados y efectivos

Según los principios de Derecho Internacional a que alude el artículo 46.1, literal a), de la Convención, corresponde al Estado alegar, en la primera oportunidad posible, antes del pronunciamiento sobre la admisibilidad de la petición, la falta de agotamiento de los recursos internos, indicando precisamente cuáles eran los recursos disponibles adecuados y efectivos; pero no puede hacerlo en forma vaga e indeterminada. En este sentido, en el caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte indicó que “el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad”⁹⁹. Por ende, la carga de la prueba de la existencia de recursos adecuados y efectivos corresponde al Estado; hecho eso, al peticionario le corresponde demostrar que tales recursos fueron agotados, o que el asunto cae dentro de alguna de las excepciones del artículo 46.2 de la Convención.

En los casos *Usón y Reverón Trujillo*, el Tribunal reafirmó que, conforme a su propia jurisprudencia y a la jurisprudencia internacional¹⁰⁰, no es tarea de la Corte ni de la Comisión identificar *ex officio* cuáles son los recursos internos a agotar, sino que corresponde al Estado el señalamiento oportuno de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad; según el criterio de la Corte, tampoco compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado, para lo cual nuevamente citó la jurisprudencia de la Corte Europea¹⁰¹. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, al hacer valer esta defensa, el Estado debe hacerlo en forma inequívoca, y no por inferencia, indicando cuáles eran los recursos disponibles que no fueron agotados, y por qué ellos resultaban adecuados y efectivos. En el caso *Usón*, la Corte observó que, antes de que la Comisión emitiera su informe de admisibilidad, el Estado señaló que

el Tribunal Militar Primero de Ejecución de Sentencias, juzgado en el cual reposa el caso que nos ocupa, actuando conforme a las normas que rigen su proceder, realiza las visitas de cárcel correspondientes con la frecuencia que demanda la ley para conocer de forma directa los problemas particulares de cada penado, otorgándoles la oportunidad para que en la entrevista personal con el Juez expongan cuanto sea necesario[.] Siendo así, se advierte que el peticionario Francisco Usón no ha indicado tales manifestaciones al Tribunal.

La Corte advirtió que, aunque esta defensa se formuló en el momento procesal oportuno, ella no indicó “claramente” de qué manera dicho supuesto recurso resulta-

⁹⁷ Cfr. ECHR. Cases of *De Wilde, Ooms and Versyp Cases (“Vagrancy”) vs. Belgium*, Judgment of 18 June 1971, para. 55; ECHR. Case of *Foti and others v. Italy*, Judgment of 10 December 1982, para. 46, y ECHR. Case of *Bitiyeva and X vs. Russia*, Judgment of 21 June 2007, para. 90 and 91.

⁹⁸ Cfr. Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009, párrafos 20 al 22.

⁹⁹ Caso *Velásquez Rodríguez*, Excepciones Preliminares, párrafo 88.

¹⁰⁰ Cfr. ECHR. Case of *Deweert vs. Belgium*, Judgment of 27 February 1980, Series A N° 35, para. 26; ECHR. Case of *Foti and others vs. Italy*, *supra* nota 11, para. 48, y ECHR. Case of *De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, Judgment of 22 May 1984, Series A N° 77, para. 36.

¹⁰¹ Cfr. *ibid*, párrafos 23 y 24. La referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos es a *Case of Bozano vs. France*, Judgment of 18 December 1986, párrafo 46.

ba adecuado, idóneo o efectivo¹⁰². En el mismo caso *Usón*, esta idea fue nuevamente subrayada por la Corte, al hacer notar que, en el escrito presentado por el Estado ante la Comisión, no mencionó la falta de agotamiento del recurso extraordinario de revisión, al que hizo referencia por primera vez en su escrito de contestación a la demanda, ni tampoco señaló, en su primer escrito ante la Comisión, qué otros recursos se encontraban disponibles, y por qué estos eran adecuados, idóneos y efectivos¹⁰³.

6. La oportunidad para alegarla

La Corte ha sostenido que la falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna debe alegarse en la primera oportunidad posible, y eso es, obviamente, al momento en el que la Comisión le da traslado de una petición.

En el caso *Loayza Tamayo*, la Corte observó que, durante la audiencia pública sobre excepciones preliminares, al contestar a una pregunta formulada por el Juez Antônio A. Cançado Trindade, el agente y el asesor de Perú dejaron claro que solamente en una etapa posterior del proceso ante la Comisión se hizo referencia, de manera expresa, a la cuestión del no agotamiento de los recursos internos; en los escritos anteriores presentados ante la Comisión, solo se había hecho alusión al desarrollo de los procesos mencionados; además, en su escrito de excepciones preliminares, Perú reconoció expresamente que no interpuso formalmente la excepción de no agotamiento de los recursos internos ante la Comisión. En concepto de la Corte, lo anterior era suficiente para tener por no interpuesta la excepción preliminar respectiva. De esta manera, habiendo sido renunciada tácitamente la excepción de no agotamiento de los recursos internos, la Comisión no podía posteriormente tomarla en consideración de oficio¹⁰⁴. Asimismo, en el caso *Bayarri*, la Corte indicó que el alegato del Estado sobre la falta de agotamiento de los recursos internos “para obtener una indemnización pecuniaria” era extemporáneo, ya que no fue interpuesto sino después de adoptado el Informe de admisibilidad por parte de la Comisión; en consecuencia, la Corte concluyó que el Estado renunció en forma tácita a presentar esta defensa en el momento procesal oportuno¹⁰⁵. Argentina alegó que, a raíz de circunstancias ocurridas con posterioridad a la adopción del Informe de admisibilidad emitido por la Comisión¹⁰⁶, había surgido un cambio del objeto del proceso en curso, que le permitía invocar la falta de agotamiento de los recursos internos para el reclamo de una indemnización por daños y perjuicios en una etapa distinta a la de admisibilidad; sin embargo, la Corte hizo notar que la denuncia interpuesta por la presunta víctima ante la Comisión Interamericana el 5 de abril de 1994, así como su admisibilidad de 19 de enero de 2001, precedieron a las decisiones adoptadas en el fuero interno que, conforme a lo alegado por el Estado, darían origen a dicho cambio del objeto del proceso; de modo que

¹⁰² Cfr. Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párrafo 20.

¹⁰³ Cfr. *Ibid.*, párrafo 21.

¹⁰⁴ Cfr. Caso *Loayza Tamayo*. Excepciones preliminares. Sentencia del 31 de enero de 1996, y Caso *Castillo Páez*. Excepciones preliminares. Sentencia del 30 de enero de 1996, párrafo 44 en ambas sentencias.

¹⁰⁵ Cfr. Caso *Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de octubre de 2008, párrafo 16.

¹⁰⁶ Las nuevas circunstancias alegadas por el Estado eran una decisión judicial que resolvió que la presunta víctima había sido sometida a apremios ilegales para confesar su supuesta autoría de un secuestro extorsivo, decretando la nulidad de la causa penal seguida en su contra y su inmediata libertad, y una decisión de la Fiscalía en la causa en la que se investigó la tortura alegada por el señor Bayarri, declarando clausurada la etapa de instrucción y elevando la causa para sentencia.

los mecanismos del sistema interamericano de protección de derechos humanos ya habían sido activados cuando el Estado adoptó medidas para reparar las violaciones alegadas. Según el criterio de la Corte, una posible reparación llevada a cabo en el derecho interno cuando el conocimiento del caso ya se ha iniciado bajo la Convención Americana, esto es, cuya admisibilidad haya sido previamente determinada, no inhibe a la Comisión ni a la Corte de continuar su conocimiento, ni brinda al Estado una nueva oportunidad procesal para cuestionar la admisibilidad de la petición que ya ha sido establecida. Para la Corte, los efectos de una posible reparación llevada a cabo en el ámbito interno en estas circunstancias son cuestiones valoradas en el análisis que sobre esta materia realizan tanto la Comisión Interamericana como el Tribunal, que no constituyen una excepción preliminar. Que la Comisión Interamericana haya continuado la evaluación de los méritos del caso y decidido presentarlo ante la Corte con un “criterio despojado de toda consideración a lo acontecido en sede interna”, como lo alegaba el Estado, en opinión de la Corte, no puede ser un argumento válido para impedir al Tribunal conocer del caso¹⁰⁷.

La Corte ha señalado que la falta de agotamiento de los recursos internos debe ser alegada en forma expresa e inequívoca, indicando los recursos disponibles que podían haberse intentado. En este sentido, en un caso en que el Estado, en su única manifestación anterior a la emisión del Informe de Admisibilidad por la Comisión, señaló que “el proceso que busca[ba] solucionar la muerte del abogado Gilson Nogueira de Carvalho se encontra[ba] en fase de *pronúncia*, lo que significa[ba] el reconocimiento por parte [del juez competente] de que ha[b]ía elementos de convicción en cuanto a la existencia del crimen e indicios de la autoría”, la Corte desestimó que esto constituyera una excepción de no agotamiento de los recursos internos. La Corte observó que el Estado, al no indicar expresamente durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión Interamericana cuáles serían los recursos idóneos y efectivos que deberían haber sido agotados, renunció implícitamente a un medio de defensa que la Convención Americana establece en su favor, e incurrió en admisión tácita de la inexistencia de dichos recursos o del oportuno agotamiento de estos; por lo tanto, el Estado estaba impedido de alegar el no agotamiento de los recursos especial y extraordinario en el procedimiento ante la Corte¹⁰⁸. Asimismo, en el Caso *García Prieto y otros*, la Corte observó que el Estado, al responder la denuncia, durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión, señaló que “[los peticionarios] nunca denunciaron las supuestas amenazas ante las autoridades competentes. Al contrario, [...] siempre manifestaron tener absoluta confianza en las ejecuciones de la Fiscalía General de la República [de El Salvador], situación que contradicen en la denuncia, al manifestar no haber tenido confianza en las diligencias practicadas por la Fiscalía”. Según el Estado, en su “ordenamiento legal se permite la acusación particular, por lo que pudieron haber nombrado un Acusador Particular, cosa que nunca hicieron”. Por otra parte, en su Informe de Admisibilidad N° 27/99 la Comisión señaló que el Estado “[...] no ha[b]ía opuesto la excepción relativa a la falta de agotamiento de los recursos internos ni ha[b]ía indicado concretamente los recursos que todavía est[aban] disponibles para el peticionario”. En consecuencia, la Comisión concluyó que “el Estado ha[b]ía desistido tácitamente de interponer [dicha excepción] y d[io] por satisfecho lo establecido en el artículo [46.1.a] de la Convención”. Según la Corte, al no indicar expresamente durante el procedimiento

¹⁰⁷ Cfr. Caso *Bayarri vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de octubre de 2008, párrafos 17 al 20.

¹⁰⁸ Cfr. Caso *Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia del 28 de noviembre de 2006, párrafos 52 al 54.

de admisibilidad ante la Comisión Interamericana cuáles eran los recursos idóneos y efectivos que debieron haber sido agotados, el Estado renunció implícitamente a un medio de defensa que la Convención Americana establece en su favor¹⁰⁹.

El peticionario tiene que agotar los recursos internos respecto de cada una de sus alegaciones; pero el Estado tiene la obligación de indicar, de manera precisa, cuáles eran los recursos disponibles respecto de cada una de esas alegaciones. En este sentido, en el caso *Boyce y otros*, en la contestación de la demanda, como excepción preliminar, el Estado alegó que no se habían agotado los recursos internos en relación con las presuntas condiciones de detención, la presunta crueldad de la horca como método de ejecución, y la presunta crueldad en la notificación de las órdenes de ejecución a las presuntas víctimas, mientras se encontraba pendiente la resolución de sus apelaciones. La Corte observó que los representantes de las víctimas alegaron, en la petición inicial que presentaron a la Comisión, respecto de las cuatro presuntas víctimas, los tres asuntos señalados por el Estado; sin embargo, el Estado no interpuso ninguna objeción, en su primera actuación durante el procedimiento ante la Comisión, respecto al agotamiento de los recursos internos en el caso de dos de las presuntas víctimas; por lo tanto, la Corte consideró que el Estado había renunciado implícitamente a su derecho a ejercer dicha defensa respecto de esas dos presuntas víctimas. Respecto de las otras dos presuntas víctimas, la Corte notó que, en su primera intervención escrita durante el procedimiento ante la Comisión, el Estado indicó que no se habían agotado los recursos internos respecto de dos de las presuntas víctimas, porque el Comité Judicial del Consejo Privado no había emitido resolución alguna respecto de sus apelaciones internas; no obstante, en su escrito de alegatos finales ante la Corte, el Estado admitió que la afirmación anterior era incorrecta, dado que la resolución a la que se refería ya había sido transmitida por el Comité Judicial del Consejo Privado a otra dependencia del Gobierno y, por lo tanto, habían concluido los procesos internos en relación con las apelaciones de esas dos personas. A pesar de lo anterior, el Estado insistió en que planteó en el momento procesal oportuno su argumento de que no se habían agotado los recursos internos respecto de las presuntas condiciones de detención, la crueldad de la horca como forma de ejecución, y la crueldad en la notificación de las órdenes de ejecución. Según la Corte, la prueba presentada ante ella no sustentaba la posición del Estado, pues la Comisión le solicitó, en tres ocasiones, observaciones sobre la admisibilidad y fondo de la petición, sin que el Estado especificara los recursos internos que tenían disponibles los señores Huggins y Atkins, ni demostró que dichos recursos fuesen efectivos y aplicables. Por lo tanto, la Corte concluyó que el Estado había renunciado implícitamente a la defensa del no agotamiento de los recursos de la jurisdicción doméstica que le otorga la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹⁰.

Incluso si se señala detalladamente cuáles eran los recursos disponibles que la presunta víctima no habría agotado, la Corte ha entendido que el Estado renuncia tácitamente a esta defensa si no presenta dicho alegato en forma oportuna, ante la instancia competente, que en este caso es la Comisión. En el caso del *Pueblo Saramaka*, el Estado de Surinam afirmó que las presuntas víctimas no promovieron ni agotaron los recursos legales internos que, en opinión del Estado, eran adecuados y efectivos. Según el Estado, existían varias disposiciones dentro del Código Civil de Surinam que proveían recursos legales efectivos, mencionando entre ellos los artí-

¹⁰⁹ Cfr. Caso *García Prieto y otros vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2007, párrafos 50 al 53.

¹¹⁰ Cfr. Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2007, párrafos 24 al 29.

culos 1386¹¹¹, 1387¹¹², 1388¹¹³, 1392¹¹⁴ y 1393¹¹⁵; asimismo, el Estado alegó que existía un recurso legal efectivo bajo el artículo 226 del Código Procesal de Surinam, que establece “un proceso sumarísimo” para aquellos casos que requieren una urgencia inmediata. El Estado afirmó que las presuntas víctimas eligieron no agotar todos estos recursos legales disponibles en la legislación interna antes de presentar la demanda ante la Comisión. Además, el Estado sostuvo que el hecho de que la petición presentada ante el Presidente de la República según el artículo 41.2 de la Ley de Gestión Forestal no tuviera un resultado favorable, de por sí, no demuestra la falta de recursos internos, ni indica que los peticionarios agotaran todos los recursos efectivos que estaban disponibles. Las presuntas víctimas reconocieron que no agotaron los recursos internos mencionados por el Estado, y sostuvieron que dichos recursos eran inadecuados e inefectivos para tratar las cuestiones presentadas ante esta Corte; en cambio, las víctimas presentaron dos peticiones al Presidente de Surinam, en los términos del artículo 41.1(b) de la Ley de Gestión Forestal de 1992, y otras dos conforme al artículo 22 de la Constitución de Surinam de 1987, que reconoce el derecho de peticionar ante las autoridades públicas. Ninguno de estos reclamos formales obtuvo una respuesta; por ello, la Corte consideró que la cuestión giraba en torno a si las presuntas víctimas deberían haber agotado, adicional o simultáneamente, los recursos internos mencionados por el Estado. La Corte recordó que ya había desarrollado pautas claras para analizar una excepción de presunto incumplimiento del agotamiento de los recursos internos, entendiendo, en primer lugar, esta excepción como una defensa disponible para el Estado y que puede renunciarse a ella, ya sea expresa o tácitamente; en segundo lugar, la Corte observa que, para que la excepción de no agotamiento de los recursos internos sea oportuna, debe alegarse en la primera actuación del Estado durante el procedimiento ante la Comisión pues, de lo contrario, se presume que el Estado ha renunciado tácitamente a presentar dicho argumento; en tercer término, la Corte ha afirmado que el Estado que presenta esta excepción debe especificar los recursos internos que aún no se han agotado y demostrar que estos recursos son aplicables y efectivos. En este caso, el Estado alegó por primera vez la cuestión acerca del agotamiento de recursos internos en su cuarta comunicación en el procedimiento ante la Comisión, y no especificó explícitamente cuales recursos internos no habían sido agotados por las presuntas víctimas. En una actuación

¹¹¹ “Artículo 1386: Cada acto legal que causa daños a otro, impone una obligación a la persona que lleva la culpa del daño a compensar tal daño”. *Cfr.* Código Civil de Surinam.

¹¹² “Artículo 1387: Cada uno será responsable no solo por el daño que ha causado por su acto, sino también por el daño causado por su negligencia y descuido”. *Cfr.* Código Civil de Surinam.

¹¹³ “Artículo 1388: 1. Uno será responsable no solo por el daño causado por su propio acto, sino también por el daño causado debido a los actos de personas para quienes tiene la responsabilidad o de materiales u objetos en su posesión. [...] 3. Los principales y los por lo cual designan a otros la responsabilidad por sus asuntos, serán responsables por el daño causado por sus empleados y sus designados durante el trabajo que llevan a cabo por ellos”. *Cfr.* Código Civil de Surinam.

¹¹⁴ “Artículo 1392: 1. Actos deliberados o imprudentes con fines de causar daño o mutilar o inutilizar un miembro del cuerpo humano, permiten a la víctima reclamar indemnización no solo por los gastos a materia de su recuperación, sino también puede reclamar indemnización por los gastos causados por el daño o mutilación. 2. También se considera la posición mutua de las partes, incluido posición económica y las circunstancias de los hechos. 3. En general se aplica este último artículo para apreciar el daño que ha surgido como resulta de una ofensa perpetuado contra la persona”. *Cfr.* Escrito de contestación de la demanda.

¹¹⁵ “Artículo 1393: 1. Una causa civil con respecto a la difamación puede servir para indemnizar el daño o reparar el perjuicio a nombre o reputación de la víctima. 2. En apreciar este, el juez tomará en cuenta el grado menos grave o más grave del insulto, asimismo la calidad, posición y estatus económico y circunstancias de las dos partes”. *Cfr.* Escrito de contestación de la demanda.

posterior, de fecha 23 de mayo de 2003, el Estado hizo referencia a la existencia de “varios artículos del Código Civil de Surinam [...] sobre los cuales los peticionarios habrían podido promover una acción”. En la contestación a la demanda ante la Corte, el Estado alegó adicionalmente la supuesta falta de agotamiento del recurso interno disponible bajo el artículo 226 de su Código Civil. Según la Corte, el Estado no alegó, en la primera actuación ante la Comisión, que las presuntas víctimas no agotaron los recursos internos supuestamente disponibles bajo los artículos 226, 1386, 1387, 1388, 1392 y 1393 del Código Civil; por lo tanto, la Corte consideró que el Estado había, implícitamente, renunciado a su derecho a cuestionar la admisibilidad del caso sobre la base del presunto no agotamiento de los recursos internos disponibles bajo dichos artículos del Código Civil¹¹⁶.

7. La desviación de la jurisprudencia de la Corte en el caso *Brewer-Carías*

La anterior era, en esencia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta antes de que esta dictara su sentencia en el caso *Brewer-Carías*. Esa jurisprudencia se podía resumir en los siguientes puntos: 1) lo que justifica la protección internacional de los derechos humanos es el ejercicio arbitrario del poder público, por lo que dicha protección internacional es el objeto y fin del tratado, y sus reglas deben interpretarse atendiendo a ese fin; 2) la regla del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna tiene, como contrapartida, la obligación de los Estados de proporcionar recursos jurisdiccionales sencillos y rápidos, que sean efectivos para amparar a las personas de la violación de sus derechos humanos y para subsanar la situación jurídica infringida; 3) la regla del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna es un medio de defensa del Estado, que tiene que ser alegado expresamente, y que puede ser renunciado incluso tácitamente; 4) el momento para alegar esta excepción es en la primera oportunidad que el Estado tenga para hacer sus observaciones en el procedimiento ante la Comisión; 5) al oponer esta excepción, el Estado debe indicar cuáles eran los recursos disponibles y por qué ellos eran los recursos adecuados y efectivos en el caso objeto de la controversia; y 6) la regla del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna no es una regla absoluta y, en la Convención, está sujeta a tres excepciones, relativas a: i) la inexistencia en la legislación interna del Estado de que se trata del debido proceso legal para la protección de los derechos que supuestamente habrían sido violados, ii) que no se haya permitido a la presunta víctima el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o que no se le haya permitido agotarlos, y iii) que haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos. Nada de lo anterior fue tenido como relevante al momento de dictarse la sentencia en el caso *Brewer-Carías*. Por supuesto, nada impide a la Corte enmendar su jurisprudencia, incluso si ello constituye un tremendo retroceso en la protección de los derechos humanos; después de todo, son los jueces de la Corte —elegidos por los Estados y a propuesta de ellos mismos— quienes están llamados a interpretar y aplicar la Convención. Pero los estándares establecidos en la Convención indican que los jueces, que son elegidos en su capacidad personal, deben comportarse con independencia e imparcialidad. Además, es innecesario recordar las condiciones personales que, de acuerdo con el artículo 52.1 de la Convención, se requiere para ser juez.

En el caso *Brewer-Carías*, recuerdo que, antes de que se convocara a la audiencia de rigor (en todo caso, por lo menos tres o cuatro meses antes de la realización de la

¹¹⁶ Cfr. Caso del *Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrafos 40 al 44.

misma), me llamó Pedro Nikken –el coordinador del equipo de abogados del profesor Brewer-Carías– para decirme que necesitaba, con urgencia, hablar conmigo. Lo invité a almorzar a mi casa y, con mucha angustia y preocupación, me comentó que había recibido información de una fuente confiable, según la cual la sentencia ya estaba decidida e íbamos a perder por falta de agotamiento de los recursos internos. Le hice presente que, en mi opinión, eso era altamente improbable, pues resultaría muy cuesta arriba que la Corte pudiera dar marcha atrás a una jurisprudencia sólidamente establecida sobre la materia. Le hice notar que aún no se había producido la audiencia de las partes en el caso, razón por la cual aún no habíamos tenido oportunidad de presentar nuestras pruebas, de exponer nuestros alegatos ante la Corte y, mucho menos, de que hubiéramos podido consignar nuestros alegatos finales escritos. Después de que comentáramos la jurisprudencia de la Corte, y la forma en que esta resultaba aplicable en el caso *Brewer-Carías*, Pedro Nikken se fue más tranquilo. Meses después, estando ya en Costa Rica y preparándonos para la audiencia ante la Corte, el domingo anterior a la misma, un amigo vinculado a la Corte me llamó para decirme que quería conversar conmigo, confidencialmente, sobre el caso en cuestión; nos reunimos, discretamente, en un restaurant de San José. Para sorpresa mía, después de los saludos de rigor, me anunció que nuestra derrota ya estaba decidida, por falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. Mi respuesta fue la misma que le había dado a Pedro Nikken, invocando la jurisprudencia de la Corte, y observando que esta **aún no había recibido pruebas testimoniales, peritajes, alegatos orales, o alegatos finales escritos; además, le hice un relato de los recursos internos que habíamos intentado, le expliqué por qué esos eran los recursos adecuados, le conté los inconvenientes que los abogados del profesor Brewer** en el proceso interno tuvieron para consultar el expediente, negándoles el acceso a piezas procesales, impidiendo que pudieran hacer fotocopias, obligándolos a volver una y otra vez porque el tomo del expediente que ellos requerían lo tenía un fiscal, o el juez, o estaba extraviado, sin darles las facilidades necesarias para revisar videos que formaban parte del acervo probatorio, sin permitirles contrainterrogar testigos, sin permitirles presentar pruebas, y –después de años– sin haber resuelto el recurso intentado, con el pretexto que, para ello, el profesor Brewer debía regresar al país y entregarse a sus verdugos, sometiéndose a una detención arbitraria y a violaciones adicionales de sus derechos humanos. Mi interlocutor y amigo me expresó que todo eso estaba muy bien, pero que había razones políticas importantes para que este caso se decidiera de otra forma. Cuando traté de inquirir sobre esas razones políticas, se me dijo que, próximamente, uno de los jueces anunciaría su candidatura a un importante cargo político. Regresé al hotel y, privadamente, les relaté mi conversación a Pedro Nikken y a Allan Brewer-Carías, dándoles el nombre de mi interlocutor y del juez con aspiraciones políticas. La audiencia se desarrolló en la forma prevista, a entera satisfacción nuestra; pero la sentencia del 26 de mayo de 2014, que satisfacía al Estado demandado y que daba alas a los demás Estados partes en el sistema interamericano –convirtiendo la regla del agotamiento de los recursos internos en una barrera insalvable para las víctimas de violaciones de derechos humanos–, fue un balde de agua fría, que confirmó parcialmente lo que ya se nos había advertido, y que ya se había insinuado en una entrevista que *El País*, de Madrid, le hizo al juez García Sayán, y que apareció publicada el 18 de diciembre de 2013¹¹⁷. Según un reportaje de la revista *Semana*, de Colombia, en junio de 2013, ya estaba en marcha esa candidatura, impulsada con la

¹¹⁷ Cfr. https://elpais.com/internacional/2013/12/17/actualidad/1387311940_520992.html, consultado el 15 de marzo de 2021.

ayuda de Eda Rivas, la entonces canciller del Perú y ex esposa de García Sayán¹¹⁸. La confirmación plena de esas advertencias vino, menos de tres meses después de dictada la sentencia en el caso *Brewer-Carías*, cuando, el 15 de agosto de 2014, el nuevo canciller del Perú, Gonzalo Gutiérrez, anunció oficialmente la candidatura de García Sayán para ocupar el cargo de Secretario General de la OEA¹¹⁹; solo días después, el propio García Sayán anunció su candidatura a Secretario General de la OEA, sin renunciar al cargo de juez de la Corte Interamericana¹²⁰. Después de ser el artífice de tres sentencias clave, en materia de leyes de amnistía, leyes penales y delito de difamación, y agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, que dieron un vuelco a la jurisprudencia anterior de la Corte, todas ellas complacientes con los Estados con poder de voto en la Organización de Estados Americanos, un juez de la Corte Interamericana, en ejercicio de su cargo, anunciaba su candidatura a Secretario General de la OEA. Puede que todo esto sea una mera coincidencia. Pero, en circunstancias similares, se habría dicho que esas sentencias formaron parte de la campaña electoral de un juez, buscando el voto de los mismos Estados cuya conducta debía juzgar, y en circunstancias que, lamentablemente, las víctimas de violaciones de derechos humanos se encontraban en clara desventaja, pues ellas no votaban.

En su sentencia, la Corte constató que el Estado, en su escrito de contestación de la petición del 25 de agosto de 2009 en el proceso ante la Comisión, señaló que “[l]os peticionarios recono[cía]n que no hab[ían] agotado los recursos internos [y que] era evidente que [esa] petición [era] inadmisibile”¹²¹. Se hace constar que el Estado alegó que los argumentos de hecho y de derecho presentados por los peticionarios debían ser resueltos por los tribunales de Venezuela y que, a tal fin, el señor Brewer-Carías debía ponerse a derecho ante los tribunales venezolanos¹²². Asimismo, se hace constar que el Estado arguyó que los peticionarios no habían agotado los recursos de la jurisdicción interna en vista de que el proceso penal seguido contra el señor Brewer-Carías se encontraba en etapa intermedia por causa de que este había salido de Venezuela y que no existía el juicio en ausencia. En dicha oportunidad, el Estado alegó que, en consecuencia, el proceso no había llegado a etapa de juicio, que “no se ha[bía] producido la audiencia oral y pública, no [se] ha[bía] iniciado la admisión de pruebas, [y] no se ha[bía] emitido una] sentencia de primera instancia [que posibilitara la presentación de u]n recurso de apelación de autos, de un recurso de apelación de sentencia definitiva, de revocación, casación, revisión en materia penal, de amparo; y [finalmente una] revisión constitucional por parte de la Sala Constitucional de la República de Venezuela”¹²³. A partir de lo anterior, la Corte consideró que el Estado presentó la excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos internos en el momento procesal oportuno en el proceso ante la Comisión, basándose en el argumento de que la falta de agotamiento de recursos se constituía debido al hecho de que el proceso penal contra el señor Brewer-Carías todavía no había terminado, y que existían etapas en las que se podían discutir sobre las irregularidades alegadas y se

¹¹⁸ Cfr. <https://www.semana.com/opinion/articulo/columna-daniel-coronell-sobre-juez-garcia-sayan/367384-3/>, consultado el 15 de marzo de 2021.

¹¹⁹ Cfr. <https://www.lavanguardia.com/politica/20210325/6605740/cup-investidura-aragones-preacuerdo-erc.html>, consultado el 15 de marzo de 2021.

¹²⁰ Cfr. https://elpais.com/internacional/2014/08/20/actualidad/1408564730_045356.html, consultado el 15 de marzo de 2021.

¹²¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Brewer-Carías vs. Venezuela*, Sentencia del 26 de mayo de 2014 (Excepciones preliminares), párrafo 78.

¹²² Cfr. *ibid.*, párrafo 79.

¹²³ Cfr. *ibid.*, párrafo 80.

disponía de recursos específicos que podían ser presentados en el marco del proceso penal¹²⁴. La Corte indicó que, en el presente caso, el Estado alegó que el proceso penal no había avanzado por la ausencia del señor Brewer-Carías, y que sin su presencia tampoco podía resolverse las solicitudes de nulidad; por tanto, argumentó que la terminación del proceso penal y la presentación de recursos como la apelación, casación o revisión constituían los recursos idóneos para la presunta víctima¹²⁵. Según la Corte,

88. El caso sometido al Tribunal reviste características particulares dado que: i) el proceso se encuentra en etapa intermedia (*infra* párrs. 95 a 97), y ii) el principal obstáculo para que avance el proceso es la ausencia del señor Brewer-Carías (*infra* párrs. 138 a 143). En esa medida, el Tribunal considera que en este caso en el cual todavía se encuentra pendiente la audiencia preliminar y una decisión al menos de primera instancia, no es posible entrar a pronunciarse sobre la presunta vulneración de las garantías judiciales, debido a que todavía no habría certeza sobre como continuaría el proceso y si muchos de los alegatos presentados podrían ser subsanados a nivel interno. Lo anterior, sin perjuicio del posible análisis que se pueda hacer respecto al alegado retardo injustificado o plazo razonable. [...]

96. Tomando en consideración lo anterior, en el presente caso, como se denota del recuento de las fases del procedimiento penal aplicable (*supra* párr. 95), el proceso en contra del señor Brewer-Carías se encuentra todavía en la fase intermedia, por cuanto la audiencia preliminar no se ha llevado a cabo y no se ha dado, entonces, inicio al juicio oral, por lo que *el Tribunal constata que el proceso penal se encuentra en una etapa temprana. Lo anterior conlleva que no es posible analizar el impacto negativo que una decisión pueda tener si ocurre en etapas tempranas, cuando estas decisiones pueden ser subsanadas o corregidas por medio de los recursos o acciones que se estipulen en el ordenamiento interno.*

97. Debido a la etapa temprana en que se encuentra el proceso, fueron interpuestas por la defensa del señor Brewer-Carías las diversas solicitudes de nulidad y de otro tipo mencionadas anteriormente (*supra* párr. 90). Sin embargo, no se interpusieron los recursos que el Estado señaló como adecuados, a saber el recurso de apelación establecido en los artículos 451 a 158 del COPP¹²⁶, el recurso de casación señalado en los artículos 459 a 469 del COPP¹²⁷, y el recurso de revisión indicado en los artículos 470 a 477 del COPP¹²⁸. En efecto, el Estado alegó sobre este punto la existencia de “[l]os recursos correspondientes a la fase intermedia establecida en el código orgánico procesal penal; asimismo, el agotamiento de la fase de juicio, de ser el caso, así como [la existencia de] recursos efectivos, [como] el de Apelación de Autos, de Sentencias Definitivas, de Reconsideración, de Casación, [y] de Revisión.

¹²⁴ Cfr. *ibid.*, párrafo 81.

¹²⁵ Cfr. *ibid.*, párrafo 85.

¹²⁶ El artículo 453 del COPP establece que “[e]l recurso de apelación será admisible contra sentencia definitiva dictada en el juicio oral” (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folio 20645).

¹²⁷ El artículo 459 del COPP indica que “[e]l recurso de casación solo podrá ser interpuesto en contra de las sentencias de las cortes de apelaciones que resuelvan sobre la apelación, sin ordenar la realización de un nuevo juicio oral, cuando el Ministerio Público haya pedido en la acusación o la víctima en su querrela, la aplicación de una pena privativa de libertad que en su límite máximo exceda de cuatro años; o la sentencia condene a penas superiores a esos límites, cuando el Ministerio Público o el querrelante hayan pedido la aplicación de penas inferiores a las señaladas. Asimismo serán impugnables las decisiones de las Cortes de Apelaciones que confirmen o declaren la terminación del juicio o hagan posible su continuación” (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folio 20646).

¹²⁸ El artículo 470 del COPP señala que “[l]a revisión procederá contra la sentencia firme, en todo tiempo y únicamente a favor del imputado” (expediente de anexos a la contestación, tomo I, folio 20647).

98. Cuando un específico procedimiento cuenta con etapas en las que se puede llegar a corregir o subsanar cierto tipo de irregularidades, los Estados deben poder disponer de dichas etapas procesales para remediar las alegadas irregularidades en el ámbito interno, sin perjuicio del análisis que pueda corresponder a las excepciones al previo agotamiento de los recursos internos establecidas en el artículo 46.2 de la Convención. Precisamente al finalizar una etapa intermedia o durante el juicio puede llegar a declararse la existencia de dichas irregularidades y proceder a la anulación de todo lo actuado o la recomposición del proceso en lo pertinente. Lo anterior cobra mayor relevancia en el presente caso si se tiene en cuenta que las solicitudes de nulidad involucraban algunos de los alegatos que fueron presentados ante este Tribunal respecto a la presunta violación a la independencia e imparcialidad judicial, derecho a la defensa, controversias en torno a pruebas que habrían sido rechazadas, posibilidades de contrainterrogar o estar presentes en ciertas declaraciones o modificaciones en las acusaciones, entre otras garantías judiciales.

99. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera no son de recibo los argumentos de los representantes en el sentido que dichos escritos fueran adecuados y suficientes para dar por satisfecho el requisito establecido en el artículo 46.1.a) de la Convención Americana. Por otra parte, en el marco específico de las controversias sobre admisibilidad en el presente caso y debido a la etapa en que se encuentra el proceso, no es posible determinar la eficacia de los recursos indicados por el Estado porque hasta ahora no han operado¹²⁹.

Respecto de las alegadas excepciones al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, la Corte expresó:

106. Si bien es cierto que en sus alegatos ante este Tribunal, la Comisión Interamericana ha insistido en que “la problemática planteada en este caso tiene un carácter estructural y obedece a una situación de hecho del Poder Judicial que va mucho más allá de la regulación abstracta del proceso penal”, la Corte no cuenta con elementos para contradecir la decisión de la Comisión Interamericana en su informe de admisibilidad respecto a la improcedencia de la excepción prevista en el artículo 46.1.a de la Convención. Al respecto, el Tribunal considera que de un alegado contexto estructural de provisionalidad del poder judicial no se puede derivar la aplicación directa de la excepción contenida en el artículo 46.2.a de la Convención, pues ello implicaría que a partir de una argumentación de tipo general sobre la falta de independencia o imparcialidad del poder judicial no fuera necesario cumplir con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos. [. . .]

111. Asimismo, en términos de los debates sobre si procedía esta excepción, la Corte reitera que el momento procesal en el que se encuentra el presente caso (*supra* párr. 96 a 98) impide una conclusión *prima facie* respecto al impacto de la provisionalidad en la garantía de independencia judicial en orden a establecer como procedente una excepción al agotamiento de los recursos internos basada en el artículo 46.2.b de la Convención. Lo anterior debido a que no hay al menos una decisión de primera instancia mediante la cual se pueda llegar a valorar el impacto real que la provisionalidad de los jueces hubiera podido tener en el proceso, aspecto que constituye una diferencia importante con casos previos de la Corte sobre esta temática en Venezuela. En efecto, en dichos casos se había alcanzado, por lo menos, una decisión de primera instancia y, en algunos de ellos, decisiones sobre los recursos de impugnación¹³⁰. Además, las víctimas en dichos casos habían sido los jueces removidos, contrario al presente caso en que la presunta víctima es la persona acusada.

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Brewer-Carias vs. Venezuela*, Sentencia del 26 de mayo de 2014 (Excepciones preliminares), párrafos 88, 96, 97, 98 y 99.

¹³⁰ En el caso *Apitz Barbera y otros*, el Tribunal analizó el procedimiento disciplinario que llevó a la destitución de tres de los cinco magistrados del que, en ese entonces, constituía el segundo tribunal más importante de Venezuela. Ello originó un proceso disciplinario, teniendo en cuenta que dicho

112. En efecto, en un proceso enmarcado en las reglas de los sistemas acusatorios, como el presente caso, durante la etapa de juicio o en procedimientos de impugnación, pueden ser corregidas las falencias o violaciones que los jueces internos estimen pertinentes. Cabe resaltar que en la segunda solicitud de nulidad interpuesta por la defensa del señor Brewer se alegó que estos problemas asociados a la forma como fue dejado sin efecto el cargo de algunos jueces provisorios que intervinieron en el proceso afectarían su garantía de ser juzgado por su juez natural, dado que “no se ha garantizado su autonomía, independencia e imparcialidad”¹³¹. La Corte considera que a partir de la intervención de los jueces internos al resolver ese alegato, podría haberse determinado con mayor claridad si la provisionalidad tenía o no un impacto tal como para que operara la excepción prevista en el artículo 46.2.b y, de ser el caso, analizar el fondo del caso.

113. Por todo lo anterior, se considera que no es aplicable la excepción contemplada en el artículo 46.2.b de la Convención Americana¹³².

La jurisprudencia anterior de la Corte, declarando que en Venezuela no había independencia del poder judicial, no eran suficientes. Había que demostrar que, en el caso particular, el poder judicial no había actuado con independencia; pero la evidencia aportada tampoco fue suficiente.

En cuanto al retardo injustificado en la decisión de los recursos intentados, la Corte expresó que, dado el contenido, las características, complejidad y extensión del escrito presentado el 8 de noviembre de 2005 por la víctima, la Corte consideró que las solicitudes de nulidad no son de las que deban resolverse en el plazo de tres días señalado en el artículo 177 del COPP. [133] La Corte nada dice sobre la circunstan-

error constituía causal de destitución. Las víctimas presentaron un recurso de amparo contra la decisión que ordenó la suspensión de dos de los magistrados, un recurso jerárquico contra la decisión que ordenó la destitución, y un recurso de nulidad y medida de amparo cautelar contra la sanción de destitución. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182.

El caso *Reverón Trujillo* se relacionaba con una jueza provisoria cuya destitución fue declarada nula pero sin que dicha declaración implicara una restitución al cargo debido a su condición de provisoria. La Comisión de Funcionamiento y Restructuración del Sistema Judicial la destituyó considerando que habría incurrido en ilícitos disciplinarios relacionados con abuso de autoridad y falta de diligencia. Contra esta resolución, la señora Reverón Trujillo interpuso un recurso de nulidad. La Sala Político Administrativa de dicho tribunal declaró la nulidad de la sanción de destitución. Sin embargo, no ordenó su restitución en el cargo ni el pago de los salarios que había dejado de percibir. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C N° 197.

Finalmente, en el caso *Chocrón Chocrón* la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado por haber dejado sin efecto su nombramiento como jueza temporal, sin garantizarle una mínima estabilidad en el ejercicio de dicho cargo, una decisión motivada para su remoción, así como sus derechos a la defensa y a un recurso efectivo. La señora Chocrón Chocrón había sido designada “con carácter temporal” por la Comisión Judicial del TSJ. Tres meses después de su nombramiento, la Comisión Judicial se reunió y decidió dejar sin efecto su designación, sobre la base de ciertas observaciones que habrían sido formuladas ante los magistrados que conformaban dicha Comisión. Frente a ello, se interpuso un recurso administrativo de reconsideración ante la Comisión Judicial y un recurso contencioso administrativo de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad conjuntamente con una acción de amparo cautelar ante la Sala Político Administrativa del TSJ. Ambas instancias declararon “sin lugar” los recursos. *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C N° 227.

¹³¹ Escrito de la defensa ante el Juzgado Vigésimo Quinto de 8 de noviembre de 2005 (expediente de anexos a la contestación, anexo 1, pieza 15, folio 14783).

¹³² *Ibid.*, párrafos 106, 112, y 113.

cia de que, después de transcurridos más de 8 años, tampoco se hubiera resuelto el referido recurso.

En relación con la necesidad de la presencia del acusado en la audiencia preliminar, como requisito para resolver los recursos intentados, “La Corte considera que en muchos sistemas procesales la presencia del acusado es un requisito esencial para el desarrollo legal y regular del proceso. La propia Convención acoge la exigencia. Al respecto, el artículo 7.5 de la Convención establece que la “libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia ante el juicio”, de manera que los Estados se encuentran facultados a establecer leyes internas para garantizar la comparecencia del acusado. Como se observa, la misma prisión preventiva, que solo puede ser admitida excepcionalmente, tiene entre uno de sus fines más importantes asegurar la comparecencia del imputado en juicio, de forma a garantizar la jurisdicción penal y contribuye a combatir la impunidad. Asimismo, constituye una garantía para la ejecución del proceso”¹³³. Parece innecesario hacer notar que la Corte confunde la presencia del acusado en el juicio, como una garantía del debido proceso, y las condiciones en que el Estado se obliga a proporcionar recursos sencillos y rápidos, que amparen a la persona de la violación de sus derechos fundamentales; esto es, lo que es una garantía para el individuo, la Corte lo vuelve en su contra, como un instrumento para que el Estado pueda consumir la persecución política de una persona que es víctima del ejercicio arbitrario del poder público, y como una condición para que se resuelva un recurso que intenta poner coto a esa persecución política. Los artículos 7 y 25 de la Convención se refieren a derechos distintos y a obligaciones diferentes que asume el Estado en cada caso. ¿Por qué ese afán en interpretar torcidamente lo que ya estaba claro y cambiar una jurisprudencia firmemente establecida?

Cabe preguntarse, como sugirió el diario *El País*¹³⁴, de Madrid, en el caso *Mémoli*, si había, en este caso, una intención política. Teniendo en cuenta la proximidad de la elección del Secretario General de la OEA, *El País* parece sugerir que, con esta sentencia, también, alguno de los candidatos a ese cargo estaba cortejando el voto de Venezuela y el de los países del ALBA. Pero sería terrible hacer política a costa de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos; por lo tanto, esperemos que esa sea una impresión equivocada.

Que esta sentencia fue imprevisible y sorprendente, es cierto. Que la Corte tenía derecho a enmendar su jurisprudencia anterior, también. Pero lo cierto es que, después de esta deriva incomprensible, e incompatible con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el agua volvió a su curso, y la Corte retomó su jurisprudencia anterior en materia de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

IV. LA CANDIDATURA DEL JUEZ GARCÍA SAYÁN A LA SECRETARÍA GENERAL DE LA OEA

En agosto de 2014, el juez García Sayán solicitó se le “excusara” de participar en la deliberación o decisión de asuntos pendientes ante la Corte mientras fuera candidato a Secretario General de la OEA, en el entendido de que continuaría “desempeñando la función de juez de la Corte Interamericana”. Sin someterlo al pleno de la Corte, su presidente, Humberto Sierra, aceptó esta “excusa”, convertida en permiso, con la

¹³³ *Ibid.*, párrafo 134.

¹³⁴ Cfr. https://elpais.com/internacional/2013/12/17/actualidad/1387311940_520992.html, consultado el 15 de marzo de 2021.

oposición de dos jueces que consideraron que este era un caso de “incompatibilidad” del cargo, y que cualquier decisión sobre el particular era competencia de la Corte en pleno y no del presidente del Tribunal; según los jueces disidentes, García Sayán debió renunciar a su cargo, para evitar comprometer la independencia, imparcialidad, e imagen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; no era un asunto que se resolviera con una “excusa” o un permiso para hacer campaña electoral. El 2 de octubre de 2014, García Sayán le comunicó al presidente de la Corte, Humberto Sierra Porto, que había “declinado” su candidatura a Secretario General de la OEA. El 13 de octubre del mismo año, el pleno de la Corte le dio la bienvenida al juez García Sayán y celebró su reincorporación a las actividades del Tribunal.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Las sentencias en los casos de las masacres de *El Mozote y pueblos aledaños vs. El Salvador*, *Mémoli vs. Argentina*, y *Brewer-Carias vs. Venezuela*, más que por su contenido, son preocupantes por la irrupción de la política en la administración de justicia en materia de derechos humanos en el continente. Con razón o sin ella, esa es la impresión que dejan esas tres sentencias; con ellas, se ha despilfarrado la credibilidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la confianza que, alguna vez, pudo haber inspirado en las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Después de todo, la justicia tiene que ser como la mujer del César; no solo tiene que ser honesta, sino también tiene que parecerlo.

DERECHOS LABORALES. PERSPECTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

César Augusto Carballo Mena**

SUMARIO

I. Desc en tres tiempos. II. Aproximación a la doctrina jurisprudencial de la CIDH. 1. Libertad sindical. 2. Derecho al trabajo y estabilidad laboral. 3. Prohibición del trabajo forzoso. 4. Igualdad e interdicción de discriminaciones en la relación de trabajo. 5. Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador. III. ¿Dónde anida la jurisprudencia de la CIDH?

Si a la vida le das tiempo, muestra extraños recovecos
Alessandro Baricco, *Océano mar*

I. DESC EN TRES TIEMPOS

1. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) han transitado tres estadios: *inexploración* (1979¹-2001), reconocimiento indirecto² (2001-2017), y reconocimiento directo (2017 en adelante).

* En el presente ensayo, para evitar la sobrecarga gráfica, opté por utilizar el clásico masculino genérico, en el entendido que todas las referencias, salvo que de su contexto se desprenda la intención contraria, refieren por igual a cualquier género, sin distinción alguna. Asimismo, advierto que las cursivas y corchetes en citas textuales son míos.

** Profesor-investigador, Jefe del Departamento de Derecho Social y Jefe de la Cátedra de Derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Profesor en el Curso de Derecho Constitucional Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima). Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre (Bogotá). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela). carballomena@gmail.com.

¹ La CIDH se instaló en San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979.

² En la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017 –que inaugura el reconocimiento directo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)– el juez Roberto F. Caldas, mediante voto razonado, destacó “que la Corte Interamericana hace mucho tiempo

2. El prolongado silencio preambular, el reconocimiento indirecto como mecanismo alternativo de tutela, y el transcurso de más de tres lustros para trascender esta perspectiva y asumir, sin remilgos, su reconocimiento directo, se explican, en gran medida, por la consagración –opaca y apocada³– de los DESC en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); contrastante con la –diáfana y exuberante– reglamentación de derechos civiles y políticos:

- i. De un lado, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), derecho a la vida (art. 4), derecho a la integridad personal (art. 5), prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 6), derecho a la libertad personal (art. 7), garantías judiciales (art. 8), principio de legalidad y de retroactividad (art. 9), derecho a indemnización en caso de condena por error judicial (art. 10), protección de la honra y la dignidad (art. 11), libertad de conciencia y de religión (art. 12), libertad de pensamiento y de expresión (art. 13), derecho de rectificación o respuesta (art. 14), derecho de reunión (art. 15), libertad de asociación, incluso “con fines laborales” (art. 16), protección a la familia⁴ (art. 17), derecho al nombre (art. 18), derechos del niño (art. 19), derecho a la nacionalidad (art. 20), derecho a la propiedad privada (art. 21), derecho de circulación y de residencia (art. 22), derechos políticos (art. 23), igualdad ante la ley (art. 24), y protección judicial (art. 25); y
- ii. De otra parte, los DESC apenas objeto de genérica y sinuosa regulación ex art. 26 CADH⁵:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, **en la medida de los recursos disponibles**, por vía legislativa u otros medios apropiados (Resaltado nuestro).

protege también los DESC. El Tribunal lo venía haciendo como derecho secundario o indirecto de un derecho civil o político, cuando en muchos casos, en verdad, era el principal derecho reivindicado” (párr. 2). En sentido análogo, el voto concurrente –en la misma sentencia– del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “En el presente caso, la Corte IDH aborda los derechos violados integralmente y de forma conglobada, declarando la violación directa del artículo 26 de la Convención Americana. Ello, en contraste con la jurisprudencia histórica que lo hacía mediante la conexidad con los derechos civiles y políticos” (párr. 6).

³ A diferencia –en la esfera del sistema interamericano de protección de los derechos humanos– de la Carta de la Organización de Estados Americanos (arts. 30-52) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (arts. XII-XVI), ambas adoptadas el 30 de abril de 1948.

⁴ Los derechos concernientes a la protección de la familia (art. 17 CADH) y del niño (art. 19 *eiusdem*) revisten eminente carácter social; mientras que el derecho a la propiedad privada (art. 21 *eiusdem*), “independientemente de que se le pueda o no caracterizar como un derecho inherente al ser humano, más bien parecería corresponder a la categoría de los derechos económicos”. Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, p. 72.

⁵ Así, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que el “*derecho al trabajo* no está todavía incorporado a la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] que no incluye los derechos económicos, sociales y culturales”. Informe N° 25/88 sobre los casos 9777 y 9718, Argentina, 30 de marzo de 1988, párrafo 6 de las conclusiones. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88sp/Argentina9777b.htm>. Análogamente, en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* (31 de agosto de 2017), el juez Eduardo Vio Grossi, mediante voto parcialmente disidente, afirmó que “no le compete a la Corte modificar la Convención sino únicamente señalar lo que ella efectivamente dispone y no lo que desearía que establezca” (Introducción, sección a).

3. La etapa de reconocimiento indirecto o por conexión de los DESC –rasgando así “el silencio sin el cual ninguna historia puede comenzar”⁶ – se inauguró con la sentencia del caso *Baena y otros vs. Panamá* de 2 de febrero de 2001:

- i. La CIDH analizó el despido sancionatorio de 270 trabajadores⁷, incluyendo directivos sindicales, por haber supuestamente participado en “paros y ceses colectivos de labores abruptos” con objetivos insurreccionales (párr. 88.q). Dichos despidos fueron ejecutados en aplicación –retroactiva– de la Ley 25⁸, prescindiendo de los procedimientos previstos en garantía de la estabilidad laboral y el fuero sindical;
- ii. Se verificó la vulneración del “derecho a asociarse libremente con fines [...] laborales” –*ex* art. 16.1 CADH– a partir de cuatro datos esenciales, objeto de previos pronunciamientos –debidamente reseñados⁹– por parte de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):
 - a) que la Ley 25 se expidió 15 días después de los hechos que dieron origen al presente caso; b) que no se observó la normativa referente al fuero sindical en relación con el despido de trabajadores; c) que fueron obstruidas las instalaciones e intervenidas las cuentas bancarias de los sindicatos; y d) que numerosos trabajadores despedidos eran dirigentes de organizaciones sindicales (párr. 171);
- iii. En este contexto, el derecho de asociación con fines laborales fue –acertadamente– interpretado, a la luz del principio de libertad sindical, como aquella “facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho” (párr. 156);
- iv. La aludida interpretación amplia del derecho de asociación con fines laborales¹⁰ abarcó los componentes organizativo, funcional e inmunitario de la libertad sindical¹¹, permitiendo así a la CIDH obviar¹² la invocación del art. 45.c de la Carta de la Organización de Estados Americanos (COEA)¹³, conforme al cual

⁶ Alessandro Baricco, *Sin sangre*, Anagrama, Barcelona, 2003, p. 44.

⁷ Los “270 trabajadores presuntas víctimas en el presente caso trabajaban en las siguientes instituciones públicas: Instituto Nacional de Telecomunicaciones, Autoridad Portuaria Nacional, Empresa Estatal de Cemento Bayano, Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables, Instituto de Recursos Hídricos y Electrificación, Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Educación” (párr. 88.k).

⁸ Gaceta Oficial de Panamá No. 21.687, 17 de diciembre de 1990. “En el artículo 6 de dicha ley se señaló que esta era de orden público y tendría efecto retroactivo a partir del 4 de diciembre de 1990. Según su artículo 7 regiría desde su promulgación y tendría vigencia hasta el 31 de diciembre de 1991” (párr. 88.n).

⁹ Caso 1569: Comité de Libertad Sindical (párrs. 162, 164 y 165) y Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (párr. 163).

¹⁰ Una interpretación restrictiva hubiese identificado el derecho de asociación con fines laborales con el componente organizativo de la libertad sindical, obviando su interdependencia e inescindibilidad respecto de los ámbitos funcional e inmunitario. Ver, César Augusto Carballo Mena, *Libertad sindical. La perspectiva de los derechos fundamentales*, CACM, Caracas, 2012, p. 165.

¹¹ *Vid ut infra* párr. 13.

¹² Configurando así un reconocimiento indirecto de la libertad sindical, es decir, como sinónima del derecho de asociación con fines laborales.

¹³ Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias [...] para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la

empleadores y los trabajadores [...] tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia...¹⁴; y

- v. Se ordenó, a los fines de reparar la vulneración del derecho de asociación sindical, “restablecer en sus cargos a las víctimas”¹⁵ y pagarles los “salarios caídos y demás derechos laborales que de acuerdo con su legislación correspondan” (párr. 205), sin que fuese menester –bajo la modalidad entonces imperante de reconocimiento indirecto de los DESC– declarar la violación del derecho al trabajo¹⁶ previsto en los arts. 45.b COEA, XIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH)¹⁷, y 6 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC o Protocolo de San Salvador (PSS)¹⁸.

4. Otros ejemplos de reconocimiento indirecto o por conexión de los DESC –en aplicación de la CADH– pueden verificarse en:

- i. *Cinco pensionistas vs. Perú* de 28 de febrero de 2003, donde se declaró que la desmejora arbitraria del régimen de pensiones vulneró el derecho de propiedad de las víctimas (art. 21);
- ii. *Trabajadores del Congreso vs. Perú* de 24 de noviembre de 2006, por cuya virtud se ordenó resarcir a trabajadores despedidos arbitrariamente por haberseles impedido “un acceso real a la justicia” y privado de garantías judiciales (arts. 8 y 25);
- iii. *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* de 1º de julio de 2009 y *Abrill Alosilla y otros vs. Perú* de 4 de marzo de 2011, en cuyo ámbito se determinó que a las víctimas del impago arbitrario de pensiones se les habían violado los derechos de propiedad (art. 21) y protección judicial (art. 25);
- iv. *Furlan y familiares vs. Argentina* de 31 de agosto de 2012 y *Suárez Peralta y otros vs. Ecuador* de 21 de mayo de 2013, conforme a las cuales el derecho a

Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

¹⁴ El art. 45.c COEA contempló –antes e incluso, en algunos aspectos, más categóricamente que el Convenio OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)– la libertad sindical y sus componentes –interdependientes e inescindibles– organizativo, funcional e inmunitario.

¹⁵ “[S]i esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno” (párr. 203).

¹⁶ El art. 7.d del Protocolo de San Salvador (PSS) prevé la “estabilidad de los trabajadores en sus empleos”. Sin embargo, resultó irrelevante toda vez que Panamá aprobó dicho instrumento con posterioridad a los hechos analizados (Ley 21, publicada en la Gaceta Oficial 22.152 de 27 de octubre de 1992). De otra parte, conviene advertir que, de conformidad con el art. 19.6 PSS, solo se reconoce jurisdicción a la CIDH para conocer de las violaciones a los derechos consagrados en sus arts. 8.a y 13, es decir, libertad sindical (excluido el derecho de huelga) y derecho a la educación.

¹⁷ Art. 29.d CADH.- “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

¹⁸ Panamá ratificó el PSS el 28 de octubre de 1992, es decir, con posterioridad a los hechos (1990) escrutados por la CIDH en *Ricardo Baena y otros vs. Panamá*, razón por la cual “no se le pueden imputar al Estado violaciones del mismo” (párr. 99).

la salud devino tutelado a través de los derechos a la integridad personal (art. 5.1), garantías judiciales (art. 8), protección judicial (art. 25) y –solo en lo que respecta a la primera sentencia– propiedad privada (art. 21 CADH); y

- v. *I.V. vs. Bolivia* de 30 de noviembre de 2016, en atención a la cual el sometimiento no consentido a una intervención quirúrgica configuró la violación de la libertad personal (art. 7), garantías judiciales (art. 8), honra y dignidad (art. 11), libertad de pensamiento y de expresión (art. 13), protección a la familia (art. 17), y protección judicial (art. 25 CADH).

5. La justiciabilidad directa de los DESC quedó plasmada, por vez primera, en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017, donde se escrutó el despido de un miembro del comité electoral de una comunidad industrial¹⁹ como consecuencia de haber denunciado públicamente la injerencia del empleador en la elección de representantes de los trabajadores²⁰. Con meridiano acierto se reconoció que la víctima representaba los intereses colectivos de los trabajadores y que, por tal virtud, resultaba imperativo garantizarle “un nivel reforzado de protección de la libertad de expresión” para asegura en pleno y eficaz ejercicio de sus funciones (párrs. 96, 108, 113 y 116). En consecuencia, el despido sancionatorio produjo la vulneración –entre otros– de los derechos a la estabilidad laboral (art. 26 CADH)²¹ y a la libre asociación²² (arts. 16.1 y 26 *eiusdem*²³).

6. En el trayecto que condujo de *Baena y otros vs. Panamá* (2001) a *Lagos del Campo vs. Perú* (2017) se advierten –en el cuerpo de sentencias o votos individuales emanados de la CIDH– relevantes trazas que, orientadas a la justiciabilidad de los DESC, conviene ponderar:

- i. En *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* de 24 de noviembre de 2006, el juez Antonio Cancado Trindade, en su voto razonado, destacó “que todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables” (párr. 7);
- ii. En *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* de 1º de julio de 2009 se advirtió que el artículo.

26 CADH, titulado *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, se ubica en la Parte I de dicho instrumento, razón por la cual “está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 [–respeto y garantía–] y 2 [–adopción de medidas

¹⁹ Instancia de participación de los trabajadores en la propiedad, gestión y utilidades de la empresa, regulada en los Decretos Leyes Nos. 18350 y 18384, de 27 de julio de 1970 y 1º de septiembre del mismo año, respectivamente.

²⁰ El señor Lagos del Campo denunció públicamente “las maniobras liquidadoras de la patronal, quienes utilizando la vacilación de algunos trabajadores llevaron a cabo fraudulentas elecciones al margen del Comité Electoral y sin la participación mayoritaria de los comuneros” (párrs. 50 y 51). El despido se produjo invocándose “el incumplimiento injustificado de las obligaciones de trabajo, la grave indisciplina y el ‘faltamiento grave de palabra’ en agravio del empleador” (párr. 52).

²¹ El derecho al trabajo y la estabilidad laboral (art. 26 CADH) han sido posteriormente abordados en las sentencias de los casos *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú* (23 de noviembre de 2017) y *San Miguel y otras vs. Venezuela* (8 de febrero de 2018).

²² “[L]os derechos derivados de la representación de los intereses de un grupo tiene una naturaleza dual, pues recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación como en el derecho de la colectividad de ser representada, por lo que la violación del derecho del primero (el representante) repercute en la vulneración del derecho del otro (el representado)” (párr. 162).

²³ Párrs. 153, 163 y 166.

necesarias—] señalados en el capítulo I” (párr. 100). Dicha idea deviene reforzada por la “interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, [...] entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (párr. 101);

iii. En *Furlan y familiares vs. Argentina* de 31 de agosto de 2012, la jueza Margarette May Macaulay, en su voto concurrente y con el objeto de fundamentar la justiciabilidad del derecho a la salud y a la seguridad social, recapituló los argumentos que se reseñan de seguidas:

- En la Opinión Consultiva OC-10/89 (14 de julio de 1989) se admite que la DADDH “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la OEA] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración” (párr. 3);
- En *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (1° de julio de 2009) se destaca que el art. 26 CADH “se ubica [...] en la Parte I de dicho instrumento [...] y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2” (párr. 5);
- “[E]l problema no es una discusión sobre la realización progresiva o regresión de [los DESC...], más bien gira en torno al deber de garantizarlos” (párr. 6); y
- “[E]s necesario que la Corte, como intérprete autorizado de la Convención, actualice el sentido normativo del artículo 26 [CADH]”, toda vez que “lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la convención americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional” (párr. 9).

iv. En *Suárez Peralta vs. Ecuador* de 21 de mayo de 2013, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto concurrente, sostuvo que:

- “[E]l Tribunal Interamericano pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta lo que realmente motivó que el presente caso llegara al Sistema Interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional, que fueron las implicaciones al ‘derecho a la salud’ debido a una mala praxis médica con responsabilidad del Estado”²⁴ (párr. 1);
- Debe reconocerse “la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 del Pacto de San José para pronunciarse sobre el derecho a la salud” y entender “la justiciabilidad directa de dicho derecho social —y no solo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles—” (párr. 3);
- La protección de los DESC “por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos [...] no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias” (párr. 11); y

²⁴ La sentencia declaró vulnerados los derechos a la integridad personal (art. 5.1 CADH), a las garantías judiciales (art. 8.1 *eiusdem*) y a la protección judicial (arts. 25.1 y 25.2 *eiusdem*).

- La interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos implica:

a) establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y [DESC...]; b) obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta [...] y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; c) otorgar una visión autónoma a los [DESC...], conforme a su esencia y características propias; d) reconocer que pueden ser violados de manera autónoma [...]; e) precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de [DESC...]; f) permitir una interpretación evolutiva del *corpus juris* interamericano y de manera sistemática, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 [CADH...] con respecto al Protocolo de San Salvador; y g) proporcionar un fundamento más para –desde el 29.b CADH– utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los [DESC...] con el fin de darles contenido (párr. 27).

- v. En *I.V. vs. Bolivia* (30 de noviembre de 2016), el juez Ferrer Mac-Gregor, mediante voto concurrente, reiteró las críticas a la “subsunción de derechos por la vía de la conexidad”: “el caso claramente involucra el derecho a la salud, por lo que pudo haberse analizado a la luz del artículo 26 [CADH...] en aplicación del principio *iura novit curia*; en lugar de subsumir dicho derecho en otros preceptos del Pacto de San José declarados violados en la Sentencia”²⁵ (párr. 1).

7. La sedimentación y ensamblaje de los criterios antes expuestos permitió –en *Lagos del Campo vs. Perú* (párrs. 141-144)– declarar la vulneración de la estabilidad laboral –desgajada del derecho al trabajo– *ex art.* 26 CADH, en concordancia con los arts. 45.b COEA y XIV DADDH.

8. Posteriormente, la justiciabilidad directa de derechos laborales fue ratificada en *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú* de 23 de noviembre de 2017²⁶, *San Miguel y otras vs. Venezuela* de 8 de febrero de 2018²⁷, *Spoltore vs. Argentina* de 9 de junio de 2020²⁸, *Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil* de 15 de julio de 2020²⁹, y *Casa Nina vs. Perú* de 24 de noviembre de 2020³⁰.

II. APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA CIDH

*En los ojos de la gente puede verse lo que verán,
no lo que han visto*

Alessandro Baricco, *Novecento*

9. Como se desprende de lo expuesto en los párrafos precedentes, la jurisprudencia de la CIDH contempla criterios relevantes en materia de derechos humanos –específica e inespecíficamente³¹– laborales, esto es, tanto aquellos que solo o fundamentalmente cabe ejercer en la esfera de las relaciones de trabajo, como es el caso de la libertad sindical y la estabilidad laboral, como aquellos otros cuya titularidad dimana

²⁵ En la sentencia se consideró a la salud “como parte integrante del derecho a la integridad personal”, párrs. 155 (sentencia) y 2 (voto concurrente).

²⁶ Derecho al trabajo (estabilidad laboral).

²⁷ *Ídem*.

²⁸ Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador.

²⁹ *Ídem*.

³⁰ Derecho al trabajo (estabilidad laboral).

³¹ Refiero a la categorización que hizo célebre el maestro Manuel Carlos Palomeque López en *Los derechos laborales en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 32.

del status de ser humano o ciudadano y que, ejercidos en el ámbito de la relación de trabajo, adquieren una “dimensión laboral sobrevenida”³², como acontece con el derecho a la igualdad e interdicción de discriminaciones. En términos simples, los inespecíficos no son derechos inherentes al trabajador sino a la persona o ciudadano que, por añadidura, trabaja en condición de dependencia y en el ámbito de dicha interacción los ejerce.

1. Libertad sindical

10. A la libertad sindical le tocó en suerte fungir de bisagra en la evolución que experimentaron los DESC en la jurisprudencia de la CIDH: de la inexploración al reconocimiento indirecto en *Baena y otros vs. Panamá* (2001), y de allí al reconocimiento directo en *Lagos del Campo vs. Perú* (2017).

11. En la primera sentencia se sostiene que la libertad de asociación con fines laborales –ex art. 16.1 CADH– “debe ser analizada en relación con la libertad sindical”³³, concebida esta como “la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho” (párr. 156).

12. Se precisó, además, con meridiana nitidez, que esta libertad entraña una faz negativa³⁴, es decir, “que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación”³⁵ (párr. 156).

13. De este modo, la libertad sindical –inserta en el *corpus juris* de los derechos humanos³⁶– ensambla –como ya se ha destacado– tres componentes interdependientes e inescindibles³⁷:

- i. Organizativo, es decir, el derecho de los trabajadores y los empleadores³⁸, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse –o no– a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas (arts. 45.c COEA

³² Manuel Carlos Palomeque López, “El derecho a la igualdad y no discriminación en el ordenamiento laboral español”, en: *Revista Derecho del Trabajo*, No. 2, Fundación Universitatis, Barquisimeto, 2006, p. 15.

³³ Párr. 156.

³⁴ Ello comporta, *prima facie*, la incompatibilidad de algunas modalidades de cláusulas de seguridad sindical, en particular aquellas que condicionan la contratación del trabajador o la preservación del vínculo laboral a su afiliación sindical. En relación con la tortuosa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad sindical negativa –habida cuenta la relevancia de las cláusulas de seguridad sindical en países tales como Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Suecia e Islandia– puede consultarse: Fernando Valdés-Dal-Re, “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los derechos de libertad sindical”, en: H. Las Heras, A. Sudera y D. Tosca (coord.), *Provocaciones de Mario Ackerman. Libro en homenaje a un profesor*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 283-286.

³⁵ La libertad sindical individual en sentido negativo aparece expresamente prevista en el art. 8.3 del Protocolo de San Salvador: “Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.

³⁶ Párr. 158.

³⁷ César Augusto Carballo Mena, ob.cit., p. 165.

³⁸ Aunque no existe pronunciamiento expreso de la CIDH acerca de la titularidad de la libertad sindical en cabeza de los empleadores, resulta altamente probable que así sea reconocido en su oportunidad toda vez que: (i) el art. 16 CADH no limita expresamente a los trabajadores el derecho de asociarse con fines laborales; (ii) el art. 45.c COEA reconoce a trabajadores y empleadores el “derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”; y (iii) el art. 2 del Convenio 87 OIT,

- y 2 Convenio 87 OIT). “Como proyección de este derecho, [...] los sindicatos [podrán] formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección” (art. 8.1 PSS³⁹);
- ii. Funcional, esto es, el derecho a fomentar y defender sus intereses colectivos, grupales o de clase, incluyendo los derechos de negociación colectiva y huelga por parte de los trabajadores⁴⁰ —expresamente reconocidos en el art. 45.c COEA—, así como el diálogo social⁴¹ y la participación en la gestión empresarial; y
 - iii. Inmunitario, por cuya virtud el Estado debe brindar adecuada protección frente a las conductas que tuviesen por objeto o efecto impedir, restringir u obstaculizar el pleno y eficaz ejercicio de la libertad sindical (arts. 45.c COEA, 11 Convenio 87 OIT, 1 y 2 Convenio 98 OIT, y 1 Convenio 135 OIT). En este

con mucho el más emblemático instrumento universal sobre la materia, reconoce—a texto expreso—a los empleadores como titulares de la libertad sindical. No obstante, cabe advertir que en la literalidad del art. 8 del Protocolo de San Salvador los derechos sindicales solo se reconocen a los trabajadores.

³⁹ Reproduce en gran medida el contenido del art. 5 Convenio 87 OIT.

⁴⁰ La CIDH no ha reconocido expresamente a los derechos de negociación colectiva y de huelga como componentes esenciales, interdependientes e inescindibles del derecho de asociación con fines laborales. Precisamente por ello la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante comunicación de 31 de julio de 2019 y en ejercicio de la facultad prevista en el art. 64.1 CADH, solicitó a la CIDH opinión consultiva (OC-27) sobre —entre otros tópicos— (a) ¿Cuál es el alcance de las obligaciones de los Estados sobre las garantías [...] en los procesos de negociación colectiva y huelga [...], a la luz de los artículos 15, 16, 25 y 26 de la Convención Americana, 8 del Protocolo de San Salvador y XXI y XXII de la Declaración Americana?” “¿Qué acciones deben tomar los Estados para verificar la realización de dichos derechos en cumplimiento de sus obligaciones de progresividad?” “¿Qué procedimientos deben adoptar los Estados para identificar y eliminar los principales riesgos que impiden su realización en la región [...]?”; (b) “¿Cómo se manifiesta la relación entre la libertad sindical, la negociación colectiva y la libertad de asociación”; y (c) “¿Cómo se manifiesta la relación entre la libertad sindical, libertad de expresión, el derecho a huelga y el derecho a reunión?”.

En contraste, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado —en línea con los criterios sostenidos por los órganos de control de la OIT— que “el derecho de huelga y el de negociación colectiva deben considerarse, implícitamente, como derechos colectivos básicos” (*La situación de los derechos humanos en Cuba*, 7º informe, 4 de octubre de 1983, párr. 53). Incluso, con mayor énfasis, en la oportunidad de presentar un caso ante la CIDH (Informe de Fondo No. 157/19, caso 12.432. Ex trabajadores del organismo judicial. Guatemala), sostuvo que “la protección del derecho a la huelga, junto a la libertad sindical y la negociación colectiva, son pilares fundamentales para garantizar el derecho al trabajo y sus condiciones justas y equitativas al ser un derecho al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales” (párr. 83). Se subraya así “el componente instrumental” del derecho de huelga “para la consecución de otros derechos fundamentales dentro del ámbito laboral, el equilibrio en las relaciones entre empleadores y trabajadores, la resolución de conflictos colectivos laborales y la materialización del respeto de la dignidad humana y los derechos laborales, es decir se convierte en cauce del principio democrático participativo dentro de la esfera del trabajo” (párr. 213). Ver, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos laborales y sindicales. Estándares interamericanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos - OEA, 2020, pp. 115-117.

⁴¹ En la mencionada Opinión Consultiva de 31 de julio de 2019 (OC-27), referida en la nota anterior, se incluyó una interrogante que parece referir al vínculo entre libertad sindical y diálogo social: f) “¿Cuál es el alcance de las obligaciones de los Estados sobre las garantías específicas que se desprenden de los artículos 34.g y 44 incisos b. c. y g. de la Carta de la OEA, 1.1, 2 y 26 de la Convención Americana y XIV y XXII de la Declaración Americana para la participación efectiva de los trabajadores y trabajadoras por medio del ejercicio de la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, en los procesos de diseño, construcción y evaluación de normas y políticas públicas relacionadas al trabajo en contextos de cambios en el mercado de trabajo mediante el uso de nuevas tecnologías?”.

sentido, el “Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses” (*Huilca Tecse vs. Perú*, 3 de marzo de 2005, párr. 77)⁴².

14. En definitiva, la libertad sindical integra componentes –organizativos, funcionales e inmunitarios– inescindibles e interdependientes, susceptibles de titularidades individuales –trabajadores y empleadores, singularmente considerados– y colectivas –personas morales o jurídicas que representan intereses de categoría, como es el caso de organizaciones, federaciones y confederaciones sindicales⁴³–. En “su dimensión individual, la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad”. La “libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga” (*Huilca Tecse vs. Perú* de 3 de marzo de 2005, párr. 70⁴⁴).

15. Como se destacó en *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* de 1º de julio de 2009, existe un vínculo de interdependencia entre derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, del otro, “ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (párr. 101). Por tal virtud el “Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que ‘la libertad sindical solo puede ejercerse en una situación en que se respete y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona’”⁴⁵ (*Huilca Tecse vs. Perú* de 3 de marzo de 2005, párr. 75).

16. La imbricación entre lo individual y colectivo, así como la interdependencia e inescindibilidad de los componentes de la libertad sindical, aparecen reflejadas en la Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, relativa a la titularidad de derechos humanos por parte de personas jurídicas:

la protección de los derechos de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones es indispensable para salvaguardar el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a

⁴² Este criterio será reiterado en *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú* de 10 de julio de 2007, párr. 148, e *Isaza Uribe y otros vs. Colombia* de 20 de noviembre de 2018, párr. 145. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe núm. 57/02 de 21 de octubre de 2002 (caso 11.382. Finca La Exacta. Guatemala) declaró que “al coaligarse en una asociación sindical [...] los trabajadores habían emprendido una actividad protegida por el artículo 16 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]”; de tal manera que las severas represalias de que fueron objeto –por parte de “agentes gubernamentales, que trabajaban con los propietarios de la finca”– “constituyen una violación del [referido] artículo 16” (párr. 80). Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ob.cit., p. 110.

⁴³ De conformidad con el art. 10 del Convenio 87 OIT –y su *tautología virtuosa*– cabría incluir cualquier organización “que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.

⁴⁴ La CIDH analizó en este caso la ejecución extrajudicial de un dirigente sindical.

⁴⁵ En este sentido, ver Resolución OIT sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles de 25 de junio de 1970: “los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [... El] concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles”.

afiliarse al de su elección. Por su naturaleza misma, dichos entes colectivos buscan ser interlocutores por medio de los cuales se protejan y promuevan los intereses de sus asociados, así que una desprotección de sus derechos se traduciría en un impacto de mayor intensidad en sus asociados ya que se generaría una afectación o limitación del goce efectivo de los trabajadores a organizarse colectivamente (párr. 96).

17. Por su parte, en *Lagos del Campo vs. Perú* se precisa que “la protección que reconoce el derecho a la libertad de asociación en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores”. En abono de lo expresado se alude al art. 3.b del Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135), adoptado por la OIT el 23 de junio de 1971, conforme al cual la expresión “representantes de los trabajadores” comprende aquellos reconocidos como tales en virtud de la legislación o práctica nacional, se trate de representantes sindicales, o de “representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa” (párr. 158).

18. La dilatación de la libertad de asociación en el contexto laboral más allá de la organización y funcionamiento de sindicatos entronca con el art. 10 Convenio 87 OIT, por cuya virtud “el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”. La norma transcrita encarna una tautología virtuosa que –a la luz del principio de primacía de la realidad– evidencia un radical desprecio por las formas y destaca –en contraposición– la esencialidad de los fines perseguidos. En otras palabras, se considerará como organización en el ámbito de la libertad sindical cualquier instancia, sin importar su denominación o estructura, siempre que tenga por finalidad “fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”.

19. De las consideraciones anteriores se desgajó –en *Lagos del Campo vs. Perú*– el reconocimiento de la víctima como representante de los trabajadores en el ámbito del comité electoral de una instancia de participación de los trabajadores en la propiedad, gestión y utilidades empresariales (comunidad industrial). Por tal virtud, las manifestaciones públicas –en ejercicio de la libertad de expresión (art. 13.1 CADH)⁴⁶– relativas a la supuesta injerencia patronal en procesos electorales merecían un nivel reforzado de protección toda vez que, “además de rebasar el ámbito privado, tenían una relevancia o impacto tal como para trascender no solo el interés colectivo de los trabajadores de la empresa sino del gremio (de comuneros) relacionado con las Comunidades Industriales en general” (párr. 116).

2. Derecho al trabajo y estabilidad laboral

20. El derecho al trabajo aparece consagrado, en la órbita del sistema interamericano de derechos humanos, en los arts. 45.b COEA, XIV⁴⁷ DADDH y 6 PSS⁴⁸.

⁴⁶ 70. “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que [...] los sindicatos [...] puedan desarrollarse plenamente”. CIDH, *Opinión Consultiva OC-5/85* (13 de noviembre de 1985).

⁴⁷ Incluye el derecho de toda persona a “seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo”.

⁴⁸ El derecho al trabajo “incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”. A tales fines, los Estados deberán adoptar medidas dirigidas, especialmente, “al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particular-

21. Como fue señalado en su oportunidad⁴⁹, la CIDH brindó al derecho al trabajo –y más concretamente, a la estabilidad laboral– tutela indirecta o por conexión con otros derechos civiles, durante el período 2001-2017:

- i. En *Ricardo Baena y otros vs. Panamá* de 2 de febrero de 2001 ordenó “reestablecer en sus cargos a las víctimas” y pagarles los “salarios caídos y demás derechos laborales que de acuerdo con su legislación correspondan”, toda vez que los despidos fueron calificados como lesivos del “derecho a asociarse libremente con fines [...] laborales” (art. 16.1 CADH); y
- ii. En *Trabajadores del Congreso vs. Perú* de 24 de noviembre de 2006 impuso la reparación de las víctimas de despidos arbitrarios por estimarse que habían sido violadas las garantías judiciales y la protección judicial (arts. 8 y 25, respectivamente CADH).

23. La justiciabilidad directa del derecho al trabajo y –su componente inescindible– la estabilidad laboral⁵⁰ fue plasmada por vez primera en *Lagos del Campo vs. Perú* de 31 de agosto de 2017 y ratificada en *Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú* de 23 de noviembre de 2017, *San Miguel y otras vs. Venezuela* de 8 de febrero de 2018⁵¹, y *Casa Nina vs. Perú* de 24 de noviembre de 2020.

24. En *Lagos del Campo vs. Perú* se determinó que la víctima ostentaba la condición de representante de los trabajadores –en la esfera de una comunidad industrial⁵²– y que, por tal virtud, debió gozar de eficaz protección contra todo acto que pudiese perjudicarlo por el ejercicio de sus funciones, incluyendo el despido⁵³ (párrs. 96, 108, 113, 116 y 126).

25. Se recalcó –a los fines de las reglas de interpretación previstas en el art. 29 CADH– que:

el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región [–incluso con rango constitucional⁵⁴–], así como un vasto *corpus iuris*

mente aquellos destinados a los minusválidos”. Asimismo, deberán “ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”.

⁴⁹ *Vid ut supra* párrs. 3.5 y 4.2.

⁵⁰ Esta, junto con los deberes patronales de contratación preferente, constituye la clásica respuesta que se brinda al derecho al trabajo desde la perspectiva del Derecho del trabajo. Ver, Néstor De Buen Lozano, “El derecho al trabajo”, en: *Estudios sobre derecho laboral, homenaje a Rafael Caldera*, Ed. Sucre, Caracas, 1977, Tomo I, pp. 101-122.

⁵¹ El juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, mediante voto razonado en el caso *Martínez Esquivia vs. Colombia* (sentencia de 6 de octubre de 2020), advirtió –acertadamente– que la “desvinculación arbitraria” de una fiscal, además de atentar contra la independencia judicial (art. 8 CADH), configura “una afectación en el ámbito laboral de la víctima” (párr. 5). Las “garantías derivadas del principio de independencia judicial”, especialmente la “inamovilidad en el cargo”, “están intrínsecamente ligadas con el derecho a la estabilidad laboral cuando se producen separaciones arbitrarias” (párr. 6).

El criterio expuesto fue adoptado por la CIDH en la sentencia del caso *Nina Casa vs. Perú* de 24 de noviembre de 2020.

⁵² *Vid ut supra* párr. 19 y nota 19.

⁵³ Se hace alusión al párr. 5 de la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143), adoptada por la OIT el 23 de junio de 1971: “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor” (párrs. 126, 148 y 160, así como notas 141, 155, 166 215 y 231).

⁵⁴ En el ámbito de las Constituciones latinoamericanas, el derecho al trabajo –o, por lo menos, algunos de sus componentes esenciales– aparece previsto, entre otros, en los arts. 75.19 (Argentina); 46.I.1,

internacional; *inter alia*: el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (párr. 145).

26. De otra parte, fue puesta de manifiesto la –antes destacada– ligazón entre el derecho al trabajo y la estabilidad laboral:

el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”. Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente” (párr. 147).

27. En sentido análogo, se indicó que el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), adoptado por la OIT el 22 de junio de 1982, “dispone que el derecho al trabajo incluye la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos efectivos en caso de despido improcedente” (párr. 148). Aunque dicho Convenio no fue ratificado por el Perú⁵⁵ (parte accionada), resultaba relevante su escrutinio –*ex art. 29, literales c) y d) CADH*– a los fines de delimitar el contenido y alcance del derecho al trabajo proclamado en los –aplicables al caso– arts. 45.b COEA y XIV DADDH.

28. Como “correlato” de lo expuesto en los párrafos precedentes, la CIDH concluye sosteniendo que el derecho a la estabilidad laboral –en el ámbito privado– entraña un cúmulo de deberes estatales:

a) adoptar las medidas adecuadas para [su...] debida regulación y fiscalización; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado, c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional) [...], y d) [...] disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos (párr. 149).

29. En síntesis, el derecho al trabajo, en los términos consagrados en los arts. 45.b COEA y XIV DADDH, implica necesariamente el reconocimiento de una estabilidad laboral que, como mínimo, proteja al trabajador frente a la opción del despido libre o *ad nutum*. Incluso, si se mira bien, todo el andamiaje protectorio del Derecho del trabajo depende de tal premisa. Sin estabilidad laboral resultaría imposible garantizar –como dicha disciplina jurídica aspira⁵⁶– la igualdad, integridad, dignidad y

46.1.2 y 54.1 (Bolivia); 6 y 170.8 (Brasil); 19.16 (Chile); 25 y 54 (Colombia); 56 (Costa Rica); 45 (Cuba); 33, 325 y 326.1 (Ecuador); 2 y 37 (El Salvador); 101 y 102 (Guatemala); 127 (Honduras); 123 (México); 80 (Nicaragua); 60 (Panamá); 86 y 87 (Paraguay); 22 (Perú); 62 (República Dominicana); y 87 (Venezuela).

⁵⁵ El Convenio 158 OIT solo ha merecido treinta y seis (36) ratificaciones y solo una (1) en el ámbito latinoamericano (Venezuela, 6 de mayo de 1985).

⁵⁶ Oscar Ermida Uriarte, *Meditación sobre el derecho del trabajo*, Cuadernillos de la Fundación Electra, N° 1, Montevideo, 2011, pp. 7-12.

libertad del trabajador. En otras palabras, el despido libre intensifica la sumisión del trabajador pues este tenderá a abdicar de toda protección para salvaguardar su fuente fundamental de medios de subsistencia⁵⁷.

30. La estabilidad laboral también es susceptible de tutelarse en el ámbito de la administración pública, incluso bajo modalidades de contratación por tiempo determinado o para una obra determinada: “el derecho a no ser privado injustamente del empleo”⁵⁸ y, por tal razón, a ser protegido “contra el despido injustificado”⁵⁹, entraña la proscripción de la extinción anticipada y arbitraria del vínculo jurídico por voluntad del empleador, tal como fue declarado en *San Miguel y otras vs. Venezuela*⁶⁰ (párr. 220) y *Casa Nina vs. Perú* (párr. 109).

31. Aunque no haya sido abordado aún por la CIDH, conviene señalar –finalmente– que, a la luz del principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias⁶¹, la estabilidad laboral supone también la interdicción de contrataciones temporales o para una obra determinada que tengan por objeto o efecto facilitar al empleador la extinción arbitraria del vínculo laboral. En este sentido, la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), adoptada por la OIT el 22 de junio de 1982, prevé la conveniencia de establecer “garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea

⁵⁷ “La estabilidad en el trabajo [es...] uno de los principios sin los cuales no podría construirse el derecho del trabajo nuevo: la certeza del presente y del futuro dignifica al trabajador, porque aquél que sabe que su permanencia en la empresa ya no depende del capricho de otro [...] actuará en aplicación de su conciencia ética y con el interés de su familia. A la idea de dignidad [...] se añade la idea de la libertad del hombre frente al hombre, otro de los principios claves de la justicia social, porque la certeza del presente y del futuro otorga al trabajador la fuerza y el valor de defender sus derechos [...] Y si se mira hasta el fondo de las ideas para encontrar su efecto último, se verá que ahí está la idea de la igualdad, porque quien defiende su derecho con dignidad y libertad, es el igual del otro”. Mario De la Cueva, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, 12ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990, Tomo I, pp. 219-220.

⁵⁸ *Lagos del Campo vs. Perú*, párr. 147.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 149.

⁶⁰ El juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto concurrente y parcialmente disidente, sostiene que se tutela el derecho al trabajo “con independencia de que exista o no la posibilidad de tener estabilidad laboral; por lo que inclusive en aquellos supuestos de despidos de contratos temporales renovables tienen que mediar obligaciones mínimas, como lo son una adecuada motivación o bien la posibilidad de contar con recursos judiciales que tutelen el acceso a la justicia de derechos constitucionales y convencionales” (párr. 35). “En el caso, las víctimas no disponían de esta ‘condición de estabilidad’ por el régimen laboral en el que se encontraban; sin embargo, bajo la óptica del derecho al trabajo, inclusive en estos supuestos se deben garantizar condiciones mínimas de respeto y garantía” (párr. 37).

La tesis expuesta luce reforzada por la nomenclatura empleada por la CIDH: en *Lagos del Campo vs. Perú* se reconoce la estabilidad laboral como contenido esencial del derecho al trabajo –fundamentalmente– en los párrafos 146, 147, 149 y 150, incluidos todos en la sección titulada “El derecho a la estabilidad laboral como derecho protegido” (VII-1.B.2.2); en cambio, dichos párrafos, transcritos tanto en *Trabajadores cesados de Petoperú y otros vs. Perú* como en *San Miguel y otras vs. Venezuela*, fueron incluidos en secciones cuyos títulos solo aluden al derecho al trabajo (VIII-2 y VII.3, respectivamente).

En todo caso, dicha distinción –no compartida– entre preservación del vínculo jurídico en tutela del derecho al trabajo o de la estabilidad laboral, parece haber sido tácitamente abandonada tanto en el voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor, consignado en la sentencia del caso *Martínez Esquivia vs. Colombia* de 6 de octubre de 2020 (ver nota 51), como en la sentencia del caso *Casa Nina vs. Perú* de 24 de noviembre del mismo año. En definitiva, la estabilidad laboral supone –como mínimo– la interdicción del despido *ad nutum*, es decir, de la opción patronal de extinguir unilateral y arbitrariamente el vínculo jurídico.

⁶¹ Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), adoptada por la OIT el 15 de junio de 2006, párr. 9.

eludir la protección [de la estabilidad laboral...]]” (párr. 3.1), entre las cuales destaca “limitar la utilización de los contratos de duración determinada a los casos en que, a causa de la índole del trabajo que haya de realizarse, a causa de las condiciones en que deba realizarse o en razón de los intereses del trabajador, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada” (párr. 3.2.a)⁶².

3. Prohibición del trabajo forzoso

32. De conformidad con el art. 6 CADH, “1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto estas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”; y “2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio...”.

33. Asimismo, el art. 27.2 CADH declara que el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso no podrá ser suspendido bajo excusa alguna, incluyendo “caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”. Tal circunstancia, al lado de su consagración en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos⁶³, revela su status de *jus cogens*⁶⁴.

34. En la sentencia que dirimió el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* de 20 de octubre de 2016 se precisó el alcance del art. 6 CAVD y, por tanto, de los penumbrosos límites entre los supuestos que regulan⁶⁵:

- i. La servidumbre personal “debe ser interpretada como ‘la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición’” (párr. 280);
- ii. La trata de esclavos y de mujeres “debe ser interpretada [–a la luz del principio pro persona–] de manera amplia para referirse a la ‘trata de personas’” (párr. 289), lo cual entraña: “i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra [...]; iii) con cualquier fin de explotación” (párr. 290); y

⁶² En este orden de ideas, en sentencia SL-2586 de 15 de julio de 2020, la Corte Suprema de Justicia (Colombia), en Sala de Casación Laboral, se asentó –a propósito de la estabilidad reforzada de trabajadores con discapacidad– que “la causa objetiva o principio de razón objetiva [–a los fines de calificar la extinción del vínculo laboral–] es un aspecto que debe buscarse en los hechos, en la realidad”. La opción de contratación laboral a término “no es una coraza compacta y hermética que impida la vigencia de los derechos fundamentales en su interior. Tampoco dota al empleador de un poder omnímodo en la empresa ni una licencia para inobservar los derechos fundamentales en el trabajo”. “De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato”.

⁶³ Federico Andreu, “Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre”, en: C. Steiner y P. Uribe (coord.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, Fundación Konrad-Adenauer, México, 2014, pp. 163-165, 167, 168 y 173.

⁶⁴ CIDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (20 de octubre de 2016), párr. 249, 342, 412, 412 y 454.

⁶⁵ Federico Andreu, ob. cit., p. 165.

iii. Trabajo forzoso u obligatorio, en los términos del párr. 2.1 del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), “designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (párr. 291). Dicha definición consta de dos elementos básicos o presupuestos: “En primer lugar, el trabajo o el servicio se exige ‘bajo amenaza de una pena’. En segundo lugar, estos se llevan a cabo de forma involuntaria. Además, [en criterio de la CIDH...] es necesario que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado, ya sea por medio de la participación directa de estos o por su aquiescencia en los hechos”⁶⁶.

35. En el caso concreto escrutado por la CIDH se advirtió que:

i) los trabajadores se encontraban sometidos al efectivo control de los gatos [o intermediarios, como se les suele denominar en la legislación laboral latinoamericana], gerentes, guardias armados de la hacienda, y en definitiva también de su propietario; ii) de forma tal que se restringía su autonomía y libertad individuales; iii) sin su libre consentimiento; iv) a través de amenazas, violencia física y psicológica, v) para explotar su trabajo forzoso en condiciones inhumanas [que dejaron en evidencia:] vi) la vulnerabilidad de los trabajadores y vii) el ambiente de coacción existente en dicha hacienda, los cuales viii) no les permitían cambiar su situación y recuperar su libertad (párr. 304).

36. A los fines de garantizar los derechos plasmados en el art. 6 CADH los Estados deben:

prevenir e investigar posibles situaciones de esclavitud, servidumbre, trata de personas y trabajo forzoso. Entre otras medidas, los Estados tienen la obligación de: i) iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que personas sujetas a su jurisdicción se encuentren sometidas a uno de los supuestos previstos en el artículo 6.1 y 6.2 de la Convención; ii) eliminar toda legislación que legalice o tolere la esclavitud y la servidumbre; iii) tipificar penalmente dichas figuras, con sanciones severas; iv) realizar inspecciones u otras medidas de detección de dichas prácticas, y v) adoptar medidas de protección y asistencia a las víctimas (párr. 319).

4. Igualdad e interdicción de discriminaciones en la relación de trabajo

37. Dentro del perímetro del sistema interamericano de derechos humanos destacan las siguientes normas:

- i. El art. 24 CADH dispone que “todas las personas son iguales ante la ley” y que, por tal virtud, “tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Asimismo, dicho instrumento establece que los Estados partes se “comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en [dicha Convención...] y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 1.1)⁶⁷;
- ii. De otro lado, “todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica” (art. 45.a COEA);

⁶⁶ CIDH, *Masacres de Ituango vs. Colombia* (1 de julio de 2006), párr. 160.

⁶⁷ En idéntico sentido, art. 3 PSS.

iii. En sentido análogo, “todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna” (art. II DADDH);

iv. Se consagra el deber estatal de adoptar medidas de igualación destinadas a asegurar a “minusválidos” y mujeres el derecho al trabajo (art. 6.2 PSS), y la garantía de igual salario por trabajo igual, sin ninguna distinción (art. 7.a *eiusdem*).

38. Se afirma que “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”⁶⁸.

39. En función del reconocimiento de dicho principio se prohíbe todo tratamiento discriminatorio⁶⁹:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁷⁰.

40. En la órbita del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, adoptado por la OIT el 26 de junio de 1958, la discriminación alude a “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (art. 1.1.a).

41. Desde la perspectiva expuesta, la interdicción de discriminaciones, directas o indirectas⁷¹, de facto o de jure, supone, al mismo tiempo y sin negar su complementariedad, tanto asegurar idéntico tratamiento a quienes se encuentren en situación análoga (igualdad ante la ley⁷² o formal) como adoptar medidas diferenciadoras destinadas a igualar individuos o colectivos vulnerables o históricamente preteridos (igual protección de la ley⁷³, igualdad material, efectiva o substancial).

42. En este sentido, la CIDH ha reconocido los deberes estatales de “abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”, y de “adoptar medidas positi-

⁶⁸ CIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (17 de septiembre de 2003), párr. 101.

⁶⁹ CIDH, *Opinión Consultiva OC-4/84* (19 de enero de 1984), párr. 54.

⁷⁰ Concepto emanado del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas, tomando como base las definiciones de *discriminación* establecidas en los arts. 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. *Apuđ*, CIDH, *Atala y niñas vs. Chile* (24 de febrero de 2012), párr. 81.

⁷¹ Criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en la sentencia *Griggs vs. Duke Power Company* de 8 de marzo de 1971. Se trata de criterios aparentemente neutros que provocan impacto diferenciado y peyorativo –por ello se le denomina también discriminación de impacto– respecto de colectivos tradicionalmente segregados o preteridos. Ver, Fernando Rey, ob. cit., p. 175.

⁷² Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez, “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en: *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, ob. cit., pp. 585 y 586.

⁷³ *Ibid.*, p. 586.

vas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”⁷⁴.

el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias [o igualdad formal], y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real [, material o substancial] frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados⁷⁵.

43. En relación con la aludida “concepción negativa” del derecho a la igualdad y no discriminación, conviene advertir que “una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”⁷⁶.

44. En este mismo orden de ideas, se precisa que no constituye discriminación: si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana⁷⁷.

45. Obviamente deberá acreditarse una fundamentación más rigurosa en el supuesto de que el tratamiento diferenciado involucre *categorías sospechosas*, es decir, raza, color, sexo, idioma, religión, o cualquiera otra así tipificada (arts. 1.1 CADH, 45.a COEA, y 3 PSS):

los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, [...] cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio [–aunque no sea el criterio fundamental y *único*⁷⁸–] una de estas categorías [*sospechosas*, corresponde] aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no solo sea legítimo en el marco de la [CADH...], sino además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma⁷⁹.

46. Además del escrutinio estricto que se describe en el párrafo precedente, las medidas restrictivas o de diferenciación que involucren categorías sospechosas justifican la inversión de la carga probatoria:

⁷⁴ CIDH, *Opinión Consultiva OC-18/03* (17 de septiembre de 2003), párr. 103.

⁷⁵ CIDH, *Furlan y familiares vs. Argentina* (31 de agosto de 2012), párr. 267.

⁷⁶ CIDH, *Norín Catrín y otros vs. Chile* (29 de mayo de 2014), párr. 200.

⁷⁷ CIDH, *Opinión Consultiva OC-4/84* (11 de enero de 1984), párr. 57.

⁷⁸ CIDH, *Atala y niñas vs. Chile* (24 de febrero de 2012), párr. 94.

⁷⁹ CIDH, *I.V. vs Bolivia* (30 de noviembre de 2016), párr. 241.

corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente [–donde se privó a la madre de la custodia de sus tres menores hijas, alegándose que su condición lésbica podría afectar el “bienestar emocional y adecuado proceso de socialización” de estas–], teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias⁸⁰.

47. En lo que respecta a la “concepción positiva” del derecho a la igualdad y no discriminación, se precisa que los Estados:

están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias⁸¹.

48. En lo que atañe a las relaciones laborales, resulta de interés comentar brevemente los criterios contenidos en la *Opinión Consultiva OC-18/03* (17 de septiembre de 2003) y las sentencias correspondientes a los casos *Atala y niñas vs. Chile* (24 de febrero de 2012) y *San Miguel y otras vs. Venezuela* (8 de febrero de 2018):

i. En la *OC-18/03*, a propósito de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, se afirma categóricamente que los

derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida esta en su sentido más amplio [esto es, tanto bajo subordinación de otro como autónomamente o por cuenta propia]. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición [...] Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna (párr. 133).

En consecuencia, los Estados tienen “la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de estos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador - trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales” (párr. 148);

ii. En la sentencia del caso *Atala y niñas vs. Chile* (24 de febrero de 2012) se señala que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la [CADH⁸²...]. Por ello está proscrita [...] cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (párr. 91);

⁸⁰ CIDH, *Atala y niñas vs. Chile* (24 de febrero de 2012), párr. 124.

⁸¹ CIDH, *Opinión Consultiva OC-24/17* (24 de noviembre de 2017), párr. 65.

⁸² En tanto “condición social” tutelada frente a cualquier trato discriminatorio *ex art. 1.1 CADH*: CIDH, *Atala y niñas vs. Chile* (24 de febrero de 2012), párrs. 84 y 85.

- iii. Desde la perspectiva expuesta en el párrafo antes transcrito, corresponde declarar el carácter discriminatorio del sometimiento a una “investigación disciplinaria” que, aunque “no terminó con una sanción”, supuso indagar arbitrariamente sobre la orientación sexual de la trabajadora, “lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de [esta...], el cual se extendía a su ámbito profesional” (párr. 230); y
- iv. En la sentencia del caso *San Miguel y otras vs. Venezuela* se concluye, mediante meticuloso análisis de indicios, que la terminación de los vínculos laborales que mantenían las víctimas con la administración pública revistió carácter discriminatorio, vulnerando el derecho a la participación política y la libertad de pensamiento y expresión: “el Estado no ha dado una explicación circunstanciada y precisa acerca de los motivos de su decisión. En casos como el presente no basta la mera invocación de conveniencia o reorganización, sin aportar más explicaciones, pues la debilidad de precisiones en cuanto a las motivaciones refuerza la verosimilitud de los indicios contrarios” (párr. 149).

5. Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador

49. El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador fue desarrollado por la CIDH en los casos *Spoltore vs. Argentina* (9 de junio de 2020) y *Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil* (15 de julio de 2020).

50. En los referidos fallos se destaca que el art. 45.b COEA, según el cual el trabajo “otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que [...] aseguren la vida [y...] salud” del trabajador, contempla “una referencia con el suficiente grado de especificidad al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”, razón por la cual “es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención” (párrs. 84 y 155, respectivamente).

51. El derecho que se analiza mereció también consagración en los arts. XIV DADDH (“Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas...”), 7.e PSS (“el derecho al trabajo [...] supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual [...] los] Estados garantizarán [...], de manera particular [...], la seguridad e higiene en el trabajo”), 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho [...] a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo”), y 7.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial [...] la seguridad y la higiene en el trabajo”)⁸³.

52. El derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias entraña, entre otros contenidos esenciales, la prevención de accidentes y enfermedades profesionales “como medio para garantizar la salud del trabajador”⁸⁴, tal como lo advirtió el Co-

⁸³ Párrs. 89-91 y 160-162, respectivamente.

⁸⁴ Se alude también al art. 4 del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), adoptado por la OIT el 22 de junio de 1981: “Todo Miembro deberá [...] formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo”, la cual “tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo” (párrs. 95 y 165, respectivamente).

mité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 23: (i) “La prevención de accidentes y enfermedades profesionales es un componente fundamental del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y guarda estrecha relación con otros derechos reconocidos en el Pacto, en particular con el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental” (párrs. 94 y 168, respectivamente); (ii) Los Estados “deberían adoptar una política nacional para prevenir los accidentes y daños a la salud relacionados con el trabajo mediante la reducción al mínimo de los riesgos en el entorno de trabajo” (párr. 168, *Empleados de la fábrica de fuegos...vs. Brasil*); y (iii) “Los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible deberían tener derecho a una reparación, incluido el acceso a mecanismos adecuados de reclamación, como los tribunales, para resolver las controversias” (párr. 96, *Spoltore vs. Argentina*).

53. Como se observa, el derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador impone a los Estados obligaciones de naturaleza dual, esto es, tanto de “exigibilidad inmediata” como de “carácter progresivo”:

- i. Entre las obligaciones de “exigibilidad inmediata” destacan, a propósito de los casos comentados:
 - Garantizar “que el trabajador pueda realizar sus labores en condiciones adecuadas de seguridad, higiene y salud que prevengan accidentes de trabajo, lo cual resulta especialmente relevante cuando se trata de actividades que implican riesgos significativos para la vida e integridad de las personas”⁸⁵. En particular, este derecho implica⁸⁶ “la adopción de medidas para la prevención y reducción de riesgos inherentes al trabajo y de accidentes laborales; la obligación de proveer equipos de protección adecuados frente a los riesgos derivados del trabajo; la caracterización, a cargo de las autoridades de trabajo de la insalubridad e inseguridad en el trabajo; y la obligación de fiscalizar⁸⁷ estas condiciones, también cargo de las autoridades laborales”⁸⁸; y
 - En todo caso, “poner a disposición del trabajador mecanismos adecuados y efectivos para que los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional [–“tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales”⁸⁹–] puedan solicitar una indemnización”⁹⁰, atendiendo al derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva⁹¹.

⁸⁵ Párr. 174, *Empleados de la fábrica de fuegos...vs. Brasil*.

⁸⁶ “...a la luz de la legislación brasileña”, *idem*.

⁸⁷ En este sentido, se alude a la normativa adoptada sobre la materia por la OIT: (i) Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm 81): “los Estados parte deben ‘mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales’ [art. 1], que dicho sistema ‘se aplicará a todos los establecimientos a cuyo respecto los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión’ [art. 2.1], y estará encargado de ‘velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión’, tales como [...] seguridad [...] higiene [...], en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones” [art. 3.1.a)]” (*ibid.*, párr. 164); y (ii) Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155): “los Estados deben ‘formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo’, cuyo objeto sea ‘prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo’ [art. 4]” (*ibidem*, párr. 165).

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 174.

⁸⁹ *Spoltore vs. Argentina*, párr. 102.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 99.

⁹¹ *Ibid.*, párrs. 100 y 101.

- ii. En cambio, las obligaciones de “carácter progresivo” refieren al deber de avanzar “lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”, sin “regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados” (párrs. 97 y 172, respectivamente).

54. En síntesis, la CIDH proclama que el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador se encuentra amparado por el art. 26 CADH, y que del mismo se desgajan, entre otros, los deberes estatales de prevención de accidentes y enfermedades profesionales mediante –muy especialmente– la fiscalización de centros de trabajo, con especial énfasis en aquellos que entrañen actividades significativamente riesgosas para la vida e integridad de las personas; y de garantía de mecanismos adecuados y efectivos que permitan a los trabajadores obtener debida indemnización en caso de accidente o enfermedad profesional⁹².

III. ¿DÓNDE ANIDA LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH?

*...olvidar lo que se sabe de modo
que la imaginación pueda vagabundear en libertad*
Alessandro Baricco, *Océano mar*

55. ¿Dónde anida la jurisprudencia de la CIDH? Sin duda, no solo en sus archivos ni en los estantes de las Cancillerías de los Estados demandados. Tampoco exclusivamente en la memoria –doliente o, con suerte, aliviada– de las víctimas.

56. En Latinoamérica⁹³ la concepción de los derechos humanos que hilvana la jurisprudencia de la CIDH se aloja en las entrañas de los bloques constitucionales, irradiando íntegramente los respectivos ordenamientos jurídicos. Si no lo percibimos así es porque no hemos sido capaces –desde parlamentos, tribunales, oficinas burocráticas o aulas de clase– de construir una narrativa favorable a su tangible trascendencia.

57. La abrumadora mayoría de los textos constitucionales de la región, además de contemplar amplios catálogos de derechos humanos, admiten la integración de otros⁹⁴: (i) reconociendo derechos no enunciados o enumerados expresamente⁹⁵, en

⁹² Ver voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 30 (*Empleados de la fábrica de fuegos... vs. Brasil*).

⁹³ Sin desconocer que se trata de un fenómeno global: “La intención de armonizar la interpretación de los derechos fundamentales en sede jurisdiccional nacional se ha convertido en un proyecto global, que se expande progresivamente y se institucionaliza en todo el orbe”. Juan N. Silva Meza, “El diálogo jurisprudencial y la internacionalización de los Derechos Humanos”, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, ob.cit., p. vii.

⁹⁴ Carlos Ayala Corao alude a una triple técnica constitucional para la incorporación de derechos humanos: “interpretativa”, “declarativa” –en los Preámbulos y/o en el articulado de las Constituciones–, y “de cláusulas enunciativas”. “El Derecho de los derechos Humanos (la convergencia entre el Derecho Constitucional y el derecho Internacional de los Derechos Humanos)”, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1998, pp. 48-55. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/113-v-congreso-iberoamericano-de-derecho-constitucional>, consultado el 15 de diciembre de 2021.

⁹⁵ Héctor Gros Espiell, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, [S.I.], Nº 4, mayo 2106, pp. 145-172. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50225/30684>, consultado el 7 de noviembre de 2019.

tanto inherentes a la persona humana⁹⁶ o desgajados de los valores cardinales del sistema político⁹⁷⁻⁹⁸; (ii) jerarquizando constitucionalmente tratados internacionales sobre derechos humanos, debidamente ratificados⁹⁹; (iii) proclamando expresa¹⁰⁰ o tácitamente¹⁰¹ tratados internacionales sobre derechos humanos; y/o (iv) instrumentalizando tratados internacionales sobre derechos humanos como reglas interpretativas del texto constitucional¹⁰².

⁹⁶ “La inclusión de cláusulas abiertas sobre derechos humanos en las constituciones latinoamericanas, sin duda tiene su origen remoto en el texto de la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de América (1791), en la cual se dispuso que ‘la enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe construirse como la negación o desecho de otros que el pueblo conserva’”. Allan R. Brewer Carías, “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina”, en: *Revista IIDH*, V. 46, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, p. 216.

⁹⁷ Héctor Gros Espiell, ob. cit., p. 147.

⁹⁸ Por ejemplo, Constituciones de Argentina (Art. 33), Bolivia (Art. 13.II), Brasil (Art. 5.2º), Chile (art. 5), Colombia (Art. 94), Costa Rica (Art. 74), Ecuador (Art. 11.7), Guatemala (Art. 44), Honduras (Art. 63), Nicaragua (Art. 46), Panamá (Art. 17, único aparte), Paraguay (Art. 45), Perú (Art. 3), República Dominicana (Art. 74.1), Uruguay (Art. 72), y Venezuela (Art. 22).

⁹⁹ Por ejemplo, Constituciones de Argentina (art. 75.22), Bolivia (art. 13.IV), Brasil (art.5.2º), Colombia (art. 93), Ecuador (arts. 11.3, 417 y 424), Guatemala (art. 46), México (art. 1); Paraguay (arts. 137, 141, 142 y 145), República Dominicana (art. 74.3), y Venezuela (art. 23).

¹⁰⁰ Por ejemplo, (i) la Constitución de Argentina reconoce jerarquía constitucional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75.22, *in fine*); (ii) la Constitución de Nicaragua incorpora los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 46); y (iii) la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a propósito de los límites del estado de excepción (art. 339).

¹⁰¹ La Constitución de Argentina, como fue antes reseñado, incorpora al bloque de constitucionalidad un cúmulo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 75.22, *in fine*), entre los que destacan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales aluden –arts. 8.3 y 22.3, respectivamente– al Convenio 87 OIT. “Esta ‘incorporación’ del Convenio n° 87 de la OIT a los dos pactos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas, adquiere un efecto trascendente en la Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994, que ha dado lugar a que la doctrina, en primer lugar, y luego la jurisprudencia del máximo tribunal, postularan la jerarquización constitucional compartida por el documento normativo principal de la OIT y los dos mencionados pactos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)”. Héctor Omar García, “Los convenios núm. 87 y 95, con las interpretaciones de los órganos de control de normas de la OIT, en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, consultado del original, p. 17.

¹⁰² Por ejemplo, (i) la Constitución de Colombia prevé que los derechos y deberes que ella consagra “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (art. 93 *in fine*); y (ii) la Constitución del Perú dispone que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Disposición Final y Transitoria Cuarta).

58. A través de estos conductos se ensamblan –o, por lo menos, dialogan– los sistemas de tuición de derechos fundamentales¹⁰³ y de derechos humanos¹⁰⁴, forjando así –desde esta óptica– la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos¹⁰⁵.

59. Derecho del trabajo, Derecho constitucional y Derecho internacional de los derechos humanos, trenzados en protección de los trabajadores¹⁰⁶. Un maridaje virtuoso en tiempos donde parece no ruborizar la idea de empresas sin trabajadores y de trabajadores autónomos sin empresas propias, de empleadores y empresas que se difuminan –fantasmagóricamente– al ritmo de la globalización económica y de las tecnologías en mutación vertiginosa, de indolencia y mezquindad que profanan el espíritu de Filadelfia¹⁰⁷.

Caracas, 12 de diciembre de 2021

¹⁰³ En este contexto la fundamentalidad de un derecho predica exclusivamente su jerarquía, esto es, su pertenencia al plano o bloque constitucional.

¹⁰⁴ El reconocimiento de derechos humanos puede operar por tres vías: *ontológica*, *consensual*, o *constitutiva*. En el primer caso se alude a su “esencia”, es decir, si traducen “facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad” (Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 46). En el segundo, si aparecen consagrados en instrumentos internacionales sobre la materia o si la conciencia jurídica universal los tiene por tales. Finalmente, si el ordenamiento interno así los califica, independientemente de su “esencia” o consagración en tratados internacionales (a guisa de ejemplo, el Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se intitula “de los derechos humanos y garantías, y de los deberes”; de donde cabe inferir que aquellos derechos contemplados en dicho catálogo deberán reputarse, en la esfera interna, derechos humanos).

¹⁰⁵ Alude al fenómeno por cuya virtud “las constituciones a partir de la segunda posguerra, han abrevado de los avances del derecho internacional de los derechos humanos sustantivo y adjetivo, dando lugar a una renovación de los derechos, una incorporación de nuevos derechos, e incluso el fortalecimiento de los diversos instrumentos de garantía de los mismos”. Jorge Ulises Carmona Tinoco, “La Constitucionalización de los Derechos Humanos. A un siglo de la vigencia de la Constitución de 1917”, en: L. González Pérez (coord.), *Los derechos humanos en el Centenario de la Constitución de 1917*, Secretaría de Cultura - Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, México, 2016, p. 105. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4449/13.pdf>, consultado el 15 de diciembre de 2020.

¹⁰⁶ Alfredo Villavicencio, “El cuerpo y el alma del Derecho del Trabajo en un contexto donde la ética y la política reclaman su lugar”, en: *Revista de Derecho Laboral, La relación de dependencia y las nuevas formas de trabajar y contratar*, N° 1, 2020, pp. 43-46.

¹⁰⁷ Alain Supiot, *El espíritu de Filadelfia: la justicia social frente al mercado total*, Península, Barcelona, 2011.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Rafael Badell Madrid*

SUMARIO

I. Introducción. II. Fundamento del control de convencionalidad. III. Origen jurisprudencial del control de la convencionalidad. IV. Tipos de control de la convencionalidad. 1. Control concentrado de la convencionalidad. 2. Control difuso de la convencionalidad. V. El control de la convencionalidad en Venezuela. VI. Consideración final.

I. INTRODUCCIÓN

Me da mucho gusto participar en este libro homenaje al Dr. Pedro Antonio Nikken Belshaw, organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Me complace que su Presidente, Dr. Humberto Romero-Muci, haya apoyado con entusiasmo la iniciativa de los académicos Allan R Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao –quien ha tenido a su cargo la coordinación de esta obra– para rendir homenaje a este relevante jurista venezolano, sin duda, uno de los más comprometidos con el estudio y protección de los derechos humanos. Pedro Nikken fue un brillante jurista, profesor y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y un valioso numerario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En respuesta a la invitación que me han formulado voy a referirme al “Control de Convencionalidad”. En primer lugar, voy a realizar unas consideraciones generales para determinar el alcance de la expresión “Control de Convencionalidad” y precisar su contenido; luego comentaré su fundamento y origen y, más adelante, los tipos de control de la convencionalidad, para referirme luego a cómo se ha desenvuelto este interesante asunto en Venezuela, donde, desde ya, vamos adelantar que han habido luces muy brillantes y, ahora, sombras muy lamentables, y posteriormente formularé una consideración final.

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

A este tema me he referido antes, y también en homenaje al Dr. Pedro Nikken, en la Revista Electrónica de Derecho Administrativo¹ y en mi reciente libro sobre Derecho Procesal Constitucional².

Para introducir este estudio empezamos por concretar a qué alude el término “Control de Convencionalidad”. En primer lugar, decir que esto es creación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)³. La expresión “Control de Convencionalidad” alude al mecanismo que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los Derechos Humanos en el ámbito interno, mediante la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia. Es la concreción de la garantía de los derechos humanos consagrados internacionalmente, en el ámbito normativo interno.

La protección de los derechos fundamentales y, especialmente, los derechos humanos, se ha internacionalizado y ha dejado de estar limitada por fronteras, por lo que en su consagración y protección coinciden tanto normas de derecho interno como disposiciones de derecho internacional. Los derechos humanos pueden estar contenidos tanto en instrumentos normativos constitucionales como en convenios internacionales. Lo mismo ocurre, consecuentemente, con su protección que puede hacerse efectiva a través de tribunales nacionales o por medio de los internacionales. El juez nacional deja de ser sólo intérprete y aplicador del derecho interno y aplica “*muchas veces, con primacía sobre el derecho interno, el derecho material internacional o supranacional, desarrollando lo que puede denominarse un control de convencionalidad*”⁴.

De modo que además de las fuentes formales internas del derecho de un Estado, son consideradas fuentes del derecho, también, las regulaciones supranacionales y las derivadas de los tratados internacionales. Se ha producido entonces la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos. Mundialización de los derechos humanos, lo denomina Carlos Ayala Corao⁵.

En relación a la internacionalización de la protección de los derechos humanos, Pedro Nikken señaló que “*un capítulo de singular trascendencia en el desarrollo de la protección de los derechos humanos es su internacionalización. En efecto, si bien su garantía supraestatal debe presentarse, racionalmente, como una consecuencia natural de que los mismos sean inherentes a la persona y no una concesión de la sociedad, la protección internacional tropezó con grandes obstáculos de orden político y no se abrió plenamente sino después de largas luchas y de la conmoción histórica que provocaron los crímenes de la era nazi y stalinista. Tradicionalmente,*

¹ Rafael Badell Madrid, “Control de Convencionalidad”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)* N° 17-19. Homenaje a Pedro Nikken, Caracas, 2020, pp. 67-110.

² Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 121. Caracas, 2020, p.586.

³ Institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–, ejerciendo de esta forma una función jurisdiccional y una función consultiva (artículos 1 y 2 de la Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979).

⁴ Humberto Nogueira Alcalá, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávilla, Caracas, 2016. p.27.

⁵ Carlos Ayala Corao, “La mundialización de los derechos humanos”, en *La mundialización del derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

*y aún algunos gobiernos de nuestros días, a la protección internacional se opusieron consideraciones de soberanía, partiendo del hecho de que las relaciones del poder público frente a sus súbditos están reservadas al dominio interno del Estado*⁶.

Sobre este tema Pedro Nikken igualmente señaló: *“Una de las características resaltantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarle lícitamente. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra. La expresión más notoria de esa gran conquista es el artículo 1 de la declaración Universal de Derechos Humanos:*

*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*⁷.

Pedro Nikken definió los derechos humanos como *“los atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer”*. En efecto, para Pedro Nikken la noción de derechos humanos *“se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado”*, de forma que *“el poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial”*. Son estos los derechos que la sociedad contemporánea reconoce a todo ser humano frente al Estado, *“derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización”*⁸.

Por su parte, Héctor Faúndez Ledesma define los derechos humanos como *“las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte”*. Faúndez explica que los derechos humanos, es decir, aquellos derechos básicos, o mínimos, que son inherentes a toda persona, y que derivan únicamente de su condición de ser humano, *“son, ante todo, las prerrogativas que el individuo tiene frente al poder estatal, y que limitan el ejercicio de este último”*⁹.

Para Héctor Faúndez Ledesma *“La función del Derecho de los derechos humanos es servir de estatuto del hombre libre, para que toda persona sea tratada con el res-*

⁶ Pedro Nikken, “El concepto de derechos humanos”, en AA.VV., *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Serie: Estudios de Derechos Humanos Tomo 1, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994. p. 19. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1835/3.pdf>

⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁸ Pedro Nikken, “El concepto de derechos humanos”, también publicado en *Manual de Derechos Humanos*, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008. p. 17. Disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/manual-de-derechos-humanos-uev-2008-1.pdf>

⁹ Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996. Pp. 3, 5-6.

*peto inherente a su dignidad; con tal fin, se ha dispuesto que los agentes del Estado no pueden ser la excepción en lo que concierne al imperio del derecho, y que éstos no pueden ejercer el poder en forma ilimitada, con pleno desprecio de los ciudadanos que están llamados a servir y de los principios y valores que sirven de fundamento a la vida en comunidad*¹⁰.

Una de las formas para hacer efectiva la limitación de la actuación del Estado en protección de los derechos humanos es precisamente a través del control de la convencionalidad. El control de la convencionalidad se deriva de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones internacionales de respetar y garantizar los derechos humanos y tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional.

En el ámbito nacional, todos los funcionarios del Estado, es decir, todos los representantes de todos los órganos del poder público—nacional, estatal y municipal—están obligados siempre a aplicar las normas de orden interno de forma que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y les den efectividad y virtualidad a los derechos consagrados interna e internacionalmente. En este sentido la Corte IDH en sentencia del 31 de enero de 2001 (Caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú) dispuso que “*el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas*”¹¹.

De conformidad con el artículo 8.1 de la CADH en la que se dispone que “*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...*”, la Corte estableció que la expresión de este artículo se refiere a cualquier autoridad pública, ya sea administrativa, legislativa o judicial y puede a través de sus resoluciones determinar derechos y obligaciones de las personas; por lo que, esta Corte ha dispuesto que “*cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana*”¹².

La labor de interpretar y aplicar el derecho interno y proteger los derechos humanos por parte del juez nacional y de todos los funcionarios del Estado en todos los países, es lo que se ha denominado control interno de convencionalidad. En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el que deben realizar los agentes del Estado y, principalmente, pero no exclusivamente, los jueces y fiscales, para analizar la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y otros instrumentos de derechos humanos que vinculen al Estado.

Esto ocurre especialmente cuando las normas de carácter internacional pasan a formar parte del bloque de la constitucionalidad y a tener rango constitucional. Los jueces nacionales en estos casos deben velar por su eficacia como si se tratara de la Constitución, y en este sentido, el control de la convencionalidad se equipara a un control de la constitucionalidad, que debe ser ejercido tanto por los tribunales constitucionales como por todos los jueces de un país, sin importar su jerarquía. De lo

¹⁰ *Ibid.*, p. 17.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional (*Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú*), sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 68. Cit. en Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, ob. Cit. p. 7.

¹² Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú*), sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 71.

anterior es fácil deducir la intensa interrelación que existe entre el derecho procesal internacional de los derechos humanos y el derecho procesal constitucional.

En efecto, como señaló Pedro Nikken, “entre los tribunales nacionales e internacionales se impone una relación materialmente, aunque no procesalmente, jerárquica, que obliga a las instancias nacionales, en cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales del Estado, a aplicar los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los casos sometidos a su conocimiento, sujetos por esa vía, a lo que se ha denominado control de convencionalidad”¹³.

También hay control internacional de convencionalidad que es el llevado adelante por los órganos de protección internacional. Este control concentrado de la convencionalidad consiste en la potestad que tienen los órganos internacionales de juzgar un caso concreto sobre la compatibilidad o no de un determinado acto o norma de derecho interno de un Estado parte, respecto de una convención o tratado internacional.

Eso ocurre no sólo en Latinoamérica. Tengamos en cuenta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴ como máximo intérprete de los tratados europeos de derechos humanos y sus protocolos adicionales, principalmente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. También tengamos presente, más recientemente, a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁵.

Estos tribunales supranacionales, juntos con la Corte IDH, son referentes en el constitucionalismo global o universal en materia de protección de los derechos humanos. A partir de las sentencias de estos tribunales supranacionales, además de la solución del caso concreto, se va creando un derecho común de protección de los derechos humanos que se va imponiendo en todos los Estados. Se va consolidando, por suerte de la jurisprudencia de estos tribunales supranacionales, un efecto armonizador de esta jurisdicción convencional que contribuye a crear una consciencia común en cuanto al alcance e inteligencia de los derechos humanos.

Este control de la convencionalidad tiene por finalidad armonizar el ordenamiento jurídico del Estado parte con la convención de que se trate y, de esta forma, asegurar su efectividad a través de la desaplicación o el desconocimiento, en un caso concreto, de las normas o actos internos contrarios a las convenciones internacionales.

El control de la convencionalidad comprende entonces la potestad conferida a los órganos jurisdiccionales, tanto internacionales como nacionales, de verificar la correspondencia entre los actos internos de un Estado (como por ejemplo las constituciones, leyes, reglamentos, actos, omisiones, actuaciones, etc.), con las disposiciones contenidas en convenios o tratados internacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y protección de los derechos humanos, lo que conforma el denominado *Corpus Iuris* de los derechos humanos, así como los demás instrumentos normativos, principios y valores internacionales que conforman el “bloque de la convencionalidad”.

¹³ Pedro Nikken, Discurso de contestación al discurso de incorporación del Dr. Carlos Ayala Corao a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* número 153 – enero-diciembre 2014, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2014, p.206. Disponible en: https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BoIACPS_2014_153_201-211.pdf

¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establecido el 21 de enero de 1959, renovado el 01 de noviembre de 1998 con la entrada en vigor del Protocolo 11 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

¹⁵ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, establecida en virtud del artículo 1 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobado el 9 de junio de 1998, entrada en vigor el 25 de enero de 2004.

Algunos de estos instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos son: la Declaración universal de los derechos humanos; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el Pacto internacional de derechos sociales, económicos y culturales; la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la convención sobre los derechos del niño, todos de la Organización de Naciones Unidas (ONU); y en el ámbito americano: la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; la Convención americana sobre derechos humanos; la Convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas; la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura; la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia; la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; la Convención interamericana sobre la concesión de los derechos civiles a la mujer; la Convención interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer; la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de *Belém do Pará*”; la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, entre otras.

Este bloque de la convencionalidad es la evolución natural del Estado de Derecho que se ha ido conformando a partir de la Revolución Francesa. Ya no es suficiente el bloque de la legalidad, desde que puede haber leyes contrarias a los derechos humanos, en Venezuela hay un puñado de ellas; tampoco es suficiente el bloque de la constitucionalidad que surge después de la segunda guerra mundial, pues el alcance inteligencia de los derechos humanos está en pleno desarrollo a través de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales.

El control de la convencionalidad es ejercido por los jueces internacionales y nacionales a través de la aplicación directa de las normas internacionales en los casos que conocen y de acuerdo a sus competencias procesales, y consiste en verificar la convalidación o invalidación del acto jurídico doméstico o nacional, respecto del ordenamiento internacional, considerado éste como el conjunto de convenios o tratados internacionales suscritos válidamente por un Estado y los distintos actos dictados en ejecución de tales tratados.

El contenido del control de convencionalidad ha sido precisado por la jurisprudencia de la Corte IDH.

A.- Consiste en verificar la compatibilidad de las normas, actos y demás actuaciones internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado es parte.

B.- Debe ser realizado de oficio por todas las autoridades públicas. Al respecto, La Corte IDH en sentencia 26 de septiembre de 2006 (Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*) estableció que *“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*¹⁶.

Este criterio jurisprudencial de la Corte IDH fue ratificado en la sentencia del 24 de noviembre de 2006 (Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú), en los siguientes términos: “*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” 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*”¹⁷.

El criterio anterior fue reiterado en la sentencia del 01 de septiembre del 2011 de la Cor IDH (caso Leopoldo López vs. Venezuela), que dispuso:

*“...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, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”*¹⁸.

C.- Su ejercicio se realiza en el ámbito de las competencias de cada autoridad. Su ejecución puede implicar la supresión de normas o actos contrarios a la CADH o bien su interpretación conforme a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión ADH); el ajuste de las actuaciones de los órganos ejecutivo y legislativo y judicial a las obligaciones internacionales; la modificación de prácticas de los órganos del Estado que sean contrarias a los estándares internacionales a los que se ha comprometido el Estado.

D.- El parámetro o baremo de la convencionalidad es la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto contenciosa como consultiva, y se incluyen a las opiniones consultivas de la Comisión ADH.

E.- La obligatoriedad de realizar el control deriva de los principios de derecho internacional público y de las propias obligaciones internacionales del Estado asumidas al momento de hacerse parte de la CADH.

II. FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de la convencionalidad está fundamentado en el principio de derecho internacional “*pacta sunt servanda*”, según el cual todo tratado en vigor obliga a las

¹⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*), sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

¹⁷ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*). Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

¹⁸ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Caso *Leopoldo López vs. Venezuela*), sentencia de 01 de septiembre de 2011, párr. 226.

partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, sin la posibilidad de invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del mismo, como está establecido en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Es decir, que a partir de que un Estado ha manifestado formalmente su voluntad a través de los mecanismos que dispone su ordenamiento interno de someterse a las disposiciones de un tratado internacional surge el deber de cumplir las obligaciones que de él se deriven.

En relación con lo anterior, Pedro Nikken afirmó que *“Los Estados comprometen el honor nacional al obligarse por un tratado, de cuya ejecución son los garantes últimos, de modo que, al deshonorar ese compromiso se colocan fuera de la ley, resquebrajan en orden internacional y se exponen a las consecuencias jurídicas y políticas de tal proceder”*, al mismo tiempo que señala que *“tratar de justificar el incumplimiento en argumentos traídos del Derecho Interno, incluso de la Constitución, (...) es insustentable, pues es un principio inalterable de Derecho Internacional consuetudinario que jamás puede invocarse una disposición de Derecho Interno como justificación para el cumplimiento de un tratado, como ha quedado recogido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”*¹⁹.

En efecto, a través de la ratificación e incorporación de las normas internacionales al derecho interno, el Estado reconoce un conjunto de obligaciones generales que constituyen objeto de respeto y garantía efectiva por todos los órganos del Estado.

De esta forma, el control de la convencionalidad se convierte en una herramienta que permite a los Estados concretar las obligaciones derivadas de los convenios y tratados internacionales mediante la desaplicación de normas o actos nacionales que sean contrarios a las disposiciones convencionales y, en consecuencia, la aplicación preferente de estas últimas.

En Venezuela, el control de la constitucionalidad respecto de los convenios internacionales sobre derechos humanos, se encuentra reconocido expresamente en el artículo 23 de la Constitución según el cual: *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”*.

En el sistema interamericano de los derechos humanos, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las normas de que disponen las obligaciones para los Estados, estos son los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.

El artículo 1.1 de la CADH establece que *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

El artículo 2 de la CADH dispone, respecto al artículo anterior, que *“si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de*

¹⁹ Pedro Nikken, Discurso de contestación al discurso de incorporación del Dr. Carlos Ayala Corao a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, ob. Cit. p. 207.

esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

De forma que, el Estado asume la obligación de organizar toda la estructura de los órganos del poder público a fin de permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades que se reconocen en la CADH. De allí que los Estados deben dictar medidas en el ámbito interno (artículo 2 CADH) que permitan la compatibilidad de las normas internas –leyes y demás actos normativos– y su posterior interpretación, con sus obligaciones internacionales en materia de derecho humanos.

En este sentido tengamos en cuenta la sentencia de la Corte IDH del 20 de noviembre de 2007 (caso *Boyce vs. Barbados*) que estableció el incumplimiento de Barbados en razón de que una norma constitucional era contraria a las obligaciones que se derivan de la CADH: *“A la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento”*²⁰.

Esta misma norma es el fundamento de la decisión de la Corte IDH del 22 de junio de 2015 (caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*), por medio de la cual condenó al Estado venezolano, señalando: *“los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos y principios establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano, para lo cual deberán establecer leyes y políticas públicas que garanticen el pluralismo de medios o informativo en las distintas aéreas comunicacionales, tales como, por ejemplo, la prensa, radio, y televisión”*²¹.

El control de convencionalidad tiene su fundamento, también, en el artículo 29 de la CADH, en razón de que todos los poderes y órganos del Estado que ha ratificado la CADH se hallan obligados, a través de sus actuaciones e interpretaciones, a permitir y garantizar de la manera más amplia el goce y disfrute de los derechos reconocidos por la CADH, y a interpretar restrictivamente las limitaciones, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto contenciosa como consultiva.

Este artículo 29 de la CADH prevé que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- “a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

²⁰ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, (*Caso Boyce vs. Barbados*), sentencia, 20 de noviembre de 2007, párr. 77

²¹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (*caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*), sentencia de 22 de junio de 2015, párr. 145.

III. ORIGEN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD

Ya hemos dicho que el control de la convencionalidad ha sido producto del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, que de forma paulatina se pronunció a favor de la obligación de los Estados de garantizar el respeto de los derechos humanos consagrados en la CADH, así como de la existencia de un control que, ejercido por los órganos jurisdiccionales, asegure el efectivo cumplimiento de las disposiciones de la CADH.

A través de las decisiones de la Corte IDH, en los casos “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” (2003) y “Tibi vs. Ecuador” (2004), comenzó a elaborarse la tesis del control de la convencionalidad como el deber de los jueces de garantizar la efectividad de la CADH ante el incumplimiento de sus preceptos por los órganos de los Estados parte. En los referidos casos, los votos salvados del juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez explicaron en qué consistía la idea del control de convencionalidad llevado a cabo por la Corte IDH, haciendo analogía con el control de constitucionalidad llevado a cabo por los tribunales constitucionales, de la siguiente forma:

“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados disposiciones de alcance general a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”. (caso “Tibi vs. Ecuador”, 2004).

Este control luego fue definido, desde el punto de vista interno, en el conocido caso “Almonacid Arellano vs Chile”, del 26 de septiembre de 2006, en el que se estableció que:

“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”.

De esta forma se concibió que en el supuesto de que el Poder Legislativo falle en su labor de suprimir o adaptar leyes contrarias a la CADH, el Poder Judicial debe permanecer en la obligación de garantizar lo establecido en la misma, y, en consecuencia, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella²².

²² Allan Brewer-Carías, “Derecho administrativo y control de la convencionalidad”, Texto de la conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, 19 de marzo de 2015,

Este criterio de la Corte IDH fue ratificado y ampliado en posteriores decisiones²³. Por ejemplo, mediante sentencia del 29 de noviembre de 2006 (Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú), la Corte IDH reiteró que los órganos del Poder Judicial deben ejercer el control de la constitucionalidad, así como el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, y que ello lo deben hacer inclusive de oficio. En esta misma decisión se precisó que el control de la convencionalidad puede estar sujeto a requisitos de admisibilidad y procedencia.

Asimismo, mediante sentencia del 26 de noviembre de 2010 (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México), se ratificó que, en el ejercicio del control de la convencionalidad, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles *“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”*.

De otra parte, mediante sentencias del 24 de febrero de 2011 y del 14 de octubre de 2014 (Casos Gelman vs. Uruguay y caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, respectivamente), la Corte IDH dejó establecido que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la CADH, todos sus órganos están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objetivo y fin, haciendo énfasis en que esta obligación vincula a todos los poderes y órganos del Estado, pero especialmente a los jueces y a los órganos que conforman la administración de justicia.

De esta forma, la Corte IDH adoptó la tesis que establece que para que el sistema interamericano de derechos humanos conserve su vigencia y sea constantemente protegido, y, para que un Estado cumpla con las obligaciones asumidas en estos sistemas internacionales, debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a través de medidas legislativas, constituyentes, administrativas o jurisdiccionales (entre otros), al convenio o tratado internacional que se trata, así como a las interpretaciones y aplicaciones que del mismo realicen los órganos jurisdiccionales internacionales o supranacionales con competencia para ello.

En decisión del 20 de noviembre de 2012 (Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala), la Corte IDH extendió el objeto del control de la convencionalidad a otros tratados de derechos humanos de los que un Estado fuese parte, como por ejemplo: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención *Belém do Pará*, los cuales obligan a todos los órganos del Estado a velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin.

Por último, tengamos presente que la Corte IDH ha ampliado el parámetro de convencionalidad a las opiniones consultivas de la Comisión IDH, la cual contribuye, de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos. En efecto, dispuso la Corte IDH que *“estima que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo*

p.6. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/11/I-1-1100-DECHO-AMINISRAT-CONTROL-CONVENCIONALIDAD.-San-Jose-2015.pdf>

²³ Véase Leandro Luis Mai, “¿De qué hablamos cuando nos referimos al “control de convencionalidad?”” en *Nota22.com*, 09 de junio de 2016. Disponible en: <https://www.nota22.com/noticia/49060-de-que-hablamos-cuando-nos-referimos-al-control-de-convencionalidad.html>

que señale [la Comisión Interamericana de Derechos Humanos] en su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”²⁴.

IV. TIPOS DE CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD

El control de la convencionalidad ha sido dividido por la doctrina en dos: el control concentrado (externo, internacional) y el control difuso (interno, nacional o doméstico).

1. Control concentrado de la convencionalidad

El control concentrado de la convencionalidad –también llamado internacional– es el que ejercen los organismos internacionales o supranacionales en virtud de la competencia otorgada por los tratados o convenciones internacionales, con el fin de determinar cuándo los Estados partes, a través de sus normas, actos u omisiones, vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional²⁵.

Este control concentrado de la convencionalidad consiste en la potestad que tienen los órganos internacionales de juzgar, un caso concreto, sobre la compatibilidad o no de un determinado acto o norma de derecho interno de un Estado parte, respecto de una convención o tratado internacional.

También ha sido definido el control propio, original o externo de la convencionalidad como aquel que “*recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquellos y estas –bajo el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos–, resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda*”²⁶.

De esta forma, este control de convencionalidad en el plano externo, “*constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que este determine cuando lo estados partes a través de sus normas o actos vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional*”²⁷. Las decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales con carácter internacional o supranacional, en virtud del control de convencionalidad, gozan de un carácter vinculante por ser considerados estos órganos los intérpretes auténticos y supremos del *Corpus Iuris* de que se trate.

Por lo que se refiere concretamente a la CADH, el control de la convencionalidad es ejercido tanto por la Corte IDH como por la Comisión IDH²⁸. La Corte IDH ejerce sus funciones a través de la vía contenciosa, mediante la cual “*interpreta los derechos reconocidos en la CADH (y en su caso, en los demás tratados) y la concreta,*

²⁴ Véase Opinión consultiva OC-21/14 y Resolución del 19 de agosto de 2014.

²⁵ Humberto Nogueira Alcalá, Ob. Cit. p. 34.

²⁶ Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad” en Eduardo Ferrer MacGregor, (Coordinador), *El control difuso de la convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, 2012. p.213.

²⁷ Humberto Nogueira Alcalá, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, Ob. Cit. p.34.

²⁸ Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, como Individuo de Número, Colección Estudios Jurídicos número 98, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012. pp. 120-126.

a través de sus diversos fallos sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, interpretación, medidas provisionales y supervisión de cumplimiento”²⁹; y a través de la vía consultiva, que comprende “(i) a la interpretación abstracta de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos [artículo 64.1, CADH]; y (ii) sobre la compatibilidad del derecho interno de un Estado miembro de la OEA con los mencionados instrumentos internacionales [artículo 64.2, CADH]”³⁰, y cuya denominación ha sido establecida por la Corte como “opiniones consultivas”.

Señala Ayala Corao, que en el sistema específico de la CADH al que hacemos referencia, el objeto de este control de la convencionalidad comprende desde “la Constitución (vgr. Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile (sentencia 5 de febrero de 2001); las leyes (vgr. Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela (sentencia 5 de julio de 2006), las decisiones de organismos electorales (vgr. caso Yatama vs Nicaragua (sentencia de 23 de junio de 2005); y caso López Mendoza vs. Venezuela (sentencia de 1 de septiembre de 2011); y las sentencias (vgr. Caso de los “Niños de la Calle”- Villagrán Morales y otros. Vs. Guatemala (sentencia de 19 de noviembre de 1999); y caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (sentencia de 25 de noviembre de 2003)”³¹, dictados por los órganos de poder público de los Estados partes.

Este control internacional de la convencionalidad, de carácter judicial, ejercido por la Corte IDH, tiene como producto la interpretación última “y por tanto jurídicamente auténtica de la CADH y demás tratados sobre derechos humanos en los Estados partes”. Dicha interpretación sobre una determinada norma convencional, explica Ayala Corao, “se convierte en norma interpretada con carácter de cosa juzgada y de precedente vinculante”³², y como “cosa interpretada”, constituyen punto de referencia obligatorio para que los Estados partes conozcan con precisión el contenido y alcance de sus obligaciones convencionales en derechos humanos y las consecuencias jurídicas que se derivan de ellos, además de cumplir una “función de seguridad jurídica y certeza para todo el sistema y sus integrantes”³³.

De esta forma, en el ejercicio de control concentrado de la convencionalidad, y tras la determinación de la incompatibilidad de un acto o norma interno de un Estado parte de la CADH, la Corte IDH puede disponer la reforma, inaplicación o abrogación de dicho acto.

Las sentencias de la Corte IDH constituyen “una obligación jurídica de resultados para el Estado Parte, conforme determinan los artículos 67 y 68 de la CADH, como asimismo, obliga al cumplimiento de las medidas de reparación integral conforme al artículo 63 de la CADH, ello puede implicar la anulación de la cosa juzgada de sentencias nacionales contrarias a los estándares de derecho humanos como fallos írritos que carecen de validez jurídica, obligando al Estado parte a retrotraer el caso a la etapa de análisis, investigación en su caso, para luego dictar una sentencia conforme a los estándares convencionales”³⁴.

De otra parte, la Comisión IDH, a través de sus informes sobre países, sus informes temáticos y al adoptar los informes sobre el fondo de los casos, ejerce el control

²⁹ *Ibid.*, p.124

³⁰ *Ibid.*, p.126.

³¹ *Ibid.*, pp. 130-131.

³² *Ibid.*, p. 130.

³³ *Ídem.*

³⁴ Humberto Nogueira Alcalá, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, Ob. Cit. p. 58.

internacional de convencionalidad aplicando e interpretando la CADH y los demás instrumentos convencionales, con “carácter obligatorio” derivado de “*la obligación general que tienen los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, reconocida en el artículo 1 de la CADH*”, además de la “*competencia de la CIDH para velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados partes, de conformidad con los artículos 33 y 41 de la CADH*”³⁵. Esta obligatoriedad ha sido plasmada por la Corte en su jurisprudencia de la siguiente forma:

*“[...] el fin último de la Convención Americana es la protección eficaz de los derechos humanos y, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la misma, los Estados deben dotar a sus disposiciones de un efecto útil (effet utile), lo cual implica la implementación y cumplimiento de las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión, sea la Comisión y la Corte”*³⁶

Asimismo, ha dispuesto la Corte, en otra decisión, que:

*“... los Estados Partes en la Convención Americana deben respetar sus disposiciones de buena fe (pacta sunt servanda), incluyendo aquellas normas que permiten el desarrollo de los procedimientos ante los dos órganos de protección y aseguran la realización de sus fines. Por esta razón y para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos, propósito fundamental de la Convención (artículos 1.1, 2, 51 y 63.2), los Estados Partes no deben tomar acciones que harían imposible la restitución in integrum de los derechos de las presuntas víctimas”*³⁷.

La concepción tradicional del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es que éste sea coadyuvante del sistema de protección nacional, partiendo del hecho de que los Estados partes son los que tienen la responsabilidad primaria de tutelar los derechos de los individuos. Al respecto téngase en cuenta, como bien lo señala Héctor Faúndez Ledesma, que, en el sistema interamericano, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.1 de la CADH, “*es el Estado el que está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y es el Estado el que debe organizar el poder público de manera que pueda garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*”³⁸.

Ahora bien, para el caso en que los órganos internos no logren este cometido, la CADH actúa como complemento del orden jurídico interno y el sistema interamericano acude en subsidio para proteger a las personas lesionadas en sus derechos humanos. En este orden de ideas, Héctor Faúndez Ledesma ha aclarado que “*la existencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos obedece a la necesidad de proporcionar una instancia a la que el individuo pueda recurrir cuando sus derechos hayan sido violados por los órganos o agentes del Estado; pero los órganos internacionales, previstos para supervisar el respeto de las obligaciones asumidas por los Estados en esta materia, no pueden sustituir a las instancias nacionales en la labor de investigar la comisión de actos delictivos, ni mucho menos en la misión de juzgar y sancionar a quienes resulten responsables de los mismos*”³⁹.

El control concentrado de la convencionalidad tiene una naturaleza convencional complementaria, es decir, tiene carácter subsidiario al control interno de la con-

³⁵ Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Ob. Cit., p.127.

³⁶ *Ídem*.

³⁷ *Ídem*.

³⁸ Héctor Faúndez Ledesma, “*El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*”, ob. Cit. p. 7

³⁹ *Ibid.*, p. 17

vencionalidad. Este tipo de control se emplea cuando los controles jurisdiccionales nacionales han fallado, no son eficaces o no existen. En este sentido, La Corte IDH en sentencia de 30 de noviembre de 2012 (Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia), estableció:

“La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preamble de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”⁴⁰.

La Corte IDH en esta misma decisión dispuso que lo señalado anteriormente “significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí”⁴¹.

La Corte Suprema de la Nación de Argentina en sentencia del 14 de febrero de 2017, estableció que, desde la perspectiva de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino, se deben tener en cuenta los principios estructurales del sistema interamericano de derechos humanos, que se autodefine como subsidiario, pues la CADH crea “una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”⁴². Con base a esto, la Corte Suprema estableció:

“Esta subsidiariedad se manifiesta, entre otras, en la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional (cfr. arts. 46.1.a y 61.2 CADH) y en el principio de que la Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes nacionales. La Corte Interamericana no constituye entonces una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales, sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria”⁴³.

2. Control difuso de la convencionalidad

El control difuso o interno de la convencionalidad consiste en la obligación que tienen todos los órganos del poder público de un Estado parte de verificar que las

⁴⁰ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia), sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142.

⁴¹ *Ídem*.

⁴² Véase Corte Suprema de la Nación Argentina, (Caso Pronunciamiento Ministerio de Relaciones Exteriores), sentencia 14 de febrero de 2017, párr. 8.

⁴³ *Ídem*.

normas que se dicten o apliquen, los actos o actuaciones que se realicen, dentro del ordenamiento jurídico nacional o interno, sean compatibles con el tratado o convención de que se trate.

Los Estados tienen la obligación de controlar la convencionalidad de todo su ordenamiento jurídico interno con el tratado; esa obligación comprende todos los actos y actividades del Estado, y que por lo tanto *“debe ser ejercido por todos los órganos del poder público de los Estados en el ámbito de sus competencias”*⁴⁴.

La jurisprudencia de la Corte IDH determinó en un primer momento que el control de convencionalidad recaía en el *“Poder Judicial”* (caso Almonacid Arellano vs. Chile), en *“los órganos del Poder judicial”* (caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú), e inclusive en los *“jueces y órganos vinculados con la Administración de Justicia en todos los niveles”* (caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México), lo cierto es que en el caso Gelman vs. Uruguay, la Corte IDH finalmente estableció que el control de convencionalidad recae sobre *“cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial”*.

Luego la Corte IDH en resolución de supervisión de cumplimiento de fecha 20 de marzo de 2013 (Caso Gelman vs. Uruguay) sostuvo que *“...el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad”*⁴⁵.

Téngase en cuenta lo señalado por la Corte IDH en la sentencia recaída en el caso Rocha Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas (sentencia de 14 de octubre de 2014), cuando dispuso que *“Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”*⁴⁶.

Más adelante, en sentencia del 30 de enero de 2014 (Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname) la Corte IDH sentenció que *“...la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana les compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”*⁴⁷.

⁴⁴ Héctor Faundez Ledesma, El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales, ob. Cit, p.120.

⁴⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Gelman vs. Uruguay), sentencia de 20 de marzo de 2013, párr. 74.

⁴⁶ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Rocha Hernández y otros vs. El Salvador), sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 213.

⁴⁷ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname), sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 124.

De conformidad con lo anterior, todas las autoridades internas, además de ajustar sus actuaciones a su ordenamiento interno, también deben hacerlo con respecto de los instrumentos normativos, principios y valores que conforman el “bloque de la convencionalidad”. Esto incluye a las autoridades administrativas que están llamadas a proteger los derechos humanos, a través de un control de convencionalidad, en el ejercicio de sus competencias administrativas.

Ciertamente la doctrina ha señalado que la Administración está directamente facultada por las decisiones de la Corte IDH para ejercer el control de la convencionalidad en garantía del pleno y eficiente ejercicio de derechos humanos. De lo contrario, la administración pública se podría ver obligada a tomar decisiones violatorias del bloque de la convencionalidad por la imposibilidad de desaplicar o por no contar con mecanismos céleres para resolver las incompatibilidades entre el ordenamiento local y el interamericano⁴⁸.

Este asunto es, sin embargo, delicado en virtud del principio de la legalidad que gobierna e informa las actuaciones de la administración pública. Parte de la doctrina ha señalado, con mucha razón, que otorgarle tales poderes a la administración pública puede resultar peligroso e inclusive inconveniente⁴⁹, de modo que se inclinan a aceptar que los órganos y entes de la Administración sólo podrían ejercer el control de la convencionalidad cuando el ordenamiento interno del Estado de que se trate lo autorice expresamente para ello⁵⁰. Es decir, que la administración pública sólo podría ejercer el control de la convencionalidad, a través de la desaplicación de normas internas que se presenten como contrarias a la CADH o a los tratados interamericanos sobre derechos humanos y aplicar éstas preferentemente, si tienen la competencia expresa para hacerlo, cumpliendo de esta manera el principio de legalidad⁵¹.

En Venezuela, Álvarez Chamosa señala que el control de la convencionalidad debería ser ejercido por la administración pública de conformidad con los principios de progresividad e inherencia de los derechos humanos establecidos en los artículos 19 y 27 de la Constitución, de forma que los órganos y entes de la administración puedan aplicar directamente instrumentos internacionales en materia de derechos humanos cuyo tratamiento sea más beneficioso al contemplado en las disposiciones jurídicas nacionales⁵².

De otra parte, cuando el control interno de la convencionalidad es ejercido de manera específica por los órganos judiciales de determinado Estado parte, mediante *todo el complejo sistema de articulación de acciones y recursos procesales*, es denominado control judicial interno de la convencionalidad. En efecto, específicamente,

⁴⁸ María Lidia Álvarez Chamosa, “El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, número 15, mayo-agosto 2018. Caracas, 2019. Pp. 37-61. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2019/12/Redav-15.pdf>

⁴⁹ Véase Domingo García Belaúnde, “El control de convencionalidad y sus problemas”. En *Revista Pensamiento Constitucional* número 20, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2015. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/File/14888/15428>

⁵⁰ María Lidia Álvarez Chamosa, “El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública”, ob. cit.

⁵¹ Véase al respecto Néstor Sagüés. “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, e.V., año XXI, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2015, pp. 141-149. Cit. en María Lidia Álvarez Chamosa, “El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública”, ob. Cit. p. 49.

⁵² María Lidia Álvarez Chamosa, “El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública”, ob. Cit.

el control judicial interno de la convencionalidad constituye la obligación que tienen los jueces y magistrados de un país de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales”⁵³ a los que está obligado el Estado.

El control judicial interno de convencionalidad es definido 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 (...)”⁵⁴.

En términos generales, el control judicial interno de convencionalidad precisa que los jueces nacionales, por una parte, desapliquen las normas internas, incluso las constitucionales, opuestas a la CADH y demás tratados sobre derechos humanos, así como la interpretación que sobre dicha convención realice la Corte IDH o la CIDH; y por la otra, que los jueces realicen una interpretación conforme, “armonizante” o “adaptativa” del derecho local o doméstico con la CADH y la exégesis dada a dicho convenio por los órganos supranacionales del sistema interamericano, con el fin de evitar que existan incongruencias o interpretaciones opuestas a la CADH o a la forma en que ha sido interpretada o aplicada por la Corte IDH.

Sobre la obligación de la protección judicial de la convencionalidad, hay que tener presente que los tribunales llevan a cabo dicha competencia, como hemos adelantado en líneas anteriores, mediante todo el complejo sistema de articulación de acciones y recursos procesales⁵⁵.

Este control de convencionalidad interno puede ser ejercido por el tribunal constitucional, o su equivalente, y también por todos los jueces del Estado. El control de convencionalidad ejercido por los jueces constitucionales puede ser llevado a cabo mediante los diversos recursos y acciones constitucionales que prevea el ordenamiento jurídico. En Venezuela el control de constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional permite declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y municipales; de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, revisar las sentencias definitivamente firmes, y controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Todos estos medios de control de la constitucionalidad pueden ser ejercidos teniendo en cuenta o con base en los tratados sobre derechos humanos.

Asimismo, todos los jueces de la República, al estar obligados a asegurar la integridad de la Constitución, deben igualmente garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos. De acuerdo con lo anterior, si llegare a existir algún tipo de incompatibilidad entre un tratado sobre derechos humanos y una ley u otra norma jurídica, los tribunales de la República –en cualquier causa y aun de oficio– deberán decidir lo conducente y aplicar las disposiciones de dicho tratado.

De allí, como lo afirma la doctrina –Ayala Corao– deriva la importancia de la interrelación del derecho procesal internacional de los derechos humanos con el derecho procesal constitucional, puesto que “los procesos constitucionales juegan un

⁵³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>, consultado el 19 de septiembre de 2019. Cit. por Manuel Esquivel Leyva, “El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano”, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/18.pdf>, consultado el 18 de septiembre de 2019, p. 318

⁵⁴ Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, Ob. Cit. p.213.

⁵⁵ Humberto Nogueira Alcalá, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, Ob. Cit., p. 122.

papel fundamental, por ser una jurisdicción que se especializa en la protección de la Constitución, incluido por lo tanto los derechos". Y es que, "entre los derechos tutelados por este tipo de acciones, se encuentran no sólo los derechos constitucionales consagrados expresamente en el texto fundamental, sino, además, los derechos constitucionales implícitos y los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales"⁵⁶.

Ahora bien, las decisiones judiciales que pueden dictar las cortes o tribunales constitucionales o bien los máximos órganos jurisdiccionales de los Estados parte, pueden consistir en reformas, derogaciones o revocatorias de los distintos actos del Estado, incluyendo la Constitución, leyes, actos administrativos, políticas públicas, entre otras, además de las omisiones, con el fin de que estos actos se adapten, por ejemplo en el caso del sistema interamericano de protección de derechos humanos, a la CADH, y, como dijimos, a las interpretaciones dadas por la Corte IDH⁵⁷.

De otra parte, el control interno de la convencionalidad que cumplen todos los jueces del Estado puede ser llevado adelante de oficio en el caso determinado que estén conociendo y consistirá en el análisis de la norma interna que se debe aplicar al caso concreto y a las disposiciones convencionales. De esta forma, si en el caso se declara la inconvencionalidad de una norma, ésta carecerá de efectos jurídicos para el caso concreto y, en consecuencia, la norma se desaplicará. La regla general es que, si una norma de derecho interno no es convencional, no puede ser aplicada en el caso concreto, y, en su defecto, será aplicada preferentemente la norma convencional.

De ese control judicial interno de la convencionalidad se desprenden dos "itinerarios", como lo denomina García Belaunde, de modo que: i) "De oficio los jueces nacionales deben aplicar las normas del pacto de San José, así como la jurisprudencia de la Corte en los casos que conocen"; y ii) "Los jueces deben tener presente al momento de fallar en los casos sometidos a su conocimiento, las normas americanas de Derechos Humanos, aun cuando la Corte IDH jamás haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver"⁵⁸.

V. EL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD EN VENEZUELA

La aplicación del control de convencionalidad en Venezuela ha pasado por un período inicial muy positivo, luminoso y hasta de vanguardia para después, como en tantas otras cosas, llegar a un período de oscuridad y negación del asunto.

1. Sin utilizar ese nombre el control de convencionalidad fue aplicado por los tribunales internos en Venezuela, incluso antes de que la jurisprudencia internacional hubiera consolidado su doctrina jurisprudencial. En efecto, desde la suscripción de la CADH en 1977⁵⁹, los tribunales internos en Venezuela comenzaron a aplicar con preferencia la CADH sobre el derecho interno, para admitir las acciones de amparo constitucionales, dado que conforme a una interpretación jurisprudencial restrictiva

⁵⁶ Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Ob. Cit., p.123.

⁵⁷ *Ibidem*, p.121

⁵⁸ Domingo García Belaunde, "El control de convencionalidad y sus problemas", en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Montevilla, Caracas, 2016. p. 89.

⁵⁹ También conocida como "Pacto de San José", la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. V.: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

de la Corte Suprema de Justicia en 1970 había quedado como una cláusula programática que requería desarrollo legislativo, excepto en materia de *hábeas corpus*, lo cual incluso fue ratificado en 1972 mediante un Acuerdo de la misma Corte Suprema⁶⁰.

El referido Acuerdo establecía que:

“la competencia de los Tribunales de Primera Instancia y Superiores en lo Penal de la República, a que se refiere la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de hábeas corpus previsto en dicha norma; y que en consecuencia, toda decisión que no esté apoyada en la competencia específica de dichos Tribunales o que invada la atribuida por la Constitución y las Leyes, a otros órganos judiciales, constituye una usurpación o extralimitación de atribuciones”.

Después que Venezuela ratificó la CADH en 1977, los tribunales de instancia comenzaron a admitir las acciones de amparo constitucionales propuestas por ante sus tribunales en razón de que la referida convención establecía en el artículo 25.5 el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los tribunales competentes que lo amparen contra actos que violen los derechos humanos⁶¹. En efecto, los tribunales de la República dejaron de considerar la norma constitucional relativa al amparo constitucional como programática porque así lo establecía la CADH.

Con fundamento en lo anterior, lo cual en realidad fue una manifestación del control de convencionalidad, se admitieron las acciones de amparo constitucional aún en ausencia de una ley que lo regulara. Concretamente, en el caso “Andrés Velásquez” del 20 de octubre de 1983, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia consideró que el carácter programático del artículo 49 de la Constitución había quedado superado “*desde el momento en que por Ley se habían aprobado Convenciones Internacionales sobre derechos humanos*”⁶².

En efecto, en esta ocasión la Corte Suprema de Justicia estimó que: “*al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los Tribunales de la República deben hacer un uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía, y demás instrumentos de interpretación que les provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia*”.

Otro ejemplo del ejercicio del control de la convencionalidad fue el llevado adelante por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia número 87 del 14 de marzo de 2000 (Caso C.A. Electricidad del Centro (Elecentro) y otra vs. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. (Procompetencia), cuando, para proteger el derecho de doble instancia en materia contencioso-administrativa, aplicó de forma preferente la Convención Americana en relación con la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, debido a que esta no preveía el recurso de apelación contra algunas de las decisiones dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, por cuanto el primer aparte del artículo 185 de la Ley de la Corte Suprema de Justicia establecía que contra las decisiones que dictara la Corte Primera de lo Contencioso administrativo señaladas en los ordinales 1° al 4° de ese artículo no se oíría recurso alguno, la Sala Constitucional, en ejercicio del control difuso de consti-

⁶⁰ Allan Brewer-Carías, “*Derecho administrativo y control de la convencionalidad*, Ob. Cit. p.5

⁶¹ *Ibid.*, p. 6.

⁶² *Ídem*.

tucionalidad y de convencionalidad, admitió la apelación contra todas las decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo basándose en el derecho de apelar las decisiones judiciales ante el tribunal superior que se establece en el artículo 8,2,h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se consideró que formaba parte del derecho constitucional interno.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, determinó que dado el rango constitucional de los tratados en materia de derechos humanos, establecido en el artículo 23 de la Constitución: *“el artículo 8, numerales 1 y 2 (literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, forma parte del ordenamiento constitucional de Venezuela; que las disposiciones que contiene, declaratorias del derecho a recurrir del fallo, son más favorables, en lo que concierne al goce y ejercicio del citado derecho, que la prevista en el artículo 49, numeral 1, de dicha Constitución; y que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”*.

2. El artículo 23 de la Constitución de 1999 establece que los tratados, pactos y convenciones relativas a los derechos humanos, que hayan sido suscritos y ratificados por el Estado de Venezuela gozarán de jerarquía constitucional y, además, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables que las establecidas en la Constitución y en las leyes de la República, prevalecen en el orden interno y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Ahora bien, que los tratados internacionales formen parte del bloque de la Constitucionalidad supone la vinculación de todo el ordenamiento jurídico de Venezuela a dichos tratados, en la misma relación que lo está con la Constitución. De forma que si de acuerdo a lo previsto en artículo 334 de la Constitución, todos los jueces de la República, están obligados a asegurar la integridad de la Constitución, deben también garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos. De allí entonces que conforme al artículo 334 de la Constitución si hubiere incompatibilidad entre un tratado sobre derechos humanos y una ley u otra norma jurídica, los jueces deben, aun de oficio, aplicar las disposiciones de dicho tratado con preferencia a la norma incompatible con la Convención.

El control de la convencionalidad en Venezuela se equipara al control de la constitucionalidad, es decir, se aplica el control de la convencionalidad cuando se ejerce el control de la constitucionalidad, a través de los distintos medios de impugnación establecidos por la Constitución. En efecto, *“...el control concentrado de la constitucionalidad por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para declarar la nulidad de las leyes nacionales, estatales y municipales, de los actos de gobierno, de los decretos de estado de excepción, para revisar las sentencias definitivamente firmes, y para controlar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, puede en definitiva ser ejercido con base en los tratados sobre derechos humanos en virtud de su jerarquía constitucional (artículo 336) de modo que ejercería a su vez un control concentrado de la convencionalidad”*⁶³.

3. Luego del período inicial positivo, luminoso y hasta de vanguardia, puede decirse que estamos en uno de oscuridad y negación del asunto. Actualmente en Venezuela el control interno de convencionalidad no es efectivo, es decir, no cumple la función específica de protección, restablecimiento y reparación a los derechos humanos consagrados en los instrumentos normativos internacionales, por lo que a las víctimas de

⁶³ Carlos Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2004.

violaciones a los derechos fundamentales sólo les queda recurrir a instancias supranacionales para su efectiva protección, accionando de esta forma el control concentrado de la convencionalidad. La justicia revolucionaria ha impuesto en Venezuela una jurisprudencia regresiva y contraria a la protección de los derechos humanos.

Lo anterior se fundamenta, principalmente, en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En primer lugar, puede citarse la sentencia de la Sala Constitucional del 18 de diciembre de 2008 (Caso Ana María Ruggeri, Juan Carlos Apitz) respecto al fallo de la Corte IDH por medio de la cual se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la Sala dispuso entre sus consideraciones que *“el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aclara que la protección internacional que de ella se deriva es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Es decir, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, pues la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental que, en el caso de nuestro país, es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”*⁶⁴.

La Sala Constitucional declaró inaceptable la decisión interamericana en cuanto que ésta equiparó de forma absoluta los derechos de los jueces titulares y los provisorios internos y al producirse un desconocimiento de la firmeza de decisiones administrativas y judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada en el Estado venezolano (como fue en el caso de la destitución de los ex magistrados), por lo que a su vez declararía su inejecutabilidad, de forma que si, por el contrario, ésta se ejecutara *“afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela y pudiera conllevar a un caos institucional en el marco del sistema de justicia, al pretender modificar la autonomía del Poder Judicial constitucionalmente previsto y el sistema disciplinario instaurado legislativamente”*⁶⁵.

Otro ejemplo, la sentencia de la Sala Constitucional N° 1547 del 17 de octubre de 2011 que entre sus consideraciones y en análisis del artículo 23 de la Constitución de la República, dispuso que no se otorga a los tratados internacionales de derechos humanos un rango supraconstitucional, indicando que *“en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”*⁶⁶.

En este caso la Sala Constitucional controló la aplicación de la CADH y declaró la prevalencia de los demás tratados ratificados por Venezuela sobre la Convención, señalando que *“...tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como*

⁶⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1939, 18 de diciembre de 2008. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/abogados-gustavo-alvarez-arias-283294371>

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1547 del 17 de octubre de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML>

un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano”⁶⁷.

Otro ejemplo, aún más grave y desafortunado, la Sala Constitucional ante la “acción de control de convencionalidad”, ejercida por la Viceprocuraduría en representación del Estado venezolano, en sentencia de 10 de septiembre de 2015, declaró inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 22 de junio de 2015 (Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela) en razón de que se determinó que la decisión por la Corte IDH se dictó “*en franca violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a otros instrumentos internacionales sobre la materia y a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”. Además dispuso que “*resulta inaceptable que se pretenda desvirtuar la efectividad y supremacía constitucional, intentando imponer al Estado Venezolano obligaciones que no sólo serían consecuencia de argumentos y conclusiones contradictorias carentes de veracidad, sino que se instituyen en enunciados total y absolutamente incompatibles con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”⁶⁸.

Para controlar la constitucionalidad de las sentencias de la Corte IDH, la Sala Constitucional invocó su criterio expuesto previamente en la sentencia número 1.547 del 17 de noviembre de 2011, mediante la cual había establecido que para velar por la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución, esa Sala “*tiene la facultad, incluso de oficio, de ‘verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un ‘control de convencionalidad’ (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano)*”⁶⁹.

En este caso la Sala Constitucional ratificó que le correspondía ejercer un control ante una aparente antinomia entre la Constitución y la CADH y en razón de esto, dispuso “*es preciso resaltar que en cualquier modalidad de control de constitucionalidad, podría ser necesario ejercer un control de convencionalidad cuando en el análisis de un caso estén presentes normas relativas a derechos humanos contenidos en una o varias convenciones internacionales válidamente suscritas y ratificadas por la República Bolivariana de Venezuela, que pudieran contradecir una disposición constitucional interna*”⁷⁰.

Señaló la Sala Constitucional que el fallo de la Corte IDH pretendió erradamente proteger derechos humanos de una persona jurídica como lo era RCTV, por lo cual consideró que “*el desarrollo del fallo contradice su propio argumento correspondiente a que su decisión tutela derechos individuales de personas naturales y no de personas jurídicas cuando se extienden en explicar cómo el Estado venezolano vulneró el derecho a la propiedad del grupo de trabajadores, directivos y periodistas o de la persona jurídica RCTV*”⁷¹.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1175, 10 de septiembre de 2015. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2015/09/SC-N%C2%BA-1175-10-09-2015.pdf>

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

El lamentable fallo luego señaló que “*se denota una hilación entre la simple argumentación de la Corte para declarar la improcedencia de las excepciones del Estado venezolano, por una parte, y, por la otra, en el desarrollo del fallo contradice su propio argumento correspondiente a que su decisión tutela derechos individuales de personas naturales y no de personas jurídicas cuando se extienden en explicar cómo el Estado venezolano vulneró el derecho a la propiedad del grupo de trabajadores, directivos y periodistas o de la persona jurídica RCTV*”⁷².

Por otra parte, téngase en cuenta la decisión número RC-00201 de fecha 4 de junio de 2019, dictada por la Sala de Casación Civil (SCC), por medio de la cual se fijó criterio sobre el control de la convencionalidad⁷³. La sentencia de la SCC resolvió declarar sin lugar el recurso de casación, confirmar el fallo recurrido “en los términos de esta Sala” y condenar a la demandada recurrente “*a resarcir como indemnización por daño moral causado al ciudadano DIOSDADO CABELLO RONDÓN, la cantidad de TREINTA MIL MILLONES DE BOLÍVARES SOBERANOS (BS. 30.000.000.000,00)*”.

Pero además, con motivo de la denuncia por la recurrente del “*vicio de incongruencia negativa por la falta de pronunciamiento de una solicitud de control de convencionalidad*”, la SCC fijó criterio sobre el control de convencionalidad, pero lamentablemente lo hizo distorsionando y confundiendo el control de la convencionalidad con el control concentrado de la constitucionalidad —el cual es ejercido de forma exclusiva por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia— negando, por esta razón, la competencia de los jueces de primera instancia para ejercer el control de la convencionalidad, lo cual viola los artículos 7, 23 y 334 de la Constitución.

En efecto, en esta ocasión la empresa demandada había denunciado en su recurso de casación la falta de pronunciamiento del juez de instancia y posteriormente, del juez de apelación, sobre la denuncia de violación del derecho de libertad de expresión, contemplado tanto en el artículo 58 de la Constitución, como en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 de la CADH.

Es el caso que la demandada había solicitado a los jueces de instancia que realizaran el respectivo control de la convencionalidad y aplicaran de forma directa los precitados instrumentos normativos internacionales, en particular en relación con el tema de la penalización de las “*expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público*”, exigiendo “*valuar la compatibilidad entre las normas del ordenamiento jurídico interno aplicables, y los estándares universalmente aceptados y compartidos en materia de derechos humanos y el derecho interno venezolano*”⁷⁴.

Ante esta denuncia, la SCC se limitó a señalar que el ejercicio del control de la convencionalidad estaba reservado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ignorando de esta forma el control difuso de la convencionalidad que prevé

⁷² *Ibid.*

⁷³ Véase Rafael Badell Madrid, “Comentarios a la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia que distorsionó el control de convencionalidad”. Publicado en el *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 159, Caracas, 2019. Disponible en: <http://www.acienpol.org.ve/>

⁷⁴ Allan Brewer-Carías, “La desaparición del control difuso de convencionalidad en Venezuela, como precio vil para justificar una condena por daños morales contra el portal la patilla.com”, en *Revista de Derecho Público*, número 159-160, julio-diciembre 2019, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019, pp.320-321. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/biblioteca-virtual/revista-derecho-publico-director-no-158-160-julio-diciembre-2019/>

el sistema venezolano y desconociendo esa potestad que constitucionalmente se atribuye a todos los jueces de la República⁷⁵.

A través de la sentencia de la SCC se determinó el significado y el alcance del control de la convencionalidad y estableció—erróneamente— que se trata de un control de la constitucionalidad de los tratados internacionales y de los actos en ejecución de dichos tratados, que es ejercido de forma exclusiva y excluyente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y que consiste en la confrontación de los actos dictados en ejecución de las convenciones internacionales (como por ejemplo de las sentencias de la Corte IDH), respecto de las normas, principios y valores constitucionales de Venezuela, para determinar la validez y aplicación de dichos actos supranacionales en el ordenamiento jurídico nacional.

Valiéndose de la reiteración de los fallos dictados con anterioridad sobre la materia por el Tribunal Supremo de Justicia (en Sala Constitucional, Sala Plena e inclusive por la propia SCC), la SCC definió el control de la convencionalidad en los términos que se señalan a continuación:

En primer lugar, señaló por control de la convencionalidad se entiende la facultad exclusiva de la Sala Constitucional de *“incluso de oficio, velar por la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un control de convencionalidad (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano)”* (vid. sentencia número 1077/2000 y número 1.547 del 17 de noviembre 2011 de la Sala Constitucional).

De otra parte, la SCC citó un fallo de su propia jurisprudencia (sentencia número RC-666, de fecha 13 de diciembre de 2018), por medio de la cual había determinado que: *“no es competencia de los jueces civiles de instancia, ni de esta Sala de Casación Civil, dicho control constitucional”*, por cuanto dichos jueces *“no tienen potestad jurisdiccional para emitir opinión al respecto”*. En esa ocasión la SCC incluso hizo un “llamado” a los jueces de primera instancia y de alzada *“para que en casos similares se pronuncien, señalando a los justiciables que dicha decisión no es de su competencia jurisdiccional y en consecuencia el alegato sea desechado más no guardar silencio al respecto en incongruencia negativa”*. Por esta razón, dispuso además la SCC que *“la solicitud de control de convencionalidad realizada por los codemandados en su escrito de contestación debió haber sido presentada ante la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia como máximo y último intérprete de la Constitución”*⁷⁶.

La SCC estableció erróneamente un inconstitucional criterio según el cual se niega rotundamente la competencia de los jueces de instancia, como de las demás salas del Tribunal Supremo de Justicia, de ejercer el control de convencionalidad, señalando que *“De la jurisprudencia de esta Sala antes reseñada se desprende, que no es competencia de los jueces civiles de instancia, ni de esta Sala de Casación Civil, dicho control constitucional de convencionalidad o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano”*.

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ Y continuó la SCC afirmando en ese sentido que *“(…), es la Sala competente para establecer la aplicabilidad o no de los denunciados artículos 19º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y además, es la Sala garante para hacer valer el principio de la supremacía de la Constitución a través de su defensa, para que sus juzgadores no deban aplicar normas que vayan en contra de ella, es decir, es la última verificadora si las normas denunciadas contradicen a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”*.

La sentencia de la SCC es inconstitucional porque viola los artículos 7, 23 y 334 de la Constitución cuando estableció que *“No se advierte ningún dispositivo que haga referencia al conocimiento y resolución de las controversias suscitadas con motivo de la interpretación y ejecución de las convenciones internacionales”*, y que: *“no es competencia de los jueces civiles de instancia, ni de esta Sala de Casación Civil, dicho control constitucional de convencionalidad o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano.”*

En efecto, la SCC violó el artículo 23 constitucional que reconoce como fuente de protección de los derechos humanos a la Constitución, a los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia, y a las leyes que los desarrollen, y que dispone además, con el objeto de reforzar la protección de los referidos derechos, que los tratados, pactos y convenciones internacionales en esta materia suscritos y ratificados por Venezuela prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las contenidas en la Constitución y en las leyes, siendo sus disposiciones de aplicación directa e inmediata por los tribunales de la República y demás órganos que ejercen el Poder Público.

Pero además la sentencia de la SCC violó flagrantemente el artículo 334 de la Constitución al afirmar que *“no es competencia de los jueces civiles de instancia, ni de esta Sala de Casación Civil, dicho control constitucional de convencionalidad o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano”*, cuando es lo cierto que el precitado artículo 23 y el artículo 334 de la Constitución otorgan esta facultad específicamente a todos los jueces de la República. Así, en efecto, estas normas atribuyen competencia a todos los jueces, en el ámbito de sus materias, para aplicar inmediata y directamente los tratados y convenciones internacionales relativos a los derechos humanos; así como asegurar la integridad y supremacía de la Constitución establecida en el artículo 7 de la Constitución, la cual está compuesta, por disposición del propio artículo 23, por los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela.

Ratificamos que de conformidad con el artículo 334, en concordancia con el artículo 23, de la Constitución todos los jueces de la República tienen el deber de aplicar directa e inmediatamente, las disposiciones convencionales sobre derechos humanos en caso de que una ley u otra norma jurídica colidan con ellas, o cuando contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las establecidas por la propia Constitución y las leyes de la República.

Todos los jueces de la República –no sólo los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia– están en la obligación de velar por la aplicación de los convenios internacionales sobre derechos humanos, para garantizar la efectiva protección de los mismos.

La sentencia de la SCC, al declarar que en Venezuela los jueces no tienen competencia para ejercer el control de la convencionalidad, sino que ello corresponde de forma exclusiva a la Sala Constitucional, lo confundió con el control concentrado de la constitucionalidad, el cual sí es de la competencia exclusiva de la Sala Constitucional, según lo disponen los artículos 334 y 336 de la Constitución, en tanto que el control de convencionalidad es competencia de todos los jueces de la República según se establece en los artículos 23 y 334 de la Constitución, por lo cual este criterio representa, además de un error judicial grave, un retroceso enorme en el derecho constitucional venezolano y en la protección de los derechos humanos, y configura, sin duda, una violación flagrante de los artículos 7, 23 y 334 de la Constitución.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

La Corte IDH es el garante supremo y último intérprete del bloque de convencionalidad. El control de convencionalidad lo deben ejercer de oficio o a instancia de parte, tanto la Corte IDH, como todas las autoridades nacionales. Mientras la Corte IDH realiza el control judicial concentrado, los jueces nacionales independientemente de su jerarquía deben realizar el control difuso de la convencionalidad. El juez nacional y los demás órganos que ejercen el poder público deben respetar el *Corpus Iuris* de la convencionalidad, en caso de colisión entre el derecho de origen nacional y el derecho de la convencionalidad deben aplicar este último con preferencia. El juez nacional y todos órganos del poder público tienen la obligación de acatar y ejecutar las decisiones de la Corte IDH en aplicación e interpretación del bloque de convencionalidad. El incumplimiento por los órganos del Estado de las obligaciones contraídas en el marco de la convencionalidad produce responsabilidad internacional.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL. UN ESTUDIO DESDE EL DERECHO PROCESAL PÚBLICO GLOBAL

Daniela Urosa Maggi*
José Ignacio Hernández G.**

SUMARIO

Introducción. I. El derecho público global y la corte interamericana de derechos humanos. 1. Del Derecho Internacional al Derecho Público Global. La necesaria acotación de la expresión “global”. A. Del Derecho Internacional al Derecho Global. B. El Derecho Constitucional Global y el Derecho Administrativo Global. 2. El Derecho Público Global y la declaratoria de responsabilidad estatal por violación de derechos humanos en el marco de relaciones Estado-ciudadanos: el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. El *Ius* procesal público *commune* en América Latina y las fuentes del Derecho Procesal en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El Derecho Procesal Convencional. II. La aplicación del derecho procesal público a la jurisdicción interamericana: un ejemplo de derecho procesal global. 1. El Derecho Convencional Interamericano. 2. El Derecho Procesal Convencional. A. La Corte Interamericana: naturaleza y criterios de competencia. B. Reglas procedimentales ante la Corte Interamericana. C. Recapitulación: la competencia y procedimientos de la Corte Interamericana desde el Derecho Procesal Público. 3. Instituciones del Derecho Procesal Convencional. A. El control de convencionalidad. B. La pretensión procesal convencional. C. Las medidas de reparación integral y el principio de congruencia declarativa. Contenido de la sentencia interamericana. a. Medidas de restitución integral en el Derecho Procesal Convencional. b. El poder de sustitución de la Corte Interamericana y el margen de deferencia. D. La ejecución de la sentencia interamericana. a. Principios generales de la ejecución de sentencias en el Derecho Procesal Público. b. Medios alternos de ejecución de sentencias en el Derecho Procesal Público. c. El cumplimiento y ejecución de las sentencias interamericanas. Conclusiones.

* Profesora, Boston College Law School. Profesora Aliada Internacional, Universidad Católica Andrés Bello.

** Profesor, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha. Fellow, Harvard Kennedy School of Government.

INTRODUCCIÓN

El advenimiento de Tribunales Internacionales a cargo de la protección de derechos humanos ha supuesto, en muchos sentidos, una importante transformación para el Derecho Público. De esa manera, las relaciones jurídicas entre el Estado y el ciudadano, tradicionalmente reguladas por el Derecho Constitucional y Administrativo, pasaron a estar reguladas también por el Derecho Internacional Público. En especial, las disputas surgidas en el marco de esas relaciones pasaron a ser resueltas, al menos de manera indirecta, por Tribunales creados en Tratados Internacionales.

El Derecho Público doméstico regula, entre otras materias, las relaciones de las personas con el Estado y, por ende, las controversias o disputas que puedan presentarse en el marco de esas relaciones jurídicas, que, según los casos, quedan reguladas por el Derecho Constitucional y Administrativo. En el orden doméstico, los mecanismos jurisdiccionales de solución de disputas entre el Estado y las personas abarcan, de manera especial, la protección de los derechos subjetivos, incluyendo aquellos de rango constitucional, o sea, los derechos constitucionales. A su vez, esos mecanismos jurisdiccionales son mecanismos de control del Estado, orientados a asegurar que su actividad e inactividad se someta a todo el ordenamiento jurídico, incluyendo la Constitución como “norma suprema”.

Por ello, a fines de este trabajo, la expresión “Derecho Público”, en el orden doméstico, alude al Derecho Constitucional y Administrativo –aun cuando también, como se sabe, otras ramas integran al Derecho Público, como de manera notable pasa con el Derecho Procesal.

Ahora bien, partiendo de una distinción puramente académica, y tomando como referencia el sistema civilista imperante en América Latina, los mecanismos de solución de disputas entre el Estado y los ciudadanos en el Derecho Público doméstico pueden responder al Derecho Constitucional (justicia constitucional) o al Derecho Administrativo (justicia contencioso-administrativa), lo que da lugar al Derecho Procesal Constitucional o al Derecho Procesal Administrativo. Desde un punto de vista general, puede hablarse de Derecho Procesal Público, para aludir a los mecanismos jurisdiccionales de solución de controversias entre el Estado y los ciudadanos, que permiten además la efectiva implementación de las instituciones del Estado de Derecho.

Como vimos, un ámbito específico de protección jurídica del ciudadano es la tutela judicial de los derechos constitucionales, o sea, los derechos subjetivos de rango constitucional. Tales derechos pueden ser protegidos por medios jurisdiccionales especiales –como la acción de amparo constitucional– o por los mecanismos ordinarios (como las pretensiones ante la justicia constitucional o contencioso-administrativa). Lo cierto es que las disputas entre el Estado y los ciudadanos, basados en la violación de derechos constitucionales, quedan reguladas por el Derecho Público doméstico y son resueltas por los mecanismos jurisdiccionales de solución de controversias existentes en el Derecho Procesal Público.

Ahora bien, la universalización de los derechos humanos, como explicó el profesor Pedro Nikken, implicó la transformación del concepto tradicional de soberanía, en tanto el Estado quedó sometido al Derecho Internacional, incluso, en las relaciones con personas. Consecuentemente, las disputas basadas en la violación de derechos humanos pasaron a estar reguladas por el Derecho Internacional. Esto implicó un cambio importante, pues el Derecho Internacional, tradicionalmente, regula relaciones entre Estados y otros sujetos de Derecho Internacional. Pero ahora, también el Derecho Internacional Público regula las relaciones entre el Estado y las personas,

por lo que respecta a sus derechos humanos. También, el Derecho Internacional regula la declaratoria de responsabilidad del Estado y la solución de controversias con ocasión a la actividad o inactividad del Estado que resulte violatoria de los derechos humanos. Tal es rol de los Tribunales Internacionales de derechos humanos.

Ese es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal de Derecho Internacional Público que determina la responsabilidad de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos que han reconocido expresamente su jurisdicción. Las causas de las cuales conoce la Corte tienen siempre su origen en la pretensión formulada en contra de los Estados, cuando se considera que estos han violado derechos humanos protegidos o reconocidos en la Convención, y en general, en el ordenamiento jurídico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, o sea, el *corpus iuris interamericano*. Que esas disputas sean planteadas ante la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no cambia esta realidad: en el fondo, la Corte debe determinar la responsabilidad del Estado por violación a derechos humanos surgidas en relaciones jurídicas del Estado y las partes que no pudieron ser resuelta en sede de la Comisión y debe determinar también, de ser el caso, el alcance y modo de reparación integral de la o las víctimas.

Desde el punto de vista procesal, el marco teórico de referencia del conocimiento de causas por la Corte Interamericana no puede ser, únicamente, el Derecho Internacional Público, en tanto este, tradicionalmente, no regula relaciones entre el Estado y los ciudadanos -relaciones, se insiste, reguladas por el Derecho Constitucional y Administrativo. En el Derecho Internacional Público tradicional existen, ciertamente, normas procesales, por ejemplo, que rigen la solución de controversias entre Estados ante la Corte Internacional de Justicia. Pero esas reglas procesales no responden al concepto tradicional del Derecho Procesal, basado en relaciones jurídico-subjetivas centradas en la pretensión procesal, en especial, para la protección de situaciones jurídico-subjetivas.

Por ello, la disciplina jurídica que mejor se adapta al estudio procesal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el Derecho Procesal Constitucional y Administrativo, centrado en el estudio de la pretensión procesal en tales ámbitos. Así, la Corte Interamericana cumple una función jurisdiccional en cierto sentido similar a aquella que, en el orden doméstico, cumplen la justicia constitucional y la justicia contencioso-administrativa. En todos esos casos, un tribunal ejerce la función jurisdiccional como mecanismo de control externo de la actividad e inactividad del Estado, para la tutela judicial efectiva de situaciones jurídico-subjetivas, específicamente referidas a los derechos humanos.

Por ello, lo que en el orden doméstico se corresponde con el control del bloque de constitucionalidad y legalidad, en el Sistema Interamericano se corresponde con el control del bloque de la convencionalidad, o control de convencionalidad, que aplica a todo el *corpus iuris interamericano*. Ello ha permitido, por medio del método comparado, identificar elementos comunes al Derecho Constitucional en la región, sistematizados a través de la propuesta del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Un elemento central es el diálogo jurisprudencial, en la medida en que la justicia constitucional y administrativa toma en cuenta ese *corpus iuris*, y la propia Corte Interamericana se nutre del Derecho Constitucional y Administrativo Común en América Latina. Esto permitiría hablar del Derecho Procesal Convencional como ejemplo del “Derecho Procesal Global”.

Este artículo desarrolla esta tesis. A partir de las reflexiones que se han venido formulando en torno al “Derecho Administrativo Global”, la primera parte de este trabajo analiza cómo el Derecho Internacional ha pasado a regular relaciones jurídi-

cas entre el Estado y las personas, relaciones que, en parte, han quedado sustraídas del Derecho Constitucional y Administrativo. Por ello, el marco teórico adecuado para analizar las funciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana debe inspirarse en los principios generales del Derecho Procesal Constitucional y Administrativo, en especial, en lo que respecta a las pretensiones procesales y poderes de la Corte, incluyendo los límites a esos poderes desde el margen de deferencia.

La segunda parte aplica este marco teórico al Sistema Interamericano y a la Corte, desde las particularidades de la Convención. A tales efectos, y desde el prisma de los principios del Derecho Procesal Público, esta segunda parte analiza aspectos concretos de las pretensiones deducidas ante la Corte y las sentencias de condena por esta dictadas.

I. EL DERECHO PÚBLICO GLOBAL Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Esta sección resume la génesis y evolución del “Derecho Público Global”, esto es, los principios generales de Derecho Constitucional y Administrativo aplicados en el Derecho Internacional a las relaciones jurídicas entre los Estados y las personas. Este análisis se proyecta, en especial, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los fines de demostrar cómo esa Corte cumple un rol similar a la función del Derecho Procesal Constitucional y Administrativo en el ámbito doméstico. Esta visión, además, realza el alcance del control de la convencionalidad desde la perspectiva del Derecho Público Global aplicado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

1. Del Derecho Internacional al Derecho Público Global. La necesaria acotación de la expresión “global”

El Derecho Internacional Público ha venido evolucionando, en los últimos tiempos, como resultado de la globalización o, más bien, la mundialización del Derecho. Esta evolución ha permitido comenzar a estudiar el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo Global, esto es, el Derecho Público Global –distinto, como tal, al tradicional Derecho Internacional Público.

A. Del Derecho Internacional al Derecho Global

En sentido tradicional, el Derecho Internacional regula la relación entre Estados y otros sujetos de Derecho Internacional, como los organismos internacionales¹. Esta visión tradicional está centrada en el Tratado, que es, básicamente, un acuerdo entre Estados para regular sus relaciones en la comunidad internacional². El Tratado, como fuente primera del Derecho Internacional, es por ello una norma que regula la conducta de los Estados.

El Derecho Internacional Público centrado en los Tratados es resultado de la Paz de Westfalia y de la consideración del Estado como un ente autárquico, o sea, sobe-

¹ Como se ha señalado, el Derecho Internacional Público es el conjunto de normas que son vinculantes para los Estados en sus relaciones entre ellos. También se someten a esas normas las organizaciones internacionales y, en ciertos casos, los individuos. Por ello, las “personas internacionales” son aquellas cuya personalidad es reconocida en el Derecho Internacional (Robert Jennings y Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 5 ss.).

² La Convención de Viena sobre Tratados, en su Parte I, define al Tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

rano. Esta visión, basada en el concepto de soberanía estatal, permite explicar por qué, tradicionalmente, el Tratado no ha sido considerado fuente de Derecho doméstico, salvo cuando es incorporado al ordenamiento jurídico doméstico a través de una Ley³. Esto responde a la centralidad de la soberanía estatal, de acuerdo con la cual las relaciones entre las personas y el Estado se someten exclusivamente a las Leyes dictadas por este en el ámbito de su soberanía.

Dos fenómenos han cambiado esta realidad: por un lado, la globalización y mundialización del Derecho, y por el otro, la universalización de los derechos humanos.

La globalización es un fenómeno estrictamente económico: el desarrollo tecnológico facilitó la realización de actividades económicas que van más allá del Estado⁴. El intercambio de bienes y servicios ya no se limita solo al ámbito del Estado: ese intercambio se realiza globalmente en mercados integrados más allá de las fronteras estatales. Además, la globalización del intercambio económico, para atender los costos de transacción, estuvo acompañada de la globalización del Derecho, o como refiere la doctrina francesa, la mundialización del Derecho⁵. La norma jurídica dejó de ser una norma estatal, para pasar a ser una norma global.

Junto a ello, el Derecho Internacional avanzó hacia la universalización de los derechos humanos. Como explica Pedro Nikken, este proceso partió de un cambio fundamental en la concepción tradicional de la soberanía estatal: esa soberanía no puede ser oponible a los derechos inherentes a la persona⁶. En otras palabras, la fuente de los derechos inherentes a la persona no puede ser el ordenamiento jurídico dictado por el Estado en ejercicio de su soberanía, en tanto esos derechos ocupan un lugar superior frente al ordenamiento jurídico doméstico. Por ello, la soberanía estatal queda vinculada a los derechos humanos, y en concreto, al Derecho Internacional de los derechos humanos. Este cambio comenzó a materializarse con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se extendió a través de Tratados y otros instrumentos de Derecho Internacional que reconocen el amplio catálogo de derechos humanos, incluso, a nivel regional, como sucede con la Convención.

La universalización de los derechos humanos, en el plano jurídico, ha sido estudiada como globalización o, mejor, mundialización de los derechos humanos. Tal expresión alude a que el régimen jurídico de los derechos humanos tiene vigencia universal, más allá de las particularidades propias de cada Estado. De lo cual resulta que el Estado y el Derecho doméstico quedan supeditados al Derecho Internacional de los derechos humanos. De la supremacía de la Constitución en el orden doméstico,

³ En Venezuela, véase en general sobre eso a Angelina Jaffé, *Derecho Internacional Público*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, pp. 229 ss. La regla, se advierte, no aplica a los derechos humanos, pues el artículo 23 de la Constitución incorpora a los Tratados de derechos humanos al ordenamiento jurídico, incluso, con valor preferente.

⁴ La globalización parte de la integración económica y financiera ampliada, en el sentido que el mercado –intercambio de bienes y servicios– pierde límites territoriales. No se trata solo de relaciones económicas más allá del Estado, como por ejemplo, el comercio binacional. La clave está en la dimensión territorial del mercado, que va más allá del Estado, de forma tal que los mercados nacionales están integrados. Cfr.: Dani Rodrik, *One Economics, Many Recipes*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 195 ss.

⁵ Auby, Jean-Bernard, “Globalización y descentralización”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 156, Madrid, 2001, pp. 7 ss. Véase sobre ello, la obra colectiva *La mundialización del Derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009. Véase también a James-Otis Rodner, *La globalización. Un proceso dinámico*, Anauco, Caracas, 2001, pp. 170 ss.

⁶ Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 29 ss.

se pasó a la supremacía de los tratados de derechos humanos en el Derecho Internacional y regional⁷.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por ende, puede ser estudiado como un ordenamiento jurídico, de acuerdo con el concepto de Santi Romano⁸. Así, hay un conjunto de normas jurídicas que rigen a determinados sujetos, a través de una organización específica. El centro del ordenamiento jurídico del Sistema es la persona y sus derechos humanos reconocidos en el *corpus iuris interamericano*⁹. Sin embargo, se trata de un ordenamiento jurídico sin Estado.

La existencia de ordenamientos jurídicos sin Estado ha sido el punto desde el cual Sabino Cassese ha postulado la existencia del Derecho Global¹⁰. La expresión “global” no pretende aludir a la existencia de normas jurídicas válidas en todos los países, sino a la existencia de ordenamientos jurídicos que van más allá del Estado, y que por ende, no son ordenamientos jurídicos estatales. Por ello, el elemento característico del Derecho Global es la existencia de normas que van más allá del Tratado, en tanto este sigue siendo un acto estatal. Con lo cual, el dato característico del Derecho Global es la existencia del ordenamiento jurídico que no se limita a acuerdos entre Estados —el Tratado— sino que incluye, también, normas y decisiones producidas directamente por ese ordenamiento jurídico. El elemento clave es la creación de organismos internacionales con capacidad de adoptar decisiones vinculantes, sean normativas, ejecutivas e incluso, jurisdiccionales. Esas decisiones vinculantes dictadas por organismos internacionales, por ello, crean paulatinamente un ordenamiento jurídico autárquico, todo lo cual permite, conceptualmente, diferenciar el Derecho Internacional del Derecho Global¹¹.

⁷ El Estado no solo se somete al respeto de derechos constitucionales en el orden doméstico, sino que también se somete al respeto de derechos humanos en el orden internacional, al punto que el Derecho Internacional de los derechos humanos debe prevalecer sobre todo el ordenamiento doméstico (en tanto este no puede ser invocado para justificar violaciones al Derecho Internacional). La “jerarquía constitucional” de los Tratados internacionales de derechos humanos ha sido incluso reconocida en los propios textos fundamentales, como sucede en República Dominicana y Venezuela. En todo caso, esta jerarquía tiene un efecto de desplazamiento del orden constitucional, en el sentido que, en teoría, debe darse aplicarse preferente a los Tratados, y estos garantizan a los derechos humanos con mayores estándares de los reconocidos en el orden constitucional doméstico. Cfr.: Carlos Ayala Corao, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en: *Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 2002, pp. 37 ss.

⁸ Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 122 ss.,

⁹ El *corpus iuris interamericano* es el conjunto de tratados internacionales de derechos humanos emanados del seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) y su interpretación por la Corte Interamericana. Nos referimos en este sentido fundamentalmente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus dos protocolos adicionales relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y sobre la abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

¹⁰ Sabino Cassese, *The global polity*, Global Law Press, Sevilla, 2012, p. 15.

¹¹ Martín Ortega Carcelén, *Derecho global. Derecho internacional público en la era global*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 21 ss.

La diferencia entre el Derecho Internacional y el Derecho Global es, por ello, en cuanto al grado de complejidad del ordenamiento, no en cuanto a su dimensión estatal. Para aclarar: uno y otro son “Derecho Internacional” en tanto se basan en normas que rigen más allá de la frontera del Estado. El Derecho Internacional, en sentido tradicional, parte de la centralidad del Estado y es, en esencia, un Derecho consensual entre Estados basado en el Tratado. El Derecho Global, por el contrario, es un Derecho que va más allá del Estado, en tanto opera en el llamado “espacio global”, pues existen órganos que ejercen potestades de producción de decisiones vinculantes, normativas, ejecutivas o jurisdiccionales. En cierto modo, el Estado ya no es el centro de gravedad del Derecho Global, pues este es un “Derecho sin Estado”¹².

Con lo cual, y para terminar, el Derecho Global se basa en ordenamientos jurídicos complejos más allá del Estado, incluso, en ámbitos regionales. Hay así ordenamientos jurídicos que rigen a nivel mundial, como la Organización Mundial de la Salud, pero también hay ordenamientos jurídicos que aplican solo a determinadas regiones, o sea, en determinados países. Incluso en el caso de estos ordenamientos jurídicos regionales, es posible hablar de Derecho Global en tanto el ordenamiento jurídico va más allá del Estado. El calificativo “global”, por ende, indica el grado de autarquía y complejidad del ordenamiento jurídico internacional, con organismos internacionales que pueden producir fuentes secundarias de Derecho, pero no pretende postular la hegemonía de un solo ordenamiento jurídico en todo el mundo.

Por ello, se ha venido aludiendo al “Sur Global”, para comprender los principios generales de Derecho Internacional comunes en Latinoamérica y África, en especial, desde la visión de los derechos prestacionales, y en contraposición a los principios imperantes en Estados Unidos y Europa. La distinción, en realidad, parte de la diferenciación entre el diverso grado de desarrollo existente en esas regiones, pero permite comprender que el calificativo “global” no se emplea en cuanto a su dimensión espacial, sino en cuanto a la complejidad del ordenamiento jurídico internacional¹³.

B. El Derecho Constitucional Global y el Derecho Administrativo Global

Una de las grandes transformaciones del Derecho Internacional Público que ha propendido a su valoración como Derecho Global, es el reconocimiento de la capacidad del individuo para actuar en el Derecho Internacional. En su concepción tradicional, como se explicó, el Derecho Internacional Público solo regula relaciones entre Estados, con lo cual, las relaciones jurídicas entre Estados y las personas no interesaban al Derecho Internacional –salvo en casos como el “endoso”, esto es, cuando el Estado asume, para sí, la defensa de sus nacionales¹⁴.

¹² Como se ha observado, “en la actualidad, el Derecho tiende a emanciparse de manera creciente de las estructuras estatales como consecuencia de su apertura a la globalización y a las transformaciones que esta produce”. Cfr.: Luis Arroyo Jiménez *et al.*, “Presentación”, en: *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, 2020, p. 13. Véase en especial a Stefano Battini, *Amministrazione senza Stato. Profili di Diritto Amministrativo Internazionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 271 ss.

¹³ Vid. René Ureña, “Global Administrative Law and the Global South”, en: *Research Handbook on Global Administrative Law*, Research Handbooks on Globalisation and the Law series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 392. Más recientemente, vid. Philipp Dann *et al.*, *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

¹⁴ James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 591 ss. Véase también, en cuanto a las implicaciones de la capacidad procesal de las personas en el Derecho Internacional, a Katrin Fenrich, *The Evolving International Procedural Capacity of Individuals*, Springer International Publishing, Cham, 2019, pp. 133 ss., en especial, en cuanto a los conflictos jurisdiccionales que pueden plantearse entre el orden doméstico y el internacional.

La universalización de los derechos humanos, siguiendo a Nikken, promovió un cambio en esta visión¹⁵. Así, esta universalización solo puede operar en el Derecho Internacional, o sea, fuera de las fronteras del Estado, todo lo cual pasa por reconocer la capacidad del individuo para la defensa de sus derechos humanos en la comunidad internacional. Los Tratados sobre derechos humanos, por ello, cambiaron el concepto tradicional de Tratados: ciertamente estos resultan del acuerdo de voluntades entre Estados, pero su ámbito no es –solo– la relación entre Estados, sino la relación entre el Estado y las personas, con ocasión a la violación de sus derechos humanos. La creación de organismos internacionales para proteger esos derechos humanos refuerza esta apreciación: el Estado queda sometido al control ejercido por organismos internacionales, en lo que respecta sus relaciones con las personas. Los “Tribunales internacionales”, en tanto declaran la responsabilidad estatal por violación de derechos humanos y en esa medida resuelven disputas originadas en relaciones jurídico-subjetivas, suponen un cambio importante en el ámbito material de aplicación del Derecho Internacional, que ya no se circunscribe a relaciones entre Estados –como sucede, por ejemplo, con la Corte Internacional de Justicia¹⁶. El calificativo “internacional” alude al origen de esos Tribunales en el Derecho Internacional, aun cuando en la práctica –como sucede con los derechos humanos– el alcance es más bien regional, con lo cual, se alude también a “cortes regionales”¹⁷.

El surgimiento de organismos internacionales que ejercen potestades similares a las funciones jurisdiccionales, ejecutivas y normativas del Estado, llamó la atención de la doctrina de Estados Unidos, que comenzó a hablar del “Derecho Administrativo Global”. En resumen, el Derecho Administrativo Global, en su formulación original, describe a los organismos internacionales que controlan al Estado en relaciones jurídicas con las personas, similares a aquellas relaciones jurídicas gobernadas por el Derecho Administrativo doméstico. Sin embargo, esos organismos internacionales tienen un “déficit democrático”, pues ni son designados por autoridades electas, ni tampoco se someten a principios llamados a asegurar la transparencia y rendición de cuentas, entre otros. Para paliar ese “déficit democrático”, la doctrina propuso extender los principios generales del Derecho Administrativo doméstico a esos orga-

¹⁵ Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, ob. cit., pp. 309 ss., así como *En defensa de la persona humana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, pp. 133 ss. Véase igualmente, entre otros, a Kate Parlett, “The individual in international human rights law”, en: *The Individual in the International Legal System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 278 ss. Véase también a Juan Pablo Pérez-León, “El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional Número 8*, México D.F., 2008, pp. 599 ss.

¹⁶ La expresión “Tribunales Internacionales” no puede interpretarse de conformidad con los parámetros tradicionales de la separación de poderes y la existencia de un “Poder Judicial”. En ciertos ordenamientos internacionales ese análisis puede ser útil, como por ejemplo sucede con la Unión Europea. Pero en términos generales, en el Derecho Global los “Tribunales Internacionales” comprenden a todos los organismos internacionales que pueden aplicar el Derecho Internacional para resolver disputas entre el Estado y las personas. Cfr.: Sabino Cassese, ob. cit. En especial, vid. Stefan Kadelbach *et al.*, *Judging International Human Rights*, Springer International Publishing, Cham, 2019, en especial, la “Introducción”, pp. 3 ss. En sentido amplio, se incluyen todos los organismos internacionales de defensa de derechos humanos, y no aquellos que, en sentido estricto, actúan como Tribunales Internacionales. Véase en general a Juan Carrillo Salcedo, *Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 77 ss.

¹⁷ Medina, Cecilia, “The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation?”, en: *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 649 ss. Las cortes regionales de derechos humanos son tribunales internacionales, en tanto son creados por el Derecho Internacional.

nismos internacionales, lo que permitió hablar del “Derecho Administrativo Global” aplicable a las “Administraciones Públicas Globales”¹⁸.

Esta propuesta se expandió a Europa, lo que ha permitido consolidar el estudio del Derecho Administrativo Global, incluso, en relación con el arbitraje internacional de inversiones. Este arbitraje fue estudiado, tradicionalmente, como derivación del arbitraje comercial internacional. Empero, la doctrina observó que, en la práctica, el arbitraje internacional de inversiones basado en Tratados permite el control jurisdiccional de Estados en sus relaciones jurídicas con los operadores económicos, con lo cual, el marco general de referencia deben ser los principios generales de Derecho Administrativo doméstico, sistematizados por el método comparado¹⁹.

Un razonamiento similar ha permitido hablar, también, de Derecho Constitucional Global²⁰. Esta expresión puede tener dos alcances. Por un lado, y en sentido descriptivo, alude al conjunto de normas y principios que deben asegurar la gobernanza de la economía global, como sugiere Dani Rodrik²¹. El segundo alcance, que es en el que nos interesa detenernos, se basa en la mundialización o universalización de los derechos humanos, que en la región, forma parte importante del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL).

En efecto, la universalización de los derechos humanos implica que la vigencia de estos es “global”, o sea, no queda limitada al ámbito territorial de soberanía de cada Estado, al punto que los Estados no pueden desvincularse de su deber de promover y proteger los derechos humanos²². Esto no implica, sin embargo, que exista una “jurisdicción universal” de los derechos humanos, en el sentido que los Tribunales Internacionales creados para la defensa de los derechos humanos, solo pueden ejercer su jurisdicción sobre los Estados que expresamente lo hayan consentido, a través de su adhesión al correspondiente Tratado²³.

¹⁸ Recientemente, y por todos, puede verse a Benedict Kingsbury *et al.*, “Global Administrative Law and Deliberative Democracy”, en: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 526 ss. El concepto ha sido extendido a Iberoamérica. Vid.: Carlos E. Delpizzo, “Perspectiva latinoamericana del Derecho administrativo global”, en: *Desafíos del Derecho administrativo contemporáneo*, Paredes, Caracas, 2009, Tomo II, pp. 1286 ss.; José Antonio Muci-Borjas, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 51 ss.; José Luis Meilán Gil, *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Madrid, 2011, pp. 15 ss., y Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “El Derecho administrativo global: un derecho principal”, en: *Revista de Derecho Público* N° 120, Caracas, 2009, pp. 7 ss.

¹⁹ Stephan W. Schill, “Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach” en: *Virginia Journal of International Law*, N° 52, 2011, pp. 57 ss. Véase igualmente a Giacinto Della Cananea, “Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law”, en: *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 89 ss. En Venezuela, vid.: José Ignacio Hernández G., *Derecho administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, CIDEP-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp., 123 ss.

²⁰ Goldoni, Marco, “Introduction to the Material Study of Global Constitutional Law”, en: *Global Constitutionalism*, 8, N° 1, 2019, pp. 71 ss., y Matthias Lievens, *et al.*, “Democratic legitimacy and global governance: a research agenda”, en: *Global Governance and Democracy: A Multidisciplinary Analysis*, Edward Elgar Publishing, Northampton, Massachusetts, 2015 pp. 251 ss.

²¹ Dani Rodrik, *ob. cit.*

²² Wayne Sandholtz, “Human rights courts and global constitutionalism: Coordination through judicial dialogue”, en: *Global Constitutionalism*, pp. 1 ss.

²³ La jurisdicción de los organismos internacionales, como en especial sucede con las cortes regionales, se basa en los Tratados correspondientes. Véase a Gerd Oberleitner, *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts*, Springer Singapore, Singapore, 2018, pp. 421 ss.

En el ámbito internacional, esos Tribunales cumplen un rol similar al que cumplen los órganos jurisdiccionales en el orden doméstico, en lo que respecta a la protección de la supremacía constitucional y la defensa de los derechos constitucionales. Así, en el ámbito doméstico, el Derecho Constitucional regula –entre otras materias– las relaciones jurídico-subjetiva entre el Estado y las personas titulares de derechos constitucionales, cuya tutela se asigna a los órganos que conforman la justicia constitucional. Luego, la justicia constitucional, como el instrumento jurisdiccional para el control de la constitucionalidad, se encarga también de la tutela judicial efectiva de los derechos constitucional, resolviendo con ello controversias surgidas con ocasión a la actividad o inactividad estatal violatoria de esos derechos.

Los Tribunales Internacionales, y en concreto, la Corte Interamericana, ejercen la función jurisdiccional en este mismo sentido. Así, la Convención –y el resto del *corpus iuris interamericano*– reconocen derechos humanos y establecen la obligación de los Estados Parte de respetar, proteger y garantizar esos derechos. Las disputas surgidas con ocasión a la actividad e inactividad estatal violatoria de esos derechos humanos, son resueltas por la Corte en ejercicio de su función jurisdiccional, especialmente mediante su “competencia contenciosa”, o sea, la jurisdicción ejercida para resolver las pretensiones deducidas ante ella basadas en la responsabilidad internacional por violación del *corpus iuris*²⁴. Con lo cual, el Sistema Interamericano debe ser valorado desde el prisma del Derecho Global, o sea, un ordenamiento jurídico sin Estado.

Ahora bien, la distinción entre Derecho Constitucional y Administrativo, difusa de por sí en el ámbito doméstico, no puede ser entendida rigurosamente en el espacio global. En suma, las expresiones “Derecho Constitucional Global” y “Derecho Administrativo Global”, no son más que construcciones académicas llamadas a facilitar la comprensión de una compleja realidad, caracterizada por el cambio del paradigma derivado de la Paz de Westfalia. El Derecho Internacional aparece centrado, cada vez menos, en el Estado entendido como centro autárquico de poder, al admitirse la existencia de ordenamientos jurídicos que van más allá del Estado. Con lo cual, relaciones jurídicas que en el ámbito estatal quedan gobernadas por el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, ahora, también quedan gobernadas por ordenamientos jurídicos globales, incluyendo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bajo esta visión, podría hablarse de “Derecho Público Global” en referencia al Sistema Interamericano, para describir a ese ordenamiento jurídico que va más allá del Estado y que incide en relaciones jurídicas gobernadas en el ámbito doméstico por el Derecho Constitucional y Administrativo²⁵.

Tomemos el ejemplo de la potestad sancionadora ejercida por la Administración Pública en violación a los derechos humanos que imponen límites a esa potestad, como el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia. La persona cuya esfera jurídico-subjetiva ha sido lesionada por la potestad administradora sanciona-

²⁴ Esta afirmación no está exenta de polémica, en tanto el tránsito de la supremacía –de la Constitución al Derecho Internacional de los derechos humanos– colide con el concepto tradicional de soberanía.

²⁵ La expresión no deja de ser confusa, pues el Derecho Internacional es, también, “público”. Las notas distintivas del Derecho Público Internacional y del Derecho Público Global son dos. Por un lado, la complejidad del ordenamiento jurídico, centrado en el Tratado en el primer caso, y en un ordenamiento más complejo y autárquico en el segundo. Por el otro, el ámbito material, centrado a relaciones entre Estados en el primer caso, y a relaciones entre Estados y las personas, en el segundo. Esto último es decisivo, pues las relaciones gobernadas por el Derecho Constitucional y Administrativo en el ámbito doméstico, ahora, pasan a estar reguladas también por el Derecho Internacional, incluso, bajo el control jurisdiccional de Tribunales Internacionales, como la Corte Interamericana.

dora ejercida en violación a tales derechos, tendrá acceso a la justicia administrativa, por ejemplo, para demandar la nulidad del acto administrativo sancionador. Según los casos, podría tener acceso también a pretensiones en la justicia constitucional, como la acción de amparo constitucional. En ambos casos, la relación entre el Estado y el individuo está gobernada por el Derecho Constitucional y Administrativo, que contemplan mecanismos jurisdiccionales para la tutela judicial efectiva de sus derechos. Pero al mismo tiempo, una vez agotados los recursos internos, la violación de estos derechos humanos puede ser conocida por los mecanismos de control jurisdiccional del Sistema Interamericano, y en especial, por la Corte Interamericana, asumiendo que esta tenga jurisdicción para el caso concreto. Con lo cual, la misma relación jurídica gobernada en el ámbito doméstico por el Derecho Constitucional y Administrativo, pasa a estar regulada por el Sistema Interamericano.

Este ejemplo demuestra la interacción entre los ordenamientos jurídicos del Derecho Constitucional y Administrativo en el ámbito doméstico, y el ordenamiento jurídico del Sistema. Esta es la base del “Derecho Público Común” en América Latina, como veremos de seguidas.

2. El Derecho Público Global y la declaratoria de responsabilidad estatal por violación de derechos humanos en el marco de relaciones Estado-ciudadanos: el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La expresión “Derecho Público Global”, con las advertencias señaladas, puede ser empleada para estudiar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como un ordenamiento jurídico que va más allá del Estado e incluso, de los Tratados que conforman a tal Sistema, como es la Convención. Así, el ordenamiento jurídico interamericano, o *corpus iuris interamericano*, también está compuesto por normas distintas a los Tratados. Como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado²⁶:

El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

Como se observa, el ordenamiento jurídico del Sistema es autárquico y va más allá de actos estatales, como la suscripción del Tratado. Por ello, se trata de un ordenamiento jurídico sin Estado, con lo cual, debe ser analizado desde la perspectiva del Derecho Global, recordando que la expresión “global” se emplea en cuanto a la autarquía del ordenamiento jurídico sin Estado, incluso, si ese ordenamiento solo tiene un ámbito territorial regional, como el Sistema.

Con lo cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos forma parte de ese ordenamiento jurídico, en dos sentidos. Por un lado, la Corte es el órgano creado para ejercer la función jurisdiccional aplicando, al caso concreto, el ordenamiento jurídico interamericano. Por otro lado, la Corte, con sus sentencias, crea precedentes que también pasan a formar parte de ese ordenamiento. Lo peculiar, además, es que el ordenamiento jurídico interamericano es de preferente aplicación al ordenamiento

²⁶ Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, párrafo 115.

jurídico doméstico, incluyendo el ordenamiento jurídico constitucional, como se explica más adelante.

Ahora bien, al encuadrar a la Corte dentro del Derecho Público Global, o sea, dentro del ordenamiento jurídico interamericano, es preciso recordar que la función jurisdiccional que la Corte ejerce es similar a la función jurisdiccional que, en el ámbito doméstico, ejercen la justicia constitucional y la justicia contencioso-administrativa. Así, en esos tres ámbitos, órganos jurisdiccionales con autonomía e independencia ejercen su función para declarar la violación del ordenamiento jurídico por la actividad e inactividad del Estado, así como para declarar la responsabilidad del Estado por infracción de ese ordenamiento, acordando –según los casos– las medidas correspondientes para la efectiva protección de las situaciones jurídicas vulneradas. En el caso de la justicia constitucional y contencioso-administrativa, el control jurisdiccional se basa, respectivamente, en el “bloque de la constitucionalidad” y el “bloque de la legalidad”. Respecto de la Corte, cabría hablar del “bloque de la convencionalidad”, o sea, del *corpus iuris interamericano*.

Así, en apretada síntesis, y dejando a salvo lo que se señala en la sección siguiente, la Corte Interamericana, en ejercicio de la jurisdicción reconocida en la Convención, declara la responsabilidad de los Estados por violación del ordenamiento jurídico interamericano, y en esa medida incide directamente en disputas entre los Estados y las personas cuyos derechos humanos están reconocidos en ese ordenamiento. Como es sabido, la Convención no admitió el acceso directo de las personas a la Corte, en tanto estas deben, primero, agotar la instancia previa en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien tiene así, junto con los Estados parte, la legitimación activa ante la Corte. Pero este aspecto procesal no impide considerar que, en el fondo, la Corte Interamericana declara la responsabilidad de los Estados por incumplimiento de sus obligaciones con ocasión a su actividad e inactividad contraria a los derechos humanos reconocidos en ese ordenamiento. La violación a esos derechos solo es posible en el marco de relaciones jurídicas entre el Estado y las personas, que son precisamente las relaciones gobernadas, en el ámbito doméstico, por el Derecho Constitucional y Administrativo. Una muestra de ello es que el Reglamento de la Corte prevé que las presuntas víctimas pueden participar en el juicio de manera directa, en calidad de parte, de manera autónoma y durante todo el proceso, una vez admitida la demanda, lo que se conoce como *locus standi*²⁷.

De esa manera, de acuerdo con los principios generales que regulan la responsabilidad del Estado en el Derecho Internacional, tal responsabilidad puede quedar comprometida por el ejercicio de todas sus funciones, esto es, la función legislativa, ejecutiva y judicial. Con lo cual, desde la perspectiva de la Convención, la responsabilidad del Estado por violación de los derechos humanos puede ser ocasionada por el ejercicio de cualquiera de esas funciones²⁸. Lo importante es que la responsabilidad

²⁷ Sin perjuicio de lo señalado más adelante, Juan Pérez-León, ob. cit., pp. 625 ss. Véase igualmente a Laura Camarillo, *Acceso directo del individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2018, pp. 177 ss. En relación con la participación de las víctimas en juicio, vid. artículo 25.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁸ El Estado es responsable por toda acción u omisión violatoria de los derechos humanos reconocidos en el Sistema, con independencia de la función pública relacionada con esa acción u omisión. Este es, por lo demás, el principio general en el Derecho Internacional de los derechos humanos. Cfr.: James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text, and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, pp. 86 ss.

del Estado tiene lugar con ocasión a sus relaciones jurídicas con las personas, en la medida en que el Estado, con su acción u omisión, viola derechos humanos²⁹.

Con lo cual, en el fondo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoce de responsabilidad de los Estados parte por violación de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interamericano, concretizadas en la esfera jurídico-subjetiva de las personas, responsabilidad que será declarada en la sentencia de condena a la cual se contrae el artículo 63.1 de la Convención. Tales situaciones jurídicas, usualmente gobernadas por el Derecho Constitucional y, eventualmente por el Derecho Administrativo, ahora quedan regidas por el Derecho Internacional³⁰.

La comparación entre los órganos jurisdiccionales domésticos que conocen de disputas basadas en esas relaciones (los tribunales constitucionales y administrativos), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, permite extraer semejanzas sustantivas y adjetivas³¹.

Sustantivamente, la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos amparados en el marco de la Convención, es en realidad parte de la responsabilidad del Estado por violación de derechos fundamentales. Con lo cual, los parámetros sustantivos para considerar la violación de derechos humanos, en el ámbito de la Corte Interamericana, resultan similares a los que, en el ámbito doméstico, rigen respecto de la violación de derechos fundamentales. Un buen ejemplo es el principio de proporcionalidad, de aplicación en el ámbito de la Convención, y que es tratado con detalle en el Derecho Constitucional y el Administrativo respecto del ejercicio de las funciones del Poder Público³².

Además, desde el punto de vista adjetivo o procesal, que es el enfoque del presente trabajo, la Corte Interamericana actúa de manera similar a los tribunales constitucionales y administrativos. Así, la Corte ejerce la función jurisdiccional para aplicar el Derecho a la disputa causada por la violación de derechos humanos en el marco de

²⁹ El ámbito material de la Convención, como se amplía en la sección siguiente, son las relaciones jurídico-subjetivas basadas en los derechos humanos reconocidos en el Sistema. La Convención siempre aplica, por ello, respecto de específicas relaciones jurídicas con las personas, pues solo en el marco de esas relaciones es que pueden violarse derechos humanos y, por ende, declararse la responsabilidad del Estado.

³⁰ Las relaciones jurídicas entre el Estado y las personas quedan reguladas por el Derecho Constitucional, usualmente con ocasión a los derechos públicos subjetivos reconocidos en esta, o sea, los derechos constitucionales. También esas relaciones quedan reguladas por el Derecho Administrativo, en lo que respecta a la actividad o inactividad administrativa del Estado. La distinción no es férrea, pues toda relación jurídico-administrativa es regulada también por el Derecho Constitucional. Así, la relación entre el Estado y la persona cuyos activos han sido expropiados, está regulada por el Derecho Administrativo (por ejemplo, con ocasión al procedimiento expropiatorio) y por el Derecho Constitucional (la protección del derecho a la defensa, por ejemplo). Especialmente en el Derecho Administrativo, la relación jurídico-subjetiva ha sido considerada como un elemento de especial trascendencia. Vid. Jesús Caballero Ortiz, “La relación jurídico-administrativa y las situaciones jurídicas de los administrados”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 6, Caracas, 1999, pp. 7 ss.

³¹ A los fines del método comparado, las expresiones “tribunales constitucionales” y “tribunales administrativos” se emplean con carácter descriptivo, para englobar a los órganos jurisdiccionales que, en el ámbito doméstico, resuelven disputas de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo. La organización doméstica de esos órganos marca diferencias importantes en términos de su ubicación dentro del Estado (en el Poder Judicial, en el Poder Ejecutivo o como un Poder distinto a estos), e incluso, en el cuanto al alcance del control.

³² Por ejemplo, vid. Laura Clérico, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp. 33 ss.

relaciones jurídico-subjetivas, de manera similar a la función jurisdiccional ejercida por esos tribunales en el orden doméstico³³. En especial, como se señalaba anteriormente, el artículo 25.1 del Reglamento de la Corte reconoce la cualidad procesal de las personas, como presuntas víctimas para “presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas”, acotando que ellas “continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso”.

Frente al Estado, además, el control jurisdiccional de la Corte actúa como un control externo, de igual forma que los tribunales constitucionales y administrativos actúan como controles jurisdiccionales externos sobre el Estado. Esto quiere decir que la Corte participa de la misma función que cumplen, en el Derecho doméstico, los tribunales constitucionales y administrativos, o sea, controlar al Estado para prevenir o condenar su abuso de poder. Esto es especialmente relevante en el Sistema Interamericano, vista la preferente aplicación del ordenamiento jurídico interamericano, proyectada en el control de la convencionalidad, incluyendo el propio control que ejerce la Corte sobre la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos³⁴.

En cuanto al alcance del control jurisdiccional, al igual que los tribunales constitucionales y administrativos, la Corte puede dictar sentencias de condena en contra del Estado, como resultado de la pretensión de condena esgrimida por la Comisión Interamericana. En efecto, cuando la Comisión “somete un caso” a la Corte (artículo 61.1, Convención), debe indicar “las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones” (artículo 31.1, literal g, Reglamento de la Corte). Estas pretensiones son “pretensiones de condena”, en el sentido que requieren que la Corte dicte órdenes

³³ Como se detalla en la segunda parte, el artículo 1 del Estatuto de la Corte así lo reconoce, al definir a esta como una “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. A estos fines, la función jurisdiccional es el poder de dirimir controversias o disputas entre partes, mediante la aplicación al caso concreto del Derecho aplicable. En el Derecho Público doméstico, esa función es ejercida por los tribunales constitucionales (respecto del control de constitucionalidad) y administrativos (respeto de disputas basadas en relaciones jurídico-administrativas). La Corte, igualmente, ejerce esa función jurisdiccional por lo que respecta a las relaciones jurídico-subjetivas gobernadas por el ordenamiento jurídico interamericano. De acuerdo con García Ramírez, la Corte “es un órgano jurisdiccional, con funciones de este carácter. La CIDH posee atribuciones jurisdiccionales en dos dimensiones. Por una parte, puede recibir y resolver, en vía consultiva, las solicitudes de opinión que le propongan los Estados del sistema interamericano o determinados organismos internacionales colocados en el marco de la OEA (...) otra dimensión de atribuciones de la CIDH (...) es la relativa a asuntos contenciosos –cuya solución, por lo demás, es lo que caracteriza a un verdadero tribunal– generados con motivo de la interpretación y aplicación de diversos ordenamientos internacionales: ante todo, la Convención...”. (*Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2002, pp. 90-91). Nuestro análisis considera, en especial, la segunda dimensión, en asuntos contenciosos (artículo 2.2, Estatuto).

³⁴ La democracia constitucional –como lo reconoce la Carta Democrática Interamericana– precisa, entre otros elementos, de controles jurisdiccionales externos sobre el Estado, llamados a prevenir su abuso y, de ser el caso, declarar su responsabilidad. Ese es el rol general de los tribunales constitucionales y administrativos (Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 153 ss.). La Corte Interamericana es, por ello, un órgano que también participa en esa función, pero en el espacio global. Cfr.: Marina Aksenova y Geir Ulfstein, “The Task of Regional and International Courts in Guarding Constitutionalism and Human Rights”, en: *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 352 ss. Véase en especial a Néstor Pedro Sagüés, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en: *Revista de Investigações Constitucionais*, N° 1 N°2, Curitiba 2014, pp. 23 ss.

de hacer o no hacer, referidas al cese de la violación de los derechos humanos más las correspondientes órdenes reparatorias, como dispone el artículo 63.1 de la Convención, como detallamos en la sección siguiente, al identificar las instituciones de Derecho Procesal en el Sistema Interamericano.

La conclusión de todo lo anterior es que, en cuanto a su diseño institucional, la Corte Interamericana cumple, en el ordenamiento jurídico interamericano, un rol similar al que en el ordenamiento jurídico doméstico cumplen la justicia constitucional y contencioso-administrativa. De esa manera, en todos esos casos se trata de mecanismos jurisdiccionales externos de control llamados, por un lado, a controlar la actividad e inactividad del Estado por violación al ordenamiento jurídico, declarando su responsabilidad, y tutelar judicialmente la situación jurídico-subjetiva. Desde la perspectiva del control de la convencionalidad, el rol de la Corte es más similar a la justicia constitucional como garante del control de constitucionalidad, pero desde la perspectiva de las sentencias de condena y de restablecimiento de situaciones jurídico-subjetivas, su rol es más similar al de la justicia contencioso-administrativa.

La similitud entre esos órdenes jurisdiccionales, advertimos, no equivale a exactitud en cuanto a su régimen jurídico. En suma, como se explica en la sección siguiente, el concepto de Derecho Procesal siempre es relativo y, en este caso, debe ajustarse a las particularidades del Sistema Interamericano. Una de las principales diferencias es que mientras la justicia constitucional y contencioso-administrativo son universales, la justicia en el ámbito de la Corte Interamericana no es universal. En efecto, el Derecho Constitucional y Administrativo Común en América Latina considera que todos los actos del Estado están siempre sometidos a la justicia constitucional y contencioso-administrativa, pues no hay actos del Poder Público exentos de control. Pero la Corte Interamericana solo puede ejercer su jurisdicción respecto de los Estados que expresamente así lo hayan reconocido, como ampliamos en la sección siguiente. Por ello, la principal diferencia radica, precisamente, en el concepto de soberanía: mientras que la justicia constitucional y contencioso-administrativa son expresiones de la soberanía estatal, la justicia en el Sistema Interamericano se ejerce frente a la soberanía estatal.

En todo caso, lo importante de este paralelismo es el diálogo jurisprudencial interamericano-doméstico como ruta de doble vía, en el que los ordenamientos nacionales se nutren del ordenamiento jurídico interamericano, y este último se nutre del Derecho Constitucional y Administrativo común en la región. Esta es la relevancia de la propuesta del *Ius Constitutionale Commune*, que como veremos, propende al estudio comparado del Derecho Constitucional Común en la región, también extensible al Derecho Administrativo. Este *Ius Commune* no es todo caso solo sustantivo, pues también abarca la arista procesal, común a la función jurisdiccional ejercida por la Corte Interamericana, la justicia constitucional y la justicia contencioso-administrativa, en lo que puede ser considerado como el *ius procesal público commune* en América Latina.

3. *El Ius procesal público commune en América Latina y las fuentes del Derecho Procesal en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El Derecho Procesal Convencional*

La justicia constitucional y la justicia contencioso-administrativa han venido siendo estudiadas desde la óptica del Derecho Procesal. En su concepción inicial, como mecanismos objetivos de control del bloque de constitucionalidad y legalidad basados en “medios de impugnación”, el enfoque procesal no era común. Pero luego de admitirse que ambas justicias, como órdenes jurisdiccionales, tienen dentro de sus

funciones la tutela judicial efectiva de las situaciones jurídico-subjetivas de las personas, comenzó a plantearse su estudio desde el Derecho Procesal. Más que de “medios de impugnación”, el encuadre conceptual adecuado es el del ejercicio de la acción ante los órganos a cargo de la justicia constitucional y contencioso-administrativa, mediante las correspondientes pretensiones procesales, que darán lugar a una relación jurídico-procesal. De allí, por ende, el estudio del Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Procesal Administrativo. Desde el punto de vista comparado, el *Ius Commune* de la región también abarca este aspecto procesal, con lo cual, es posible aludir al Derecho Procesal Público común en América Latina, o *ius procesal público commune* en América Latina, para englobar al Derecho Procesal Constitucional y Administrativo³⁵.

El estudio comparado de este *ius commune* procesal es de especial interés, para identificar las fuentes del Derecho Procesal en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, en el estudio del Derecho Global, especialmente del Derecho Administrativo Global, se ha destacado que los principios generales del Derecho Administrativo son fuente del Derecho Internacional, de acuerdo con el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Con lo cual, el Derecho Administrativo Global se ha basado en la sistematización de esos principios generales a través del método comparado³⁶.

Como es sabido, el rol de los principios generales del Derecho doméstico como fuente del Derecho Internacional, es evitar las situaciones en las cuales, ante lagunas en los Tratados, no sea posible decidir determinado caso. Así, como es sabido, la primera fuente del Derecho Internacional, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, son los Tratados. La segunda fuente –literal b– es la “costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. En tercer lugar, y de acuerdo con el literal c, se ubican los “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Por último, el literal d alude a las “decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Con lo cual, los principios generales de Derecho, como fuente supletoria de los Tratados, permite suplir lagunas y, en general, precisar mejor el sentido de los Tratados³⁷.

³⁵ Eduardo Ferrer-Gregor lo ha resumido de esta manera: “la expresión “derecho procesal constitucional” tiene tres significaciones. Por una parte se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico (normas procesales de origen constitucional o derivadas de ellas) ... También se utiliza para significar las actuaciones procedimentales que realizan los órganos de justicia constitucional, particularmente las realizadas por las jurisdicciones especializadas (...) una tercera connotación refiere a su carácter científico; es decir, a la disciplina que estudia de manera sistemática la jurisdicción, magistratura, órganos, garantías, procesos, principios y demás instituciones para la protección de la Constitución desde la ciencia del derecho” (*Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2012, Tomo I, pp. 458-459). Las particularidades de la justicia constitucional han creado algunas dudas en torno a la expresión. En el ámbito del Derecho Administrativo, la expresión es mucho más trabajada. Por todos, Jesús González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 53 ss.

³⁶ José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, CIDEP, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 20 ss.

³⁷ Fabián Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, M. Nijhoff, 2008, pp. 45 ss. En cuanto al Derecho Administrativo Global, vid. Giacinto Della Cananea, “Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law”, en: *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, Springer, 2011, pp. 89 ss.

Estos principios generales, como fuente del Derecho Internacional, aplican también al Sistema Interamericano de Derechos Humanos³⁸. Ello rige para los principios generales del Derecho doméstico de los Estados que forman parte de la Convención, incluyendo por ello los principios generales de Derecho Procesal Constitucional y Administrativo. Se trata, en todo caso, de fuentes supletorias, cuya primera utilidad reside en el correcto entendimiento de la Corte desde el Derecho Procesal Público común en América Latina.

En efecto, el ordenamiento jurídico interamericano tiene normas procesales, y desde esa perspectiva, puede hablarse del Derecho Procesal convencional³⁹. Esta conclusión se basa en la distinción tradicional entre el Derecho sustantivo y el Derecho procesal, y es aplicable en general a las normas procesales a través de las cuales organismos internacionales ejercen la función jurisdiccional, como sucede con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata, así, de un Derecho procesal trasnacional⁴⁰.

Pero más allá de este aspecto conceptual, este enfoque tiene relevancia especial, en la medida en que él permita aplicar, como fuente de Derecho Internacional del ordenamiento jurídico interamericano, a los principios generales del *ius commune procesal constitucional y administrativo* en América Latina, o sea, el *ius commune procesal público*. Así, frente a las lagunas que puedan presentarse en la interpretación de las normas procesales del ordenamiento interamericano, la costumbre internacional poco aporta, pues esa costumbre se da principalmente en el ámbito de relaciones entre Estados, pero no en el ámbito de relaciones entre el Estado y las personas, que son las relaciones de las cuales conoce la Corte. Con lo cual, las lagunas presentes en las normas adjetivas que rigen a la Corte, deben tomar en cuenta a los principios generales del Derecho Procesal comunes en el Derecho Constitucional y Administrativo de América Latina.

La aplicación de estos principios procesales es consistente, además, con la naturaleza de la función jurisdiccional de la Corte Interamericana, similar a la que ejercen en el ámbito doméstico la justicia constitucional y administrativa, como explicamos en las secciones anteriores. En la región esto es especialmente relevante, por el sentido especial –y distintivo– que tiene la expresión “Derecho Procesal Constitucional”, gracias a los aportes de García Belaunde y Sagüés⁴¹. Con lo cual, este Derecho Procesal, como parte del Derecho Común en la región, se nutre no solo de los ámbitos domésticos, sino también, del ámbito procesal del ordenamiento jurídico interamericano, en el diálogo al cual hemos referencia.

³⁸ Aun cuando no se trata de un aspecto especialmente tratado. Véase en especial a Mireya Castañeda, *El Derecho Internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*, Comisión Nacional de los derechos humanos de México, México D.F., 2012, p. 39.

³⁹ Por ejemplo, vid. Alfonso J. Martínez Lazcano, “Derecho procesal convencional: nueva rama jurídica”, en *Revista Derecho de las minorías*, Vol. 3, 2020, pp. 43 ss. El autor parte de la necesidad de distinguir, en el Derecho del Sistema Interamericano, entre el Derecho sustantivo y el Derecho procesal. Para este enfoque, vid. *Derecho Procesal Convencional el Nuevo Desafío de la Justicia Constitucional*, coordinado por Luis Andrés Cucarella, trabajos realizados en el XLV Encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional organizado por la Universidad de Valencia en octubre de 2016 (Nueva Jurídica-Universitat de València, Bogotá, 2016).

⁴⁰ Eduardo Ferrer McGregor, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 58.

⁴¹ Eduardo Ferrer McGregor, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, ob. cit., pp. 49 ss.

Aquí conviene recordar que incluso bajo la perspectiva del Derecho Procesal, el ejercicio de la función jurisdiccional por la justicia constitucional y contencioso-administrativa tiene particularidades que permiten diferenciarlo del ejercicio de esa función en el ámbito privado, o sea, el Derecho Procesal Civil. En efecto, aun cuando el Derecho Procesal Constitucional, Administrativo y Civil formal parte del Derecho Procesal y se rigen por su teoría general, el Derecho Procesal Público (Constitucional y Administrativo) tiene una particularidad de la cual no participa el Derecho Procesal Civil, a saber, que la función jurisdiccional cumple, también, un rol de control externo sobre el Poder Público para asegurar el Estado de Derecho, en el marco del sistema de pesos y contrapesos. Como explica Ferrer McGregor⁴²:

...si bien el Derecho procesal constitucional comparte los conceptos tradicionales de la teoría del proceso, existen particularidades y categorías propias que deben construirse y diferenciarse especialmente del tradicional proceso civil que contribuyó a sentar las bases generales del proceso, y de ahí avanzar en las categorías que caracterizan al proceso constitucional.

De esa misma naturaleza participa el Derecho Procesal en el ordenamiento jurídico interamericano, en tanto la Corte actúa también como un control jurisdiccional externo al Estado –pero en el espacio global. Precisamente por lo anterior, y parafraseando a Ferrer McGregor, cabe observar que si bien el *Derecho Procesal Convencional* comparte los conceptos generales de la teoría general del proceso, es preciso también considerar sus “particularidades y categorías propias”. Pero esas “particularidades y categorías propias” no pueden ubicarse en el Derecho Internacional tradicional, pues este regula relaciones entre Estados. De allí que es inadecuado, a nuestro parecer, enfocar esta arista procesal desde el “Derecho Procesal internacional”, como sería el caso por ejemplo del estudio procesal de la Corte Internacional de Justicia. El proceso entre Estados tiene categorías diferentes al proceso que involucra a personas, en especial, por lo que respecta a la tutela de sus derechos humanos, y que también involucra a Estados, por medio de controles jurisdiccionales externos. Con lo cual, para ubicar las “particularidades y categorías propias” del Derecho Procesal Convencional es preciso acudir a los principios generales del Derecho Procesal Público común en América Latina.

Estos principios generales son fuentes complementarias a la Convención y del resto de Tratados que conforman ese Sistema. Pero estos principios permiten interpretar, mejor, el control jurisdiccional que ejerce la Corte, considerando las similitudes, ya apuntadas, entre el control jurisdiccional ejercido por la Corte y el control jurisdiccional ejercido por los tribunales constitucionales y administrativos.

Bajo este enfoque, es posible ubicar a los principios generales de Derecho Procesal que, en los Estados parte de la Convención, reúnen los postulados comunes del Derecho Procesal Constitucional y Administrativo. Lo peculiar, se insiste, es que el Derecho Internacional de los derechos humanos, al regular relaciones jurídico-subjetivas usualmente gobernadas por el Derecho Constitucional y Administrativo, se nutre de principios generales del Derecho Procesal Público doméstico. Por ello, para la mejor interpretación de las normas procesales de la Corte, y para aclarar las lagunas que puedan presentarse, este acervo, o sea, los principios generales del Derecho Procesal Constitucional y Administrativo, como fuente de Derecho Internacional, resultan de especial utilidad.

⁴² Eduardo Ferrer McGregor, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, ob. cit., p. 66.

Para abarcar conceptualmente esos principios generales, puede hablarse del Derecho Procesal Global de los derechos humanos, esto es, las normas procesales que rigen a los sistemas de control jurisdiccional de derechos humanos en el espacio global, en ordenamientos jurídicos que van más allá del Estado⁴³. La expresión global, de nuevo, no alude a una dimensión territorial –pues la Corte es, en realidad, un tribunal regional– sino al grado de complejidad del Derecho Internacional, que integra no solo a los Tratados sino también a las normas derivadas, que en su conjunto, conforman el *corpus ius interamericano*, en el Derecho Procesal Convencional, cuyo concepto es precisado en la siguiente sección.

Este *corpus ius interamericano*, por ello, abarca también al Derecho Procesal, incluyendo a los principios generales procesales de los Estados parte de la Convención, en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional y Administrativo. En tanto fuente supletoria, estos principios deben siempre ser interpretados de acuerdo con la Convención y el *corpus ius*. De allí que su utilidad práctica reside en aquellos casos en los cuales el ordenamiento jurídico interamericano presente lagunas.

En resumen, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cumple un rol similar al que, en el ámbito doméstico, ejercen los tribunales constitucionales y administrativos, enmarcadas en el Derecho Procesal Constitucional y Administrativo. El debido encuadramiento conceptual de la Corte Interamericana, y la solución de las lagunas que puedan presentarse en las normas procesales formales aplicables, recomienda sistematizar los principios generales del Derecho Procesal Constitucional y Administrativo de los Estados que conforman al Sistema, como fuentes supletorias del *corpus ius interamericano* en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Pudiera hablarse del Derecho Procesal Global de los derechos humanos para aludir a esos principios generales, pero conviene tener en cuenta que su ámbito no es tanto global sino regional, dentro del Sistema. Para evitar esa confusión, puede hablarse de Derecho Procesal Convencional.

II. LA APLICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PÚBLICO A LA JURISDICCIÓN INTERAMERICANA: UN EJEMPLO DE DERECHO PROCESAL GLOBAL

1. El Derecho Convencional Interamericano

La protección internacional de los derechos humanos en el marco de los países miembros de la Organización de Estados Americanos ha traído como consecuencia la aparición de una nueva rama del Derecho: el Derecho Convencional.

⁴³ El Derecho Constitucional Global y el Derecho Administrativo Global, han sido empleados para describir el régimen jurídico sustantivo que aplica en el espacio global. Es posible emplear esa metodología para aludir a las normas procesales que rigen el ejercicio de la función jurisdiccional en el espacio global, o sea, el Derecho Procesal (Constitucional y Administrativo) Global. Así como la fuente primera del Derecho Constitucional y Administrativo Global son los principios generales del Derecho Constitucional y Administrativo, en el caso del Derecho Procesal Global, resultan de interés los principios generales del Derecho Procesal Constitucional y Administrativo. Véase sobre ello a José Ignacio Hernández G., “Derecho Procesal Administrativo Global”, en: *Temas fundamentales del Derecho Público en homenaje a Jesús González Pérez*, FUNEDA, CIDEP, Caracas, 2020. Con lo cual, el Derecho Procesal Global de los derechos humanos, alude al estudio de los tribunales internacionales de derechos humanos, desde la teoría general del Derecho Procesal Público, proyectado al espacio global.

Por Derecho Convencional Interamericano *stricto sensu* entendemos los principios, estándares y normas contenidas en el *corpus iuris interamericano*, que como vimos, es el conjunto de instrumentos (tratados, convenios, declaraciones, principios) adoptados en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuya finalidad es el reconocimiento y protección de los derechos humanos en la región, así como el conjunto de criterios emanados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación y aplicación de tales instrumentos.

Ahora bien, entendido *lato sensu*, el Derecho Convencional no se limita a las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás convenciones interamericanas que, regidas bajo principios de Derecho Internacional Público, vinculan a los Estados que los han ratificado, al igual que lo haría la ratificación de cualquier Tratado internacional. El Derecho Convencional, por el contrario, trasciende del Derecho Internacional Público y se enraíza en el Derecho Constitucional y Derecho Público en general de los países de la región.

Así, el Derecho Convencional implica una suerte de diálogo normativo fundado en las cláusulas constitucionales que a manera de válvula permiten la apertura del Derecho nacional al Derecho regional, asimilándolo como Derecho propio o supranacional y otorgando rango constitucional a las convenciones y protocolos interamericanos de derechos humanos, con claras consecuencias no solo en lo que respecta a las obligaciones de los Estados como tradicionales entes de Derecho Internacional, como antes explicamos, sino además en la fusión de estándares de protección de derechos humanos y de mecanismos de control y garantía de esa protección.

Como consecuencia de esa confluencia de estándares y en especial la permeabilización del *corpus iuris interamericano* en el Derecho nacional, asumiéndolo como propio, se produce la llamada interamericanización, entendida como la “adopción gradual de los estándares interamericanos por parte de los Estados que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para aplicarlos a su derecho público nacional”⁴⁴, transformando gradualmente ese Derecho doméstico tradicional.

El Derecho Convencional se erige además como una de las fuentes del mencionado *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano* el cual es un “fenómeno jurídico compuesto por elementos provenientes de varios ordenamientos jurídicos que se encuentran interconectados por un impulso común denominado constitucionalismo transformador...”, en el que se vinculan el *corpus iuris interamericano*, las garantías de derechos humanos recogidas en las Constitucionales nacionales y la jurisprudencia nacional e interamericana en esta materia⁴⁵.

En definitiva, en el Derecho Convencional Interamericano dialogan los Derechos nacionales y Derecho Interamericano, lo que permite reforzar y unificar los estándares de protección de los derechos humanos en la región.

⁴⁴ Mariela Morales Antoniazzi, “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, en: AA.VV., *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, México, 2017, pp. 417 ss.

⁴⁵ Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, Ximena Soley, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, en: AA.VV., *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, México, 2017, pp. 19 ss.

2. El Derecho Procesal Convencional

Ese Derecho Convencional sustantivo, compuesto como se dijo por los principios y estándares de protección de los derechos humanos en la región, tanto a nivel supranacional como nacional de manera confluyente, ha de contar con un Derecho Convencional adjetivo o procesal, como explicamos en la sección anterior. Así, el Derecho Procesal Convencional puede ser definido como el conjunto de principios y normas de carácter adjetivo que permiten dar eficacia al Derecho Convencional sustantivo mediante la declaratoria jurisdiccional de responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento del *corpus iuris* interamericano, a la vez que permiten la satisfacción de pretensiones y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el ámbito interamericano.

La aplicación del Derecho Procesal Convencional corresponde, en el Sistema Interamericano, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo con las competencias y procedimientos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, Estatuto y Reglamento de la Corte, de las que damos cuenta de seguidas. Conviene explicar esta materia, para luego ahondar en las razones por las cuales, el marco teórico bajo el cual ha de analizarse su competencia y procedimientos es el Derecho Procesal Público.

A. La Corte Interamericana: naturaleza y criterios de competencia

Tal y como explicamos en la sección anterior, la Corte Interamericana es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁶ y demás normas del *corpus iuris interamericano*. Su calificación como “institución judicial” ratifica que es un tribunal creado desde el Derecho Internacional, por la Convención, para ejercer la función jurisdiccional.

Así, de acuerdo con el artículo 61 y siguientes de la Convención Americana, la Corte Interamericana ejerce dos funciones primordiales: en primer lugar, la función contenciosa, mediante la cual conoce y resuelve casos planteados por la Comisión Interamericana o los Estados parte para determinar la responsabilidad internacional de estos por incumplimiento de las obligaciones derivadas del *corpus iuris*. Dicha función abarca, además, (i) la posibilidad de dictar medidas preventivas para evitar daños irreparables o de difícil reparación, (ii) medidas de restitución y reparación necesarias para procurar el restablecimiento in integrum de la lesión de las víctimas de violaciones de derechos humanos y la no repetición en casos similares futuros, y (iii) la potestad de supervisión y monitoreo hasta tanto se logre el efectivo cumplimiento de sus sentencias. Su segunda función es la consultiva, en atención a la cual decide las consultas formuladas por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) o los órganos de esta en relación con (i) la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención, y (ii) la interpretación de la Convención o de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos⁴⁷.

Es importante destacar que la Corte ejerce una función jurisdiccional a nivel regional, conforme a cuatro criterios de competencia: competencia *ratione personae*,

⁴⁶ Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁷ Nos remitimos a nuestras consideraciones en Daniela Urosa Maggi, “Tendencias jurisprudenciales y desafíos actuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Breves notas en homenaje al Profesor Pedro Nikken”, en: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano REDAV Homenaje a Pedro Nikken*, Nos. 17-19, Caracas, 2021, pp. 766 ss.

ratione materiae, ratione loci y ratione temporis. Tales criterios suelen ser analizados por la propia Corte, de conformidad con los artículos 61 y siguientes de la Convención, en atención a la regla de la “competencia de la competencia”, esto es, el principio aplicable en el Derecho Internacional, de acuerdo con el cual todo tribunal internacional tiene la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia⁴⁸.

De acuerdo con el criterio *ratione personae*, la competencia de la Corte se extiende a aquellos Estados que hayan ratificado la Convención y, además, hayan reconocido expresamente la jurisdicción de la Corte⁴⁹. En segundo lugar, de acuerdo con el criterio *ratione loci* la Corte ejerce sus funciones, en particular la función contenciosa, respecto de denuncias de violaciones ocurridas en alguno de los Estados parte que expresamente ha reconocido su jurisdicción. En tercer lugar, el criterio *ratione materiae* determina la responsabilidad estatal derivada de la violación de derechos humanos protegidos en la Convención y demás cuerpos normativos del *corpus iuris interamericano*, en la medida en que se cumplan, además, el resto de los criterios de jurisdicción, es decir, en la medida en el que Estado parte haya ratificado la Convención en cuestión y la violación denunciada haya ocurrido en su territorio.

En cuarto lugar, opera el criterio de competencia *ratione temporis*, según el cual la Corte será competente respecto de denuncias de violación de derechos humanos ocurridas con posterioridad a la entrada en vigor en el Estado parte del instrumento o cuerpo normativo cuya violación se denuncia. De este modo, y salvo excepciones, opera el principio de irretroactividad. Asimismo, la denuncia de la Convención por parte del Estado implica el fin de la jurisdicción respecto de hechos o violaciones que ocurran luego de dicha denuncia, lo que no obsta por supuesto para que se mantenga la jurisdicción de la Corte respecto de hechos verificados con anterioridad a la denuncia.

Aun cuando solo la Comisión Interamericana y los Estados signatarios que han aceptado la jurisdicción de la Corte son los que tienen derecho, de acuerdo con la Convención, a presentar casos ante dicho Tribunal regional, las víctimas pueden también participar, en calidad de *locus standi*, una vez que el caso ha sido presentado y admitido ante la Corte Interamericana, como también se explicó en la sección anterior. Asimismo, cualquier persona, institución u organización sin previa relación con las partes en juicio, puede intervenir en cualquier estado de la causa y presentar sus argumentos en un caso concreto ante la Corte en calidad de *amicus curiae*, debiendo consignarlos por escrito en un plazo no mayor a quince días naturales contados a partir de la realización de la audiencia ante la Corte⁵⁰.

B. Reglas procedimentales ante la Corte Interamericana

Las funciones contenciosa y consultiva de la Corte se ejercen de conformidad con las disposiciones procedimentales establecidas en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya última reforma es de 2009⁵¹.

⁴⁸ Alejandra Nuño, “Interpretación del artículo 61-69 Competencia y funciones”, en: AA.VV., *Convención Americana de Derechos Humanos. Comentarios*, 2ª ed., Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Bogotá, 2019, pp. 985 ss.

⁴⁹ En la actualidad son 21 los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y reconocido la jurisdicción de la Corte: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay y Venezuela. Al respecto vid. http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp, consultado el 15 de enero de 2021.

⁵⁰ Artículos 2.3 y 44.1 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵¹ Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm#_ft1, consultado el 15 de enero de 2021.

Los artículos 22 y siguientes del Reglamento establecen ciertas reglas procedimentales generales, relativas al idioma del caso (artículo 22), la representación de los Estados que sean parte en un caso (artículo 23), representación de la Comisión (artículo 24), participación de las presuntas víctimas y sus representantes (artículo 25), medidas provisionales (artículo 27), presentación de escritos (28), acumulación de autos (artículo 30), resoluciones (artículo 31), principio de publicidad (artículo 32), entre otras.

Asimismo, el Título II del Reglamento regula las fases fundamentales del proceso contencioso: El Capítulo II recoge la primera fase o procedimiento escrito, que incluye el inicio del proceso, bien a través del sometimiento del caso por parte de la Comisión, bien por parte de un Estado (artículos 34-36), examen preliminar del caso y principio del despacho saneador (artículo 38), notificación de las partes (artículo 39), escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (artículo 40), contestación del Estado (artículo 41), excepciones preliminares (artículo 42) y planteamiento de *amicus curiae* (artículo 44). El Capítulo III regula la segunda fase o fase oral, su formal apertura (artículo 45), declarantes y testigos (artículos 46 al 50, 53 y 54), la audiencia y sus incidencias (artículos 51-52 y 55); y la tercera fase o procedimiento final escrito (Capítulo IV, título II) que incluye la presentación del escrito final de alegatos; principios probatorios (Capítulo V), medios alternativos de resolución del caso, como serían desistimiento, reconocimiento y solución amistosa y finalmente la sentencia (Capítulos VI y VII) abarcando el contenido de la sentencia de fondo (artículo 65), sentencia de reparaciones y costas (artículo 66), notificación, interpretación y supervisión de cumplimiento de sentencias (artículos 67 al 69).

El análisis de las normas referidas no deja dudas de que la Corte Interamericana cumple una función de naturaleza jurisdiccional y que, además, ejerce esa función a través de un procedimiento que también tiene naturaleza jurisdiccional, en el que destacan las fases básicas de todo proceso judicial (inicio, sustanciación y decisión de la causa) y reglas procedimentales fundamentales para garantizar el acceso a la justicia y el debido proceso de las partes, así como alcanzar la concentración e inmediatez necesarias para la correcta decisión de la causa.

C. Recapitulación: la competencia y procedimientos de la Corte Interamericana desde el Derecho Procesal Público

En consecuencia, así como al Derecho Convencional sustantivo le son aplicables los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Público y los principios sustantivos del Derecho Constitucional y Administrativo común latinoamericano en cuanto a la interpretación y protección de los derechos humanos, es lo cierto que a los procesos seguidos ante la Corte le son aplicables *mutatis mutandis* los principios del Derecho Procesal, muy en particular del Derecho Procesal Público (Constitucional y Administrativo).

El diálogo e interacción que existe entre el Derecho Convencional y los Derechos nacionales a los fines de procurar una mejor protección de los derechos humanos es, como se dijo antes, una vía en dos sentidos: el Derecho Convencional permea en los ordenamientos domésticos y, a su vez, los Derechos nacionales permean y aportan al Derecho Convencional principios comunes de Derecho Público (Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Procesal) que contribuyen a una mejor protección de los derechos humanos en la región y a la aplicación del principio de la norma más favorable.

Así como gracias al diálogo jurisprudencial se ha formado un *ius constitutionale commune* latinoamericano, en el que a la luz del *corpus iuris interamericano* y de la

interpretación que de este ha dado la jurisprudencia de la Corte, se ha creado un Derecho Convencional común a todos los países de la región con principios y estándares de protección de los derechos humanos, podemos también hablar de un Derecho Procesal Convencional común o Derecho Procesal Interamericano, en el que a la luz de los principios generales y comunes del Derecho Procesal Público (constitucional y administrativo) a nivel doméstico se tramiten las peticiones presentadas ante la Corte Interamericana. En otras palabras, la globalización del Derecho Procesal Público (constitucional y administrativo), permite aplicar *mutatis mutandis* sus principios generales a los procesos ventilados ante la Corte Interamericana para facilitar su tramitación y efectividad.

A fin de cuentas, la Corte es una jurisdicción supranacional o regional y como todo órgano de naturaleza jurisdiccional aplica el Derecho —en este caso, el ordenamiento jurídico interamericano o *corpus iuris*— a casos concretos a fin de administrar justicia y determinar jurisdiccionalmente las responsabilidades a que haya lugar. Esa función jurisdiccional la ejerce a través de verdaderos procesos, donde hay partes, pruebas, sentencia y ejecución.

De esa manera, la aplicación del Derecho Procesal *al corpus iuris interamericano*, de conformidad con todo lo que hasta ahora se ha expuesto, puede analizarse en dos niveles.

Un primer nivel se enmarca en la teoría general. El estudio de las normas de procedimientos ante la Corte permite comprobar cómo esta ejercer la función jurisdiccional por medio de procedimientos y a través de relaciones jurídico-procesales. Esto encuadra con el concepto de Derecho Procesal, centrado en la jurisdicción y en la pretensión procesal, como se detalla mas adelante al tratar el concepto de Jaime Guasp. Ahora lo que interesa destacar es que el encuadramiento conceptual de los procedimientos ante la Corte desde el Derecho Procesal, es posible asumiendo la naturaleza jurisdiccional de la función ejercida por la misma.

Pero hay que recordar que en su sentido original, el Derecho Procesal es parte del Derecho Público y, por ende, es un derecho estatal. Como concluyó Ignacio Díez-Picazo⁵²:

El concepto de jurisdicción es relativo, en la medida en que puede ser formulado sin referencia al modelo de organización política que llamamos Estado y, en el seno de la evolución de este, sin enmarcarlo en el fenómeno político que llamamos división de poderes (...) la jurisdicción es estatal. Integra el contenido de la soberanía del Estado. Quiere ello decir que la jurisdicción solo es ejercida por órganos del Estado y que en los casos en que la jurisdicción es ejercida por sujetos u órganos no estatales, el reconocimiento de los efectos de dicha actividad corresponde soberanamente al Estado.

En el caso de la Corte, sin embargo, la jurisdicción no es ejercida por el Estado. Es por ello que en la sección anterior propusimos encuadrar el estudio de la función jurisdiccional de la Corte desde el Derecho Global, que es precisamente un Derecho sin Estado. Esto no quiere decir que exista contradicción entre la jurisdicción de la Corte y la soberanía, pues lo cierto es que esa jurisdicción está establecida en la Convención y ha sido expresamente reconocida por los Estados Parte que así lo han determinado, en ejercicio de su soberanía. Se trata, por ende, de un Derecho Procesal Internacional, o más precisamente, Global, debido a que su fuente no es solo el Tratado, sino incluso las propias decisiones de la Corte dictadas en ejercicio de su

⁵² Luis Díez-Picazo, “Un recorrido por algunas cuestiones básicas del Derecho Procesal como disciplina jurídica”, en: *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 12-13, Universidad de Extremadura, 1994-1995, p. 270.

autonomía. De allí la naturaleza relativa del concepto de Derecho Procesal, pues en este caso, se asume desde la particularidad del *corpus iuris interamericano*.

El segundo nivel se enmarca en la teoría sectorial. Una vez encuadrada la jurisdicción de la Corte en el Derecho Procesal, cabe analizar cuál es el área o áreas de especialidad de este que mejor se ajustan a la naturaleza de la función de la Corte. Como concluimos, las áreas que mejor se ajustan a la función de la Corte son el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Procesal Administrativo. Como vimos, el Derecho Procesal aplicado a la Corte participa de ambos: del Derecho Procesal Constitucional destaca el control de la convencionalidad, mientras que del Derecho Procesal Administrativo destaca la pretensión, medidas cautelares, la sentencia de condena por la responsabilidad del Estado y la ejecución de esa sentencia. En el espacio global, como hemos visto, la distinción entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo tiende a difuminarse, con lo cual, puede hablarse de Derecho Procesal Público.

De esa manera, la jurisdicción de la Corte puede enmarcarse en el Derecho Procesal Público pues, por un lado, permite el control del Estado en cuanto a los actos y omisiones que violen el *corpus iuris interamericano*, mientras que por el otro lado permite la tutela judicial de situaciones jurídico-subjetivas, en concreto, por la violación a derechos humanos reconocidos en ese *corpus*. Solo que se trata de un Derecho Procesal Público que aplica en el campo global.

3. Instituciones del Derecho Procesal Convencional

Corresponde en esta subsección dar cuenta de cuatro ejemplos concretos de aplicación de los principios generales del Derecho Procesal en el ámbito del Sistema Interamericano, dando lugar a un Derecho Procesal Convencional: el control de la convencionalidad, la pretensión procesal, las medidas de reparación integral y la ejecución de las sentencias. Como se verá, esas instituciones son analizadas de acuerdo con el estado actual del Derecho Convencional pero también, identificando las áreas en las cuales podrían introducirse reformas para cumplir, mejor, con los principios generales del Derecho Procesal.

A. El control de convencionalidad

Como garantía de cumplimiento del Derecho Convencional por parte de los Estados y sus distintas instituciones, así como de adaptación de sus ordenamientos jurídicos internos al ordenamiento convencional, la Corte Interamericana ha creado la doctrina del control de convencionalidad. En sentido amplio, se entiende por tal el ejercicio de la función jurisdiccional frente a actos y omisiones del Estado que resulten violatorios al *corpus iuris interamericano*. Tal control es ejercido, en primer lugar, por la propia Corte en ejercicio de su función jurisdiccional, pero lo novedoso es que se ha reconocido que este control aplica, también, a las autoridades nacionales de los Estados parte de la Convención, incluyendo los órganos del Poder Judicial. Así, se entiende que esas autoridades nacionales tienen la obligación de interpretar cualquier norma del Derecho doméstico –bien sea la Constitución, una Ley, reglamento, decreto, entre otros actos normativos– de conformidad con el *corpus iuris interamericano*. En caso de incompatibilidad entre el Derecho Convencional y el Derecho nacional, deberá dar preferencia a la Convención.

El control de convencionalidad implica no solo esa aplicación preferente de la Convención en caso de incompatibilidad del Derecho interno, implica, además, que los Estados parte deberán aplicar los mecanismos internos de control de constitucionalidad o ilegalidad de los actos del poder público doméstico a fin de adaptarlos al Derecho

convencional, esto es, desaplicación por control difuso o bien nulidad del acto por parte de la justicia constitucional o justicia contencioso-administrativa, según el caso, cuando ese acto del poder público colida con la Convención⁵³. Con lo cual, el control de convencionalidad promueve la armonización entre los ordenamientos jurídicos domésticos y el ordenamiento jurídico interamericano, garantizando el principio *pro persona*, en el sentido que el ordenamiento jurídico doméstico debe siempre interpretarse en el sentido más favorable a los estándares de protección de derechos humanos derivados del ordenamiento interamericano⁵⁴.

La Corte Interamericana ha encontrado en la misma Convención la base normativa del control de convencionalidad. Así, la interpretación y adaptación del Derecho interno al Derecho Convencional se entiende como una obligación de los Estados de proteger y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de desarrollar las prácticas estatales que sean necesarias para la efectiva observancia de tales derechos y libertades (artículos 1.1 y 2 de la Convención); la interpretación extensiva de la Convención y la obligación de las autoridades de otorgar el mayor goce y ejercicio posible de los derechos convencionales (artículo 29), así como en adición los principios de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda*, y la prohibición de invocar el Derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, recogidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre tratados⁵⁵. El control de la convencionalidad es además atributo del derecho de acceso a la justicia y del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos reconocidos a nivel convencional (artículo 25 de la Convención)⁵⁶.

La función primordial del control de convencionalidad es, como se desprende de lo anterior, prevenir que los ordenamientos jurídicos nacionales contengan normas manifiestamente contrarias al Derecho convencional y, en consecuencia, lograr que exista una garantía adicional de cumplimiento de la obligación de respeto de los derechos humanos derivados del corpus iuris interamericano⁵⁷.

⁵³ Eduardo Ferrer MacGregor, “Control de convencionalidad (sede interna)”, en: *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 2014, Tomo I, pp. 233 ss.

⁵⁴ José Luis Caballero, “Comentario sobre el artículo 1º segundo párrafo de la Constitución (la cláusula de interpretación conforme al principio *pro persona*)”, en: *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2012, Tomo I, p. 64. Véase también, entre otros, a Rafael Badell Madrid, “Control de convencionalidad”, en: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano. Homenaje al profesor Pedro Nikken*, Nos. 17-19, Universidad Monteávila, Caracas, 2020, pp. 67 ss.

⁵⁵ Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Control de convencionalidad (sede interna)”, ob. cit., p. 234.

⁵⁶ Como sentencias de principio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de control de la convencionalidad véase el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C Nº 154; caso *Barrios Altos vs. Perú. Fondo*, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C Nº 75 y de ese mismo caso, *Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia dictada por la Corte* de 30 de mayo de 2018; caso *Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C Nº 221 y de ese mismo caso *Resolución de la Corte de supervisión de cumplimiento de sentencia* de 20 de marzo de 2013. Finalmente, véase el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C Nº 216.

⁵⁷ Asimismo, el control convencionalidad posee un rol importante en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de jueces nacionales, tal y como lo estableció la Corte Interamericana en la ya mencionada Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2013).

Pero además, el control de convencionalidad es un medio que fomenta el diálogo jurisprudencial entre el juez interamericano y los jueces nacionales, unificando estándares de protección de los derechos humanos en la región. Es por ello que el control de convencionalidad es, en palabras del juez Ferrer Mac-Gregor, “un elemento esencial en la formación e integración de un *ius constitutionale commune* en beneficio de la protección de la dignidad de todas las personas en la región”⁵⁸. Citando al profesor Pedro Nikken:⁵⁹

Es un fenómeno que se explica, en parte, por el carácter universal de los derechos humanos y el principio de justicia que ordena que situaciones iguales sean resueltas aplicando los mismos criterios, abstracción hecha de la naturaleza nacional-constitucional o internacional de la fuente del Derecho que regula la materia del litigio. Sin embargo, adicionalmente, entre los tribunales nacionales e internacionales se impone adicionalmente una relación materialmente, aunque no procesalmente, jerárquica, que obliga a las instancias nacionales, en cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales del Estado, a aplicar los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los casos sometidos a su conocimiento, sujetos por esa vía, a lo que se ha denominado control de convencionalidad”.

Ahora bien, lo que nos interesa destacar en esta oportunidad es que el control de la convencionalidad es un claro ejemplo de aplicación de instituciones y principios fundamentales del Derecho Procesal Público en América Latina en el ámbito interamericano, es decir, es un ejemplo del Derecho Procesal Convencional. Así, se han aplicado, *mutatis mutandis*, los medios tradicionales de la justicia constitucional nacional –el control concentrado y el control difuso de la constitucionalidad– al ámbito del Sistema Interamericano, y de ese modo, bien puede esta ejercer una suerte de control concentrado de la convencionalidad sobre disposiciones normativas nacionales contraria a la Convención y bien pueden –y deben– todos los jueces nacionales ejercer el control difuso de la convencionalidad sobre esas mismas disposiciones normativas y demás actos del Poder Público.

De esta manera, la Corte procura por parte de los Estados la aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos, logrando así la interamericanización del Derecho sustantivo nacional, y lo hace asumiendo –en el espacio global– principios e instituciones procesales nacionales, propios de la justicia constitucional. En esa ruta de diálogo de doble vía el *ius procesal público commune* lleva instituciones de la justicia constitucional al puerto del Derecho Convencional y el Derecho Convencional sustantivo llega al puerto de los Derechos domésticos, todo en aras de procurar la mejor protección de los derechos humanos⁶⁰.

⁵⁸ Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Control de convencionalidad (sede interna)”, ob. cit. p. 236. Véase en especial sobre ello a Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

⁵⁹ “Discurso de contestación al doctor Carlos Ayala Corao por el recipiendario doctor Pedro Nikken, individuo de número de la corporación”, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 153, Caracas, 2009, p. 206.

⁶⁰ Advierte García Belaunde que “(...) pensar en un *ius constitutionale commune* no pasa de ser una ilusión y en todo caso un desiderátum. Más aun cuando ello implica que debería existir una matriz constitucional común a toda la América Latina –quizá exceptuando a los pequeños países de origen sajón, francés u holandés– que está muy lejano, no solo en cuanto a textos mismos, sino a realidades y aspiraciones. Más sensato es pensar en un modesto corpus iuris interamericano pues eso se da, pero en muy pequeñas dimensiones y además toma tiempo en asentarse. La Corte Interamericana, por razones obvias, ha privilegiado más la protección de unos derechos sobre otros, pues si bien en principio todos son iguales, unos son más urgentes o más violados que los otros”. Cfr.: “El control de convencionalidad y sus problemas”, en: *Pensamiento Constitucional*, N° 20, 2015, pp. 146 ss.

B. La pretensión procesal convencional

De conformidad con el artículo 35 del Reglamento de la Corte, en concordancia con el artículo 50 de la Convención, cuando el caso sea sometido ante la Corte por la Comisión Interamericana, se hará mediante la presentación del informe de fondo acerca de los hechos y las supuestas violaciones a derechos humanos ante ella ventiladas en determinado procedimiento. En esa oportunidad deberán identificarse las presuntas víctimas, expresarse los motivos de la Comisión, remitir el expediente completo y plantear las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones⁶¹.

Por su parte, el artículo 40 del mismo Reglamento establece que las presuntas víctimas o sus representantes, una vez notificados de la presentación del caso ante la Corte, dispondrán de un plazo de dos meses para presentar autónomamente su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, el cual deberá contener, entre otros aspectos, las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones y costas.

Aplicando las nociones elementales del Derecho Procesal, esas pretensiones constituyen el objeto del proceso ante la Corte y sobre ellas girará todo el debate procesal, sin perjuicio de los elementos de orden público interamericano que puedan ser determinados de oficio por la Corte.

Así, la pretensión procesal es entendida, en el marco de cualquier proceso judicial, como la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta al autor de la declaración⁶². Como explica Guasp, la pretensión procesal es el concepto definidor de la función procesal, es el eje mismo del proceso. El contenido y naturaleza de la pretensión deberá determinar el debate procesal y la decisión jurisdiccional, es decir, la sentencia definitiva.

También en términos procesales, la petición o *petitum* es la actividad que se pide, el contenido de la pretensión: la imposición al demandado de una declaración judicial, de una situación o de una conducta determinada, debida y fundada en derecho, según se trate de una pretensión declarativa, constitutiva o de condena, respectivamente. Asimismo, la *causa petendi* o causa de pedir serán los presupuestos o razones de hecho y de derecho que motivaron al quejoso para acudir ante el juez y plantear esa pretensión, cuestión distinta a los argumentos jurídicos en los que él mismo sustentó su pretensión.

Ahora bien, esa condición de eje u objeto del proceso que tiene la pretensión implica que en torno a ella giran todos y cada uno de los acontecimientos del proceso: su inicio, su instrucción y su decisión. En su inicio, es fundamental el planteamiento de cuál o cuáles son las pretensiones de la o las partes; en su instrucción, el proceso deberá dirigir los alegatos y pruebas en torno a la procedencia y comprobación de esa pretensión, y en su decisión, el proceso deberá ajustarse al principio de congruencia y, por tanto, el juez deberá resolver sobre todas las cuestiones que planteó la pretensión, las cuales podría decidir incluso con fundamento en motivos jurídicos distintos a los alegados por las partes y con ello estimar o desestimar lo pedido, pero nunca podrá modificar la pretensión formulada, pues la sentencia incurriría en el vicio de incongruencia.

⁶¹ Sobre el alcance de estas disposiciones, vid. Liliana Tojo, "Interpretación de los artículos 48-51. Procedimiento", en: AA.VV., *Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario*, ob. cit., pp. 951 ss.

⁶² Esta noción de pretensión procesal es la aportada por Jaime Guasp D., *La pretensión procesal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1985, p. 62; recogida también por Aristides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, 3ª ed., Editorial Arte, Caracas, 1992, Vol. II, pp. 108 ss.

Por supuesto, en el ámbito interamericano juegan los mismos principios que en el Derecho Procesal Constitucional y Administrativo: la aplicación del Derecho Procesal se verá complementada o matizada por la noción de orden público interamericano en la cual, al estar en juego la violación de derechos humanos, la Corte Interamericana tendrá importantes facultades oficiosas en la determinación de responsabilidad internacional del Estado y en especial en el modo de reparación de las víctimas en cada caso concreto, pero siempre girando en torno a las pretensiones planteadas por las presuntas víctimas y por la Comisión.

Lo que queremos poner de relieve es que la aplicación de principios básicos del proceso judicial al ámbito interamericano facilitará el mejor desenvolvimiento del proceso, las determinaciones de hecho y de derecho relevantes en la resolución del caso y lo que es más importante, permitirá cumplir con los principios de congruencia declarativa –congruencia entre lo pedido y lo decidido– y congruencia ejecutiva –congruencia entre lo decidido y la ejecución de la sentencia.

Para ello es fundamental tener clara la naturaleza de la pretensión o pretensiones planteadas en cada caso: si se trata de pretensiones (i) mero declarativas, (ii) constitutivas, y (iii) condenatorias y, asimismo, analizar con esa misma óptica las medidas reparatorias ordenadas por la sentencia, pues determinando si se trata de medidas mero-declarativas, constitutivas o de condena podrá determinarse también el modo de ejecución de la sentencia y con ello su plena efectividad. Este punto es ampliado en la subsección siguiente.

C. Las medidas de reparación integral y el principio de congruencia declarativa. Contenido de la sentencia interamericana

La Corte Interamericana se ha caracterizado por ser un tribunal regional vanguardista en muchos ámbitos, uno de ellos es los medios de reparación integral de los derechos humanos. Así, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Africana de Derechos Humanos han seguido sus decisiones y planeamientos en esta materia. Incluso, la jurisprudencia de la Corte ha sido fuente en la discusión y redacción de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones aprobados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 2005⁶³. Puede así afirmarse que el sistema de reparación integral de la Corte ha contribuido a mejorar la protección de los derechos humanos en la región y a nivel internacional⁶⁴.

La base del principio de reparación integral es la interpretación que la Corte a dado al artículo 63 de la Convención, de acuerdo con el cual:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (...).

⁶³ Resolución número A/RES/ 60/147, 16 de diciembre de 2005. El texto de la Resolución en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>, consultado el 15 de enero de 2021. Al respecto vid, Cristian Correa, en: AA.VV., *Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario*, ob. cit., pp. 1019 ss.

⁶⁴ Nos remitimos a nuestras consideraciones en Daniela Urosa Maggi, “Tendencias jurisprudenciales y desafíos actuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, ob. cit., pp. 784 ss.

El referido precepto constituye una norma de contenido adjetivo que hace referencia al contenido y alcance de la sentencia de fondo de la Corte Interamericana en el ejercicio de su función contenciosa y la correspondiente obligación del Estado de reparar integralmente a la víctima o víctimas de las violaciones de derechos humanos que han sido constatadas y declaradas en el caso concreto. En nuestra opinión, esa obligación tiene base, si se quiere, en dos fuentes: en el Derecho Internacional y en el Derecho Procesal, aplicable al ámbito de los tribunales regionales de protección de derechos humanos.

Así, desde el Derecho Internacional, la norma es expresión del principio general de responsabilidad del Estado frente a sus obligaciones internacionales, concretizado en la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y por ende responder por la infracción o incumplimiento de esos deberes internacionales. Ahora bien, en nuestro criterio, el derecho de la víctima a la reparación integral y el correlativo deber del perpetrador de reparar el daño, encuentra también sustento, no sin bemoles, en el Derecho Procesal. Así, desde el punto de vista del Derecho Procesal, el efectivo e integral restablecimiento de la situación jurídica infringida es atributo inherente del derecho a la tutela judicial efectiva, pues ese derecho implica no solo acceso a la justicia, derecho a la defensa y debido proceso, sino también la integral reparación del daño y efectivo cumplimiento de lo juzgado. Asimismo, implica el cumplimiento y reparación en especie del daño y solo excepcionalmente su resarcimiento por equivalente.

Esa fuente de Derecho Procesal justifica el análisis de las medidas de restitución integral desde los principios del Derecho Procesal: cuál es la naturaleza procesal de cada una de ellas, lo que facilitará su declaración en la sentencia de fondo y posteriormente su ejecución voluntaria o forzosa.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido extensa en lo que se refiere al derecho a la reparación. Así, desde la sentencia dictada en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte se ha pronunciado al respecto, desarrollando el contenido y alcance del derecho a la reparación integral o *restitutio in integrum*. En esa oportunidad señaló la Corte que “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el *daño moral*”⁶⁵. Tales principios fundamentales en materia de reparación integral han sido ratificados a lo largo del tiempo en prácticamente todas las decisiones de fondo de la Corte en las que se declara la violación de la Convención y consecuente se determina la necesidad de reparación del daño⁶⁶.

Coherente con tales principios y a fin de hacerlos efectivos, una vez que están dadas las condiciones de la reparación integral, es decir, una vez que en la sentencia de fondo se declara (i) la violación de un derecho o libertad protegido en la Convención Americana, (ii) que esa violación es imputable al Estado parte y (iii) se constata la existencia del daño sufrido por la víctima, ha de determinarse entonces el contenido y alcance de la reparación integral en el caso concreto, acorde a ese derecho lesionado.

⁶⁵ Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 21 de julio de 1989, párrafos 25-31.

⁶⁶ Claudio Grossman *et al.*, *International Law and Reparations. The Inter-American System*, Clarity Press, 2018, pp. 21 ss.

a. Medidas de restitución integral en el Derecho Procesal Convencional

A fin de lograr esa restitución integral, la Corte dicta medidas de distinto alcance. Fundamentalmente, dicta medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición. Asimismo incluye medidas de reparación y pago de costas procesales. Algunas de estas medidas son de alcance inter-partes, es decir, de restablecimiento a la víctima o víctimas y otras son de carácter *erga omnes*, como son aquéllas de prevención de nuevas violaciones similares que pudiesen en el futuro afectar a otros grupos o personas, en aras del interés general.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídico-procesal, todas estas medidas son de carácter condenatorio, bien se trate de condenas a hacer, no hacer o dar y vienen a complementar la decisión de fondo, de carácter mero-declarativo, de determinación de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Convencional y consecuente declaratoria de violación de derechos humanos de las víctimas. En algunos casos la reparación integral también incluye medidas de naturaleza constitutiva cuando, por ejemplo, la Corte Interamericana determina que “esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación”⁶⁷. Analicemos cada una de estas medidas.

Así, en primer lugar, las medidas de restitución que dicta la Corte son aquellas que persiguen el restablecimiento en especie del derecho o libertad violados, buscando que la situación jurídica infringida vuelva al estado en que estaba antes de la violación o vuelva a una situación que sea lo más parecida posible a aquélla. Se trata de órdenes de condena a un hacer, lo que implica que el sujeto obligado –el Estado parte, a través de sus agentes– deberá realizar una actuación o entregar determinados bienes muebles o inmuebles. Por ejemplo, la devolución de bienes muebles o inmuebles que hayan sido ilegalmente confiscados o expropiados; la puesta en libertad de quien fue ilegalmente detenido; la prestación de servicios que fueron ilegalmente interrumpidos o denegados, y la restitución del trabajador a su cargo, entre otras muchas.

La efectiva ejecución de estas medidas exige especial claridad en los términos de la condena a prestación, de manera de poder aplicar el principio de congruencia ejecutiva.

En segundo lugar, las medidas de rehabilitación física o mental que puedan ser necesarias según las circunstancias del caso, y que buscan brindar atención médica o psicológica para resarcir la salud de la víctima o de sus familiares⁶⁸. También se determinan como medidas de naturaleza condenatoria a un hacer o condena a prestación, no sustituibles por una compensación económica. Será importante en ese sentido establecer que en caso de incumplimiento de estas medidas, la Corte Interamericana podría, en aplicación de los principios generales del Derecho Procesal, ordenar a terceros –por ejemplo, una clínica privada– realizar la prestación debida a costas del Estado obligado, a quien luego esta podría exigir el pago de los gastos causados, todo ello en atención al principio de ejecución sustitutiva y en aplicación analógica de principios del Derecho Procesal comunes en América Latina, como se explicará de seguidas.

⁶⁷ Vid. por ejemplo, la decisión de Corte en el caso *Acosta Martínez y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 31 de agosto de 2020, serie C N° 410, párrafo 157.

⁶⁸ Vid., por ejemplo, la reciente sentencia de la Corte IDH, caso *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C N° 405, párrafo 224 ss., donde se ordenó la asistencia médica y psicológica de los familiares de la víctima, quien fue sujeto de violencia sexual en un plantel educativo, lo que la condujo al suicidio.

En tercer lugar, medidas de satisfacción que son aquéllas que brindan apoyo o complementan la integral reparación de la víctima a través de órdenes innominadas, como pueden ser dar derecho a réplica a la víctima; establecer un homenaje público en memoria de las víctimas; el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad; la publicación y difusión del contenido de la sentencia, o implementación de programas sociales en conmemoración de las víctimas, entre otras. Estas medidas, por ende, tienen especial justificación en la restitución de la dignidad de las víctimas.

En cuarto lugar, las medidas de no repetición, que buscan impedir nuevas violaciones a los derechos humanos similares a las del caso concreto, no solo frente a la víctima sino con alcance general o *erga omnes*, para lo cual tratan de modificarse las condiciones estructurales que dieron origen a la violación. Ejemplos de estas medidas son la reforma de la legislación interna o doméstica para adaptarla a los estándares convencionales; capacitación de funcionarios públicos en el respeto de derechos humanos, evitando la repetición de prácticas contrarias a estos y cualquier otra medida que tenga vocación correctiva o formativa que, como se dijo antes, busquen incidir en la colectividad y evitar futuras similares violaciones de derechos humanos⁶⁹. En otras palabras, la incidencia que persiguen las medidas de no repetición puede ser educativa, cultural, modificaciones o innovaciones legislativas, de políticas públicas, de práctica administrativa, prácticas policiales o militares, entre otras muchas, de modo de modificar determinadas circunstancias que en el ámbito doméstico pudiesen ser perniciosas para la garantía de los derechos humanos. Como afirma Ferrer Mac-Gregor, “algunas medidas de reparación se disponen con “vocación transformadora” de las condiciones estructurales contrarias a la vigencia de los derechos humanos, incluso con un enfoque diferencial, por ejemplo, sensible al distinto impacto que tiene la violencia contra las mujeres”⁷⁰.

En quinto lugar, la obligación del Estado de investigar, juzgar y de ser el caso sancionar los hechos acaecidos, bien en el plano administrativo, bien en el plano judicial, determinando así, de ser el caso, el paradero de la víctima. Esta medida es especialmente importante cuando la Corte declara la violación del derecho a la garantía y protección judicial en tanto que el Estado no llevó a cabo un proceso judicial acorde al debido proceso, derecho a la defensa y demás atributos del derecho a la tutela judicial efectiva para esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades del caso.

Desde la óptica procesal, tanto las medidas de satisfacción como las de no repetición e investigación son órdenes de condena a un hacer o en ciertos casos también condena a “no hacer”. Sin embargo su ejecución forzosa puede resultar más difícil, pues las órdenes dictadas en este sentido se refieren al ejercicio de potestades o funciones públicas que, como tales, se traducen en obligaciones personalísimas que únicamente podría cumplir el Estado a través de sus autoridades competentes en cada

⁶⁹ La misma sentencia anteriormente citada del caso *Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*, párrafos 235 ss. Es ejemplo en este sentido, donde se ordenó al Estado, como medidas de no repetición de situaciones de violencia sexual en contextos de planteles educativos, que “...en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, identifique medidas adicionales a las que ya está implementando, para lograr corregir y subsanar las insuficiencias identificadas, en relación con: a) contar en forma permanente con información estadística actualizada sobre situaciones de violencia sexual contra niñas o niños en el ámbito educativo; b) la detección de casos de violencia sexual contra niñas o niños en ese ámbito y su denuncia, c) la capacitación a personal del ámbito educativo respecto al abordaje y prevención de situaciones de violencia sexual, y d) la provisión de orientación, asistencia y atención a las víctimas de violencia sexual en el ámbito educativo y/o a sus familiares...”.

⁷⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, en: AA.VV., *Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario*, ob. cit., p. VII.

caso, y por ende no es posible la ejecución plenamente sustitutiva. Sobre ello volveremos en las siguientes páginas.

De acuerdo también al artículo 63.1 de la Convención, la Corte podrá ordenar la reparación de “las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”, como compensación de los daños patrimoniales y morales, así como el pago de las costas procesales. Se trataría en este caso de una medida de condena a dar una suma de dinero, que es una orden de reparación en equivalente, lo que determina también una específica forma de cumplimiento, diferente a las condenas a hacer.

En definitiva, la jurisprudencia de la Corte Interamericana persigue la integral restitución y reparación de la violación causada, mediante medidas que ella misma dispone, sin dejar a la discrecionalidad del Estado demandado la determinación del modo en que ha de lograr ese restablecimiento. Por ende, en tanto juzgar y ejecutar lo juzgado es inherente a la función jurisdiccional, la Corte determina totalmente el contenido de su decisión y condena con órdenes de dar, hacer o no hacer a costas del condenado o responsable. Asimismo se ajusta la Corte Interamericana a los principios fundamentales del Derecho Procesal cuando da preeminencia al restablecimiento en especie de la violación y solo de manera excepcional o complementaria el restablecimiento por equivalente o reparación de los daños y perjuicios causados, incapaz *per se* de evitar violaciones futuras y de la *restitutio in integrum* de la víctima⁷¹.

b. El poder de sustitución de la Corte Interamericana y el margen de deferencia

El contenido de la sentencia está condicionado por el principio de congruencia declarativa, como se dijo anteriormente y, además, por el “poder de sustitución” de la Corte, lo que suele estudiarse a través del reconocimiento de *márgenes de deferencia o apreciación*, en los cuales la Corte debe guardar deferencia a la actividad o inactividad del Estado respecto de la interpretación y aplicación del *corpus iuris interamericano*, incluyendo en especial los principios y normas del Derecho doméstico que sean aplicables⁷². Como ha señalado Faúndez⁷³:

Aunque los conceptos empleados por la Convención tienen un carácter autónomo, independiente del contenido y alcance que se asigne a los mismos en el Derecho interno de los Es-

⁷¹ En general, para lo expuesto, vid. Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2009, pp. 793 ss. Como afirma el autor, “en su jurisprudencia más reciente, la Corte ha sostenido que la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas en que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido, ya sea a través de la *restitutio in integrum*, de la indemnización, de la satisfacción, o de garantías de no repetición. La reparación del daño causado requiere, siempre que sea factible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación; de no ser posible, corresponde al tribunal ordenar que se adopten medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se efectúe el pago de una indemnización como compensación de los daños ocasionados”.

⁷² Una referencia común sobre el margen de apreciación es la obra de Yutaka Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002, pp. 3 ss. Véase igualmente a Francisco R. Barbosa Delgado, “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en: *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 51 ss.

⁷³ Héctor Faúndez Ledesma, *ob. cit.*, p. 67.

tados, muchos de ellos no están exentos de una dosis de subjetividad que, implícitamente, confiere al Estado un cierto margen de apreciación en la determinación de las circunstancias allí previstas; por ejemplo, la determinación de las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención, a la cual se hace referencia en el art. 2 de la Convención (...).

En el Derecho Internacional Público, el margen de deferencia o apreciación que tribunales internacionales deben respetar, especialmente en el caso de tribunales de derechos humanos, tiende a ser justificado en la separación entre el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico doméstico, en el sentido que aquél no prejuzga las formas a través de las cuales este da cumplimiento a los deberes que derivan del Derecho Internacional. Estos deberes –como sucede con los artículos 1 y 2 de la Convención– son una suerte de “obligación de resultado”: los Estados deben adoptar todas medidas internas que permitan garantizar los estándares de protección de los derechos reconocidos en el Sistema Interamericano, que no prejuzga sobre la forma que esas medidas pueden adoptar, materia regulada por el Derecho doméstico. Asimismo, esta separación confiere al Estado la responsabilidad primera en investigar y acreditar hechos –especialmente, de naturaleza técnica– de acuerdo con sus formalidades internas⁷⁴.

Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que al examinar las restricciones que los Estados pueden imponer a derechos humanos, estos gozan de un margen limitado de apreciación, tomando en cuenta el cumplimiento de estándares de protección, de acuerdo con su adecuación al principio de proporcionalidad⁷⁵. Con lo cual, una justificación adicional a este margen es la naturaleza democrática de los órganos del Estado llamados a aplicar esas restricciones, especialmente en el caso del Poder Legislativo⁷⁶.

El concepto de margen de apreciación no parece haber tenido recepción en la jurisprudencia de la Corte, más allá de algunos pronunciamientos que recalcan que la definición del contenido y formas de las medidas orientadas a dar cumplimiento con los citados artículos 1 y 2 de la Convención, corresponden a cada Estado. El objeto de revisión, por ende, es el resultado de esas medidas –según su impacto en los derechos humanos bajo el principio *pro persona*– pero sin prejuzgar o imponer modelos únicos a través de los cuales ese resultado puede ser obtenido⁷⁷.

Así, por ejemplo, en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, la Corte indicó lo siguiente⁷⁸:

Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso (de apelación), no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia mis-

⁷⁴ En general, Mónica Ambrus, “The European Court of Human Rights and standards of proof. An evidentiary approach towards the margin of appreciation”, en: *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 235 ss.

⁷⁵ Caso *Nosov et al. vs. Rusia*, aplicaciones números 9117/04 y 10441/04, decisión de 20 de febrero de 2014, párrafo 54.

⁷⁶ Matthew Saul, “The European Court of Human Rights’ Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments”, en: *Human Rights Law Review*, N° 15, 2015, pp. 745 ss.

⁷⁷ Claudio Nash, “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 2018, tomado de <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429555530003/html/index.html#fn32>, consultado el 21 de enero de 2021.

⁷⁸ Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (fondo, reparaciones y costas).

ma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso (paréntesis agregado).

El enfoque del Derecho Procesal Convencional permite acotar, mucho mejor, el marco teórico del margen de deferencia. En efecto, en el Derecho Procesal Constitucional, y en especial, en el Derecho Procesal Administrativo, se han definido principios que determinan las limitaciones al poder de sustitución de la jurisdicción constitucional y contencioso-administrativa, en este último caso, a través de la teoría general de la discrecionalidad administrativa. Específicamente en el caso de la justicia constitucional, el margen de deferencia –o los límites al control jurisdiccional– han sido estudiados en función a la necesaria compatibilidad entre ese control y el origen democrático de los actos –y omisiones– que son controlados⁷⁹.

D. La ejecución de la sentencia interamericana

La aplicación del Derecho Procesal a la función jurisdiccional de la Corte encuentra un punto de mayor fricción en lo que respecta al poder de decidir y ejecutar lo decidido. En cuanto a lo primero, hemos visto ya que el Derecho Procesal Convencional asigna a la Corte amplias facultades jurisdiccionales, lo que deja a salvo un aspecto central: el llamado “margen de deferencia” o “margen de apreciación” que la Corte debe respetar al juzgar la actividad e inactividad del Estado en función a su adecuación al *corpus iuris interamericano*. Tal margen de deferencia –que es un aspecto común en el Derecho Internacional– puede ser mejor enfocado desde los principios generales del Derecho Procesal Público que determinan los límites al poder de sustitución del juez sobre la actividad o inactividad del Estado, lo que en la práctica puede traducirse en casos en los cuales la Corte debe prestar deferencia a esa actividad e inactividad, reputándola conforme con el *corpus ius interamericano*, pero siempre de los lineamientos de la interpretación más favorable a los derechos humanos.

El poder de sustitución de la Corte en la sentencia se relaciona además con su poder de sustitución en caso de incumplimiento de la sentencia por el Estado. Es en esta área en la cual cobra sentido la definición de la jurisdicción como un poder estatal, en tanto la ejecución forzosa pasa por el ejercicio de la coacción, como actividad privativa de la soberanía estatal. Sin embargo, como vimos, en el Derecho Procesal Convencional existe jurisdicción sin Estado, todo lo cual plantea problemas –teóricos y prácticos– para el estudio de la ejecución de sentencias.

⁷⁹ Por ejemplo, vid.: Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 197 ss. y Héctor Fix-Zamudio, “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, en *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2000, pp. 559 ss. Véase, desde Venezuela, a Jesús María Casal, “Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en democracia”, en: *La jurisdicción constitucional, Democracia y Estado de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, pp. 105 ss. Véase también a José Ignacio Hernández G., “Justicia constitucional y poder político en Venezuela” en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2016, pp. 75 ss.

a. Principios generales de la ejecución de sentencias en el Derecho Procesal Público

Según hemos sostenido en este trabajo, el ejercicio de toda función jurisdiccional amerita la aplicación de los principios del Derecho Procesal. En el caso particular de los procesos propios de la justicia constitucional y de la justicia administrativa, la aplicación de tales principios es coherente y necesaria, aun cuando por la naturaleza del ente demandado, de las funciones públicas que ejerce y el interés público en juego, esa aplicación del Derecho Procesal tenga ciertos matices y particularidades, los cuales hemos englobado en el concepto general de Derecho Procesal Público. Como también hemos sostenido en este estudio, ese Derecho Procesal Público puede ser analizado desde el ámbito de América Latina, una vez se han sistematizado sus principios comunes en los países de la región, lo que da origen al *ius procesal publico commune*, que incorpora tanto los principios procesales comunes en el Derecho Público de América Latina, como los principios del Derecho Procesal Convencional.

La aplicación de los principios comunes del Derecho Procesal Público a la jurisdicción interamericana es no solo posible, de acuerdo con el diálogo jurisprudencial entre los ámbitos nacionales e interamericanos, sino además conveniente, pues eso permite, como hemos dicho antes, otorgar mayor efectividad al ejercicio de la función jurisdiccional de la Corte Interamericana y con ello una mayor garantía a la protección regional de los derechos humanos.

Por ello, valga recordar varios principios básicos del Derecho Procesal público relativos a la ejecución de las sentencias, a fin de determinar su aplicación analógica, *mutatis mutandis*, a la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana:

- En primer lugar, la ejecución de la sentencia ha de analizarse desde el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, el derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial comporta tres grandes atributos: el derecho de acceso a la justicia, el derecho al debido proceso y el derecho a la ejecución del fallo. Este último, el derecho a la ejecución del fallo, resulta fundamental, pues hasta tanto no se cumpla lo ordenado en la sentencia, no puede entenderse satisfecha la pretensión procesal. El derecho a la ejecución implica, además y de una parte, que el fallo se cumpla en sus términos precisos, y de otra, que el juez asegure tal ejecución, de modo que ante la ausencia de cumplimiento voluntario de la parte condenada, el juez debe adoptar las medidas conducentes para lograr la ejecución forzosa del mismo. La ausencia de garantía de ejecución del fallo equivaldría, como ha afirmado el Tribunal Supremo Español, a "...convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intenciones..."⁸⁰.

- En segundo lugar, el principio fundamental conforme al cual todo juez tiene la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado, es decir, que la potestad de ejecución del fallo es una competencia del juez y no una facultad del demandado. Si bien en el marco de las demandas contra entes públicos se otorga cierta opcionalidad al demandado a fin de escoger el modo de cumplimiento entre varias posibles opciones, la decisión y modo de ejecución de la sentencia es una función-deber exclusivo del juez.

- En tercer lugar, el derecho a la ejecución del fallo y la garantía del oportuno cumplimiento se entiende en concordancia con el derecho al debido proceso y en tal virtud, como principio general, la ejecución de la sentencia deberá realizarse de manera voluntaria por el condenado y solo subsidiariamente, una vez agotada tal

⁸⁰ Sentencia de 5 abril de 2001 (Ar. 3030), con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada en igual sentido, fundamentalmente la sentencia del Tribunal Constitucional N° 135/2001, de 18 junio.

posibilidad, es que procede a la ejecución forzosa, cuya consecución –se insiste– es potestad y deber del juez.

- En cuarto lugar, las sentencias o medidas que requieren de ejecución material son las medidas de condena, pues son estas las que imponen obligaciones de hacer, no hacer o dar al demandado. El cumplimiento de toda orden o medida condena a actuación debe procurarse en especie –ejecución en forma específica– a través del otorgamiento in natura de la prestación debida, y solo cuando este sea imposible o gravemente lesivo del interés general, es que se procederá al cumplimiento indemnizatorio o en equivalente. En consecuencia, tanto los medios de ejecución voluntaria como los de ejecución forzosa deben procurar el cumplimiento del fallo en sus concretos términos.

- En quinto lugar, se debe tomar en consideración el principio de congruencia ejecutiva, conforme al cual la ejecución debe ajustarse a los términos declarativos de la sentencia, es decir, no puede en fase ejecutiva hacerse más o menos que lo declarado por el juez en la sentencia de fondo. La congruencia ejecutiva, por tanto, implica que los modos de ejecución forzosa dependerán de la naturaleza de la orden de reparación o condena –hacer, no hacer, dar– que se haya determinado en el fallo.

- En sexto lugar, es fundamental el principio de sustitución ejecutiva, conforme al cual en caso de que el demandado no cumpla la orden judicial, el tribunal podrá sustituirse en él y ejecutar la sentencia –directamente o mediante terceros– a costas del condenado. La sustitución ejecutiva es el modo idóneo de cumplimiento de la sentencia, pues consigue que aun de manera forzosa la prestación debida sea otorgada *in natura*, sin embargo consigue importantes limitaciones cuando el ente condenado es un ente público, bien sea la Administración Pública en el Derecho doméstico, bien el Estado como sujeto de Derecho Internacional ante tribunales internacionales. Por ende, se hace necesario prever en el Derecho Procesal Público medios alternos de ejecución del fallo de carácter indirecto o persuasivo⁸¹.

b. Medios alternos de ejecución de sentencias en el Derecho Procesal Público

Dos medios alternos de ejecución propios del Derecho Procesal Público son la ejecución por colaboración y las medidas pecuniarias o coercitivas.

La ejecución por colaboración de personas naturales o jurídicas de Derecho privado es una modalidad de ejecución forzosa indirecta o por subrogación que se plantea de manera excepcional en el Derecho Procesal Público cuando se han agotado todas las fases de ejecución y el ente condenado aun no da cumplimiento a la sentencia, a fin de realizar actuaciones materiales que no se traduzcan en ejercicio privativo de autoridad pública, como sería, por ejemplo, la actividad de policía.

Con relación al modo de determinación del sujeto llamado a colaborar, la doctrina procesalista hace referencia a que se trate de una persona apta para realizar aquello que se le encomienda, lo que significa que su actividad reúna características similares a las del deudor y además, que disponga de los medios adecuados para realizarla⁸².

⁸¹ Sobre el principio de sustitución ejecutiva vid. Miguel Beltrán de Felipe, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 31 ss.; hemos analizado el tema desde la óptica de la ejecución forzosa de sentencias de condena a la Administración en Daniela Urosa Maggi, *Tutela Judicial frente a la Inactividad administrativa en el Derecho Español y Venezolano*, Funeda, Caracas, 2003, pp. 461 ss.

⁸² Virginia Pardo Iranzo, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 181.

Se trata de un supuesto que puede resultar de gran utilidad a fin de otorgar eficacia y rapidez al cumplimiento del fallo, no obstante, se insiste, procede una vez agotadas las vías de colaboración administrativa, a fin de evitar en lo posible la carga que ello supone para el particular. Piénsese por ejemplo en la colaboración de una clínica privada a fin de prestar atención médica en sustitución de la atención médica pública ordenada en el fallo, o la ejecución de construcciones, obras de limpieza de áreas públicas, descontaminación de agua, entre otras, mediante empresas privadas.

Evidentemente, esta posibilidad de ejecución subrogatoria puede implicar, no obstante, ciertos incidentes colaterales cuya solución debería contemplarse en una norma jurídica. Así, si la prestación —originalmente impuesta al Estado— es finalmente efectuada por vía de colaboración por otros sujetos de Derecho Privado, surgirá el derecho del subrogado a la reversión de los gastos en que haya podido incurrir, gastos por los que evidentemente responderá el Estado o ente público condenado para quien se producirá una subrogación objetiva de la obligación prestacional por otra: pago de los costes asumidos en la realización de la prestación efectuada por otro sujeto⁸³.

En segundo lugar, las medidas coercitivas de cumplimiento son aquellas que actúan sobre la voluntad del ejecutado, persuadiéndolo para que realice la prestación a la que está obligado, principalmente en caso de cumplimiento de obligaciones no fungibles⁸⁴. No se trata, a diferencia del otro supuesto apuntado —cumplimiento indemnizatorio— de un medio de ejecución patrimonial forzosa sino de una forma de ejecución indirecta, que a través de la coerción busca lograr el cumplimiento *en especie* de la obligación⁸⁵.

Tales medidas tienen eficacia limitada, pues se restringen a ser medidas amistosas o indirectas, de persuasión, por lo que la ejecución definitiva sigue dependiendo del condenado reticente y no del juez. De allí que deban ser excepcionales, procurando siempre el cumplimiento a través de la vía de la sustitución judicial.

Esta figura propia del proceso civil pero también del Derecho Procesal Público procede cuando se condenan entes públicos y está constituido por las multas pecuniarias o “*astreintes*”⁸⁶. Dicha figura es común en el Derecho Procesal Administrativo en diversos países de Latinoamérica, como pone en evidencia Torrealba Sánchez y por ello puede entenderse como estándar del ius procesal administrativo commune latinoamericano⁸⁷.

⁸³ Miguel Beltrán de Felipe, ob. cit., p. 402. La ejecución de sentencias por parte de terceros está regulada en la legislación contencioso-administrativa de España y, entre otras, de Costa Rica, como analiza detalladamente Miguel Ángel Torrealba Sánchez, *La ejecución de sentencias en el Proceso Administrativo Iberoamericano (España, Perú, Costa Rica, Colombia y Venezuela)*, Editorial Jurídica Venezolana, CIDEP, Caracas, 2017, pp. 247 ss.

⁸⁴ Definición aportada por Virginia Pardo Iranzo, ob. cit., p. 115.

⁸⁵ Ada Pellegrini Grinover, “Tutela jurisdiccional en las obligaciones de hacer y de no hacer”, en: *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, Madrid, 1997, p. 144.

⁸⁶ En Francia, país de origen de esta institución, tales medidas se conocen como *astreintes* y se erigen como el mecanismo fundamental de ejecución de la sentencia contencioso-administrativa, desde que no se plantea, como es sabido, el poder de sustitución judicial *in natura*. Sobre el alcance de esta última reforma y de la figura del *astreinte* en Francia, vid. también René Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, Paris, 2000, Tome I, pp. 804 ss. Es de destacar, como señala Beltrán de Felipe, que esta figura no ha significado, ni mucho menos, un cambio radical en la concepción tradicional del contencioso administrativo francés, pues evidentemente, las multas coercitivas no pueden suponer un medio suficiente frente a la inejecución del fallo, y continúan siendo un tímido modo de ejecución indirecta. En, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, cit., pp. 59 ss.

⁸⁷ En Venezuela la imposición de multas es procedente de conformidad con el artículo 74.1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 121 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribu-

c. El cumplimiento y ejecución de las sentencias interamericanas

La efectiva ejecución de las sentencias de la Corte ha sido uno de los grandes retos que enfrenta no solo ese tribunal regional sino el Sistema Interamericano como un todo. Hasta tanto no se ejecute plenamente la sentencia no habrá efectividad de la tutela jurisdiccional y con ello no habrá efectiva garantía de los derechos humanos, que es nada menos que la razón de ser del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Para el año 2015 se encontraban pendientes de cumplimiento 172 sentencias de la Corte⁸⁸. Más recientemente, tal como indica la propia Corte Interamericana en su Informe anual 2019, “la supervisión de cumplimiento de las sentencias constituye una de las actividades más demandantes del Tribunal, ya que la Corte enfrenta un incremento constante en el número de casos en esta etapa”⁸⁹. Como bien explica la Corte, cada sentencia por ella dictada incluye múltiples medidas de reparación —en promedio, cinco o seis medidas cada sentencia— “cuya ejecución es rigurosa y continuamente supervisada por la Corte hasta alcanzar el cumplimiento total. Al evaluar el cumplimiento de cada reparación el Tribunal efectúa un escrutinio estricto sobre la ejecución de sus diferentes componentes, así como que se materialice respecto a cada una de las víctimas beneficiarias de las medidas, siendo que la mayoría de casos tiene múltiples víctimas”⁹⁰.

De acuerdo con el Informe, para finales de 2019 se encontraban en etapa de supervisión 223 casos, lo que implica la supervisión de unas 1.153 medidas de reparación. Como bien indica la Corte en su informe, se trata, en su mayoría, de “reparaciones de compleja ejecución” como lo son la “investigar, juzgar y en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones a derechos humanos, la búsqueda de paradero y/o identificación de restos o garantía de no repetición, fundamentalmente, aquellas relacionadas con adecuación del derecho interno a estándares internacionales”⁹¹.

Se trata, en su mayoría, de medidas de condena a hacer o dar, que efectivamente requieren de complejas actuaciones, muchas veces acompañadas de importantes recursos presupuestarios y planificación pública, como pueden ser cambios en políticas públicas o programas educativos.

De conformidad con lo establecido en los artículos 68 de la Convención⁹² y 69 del Reglamento de la Corte⁹³, explica la Corte el procedimiento de supervisión de cumplimiento de sus sentencias de la manera siguiente:

nal Supremo de Justicia. Asimismo, el artículo 58.I.a de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo de México dispone multas de apremio en caso de incumplimientos injustificados de la autoridad demandada y en sentido similar el artículo 159 del Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica. Por todos, vid. el completo estudio de Derecho Procesal Administrativo comparado que en este sentido realiza Torrealba Sánchez, Miguel Ángel, ob. cit., pp. 175 ss.; y 237 ss.

⁸⁸ Alejandra Nuño, ob. cit., p. 985 ss.

⁸⁹ *Informe anual 2019*, San José, Costa Rica, p. 62 <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2019/espanol.pdf>, consultado el 15 de enero de 2021.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Idem*.

⁹² El artículo 68 de la Convención Americana dispone: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

⁹³ El artículo 69 del Reglamento de la Corte dispone: “Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal: 1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar obser-

Desde la propia sentencia, la Corte requiere al Estado la presentación de un primer informe de cumplimiento de las reparaciones ordenadas en la misma, para lo cual le otorga el plazo de un año. El Tribunal efectúa la supervisión del cumplimiento de las sentencias a través de la emisión de resoluciones, la celebración de audiencias, la realización de diligencias in situ en el Estado responsable y la supervisión diaria por medio de notas de su Secretaría (...).

La Corte efectúa la supervisión tanto de cada caso individualmente, como también a través de la estrategia de la supervisión conjunta de medidas de reparación ordenadas en sentencias de varios casos respecto de un mismo Estado. El Tribunal efectúa esta estrategia cuando en las sentencias de varios casos ha ordenado reparaciones iguales o similares, las cuales en ocasiones enfrentan en su ejecución factores, retos u obstáculos comunes⁹⁴.

Tales audiencias de supervisión y cumplimiento de sentencias son cada vez más frecuentes y se perfilan como el principal mecanismo de ejecución aplicado en la práctica interamericana. Señala el referido informe que

durante el 2019, la Corte Interamericana realizó 16 audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencias, mediante las cuales supervisó el cumplimiento de sentencias de 30 casos, con el propósito de recibir del Estado involucrado información actualizada y detallada sobre el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas y de escuchar las observaciones de los representantes de las víctimas y de la Comisión Interamericana.

En tal sentido, el citado artículo 68 de la Convención ha sido interpretado desde los principios del Derecho Internacional Público de acuerdo con los cuales el Estado se compromete a cumplir de buena con lo obligado (*pacta sunt servanda*)⁹⁵. Igualmente, desde esta perspectiva se ha valorado el artículo 65 de la Convención, el cual dispone que la Corte informará a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos “los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. Esta disposición se ha interpretado desde la responsabilidad colectiva de los Estados de defender derechos humanos⁹⁶.

Sin perjuicio de la aplicación de estos principios, estimamos que igualmente la ejecución de las sentencias de la Corte, en especial, desde el citado artículo 68, debe interpretarse a través de los principios generales del Derecho Procesal Público. Así, la Corte Interamericana, al tramitar las llamadas medidas de supervisión de cumplimiento de conformidad con las normas que regulan sus procedimientos, actúa con total apego a los principios de ejecución de sentencias propios del Derecho Procesal Público anteriormente referidos. Así, ya hemos dicho que la Corte Interamericana

vaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes. 2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos. 3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en esta escuchará el parecer de la Comisión. 4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes. 5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión”.

⁹⁴ Informe anual 2019, ob. cit., pp. 62-63.

⁹⁵ Víctor Bazán, “Dos casos sintomáticos que reflejan la complejidad para dar cumplimiento a ciertas sentencias relevantes en Argentina”, en: V. Bazán y M.-C. Fuchs, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*, Tirant Lo Blanch, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2020, p. 26.

⁹⁶ Jesús María Casal, “Cumplimiento y ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la jurisdicción constitucional en Venezuela”, en: *Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*, ob. cit., p. 258.

ejerce una función jurisdiccional otorgada por la Convención, y expresamente ratificada por los Estados parte que así lo han determinado. Por ende, y como hemos sostenido en este estudio, al procedimiento mediante el cual la Corte ejerce sus funciones, en particular su jurisdicción contenciosa han de aplicarse los principios de Derecho Procesal.

Los principios de ejecución de sentencia del Derecho Procesal Público aplicados por la Corte se traducen de la siguiente manera:

- En primer lugar, la Corte asume como propia la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como lo ha establecido expresamente en muchas de sus sentencias⁹⁷. El cómo y el cuándo de la ejecución del fallo no es una potestad discrecional del Estado demandado, es determinado por la Corte, la cual supervisa hasta la total ejecución.

- En segundo lugar, la Corte asume el principio de congruencia ejecutiva y por ende determina los modos de ejecución según la naturaleza de las medidas de reparación dictadas en la sentencia.

- En tercer lugar, la Corte respeta el debido proceso aún en etapa de ejecución y en esa medida procura el cumplimiento voluntario y solo cuando este no es posible procede al cumplimiento forzoso; asimismo, oye a las partes y procura las audiencias y resoluciones que sean necesarias.

- En cuarto lugar, la Corte mantiene abierto el expediente de la causa hasta la total ejecución de todas las medidas ordenadas, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque reconoce lo complejo que en ocasiones en el cumplimiento total de ciertas medidas, especialmente condenas de hacer.

Al igual que sucede en el marco de los procesos judiciales propios de la justicia constitucional y la justicia administrativa, el cumplimiento o ejecución forzosa de sentencias puede verse limitado, en ocasiones, por la falta de colaboración o voluntad de cumplimiento del Estado condenado. En tales casos, podría ser interesante analizar la aplicación de las medidas alternas de ejecución del fallo de carácter indirecto o persuasivo anteriormente analizadas, como son la imposición de multas coercitivas y recurrentes al Estado Parte hasta tanto cumpla la sentencia y asimismo la ejecución indirecta a través colaboración de terceros corriendo los gastos a cargo del Estado moroso en el cumplimiento del fallo, cuando la naturaleza de la prestación o actuación ordenada en la sentencia así lo permita. Para ello, por supuesto, habría que reformar el Reglamento de la Corte o dictar las normas procesales de rigor, pues tratándose de la imposición de sanciones procesales su aplicación no procedería de manera analógica o extensiva.

Asimismo, podrían explorarse otras medidas para crear incentivos a los fines de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte —como por ejemplo, condicionar el ejercicio de derechos dentro del sistema de la Organización de Estados Americanos al grado de cumplimiento de las sentencias. El fundamento de ello es la comentada *responsabilidad colectiva* de los Estados en la promoción y respeto de los derechos humanos, lo que pasa por acciones colectivas llamadas a incentivar el cumplimiento de las sentencias⁹⁸.

⁹⁷ Así lo señala la Corte en la mayoría de sus resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia. Entre otras muchas, véase la Resolución de 19 de noviembre de 2020, caso *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafo 1; resolución de la misma Corte de 8 de octubre de 2020, caso *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafo 1. La facultad de la Corte de ejecutar lo juzgado se desprende también de lo dispuesto en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención, 30 de su Estatuto y artículo 69 de su Reglamento.

⁹⁸ Alejandra Nuño, ob. cit., pp. 1018 ss.

El aspecto que resulta crucial es el procedimiento de ejecución forzosa de las sentencias de la Corte, una vez agotados infructuosamente los procedimientos llamados a procurar el cumplimiento voluntario. Esta ejecución forzosa dependerá, por supuesto, del contenido de la sentencia, lo que podrá implicar complejidades mayores o menores en cada caso, aun cuando hay casos en los cuales la ejecución no plantea mayores dudas en cuanto a los mecanismos aplicables, como sucede con la ejecución forzosa de sentencias que condenan al pago de sumas de dinero. La base jurídica de esta ejecución forzosa es el artículo 68.2 de la Convención, antes citado, que dispone que “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Esto quiere decir que las sentencias de la Corte no requieren cumplir ningún proceso de homologación en el Derecho interno –como el *exequatur*– pues en virtud del citado artículo, esas sentencias deben equipararse a las sentencias dictadas por el Estado, sometidas por ello a las mismas reglas de ejecución previstas en el Derecho doméstico, materia que, como hemos explicado, corresponde al Derecho Procesal Público. Empero, como recuerda Carlos Ayala Corao, el Derecho Procesal común en América Latina suele incluir reglas que limitan la ejecución forzosa mediante medidas de embargo, a través del reconocimiento de privilegios que protegen a activos del Estado⁹⁹. Incluso, sobre la base de la responsabilidad colectiva de proteger los derechos humanos, la regla del artículo 68.2 debe aplicar respecto de cualquiera de los Estados parte de la Convención que haya reconocido la jurisdicción de la Corte, lo que permitiría la ejecución forzosa, incluso, contra activos del Estado condenado ubicados en el territorio de otro Estado.

El tema de la ejecución forzosa de las sentencias permite apreciar la utilidad del enfoque del Derecho Procesal Convencional, en tanto la ejecución de sentencias de la Corte que condenan al pago de sumas de dinero dependerá de los mecanismos de ejecución forzosa de sentencias del Derecho Procesal Público. La inadecuación de estos mecanismos supone, así, una contravención a los artículos 1 y 2 de la Convención, pues la obligación de los Estados de garantizar y promover los derechos humanos se extiende, como hemos explicado, al deber de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva en el Sistema Interamericano, uno de cuyos componentes es, precisamente, la ejecución forzosa¹⁰⁰. En todo caso, la ejecución forzosa de sentencias que no condenan al pago de sumas de dinero no queda regulada en el citado artículo 68.2 –aun cuando los mecanismos domésticos de ejecución forzosa, incluso a cargos de terceros, también son aplicables¹⁰¹.

CONCLUSIONES

El Derecho Internacional Público ha venido evolucionando, en los últimos tiempos, como resultado de la globalización o, más bien, la mundialización del Derecho. Esta evolución ha permitido comenzar a estudiar el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo Global, esto es, el Derecho Público Global –distinto, como tal,

⁹⁹ Carlos Ayala Corao, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Estudios constitucionales*, Año N° 5, N° 1, Universidad de Talca, 2008, pp. 138 ss.

¹⁰⁰ Véase la sentencia de la Corte Interamericana caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* de 28 de noviembre de 2003 (Competencia), párrafo 61, en la cual se concluye que los Estados no pueden invocar su Derecho doméstico para justificar el incumplimiento de las sentencias de la Corte.

¹⁰¹ En general, vid.: Víctor Manuel Rodríguez, *La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Investigaciones Jurídicas S.A., Costa Rica, 1997 pp. 29 ss.

al tradicional Derecho Internacional Público. En especial, la universalización de los derechos humanos, en el plano jurídico, ha sido estudiada como globalización o, mejor, mundialización de los derechos humanos. Tal expresión alude a que el régimen jurídico de los derechos humanos tiene vigencia universal, más allá de las particularidades propias de cada Estado.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por ende, puede ser estudiado como un ordenamiento jurídico. Así, hay un conjunto de normas jurídicas que rigen a determinados sujetos, a través de una organización específica. El centro del ordenamiento jurídico del Sistema es la persona y sus derechos humanos reconocidos en el *corpus iuris interamericano*. Sin embargo, se trata de un ordenamiento jurídico sin Estado, lo que permite estudiarlo como parte del “Derecho Global”. El calificativo “global” no alude a su dimensión territorial, sino a la complejidad y autarquía del ordenamiento jurídico interamericano, cuyo ámbito territorial, como es sabido, es regional. El rasgo distintivo del enfoque del ordenamiento jurídico interamericano como Derecho Global, por ello, es que la fuente normativa de ese ordenamiento no se limita a los Tratados —que son actos estatales— sino que incluye también normas y principios derivados, incluyendo la jurisprudencia de la Corte, en lo que conforma al *corpus iuris interamericano*.

El enfoque del Derecho Global aplica no solo en la parte sustantiva respecto al alcance y protección de los derechos humanos, sino además a la dimensión procesal del Sistema Interamericano. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoce de responsabilidad de los Estados parte por violación de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interamericano, concretizadas en la esfera jurídico-subjetiva de las personas, responsabilidad que será declarada en la sentencia de condena a la cual se contrae el artículo 63.1 de la Convención. Tales relaciones jurídicas, usualmente gobernadas por el Derecho Constitucional y, eventualmente por el Derecho Administrativo, ahora quedan regidas por el Derecho Internacional.

Desde esta perspectiva procesal, y partiendo del Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Procesal Administrativo, y en general, del Derecho Procesal Público común en América Latina, es posible aludir también al Derecho Procesal Global de los derechos humanos, esto es, las normas procesales que rigen a los sistemas de control jurisdiccional de derechos humanos en el espacio global, en ordenamientos jurídicos que van más allá del Estado. En el ámbito del Sistema, este Derecho Global es estudiado, en este artículo, como el Derecho Procesal Convencional.

El Derecho Procesal Convencional puede ser definido como el conjunto de principios y normas de carácter adjetivo que permiten dar eficacia al Derecho Convencional sustantivo mediante la declaratoria jurisdiccional de responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento del *corpus iuris interamericano*, a la vez que permiten la satisfacción de pretensiones y del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el ámbito interamericano.

El diálogo e interacción que existe entre el Derecho Convencional y los Derechos nacionales a los fines de procurar una mejor protección de los derechos humanos es una vía en dos sentidos, de lo cual resulta que el Derecho Procesal Público Común en América Latina —como dimensión del *ius constitutionale commune*— integra tanto al Derecho Procesal Constitucional y Administrativo, por un lado, como al Derecho Procesal Convencional, por el otro. El fundamento de ese enfoque es la naturaleza jurisdiccional de la función ejercida por la Corte Interamericana, con la particularidad que se trata de una función jurisdiccional sin Estado.

En el ámbito doméstico de los ordenamientos latinoamericanos, la naturaleza jurisdiccional de la justicia constitucional y justicia administrativa ha sido el argumento

para estudiarlas desde el Derecho Procesal. Esta misma razón justifica el enfoque procesal de la función jurisdiccional de la Corte Interamericana, a través del Derecho Procesal Convencional, que cumple así dos funciones: la tutela judicial efectiva de derechos humanos, por un lado, y el control de la convencionalidad, por el otro. Este enfoque procesal, en especial, permite considerar como fuentes del Derecho Internacional aplicables a la Corte Interamericana, los principios generales del Derecho Procesal Público común en América Latina.

El enfoque del Derecho Procesal Convencional resulta particularmente útil en cuatro instituciones procesales: el control de la convencionalidad, la pretensión procesal, las medidas de reparación integral y demás elementos del contenido de las sentencias y la ejecución de las mismas. Esas instituciones son analizadas de acuerdo con el estado actual del Derecho Convencional pero también, identificando las áreas en las cuales podrían introducirse reformas para cumplir, mejor, con los principios generales del Derecho Procesal y en esa medida otorgar más efectividad a la función jurisdiccional ejercida por la Corte Interamericana y por ende a la protección de los derechos humanos en la región.

Boston, 2021

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL MATRIMONIO IGUALITARIO

Gilberto Guerrero-Quintero*

SUMARIO

I. Hombre y mujer. 1. ¿Quién es el hombre? 2. El cuerpo humano. II. El matrimonio. 1. Generalidad. 2. El género y el sexo. 2.1. El género . 2.2. El sexo. 3. Sexualidad y principios de integridad e integración de la persona. III. La familia. 3.1. Generalidad. 2. La filiación. 3. El parentesco. 4. La adopción o filiación adoptiva. 5. Deconstrucción de la familia. IV. Matrimonio igualitario. 1. Significado . 2. La propuesta Queer y el matrimonio igualitario. V. La Corte IDH y su visión de la familia. 1. El criterio de la Corte IDH. 2. Las parejas del mismo sexo. 3. Opinión consultiva OC-24/17 presentada por Costa Rica. 4. Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, sobre la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre del 2017. 5. La OC 24/17 y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Conclusiones.

Una distinción ontológica, o incluso estructural, entre distintas categorías de derechos humanos, en orden a su exigibilidad o a su vigor, tropieza con la unidad e indivisibilidad de la dignidad humana. Como en temprana hora lo expresó la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cita que ahora se repite, ‘el hombre privado de los derechos económicos, sociales y culturales no representa a la persona humana que la Declaración Universal considera como el ideal’.

Pedro Nikken¹.

* Profesor titular Derecho Civil Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), exmagistrado suplente de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia y miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Pedro Nikken, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH*, vol. 52, 2010, San José de Costa Rica, pp. 110 ss., <https://www.corteidh.or.cr>, consultado el 17 de diciembre de 2020.

Nuestro fraterno amigo, el profesor Pedro Nikken, fue juez fundador de la Corte IDH, de 1980 a 1988. En este lapso fue su Presidente, en cuyo tiempo el tribunal regional conoció sus primeros casos y se emitieron importantes opiniones consultivas sobre libertad de expresión y pena de muerte, que tienen el sello de su creatividad y conocimientos jurídicos, en defensa de la dignidad de la persona humana. Su amplia formación universitaria y académica, dio importante aporte doctrinario a los derechos humanos que se afirmó en sus libros, artículos y conferencias.

Para referirnos a la temática escogida, es inevitable señalar previamente las fuentes de donde se ha tomado el concepto “matrimonio igualitario”, por imitación y adición de determinadas variables ideológicas; fuentes estas que son el hombre y la mujer, el matrimonio y familia. Lo cultural del género ha imitado estas realidades concretas para asimilarlas desde el individuo e integrarlas a lo ideológico y aumentar así la relación individual con otras personas, por motivos que no son la finalidad de nuestra temática.

Obviar la referencia a las verdades hombre-mujer, matrimonio y familia; en estos momentos en que se tiene miedo hablar de ello, mutilaría la necesaria secuencia que debe existir entre estas fuentes entrelazadas; lo que ideológicamente afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo Corte IDH) y su concepción del denominado “matrimonio igualitario”.

I. HOMBRE Y MUJER

La reflexión sobre el hombre (y cada vez que nos referimos al hombre se incluye a la mujer) en la cultura contemporánea se caracteriza por una doble polarización², por un lado, el desarrollo de las ciencias sobre el hombre tiende cada vez más a la especialización en el estudio de la naturaleza humana, de los mecanismos neurofisiológicos, genéticos, y en el estudio de la estructuración, consciente e inconsciente, de la psique humana. Por otro lado, la filosofía advierte en el plano teórico que el concepto de persona se hace cada vez más inasible, complejo, incierto y difícil de reconducir hacia una comprensión exhaustiva y unitaria del mismo. En este contexto, en el que la reflexión sobre el hombre está desorientada, cada vez se hace más necesaria una investigación sistemática de la antropología filosófica sobre la naturaleza y la esencia de la persona humana.

1. ¿Quién es el hombre?

La interrogante comprende obviamente a hombre y mujer. Se dice que no es correcto preguntar qué es el hombre³, porque este no es un qué sino un quién. Con todo, no es lo mismo preguntar “quién es el hombre” que preguntar “quién es la persona humana”. La primera pregunta es más amplia que la segunda, porque el término “hombre” es más extenso que el de “persona”. Estos vocablos no son sinónimos. La primera cuestión se puede contestar ofreciendo una serie de características corpóreas, psíquicas y personales. La segunda, más concreta, debe apuntar a lo neurálgico del hombre: su intimidad. Con todo, como ambas interrogaciones inquietan por el “quién” y no por el “qué”, en cierto modo se pueden tomar como equivalentes, pues el “quién” designa a la persona humana, es decir, lo radicalmente distinto en cada hombre.

Cualquier varón o mujer es persona humana⁴, un individuo de la especie biológica *homo sapiens*, digamos, animal-racional. Pero ese “antes” tan solo tiene un sentido

² Elio Sgreccia, “Persona humana y personalismo”, en: *Cuadernos de Bioética*, XXIV, 2013, <https://www.redalyc.org> consultado el 20 de diciembre de 2020.

³ Juan Fernando Sellés, “¿Quién es el hombre?”, en: *Metafísica y Persona. Filosofía, conocimiento y vida*, Año 2, julio-diciembre 2010, N° 4, Universidad de Navarra, en: <http://www.revistas.uma.es>, consultado el 21 de diciembre de 2020.

⁴ José María Barroso Maestre, “La antítesis naturaleza-cultura en la ideología de género. La igualdad no es igualitaria”, en: *Anuario de Bioética y Derechos Humanos*, 2018, <https://dialnet.unirioja.es>, consultado el 22 de diciembre de 2020.

axiológico, no, obviamente, cronológico. En ningún caso la característica biológica de ser hembra o macho puede anteponerse a la identidad personal. Y como se sustenta⁵, aunque un hombre crecido fuera del ámbito cultural tiende a comportarse de una manera próxima a un animal; ningún animal crecido en un ambiente cultural humano se comporta como un ser humano. *Solo*⁶ con un proceso muy largo de selección y acomodo, que ha durado muchos miles de años, se han logrado animales domésticos que manifiestan fenómenos de adaptación a la convivencia física con la especie humana, pero permanecen totalmente impermeables a los contenidos de su cultura. Por eso, hay que tener tanto cuidado con el alcance de las palabras. Decir, por ejemplo, como se ha dicho repetidamente, que el hombre es solo físico resulta, al final, una simpleza.

2. El cuerpo humano

El ser humano no es solamente algo, sino alguien. Algo que se visualiza, pero más que esto es alguien y, como alguien, es persona dotada de dignidad. Es un ser a la vez corporal y espiritual. Es cuerpo humano precisamente porque está animado por el alma espiritual. Para el humanismo cristiano, gracias al alma espiritual lo material que forma el cuerpo se trata de un cuerpo humano y viviente. El espíritu y la materia no son dos naturalezas unidas, sino que su unión constituye una única naturaleza. El cuerpo es parte del ser humano, del hombre y la mujer y su dignidad como personas humanas.

Se trata de toda la persona humana, considerada en su dimensión corpórea. Hablamos así de un cuerpo animado⁷, cuyos fenómenos pueden ser estudiados en el campo de varias ciencias: fisiología, anatomía, todos los sectores de las ciencias biomédicas. No es en este restringido sentido fisiológico como la palabra cuerpo debe ser entendida en nuestra perspectiva. De hecho, el cuerpo humano tiene otros significados. En la medida en que hace presente y visible a toda la persona humana, es portador de valores simbólicos: el cuerpo es la modalidad en la que la persona se hace presente. Cada persona se deja contemplar en su cuerpo; el cuerpo es único, singular, personal. Es ciertamente una realidad carnal. El cuerpo del hombre es algo esencialmente distinto de un organismo animal, afirma Heidegger⁸; para quien la confusión del biologismo no se supera por añadirle a la parte corporal del hombre el alma, al alma el espíritu y al espíritu lo existencial y, además, predicar más alto que nunca la elevada estima en que se debe tener al espíritu, si después se vuelve a caer en la vivencia de la vida, advirtiendo y asegurando que los rígidos conceptos del pensar destruyen la corriente de la vida y que el pensar del ser desfigura la existencia.

⁵ Juan Luis Lorda: “¿Qué es el hombre? (una vez más) aproximación teológica a la antropología”, en: *Scripta theologica: Revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra*, Vol. 30, Fasc. 1, 1998, disponible en <https://www.unav.edu>, consultado el 22 de diciembre de 2020.

⁶ La nueva Ortografía de la Real Academia Española, aprobada en consenso panhispánico que reúne a las Academias de la Lengua Española de todo el mundo, con algunas “innovaciones puntuales”; ante la sugerencia observada para la eliminación de las tildes en “solo”, los demostrativos (este, esta...), como de otras palabras monosílabas; hacemos uso de la insinuación para suprimir, en lo posible, la tilde o el acento gráfico en las mismas.

⁷ Juan Pablo II, *La teología del cuerpo*, <https://es.zenit.org>, consultado el 24 de diciembre de 2020.

⁸ Martin Heidegger, *Carta sobre el humanismo*, Traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte, Alianza Editorial, Madrid, 2000. La Carta sobre el humanismo tiene su origen en una carta dirigida a Jean Beaufret (París) en el año 1946. Forma parte del volumen noveno de la edición de las obras completas de Heidegger; <https://www.ucm.es>, consultado el 25 de diciembre de 2020.

Es claro que la persona humana no es su cuerpo, puesto que cabe cuerpo sin persona humana, a saber, un cadáver. Señala el neurofisiólogo Chauchard⁹, que la concepción biológica del hombre en la unidad de su organismo pensante es una concepción equilibradora, que permite desarrollar una conducta humana; ella evita los escollos del puritanismo y del fariseísmo, enemigos de la carne, así como de los libertinos que la exaltan. Y se afirma con convicción¹⁰ que la noción de naturaleza corpórea no se puede aplicar directamente al hombre pues ahogaría de plano la libertad y la creatividad. Es más, el concepto resulta directamente hostil pues se ha construido justamente para definir el reino de lo natural frente al reino de lo artificial propio de la razón. Al prescindir del carácter material, la naturaleza se convierte en un concepto formal que —ahora sí— se puede aplicar al hombre sin empacho puesto que no hace referencia más que a un genérico modo de ser.

La interioridad del hombre se comprende¹¹ solo en la tensión con su exterioridad. La carne expresa lo que de algún modo sucede en el corazón del hombre. Esto es tan cierto que, para designar la realidad interior del hombre, se usan a menudo símbolos e imágenes inspiradas en la exterioridad (además del lenguaje espacial, como para el binomio interior-exterior, encontramos elementos orgánicos, el “corazón”, el “aire puro”, las “vísceras”, o incluso elementos naturales, hablando del corazón como de una “tierra fértil” o “estéril”, como de un templo, de una casa, etc.).

3. ¿Hombre y mujer diferentes?

La ciencia médica indica incluso diferencias estructurales y funcionales¹² entre un cerebro masculino y otro femenino. El sexo psicológico se refiere a las vivencias psíquicas de una persona como varón o mujer. Hay una profunda unidad entre las dimensiones corporales, psíquicas y espirituales en la persona humana, una interdependencia entre lo biológico y lo cultural. El obrar tiene su base en la naturaleza y no puede desvincularse completamente de ella. La unidad y la igualdad entre varón y mujer no anulan las diferencias. Algunos pretenden, cuando consideran que no existe absolutamente ninguna diferencia entre mujeres y varones. Más bien al contrario, mujeres y varones somos diferentes en todas las células de nuestros organismos. Al negar la existencia de los presupuestos cerebrales de la personalidad y de las tendencias del comportamiento que muestra la biología humana, se está combatiendo la propia naturaleza de la persona varón o de la persona mujer. La libertad humana, en cambio, consiste en construirla desde estos presupuestos que no podemos negar y no en luchar contra los mismos. Desde estas diferencias, mujeres y varones se enriquecen mutuamente sabiendo que tienen una misma dignidad como seres humanos. Existe un cerebro de mujer y un cerebro de varón: Existe una base biológica, un presupuesto genético, que subyace a la existencia de dos tipos de cerebros humanos¹³.

⁹ Paul Chauchard, *La creación evolutiva*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1966, p. 85.

¹⁰ Juan Manuel Burgos Velasco, “¿Es la familia una institución natural?”, en: *Cuadernos de Bioética*, vol. XVI, núm. 3, 2005, pp. 359-374, <https://www.academia.edu>, consultado el 26 de diciembre de 2020.

¹¹ Juan Pablo II, *La teología del cuerpo*, ob. cit.

¹² Observatorio de Bioética, <https://www.observatoriobioetica.org/>, consultado el 27 de diciembre de 2020.

¹³ Jokin De Irala, “La complementariedad entre hombre y mujer, camino de la igualdad (Una respuesta a la ideología de género)”, <https://es.zenit.org>, 14 de marzo de 2008, consultado el 28 de diciembre de 2020.

II. EL MATRIMONIO

1. Generalidad

El matrimonio y la familia no son creación del Derecho, sino instituciones naturales que el Derecho positivo ha reconocido y regulado. Sin embargo, esta temática se ha colocado en el proceso dialéctico del debate deconstructivo (vid. III, 5.) El matrimonio ha estado sometido desde el siglo pasado a un proceso ideológico de deconstrucción, de reestructuración en lo esencial, que toca al hombre y la mujer, y estos explica el matrimonio igualitario.

2. El género y el sexo

El término “género” es ahora de uso frecuente en el ámbito académico, político e incluso desde los medios de comunicación. Género hace referencia a las diferencias socioculturales entre hombres y mujeres construidas sobre la base biológica. Es decir, mientras el término sexo se refiere a “las diferencias biológicas entre hombres y mujeres”, género alude a roles, expectativas, funciones, valores, que cada sociedad adjudica a los sexos¹⁴. El sexo se refiere a las diferencias y características biológicas, anatómicas, fisiológicas y cromosómicas de los seres humanos que los definen como hombres o mujeres¹⁵; son características con las que se nace, y son universales, es decir, comunes a todas las sociedades y culturas y son inmodificables. El género es el conjunto de ideas, creencias y atribuciones sociales, que se construyen en cada cultura y momento histórico con base en la diferencia sexual. Desde la antropología, el género ha sido definido como la interpretación cultural e histórica que cada sociedad elabora en torno a la diferenciación sexual. Esta interpretación da lugar a un conjunto de representaciones sociales, prácticas, discursos, normas, valores y relaciones que dan significado a la conducta de las personas en función de su sexo.

Mientras el sexo es biológico, el género es una construcción cultural correspondiente a los roles o estereotipos que en cada sociedad se asignan a los sexos¹⁶. La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-24/17 de fecha 24 de noviembre de 2017 (cfr. V), afirmó del *sexo*: En un sentido estricto, el término sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer¹⁷. En ese sentido, puesto que este término únicamente establece subdivisiones entre hombres y mujeres, no reconoce la existencia de otras categorías que no encajan dentro del binario mujer/hombre. Y, asimismo, que el *género*: Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos

¹⁴ Eva Espinar, “Estereotipos de género”, en: *Padres y Maestros / Journal of Parents and Teachers*, n.º 326 (1), 2009, <https://revistas.comillas.edu/index.php/padresymaestros/article/view/1319>, consultado el 28 de diciembre de 2020.

¹⁵ Universidad de Chile, Programa de Educación Sexual, “Género”, <http://educacionsexual.uchile.cl>, consultado el 29 de diciembre de 2020.

¹⁶ Ana Carmen Marcuello y María Eisegui, “Sexo, género, identidad sexual y sus patologías”, en: *Cuadernos de Bioética*, 1999/3’, Universidad de Zaragoza, <http://aebioetica.org/revistas>, consultado el 30 de diciembre de 2020.

¹⁷ Cfr. OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes.

socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.¹⁸

2.1. El género

El vocablo “género” es una traducción que se ha tomado del inglés “*gender*” y resultado de sustituir el término “*sex*” (sexo), que fue abandonado por los ideólogos del género en favor del uso de “*gender*” (género); para significar que el género debe ser una elección de cada individuo como desarrollo de su propia autonomía y libertad, por lo cual, para ellos, cada persona tiene el derecho a escoger el género (para no decir sexo) que realmente quiere y tiene. En inglés el género es “natural”, es decir, responde al sexo de los seres vivos ya que los objetos no tienen *gender*, son “neutros”. En otras lenguas como el castellano, el género es “gramatical” y a los objetos (sin sexo) se les nombra como femeninos o masculinos. Asimismo, desde una significación diferencial¹⁹, mientras que el término sexo hace referencia a la naturaleza e implica dos posibilidades (varón y mujer), el término género proviene del campo de la lingüística donde se aprecian tres variaciones: masculino, femenino y neutro. Las diferencias entre el varón y la mujer no corresponderían, pues, –fuera de las obvias diferencias morfológicas–, a una naturaleza “dada”, sino que serían meras construcciones culturales “hechas” según los roles y estereotipos que en cada sociedad se asignan a los sexos (“roles socialmente contruidos”).

2.2. El sexo

Es de tradición y certeza admitir que el sexo es algo biológico y se nace mujer o varón. El sexo se refiere a las características y diferencias biológicas, anatómicas, fisiológicas y cromosómicas de los seres humanos que los definen como hombres o mujeres; y viene determinado por la naturaleza. Es una construcción natural, no ideológica ni hipotética, con la que se nace. Y no se puede separar ni de lo que llaman espíritu, ni de los órganos que no son estrictamente sexuales –afirma Feuerbach²⁰. El cerebro –dice adelantándose a las investigaciones científicas hoy en marcha– está determinado por la sexualidad. Sexuados son los sentimientos, pensamientos. “¿Eres tú también más que varón? Tu ser o, más bien (...) tu yo, ¿no es acaso un yo masculino? ¿Puedes separar la masculinidad incluso de aquello que llaman espíritu? ¿No es tu cerebro, esa víscera la más sagrada y encumbrada de tu cuerpo, un cerebro que lleva la determinación de la masculinidad? ¿Es que no son masculinos tus sentimientos y tus pensamientos?”.

¿Qué relación existe entre sexualidad humana y persona? Hay un texto ilustrativo de una de las personas que más ha profundizado en nuestros días en este tema como es Juan Pablo II²¹, quien ha puesto las bases nada menos que para lo que llama

¹⁸ Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – CEDAW, Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5, y OEA, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y Políticos. Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. Estudio realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.G. CP/CAJP/INF. 166/12. 23 abril 2012, párr. 14.

¹⁹ Jutta Burggraf, *Qué quiere decir género. En torno a un nuevo modo de hablar*, Editorial Promesa, San José de Costa Rica, 2004, <http://udep.edu.pe>, consultado el 2 de enero de 2021.

²⁰ *Idem*.

²¹ Juan Pablo II, “Audiencia general, 21.XI.79, n. 1”, en: *Varón y mujer. Teología del cuerpo*, ed. Palabra, Madrid 1995, p. 78.

“Teología del cuerpo”: “La función del sexo, que en cierto sentido es ‘constitutivo de la persona’ (no solo ‘atributo de la persona’), demuestra lo profundamente que el hombre, con toda su soledad espiritual, con la unicidad e irrepitibilidad propia de la persona, está constituido por el cuerpo como ‘él’ o ‘ella’”. Y en la biología, por sexualidad se entiende una función que cumple dos objetivos: la reproducción y el intercambio genético (como es sabido en especies inferiores hay reproducción sin sexualidad y por tanto sin intercambio genético)²². Ahora bien, ¿existe alguna diferencia entre la sexualidad animal y la humana? Parece que entre la sexualidad humana y la animal, existe la misma que se da entre lo que se podría llamar trabajo animal y trabajo humano. Los animales realizan una actividad, pero que está programada²³.

3. Sexualidad y principios de integridad e integración de la persona

La primera tarea de la persona consiste en llevar a término adecuadamente la integración de los elementos de la unidad sustancial en que consiste ella misma²⁴; y que esta radical llamada a “vivirse” uno mismo en la unidad –según corresponde a la riqueza y dignidad propias de su estatuto ontológico– la dimensión sexuada de la persona tiene un papel activo, más o menos directo, en las distintas facetas del ser y la acción personal. Desde el punto de vista antropológico la integración de la sexualidad supone la adecuada asunción, por parte de la persona, de los cuatro presupuestos básicos de la sexualidad humana: la diferencia de los sexos, la inclinación natural entre ellos, la complementariedad, y la posibilidad de compartir la capacidad generativa (también llamada “procreatividad”). A la luz de una ecología plenamente humana e integral, la mujer y el hombre reconocen el significado de la sexualidad y la genitalidad en aquella intrínseca intencionalidad relacional y comunicativa que atraviesa su corporeidad y los envía mutuamente el uno hacia el otro²⁵. Es dentro del mismo núcleo familiar que el niño puede ser educado para reconocer el valor y la belleza de la diferencia sexual, de la igualdad, de la reciprocidad biológica, funcional, psicológica y social²⁶.

Corporeidad y sexualidad no se identifican *completamente*. Si bien el cuerpo humano lleva en su constitución normal los signos del sexo y es, por naturaleza, masculino o femenino²⁷: Sin embargo, el hecho de que el hombre sea “cuerpo” pertenece más profundamente a la estructura del sujeto personal que el hecho de ser en su constitución somática hombre o mujer. Con todo, quiéralo o no, el hombre es un ser sexual en su constitución somática, y esta característica determina su ser. La dualidad sexual es uno de los datos fundamentales del ser humano, y ninguna corriente de pensamiento igualitarista lo puede negar. A su vez, la sexualidad es un componente esencial de la personalidad, un modo propio de ser, de manifestarse, de comunicarse con los demás, de sentir, de expresarse y de vivir el amor humano.

²² Blanca Castilla de Cortázar, “Antropología de la sexualidad. Un estudio interdisciplinar”, en: *Por un feminismo de la complementariedad. Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, Eunsa, Pamplona, 2002.

²³ Cfr. Gilberto Guerrero-Quintero, “¿Los animales tienen derechos?”, en: *El nuevo Derecho de Familia desde una visión pluridisciplinar*, Ed. Investigaciones Jurídicas, Costa Rica, 2020, pp. 261-273.

²⁴ Juan Ignacio Bañares, “Persona y sexualidad humanas. Verdad antropológica y dimensión de justicia”, en: *Ius canonicum Universidad de Navarra*, Vol. 39, N° Extra-1, 1999, <https://dadun.unav.edu>, consultado el 9 de enero de 2021.

²⁵ “Varón y mujer los creó”, cit.

²⁶ *Ibid.*, N° 8.

²⁷ Ramón Lucas Lucas, *El hombre espíritu encarnado (Compendio de filosofía del hombre)*, Sígueme, Salamanca, España, 2003, p. 380.

III. LA FAMILIA

1. Generalidad

El concepto de familia, como consecuencia del proceso ideológico de su *deconstrucción* (5. *infra*), ha sido objeto de disimiles debates - con diversos contenido - en las últimas décadas; dando como resultado la transformación de este concepto en el ámbito jurídico en varios países. En este proceso dialéctico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha jugado especial protagonismo activo, como así lo revelan varios casos resueltos (cfr. V). La familia como institución primigenia de la sociedad se constituye o forma de la unión sexual desde el matrimonio o de la unión *more uxorio*, la filiación y el parentesco. La procreación asegura la conservación y permanencia de la especie, da lugar a la filiación que genera vínculos jurídicos entre los padres y descendientes, relaciones que no llegan hasta aquí, sino que se prolonga en y con otras personas o los individuos que provienen del mismo tronco común; todo lo cual deviene en el parentesco por consanguinidad. Solo la familia tiene la capacidad y función de generar estas relaciones desde su mismo seno.

2. La filiación

Se afirma²⁸ que el punto de partida del derecho de filiación es la relación biológica existente entre generantes (padre y madre) y generados (hijos): sin la existencia de esa peculiar relación biológica no cabría hablar de filiación. En este sentido, que es el más nuclear, filiación es la procedencia biológica de una persona con respecto a sus *progenitores*²⁹. Este es un hecho natural, que se da en todos los seres humanos: no es fruto de la cultura, de la historia ni del derecho positivo (como si los hombres hubiéramos decidido cuál es nuestro sistema de procreación), sino de la naturaleza humana. Pero este vínculo no es meramente biológico, sino que tiene una indisoluble dimensión jurídica: entre quienes son biológicamente padre e hijo (entre procreante y procreado) surgen, por el mero hecho de serlo, relaciones de justicia, que obligan a los padres a prestar a sus hijos la asistencia moral y material que precisan para sobrevivir y desarrollarse, y que dan derecho a los hijos a recibir esa ayuda. Como se ha podido constatar, con las técnicas de fecundación humana asistida se da lugar a otra forma de filiación diferente a la natural, sin que esta desaparezca, pero no por aplicación del proceso ideológico de deconstrucción; sino por la obra científica que da lugar a la filiación biotécnica. Y esto se aprecia con mayor comprensión en la unión entre parejas del mismo sexo o en el matrimonio igualitario; en donde la propuesta deconstructivista de la maternidad y la paternidad - por el supuesto de doble maternidad y paternidad matrimonial -, al margen de la verdad biológica; señala que no es excluyente, en los matrimonios entre personas del mismo sexo, que el otro cónyuge pueda ser declarado *copadre*.

3. El parentesco

Como vínculo, el parentesco de forma automática hace surgir unos efectos que tienen que ver con derechos y obligaciones entre las personas unidas por consanguinidad, la relación paterno-materno-filial y la afinidad; e incluso establece limitaciones en el ejercicio de determinados derechos, v. gr., el impedimento a contraer

²⁸ Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, “La filiación, entre biología y derecho”, en: *Prudentia Iuris*, N° 76, 2013.

²⁹ Al hablarse de “progenitores” se desliga la concepción humana de progenitor a la de hombre (padre) y mujer (madre), con la finalidad de que incluya a comaternidad y copaternidad.

matrimonio entre hermanos; o de la persona que esté ligada por un matrimonio anterior, por causa del estado conyugal vigente; o entre personas con parentesco por afinidad mientras dure el matrimonio que dio origen a la afinidad. Sin embargo, el concepto de parentesco resulta afectado por las técnicas de reproducción humana asistida, en donde se disocia la sexualidad del parentesco y la reproducción de la consanguineidad. Según estas técnicas la consanguineidad, como la relación de sangre entre personas que comparten sangre por tener algún pariente común, no viene dada por esta relación sino por la *voluntad procreacional*, es decir, el óvulo donado para ser fecundado no significa una conexión con otra persona sino la posibilidad de una nueva descendencia, que depende del proyecto que se tenga, para el que las técnicas de reproducción están al servicio de este aun cuando los donantes sean anónimos.

4. La adopción o filiación adoptiva

La adopción cumple la función de proveer la sustitución del padre y la madre biológicos de un menor que se encuentra privado de ellos, a fin de que – en un ambiente familiar - goce de todas las condiciones para el pleno y armónico desarrollo de su personalidad; pues el papel de padre o de madre lo puede ejercer cualquiera. De esta forma la adopción se configura como un instrumento de integración familiar, que origina la total ruptura del vínculo jurídico del adoptado con su familia biológica y crea una nueva relación filiatoria. Por esto, en el caso de la adopción plena, el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones que todo hijo. Es decir que confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, dejando de pertenecer a su familia biológica, por lo que se extinguen los vínculos jurídicos con los integrantes de su familia de origen, al insertarse en su familia adoptiva como un hijo más y crear un parentesco igual al parentesco consanguíneo, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. Esta excepción es punto de debate cuando se la presenta como un obstáculo discriminatorio, que atenta contra la igualdad e impide el matrimonio igualitario.

5. Deconstrucción de la familia

Deconstruir es deshacer, dismantelar, derribar o desmontar analíticamente la familia, para cambiar su significado y adaptarlo a lo político e ideológico. Jacques Derrida³⁰ es el creador de la “*deconstrucción*”. Se ha dicho que la deconstrucción no es

³⁰ Seguidores de las doctrinas de Hegel, Marx y Freud, tales como Theodor Adorno, Jürgen Habermas, Max Horkheimer, Eirech Framm, Walter Benjamín, Hebert Marcuse, Alfred Schmidt, Albrecht Wellmer, Jacques Derrida, padre del deconstruccionismo, Antonio Gramsci y Georg Lukács (creadores del marxismo cultural), Friedrich Nietzsche (estructurador del nihilismo); fundan la Escuela en Fráncfort según la doctrina marxista-leninista que, a través la lucha de clases en la sociedad, busca instaurar la dictadura del proletariado, eliminando las clases sociales y el Estado, para generar la síntesis histórica que, según se afirma, es la instauración del sistema comunista, la dictadura del proletariado o el “nuevo paraíso terrenal”. Por causa de la segunda guerra mundial, la Escuela de Fráncfort se traslada a varios países y finalmente a New York, Estados Unidos, y desde la Universidad de Columbia y con financiamiento de la capitalista Fundación Rockefeller, elaboró estudios dirigidos a destruir la cultura occidental, valiéndose para esto del medio académico universitario; con la prédica constante sobre la división global entre opresores y víctimas de las instituciones tradicionales fundadas por hombres blancos de ascendencia europea, hasta la argumentación de los roles socialmente contruidos para hombres y mujeres, creados también por estos mismos opresores. Horkheimer y Adorno se trasladaron temporalmente a Hollywood para aplicar sus ideas en los grandes medios de comunicación y el cine. Max Horkheimer se hizo cargo de la dirección de la Escuela de Fráncfort a partir de 1930, atrayendo a dos muy influyentes teorizantes del marxismo cultural: Theodor Adorno, sociólogo, filósofo y músico nacido en Alemania; y Erich Fromm, psicoanalista y filósofo también nacido en Alemania,

un pensamiento fácil porque es subversivo y escurridizo, que no permite ser definido. Por esto se señala³¹, que *deconstruir* parece significar, ante todo: desestructurar o descomponer, incluso dislocar las estructuras que sostienen la arquitectura conceptual de un determinado sistema o de una secuencia histórica; también, desedimentar los estratos de sentido que ocultan la constitución genética de un proceso significativo bajo la objetividad constituida y, en suma, solicitar o inquietar, haciendo tambalear su suelo, la herencia no-pensada de la tradición metafísica. El lenguaje es un virus que se reproduce con gran facilidad y condiciona cualquier actividad humana, dando cuenta de su intoxicada naturaleza. En el contexto de esta escritura laberíntica, en la que corremos el riesgo del extravío del autor perdido en el texto o por los constantes y expansivos comentarios, el texto como tejido en perpetuo hilar y trenzar que se hace, se traba a sí mismo y deshace al sujeto en su textura: una araña tal que se disolvería ella misma en las secreciones constructivas de su tela.

Por medio de ese resquebrajamiento de la familia y la sociedad, de la estructura existencial del ser humano, los ideólogos bajo influencia del *marxismo cultural*³², aspiran llegar a una sociedad sin clases sexuales, para lo cual hay que reestructurar —a través de la deconstrucción del lenguaje—, no solo la estructura familiar sino también la educación, la sociedad, la reproducción, la sexualidad, la religión, la cultura.

IV. MATRIMONIO IGUALITARIO

1. Significado

En el Diccionario de la Lengua Española encontramos estas dos acepciones del vocablo “igualitario, ria”³³: 1. adj. Que entraña igualdad o tiende a ella. 2. adj. Que propugna la igualdad social. De estos dos significados nos parece que el primero tiende más a expresar lo que se quiere decir del matrimonio igualitario. ¿Igualdad con qué sentido? Por una parte, la equiparación que se origina entre el hombre y la mujer en el matrimonio, en derechos y obligaciones. Luego, entonces, en contraste, el denominado matrimonio igualitario (entre personas del mismo sexo), es la equiparación entre un hombre y una mujer, en derechos y obligaciones. Por esto posiblemente en la propuesta *Queer* se produce la pugna entre (i) conservadores o asimilacionistas, y (ii) revolucionarios o antiasimilacionistas (cfr. IV.2. *infra*).

ferviente defensor de la liberación sexual y de las políticas de género. En la década del 30, los trabajos de Adorno, Fromm, Horkheimer y Marcuse culminaron en lo que se conoció como “Teoría crítica”, que como su denominación denota su finalidad es “criticar”; y criticando cada uno de los aspectos, las características o las instituciones de la sociedad occidental, sin ofrecer nada a cambio de lo criticado, se podía fracturar a la sociedad misma desde sus cimientos espirituales, éticos, morales y naturales. En la mayoría de las universidades norteamericanas se enseña libremente la doctrina marxista, según el diseño de la Escuela de Fráncfort.

³¹ Adolfo Vásquez Rocca, “Derrida: Deconstrucción, *différance* y diseminación. Una historia de parásitos, huellas y espectros”, en: *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, N° 48, 2016-2, <https://rortypragmatismo.blogspot.com>, consultado el 12 de enero de 2021.

³² El marxismo cultural es el análisis y reestructuración estratégica de las bases del marxismo por parte de los comunistas Antonio Gramsci y Georg Lukács, para disfrazarlo como moderno y cultural, que surge como una crítica a los valores tradicionales imperantes en la sociedad occidental y a los componentes principales de esta: familia, cultura, sexualidad, religión y raza (Carlos X. Blanco, “El marxismo cultural como mutación ideológica”, <https://rebellion.org>, consultado el 3 de enero de 2021). Pero el marxismo es marxismo y su ideología no cambia, pues dejaría de ser, y solo se mimetiza para penetrar las estructuras sociales con mayor facilidad.

Dentro del feminismo radical está una tendencia que este denomina conservadora (v. 2. *infra*) en materia matrimonial, propulsora del matrimonio igualitario, que defiende debe privar en los contrayentes matrimoniales únicamente la autonomía de la voluntad en la celebración del matrimonio. Se señala como ejemplo de esta propuesta, de exclusión, el denominado contrato de cohabitación belga de 1998, que permite la unión civil entre hermanos y otros parientes pues así al suprimir tales impedimentos, no se crean efectos respecto de la filiación. En efecto, acta de 23 de noviembre 1998 garantizó la cohabitación legal en Bélgica. La ley otorga derechos limitados para registros de parejas del mismo sexo y del sexo opuesto. Sin embargo, las personas que no son una pareja también pueden hacer una declaración de cohabitación legal, lo que *incluye a los familiares*. La ley fue publicada legalmente el 12 de enero de 1999 y entró en vigor el 1 de enero de 2000, según un decreto real firmado el 14 de diciembre y publicado el 23 de diciembre de 1999.

2. La propuesta *Queer* y el matrimonio igualitario

Queer refleja la naturaleza subversiva y transgresora de una mujer que se desprende de la costumbre de la femineidad subordinada³³; de una mujer masculina; de un hombre afeminado o con una sensibilidad contraria a la tipología dominante; de una persona vestida con ropa del género opuesto, etcétera. Las prácticas *queer* reflejan la transgresión a la heterosexualidad institucionalizada, que constriñe los deseos que intentan escapar de su norma.

¿Qué significa ser *queer*? Ser *queer* es comportarse de una forma que puede no someterse a las normas heterosexuales u homosexuales, y aunque por lo general se utiliza para describir la orientación sexual de una persona, también se puede usar para indicar una identidad de género no binaria (masculino y femenino). Un género *queer* puede quedar fuera, caer en el medio o fluctuar entre las categorías binarias de género (hombre y mujer). Aunque, por lo general, se usa para referir la orientación sexual de una persona, también se le utiliza para expresar una identidad de género no binaria; pues el género *queer* puede permanecer fuera, desplomarse al medio, u oscilar entre las categorías binarias de género del hombre y la mujer. El *género fluido* fija lapsos en donde experimenta cambios, unas veces se identifica como mujer y otras como hombre, también puede tener etapas en donde no se identifica con ninguno, queda en zona de neutralidad.

La identidad sexual flota en un punto intermedio entre hombre y mujer, y varía según el ambiente, es decir, que se transita con facilidad entre ambos géneros: Un día puede aparecer usando tacones y mostrando feminidad, y en otra u otras ocasiones presentar la imagen masculina; lo cual puede significar, también, que la persona puede ser binaria al mismo tiempo y este es el debate que tienen ahora en *genderqueer*. Con el debate y el mimetismo de construcción cultural, se sospecha que *genderqueer* continuará variando hacia un lugar espacio-temporal desconocido. Las personas pueden identificarse más estrechamente con ser hombres o mujeres, o pueden caer en cualquier lugar entre las dos categorías; así como una persona puede identificarse más con la expresión masculina, la expresión femenina o ambas. También pueden identificarse en algún lugar en el medio, o pueden cambiar entre los dos en un día determinado.

³³ Carlos Fonseca Hernández y María Luisa Quintero Soto, “La Teoría *Queer*: la de-construcción de las sexualidades periféricas”, en: *Sociológica*, vol. 24, N° 69, 2009, pp. 43-60, <http://www.sociologiamexico.azc.unam.mx>, consultado el 4 de enero de 2021.

El movimiento *Queer* está atravesando por una división: (i) Los conservadores, llamados “*asimilacionistas*”, propugnan el matrimonio entre personas del mismo sexo (matrimonio igualitario), y aspiran adquirir iguales derechos que los heterosexuales, aun cuando no hablan de deberes; y, (ii) los revolucionarios o antisistema (los “*antiasimilacionistas*”) rechazan este tipo de convivencia, queriendo liquidar el régimen político del género y, por tanto, el de la heterosexualidad.

Judith Butler³⁴, una de las mayores ideólogas del feminismo radical y de la propuesta *Queer*; dice del matrimonio igualitario que en el movimiento de ‘gais’ y lesbianas, podemos distinguir dos actitudes en torno a la inclusión de sus miembros en instituciones que, tradicionalmente, rechazaban su afiliación (los casos emblemáticos son las Fuerzas Armadas y el matrimonio). La primera, de los asimilacionistas que buscan incorporarse a las instituciones dadas, y, segundo, los que no desean asimilarse porque rechazan esas instituciones *per se*. Butler muestra su adhesión a esta segunda posición, afirmando que el peligro de la legalización del matrimonio - entre personas del mismo sexo - es que dejaría de ser una zona disputada; y considera que la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo es problemática porque refuerza la mano del Estado en cuestiones de regulación de las relaciones sexuales, con el poder de distinguir entre alianzas legítimas (que tendrán una serie de derechos y beneficios) e ilegítimas (que no gozarán de esos derechos y beneficios).

La acusación más frecuente que, desde la postura “*antiasimilacionista*”³⁵, se hace a esa reivindicación es que se trata de una demanda que proviene del ala institucionalizada del movimiento LGTB+, que es conservadora y ajena a los verdaderos intereses de los gays y lesbianas. Demanda que rompería, además, con el planteamiento que ha considerado siempre al matrimonio más una institución a combatir que una posible reivindicación política a exigir desde sectores sociales que pretenden transformar la sociedad. Este es un viejo debate que tarde o temprano termina alcanzando a todos los movimientos sociales: escoger entre reformas parciales, postura defendida por sectores más institucionalizados, o cambios estructurales o “*revolucionarios*”, defendidos por los sectores más radicales o “*antisistema*”. De otro lado, la oposición al matrimonio desde el feminismo – que ha sumado ideas provenientes del anarquismo y el socialismo – ha sido muy importante y de esperar, puesto que dicha institución ha constituido un pilar fundamental en la opresión de las mujeres. También desde sectores libertarios ha habido una fuerte oposición al matrimonio entendiendo este como yugo y una protección innecesaria al sentimiento verdadero.

Como una manera de mediar en defensa del debate feminista radical, se plantea posiblemente la idea de “*desmatrimonializar*” el problema; al señalarse que³⁶, en caso de que no existan en el contrato matrimonial condiciones especiales que ameriten un tratamiento diferenciado entre heterosexuales y homosexuales, es necesario pensar en una “*desmatrimonialización*” de la discusión, esto es, en una defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir una familia, pero por un medio

³⁴ Judith Butler, Ernesto Laclau, Slavoj Žižek, *Contingencia, hegemonía, universalidad: diálogos contemporáneos en la izquierda*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2000, <https://es.scribd.com>, consultada el 8 de enero de 2021.

³⁵ Beatriz Gimeno y Violeta Barrientos, “La institución matrimonial después del matrimonio homosexual”, en: *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, N° 35, septiembre, 2009, <https://dialnet.unirioja.es>, consultado el 28 de diciembre de 2020.

³⁶ Sergio Estrada Vélez, “Familia, matrimonio y adopción: algunas reflexiones en defensa del derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia y de los menores a tenerla”, en: *Revista de Derecho, Universidad de Antioquia*, N° 36, 2011, <https://www.redalyc.org>, consultado el 8 de enero de 2021.

diferente³⁷ y, por qué no, mejor que el contrato matrimonial. El debate no se puede centrar en el derecho a celebrar contrato matrimonial sino en la lucha porque las parejas del mismo sexo sean reconocidas como familia con los mismos derechos y obligaciones (guardando respeto frente a aquellos aspectos que razonablemente ameriten un trato diferenciado) derivados de las uniones civiles o naturales entre parejas heterosexuales. Si el fin, más allá de promover un derecho al matrimonio, es la lucha por el reconocimiento de su unión como factor constitutivo de familia, no es necesario pensar en reformas a la definición del matrimonio sino en la promoción de otros medios en favor de la unión de parejas de homosexuales que responsablemente deciden constituir la.

V. LA CORTE IDH Y SU VISIÓN DE LA FAMILIA

La Corte IDH afirma, (i) no existir un concepto único de familia, señalando que no existe un modelo único de convivencia familiar y rechaza la concepción tradicional de familia. (ii) No admite la distinción entre las parejas del mismo sexo y parejas de hecho compuestas por personas de distintos sexos; y, (iii) asimismo afirma que los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Al respecto, dos sentencias y una opinión consultiva comprenden las temáticas antes anotadas.

1. El criterio de la Corte IDH

La Sentencia de la Corte IDH sobre el caso Karen Atala Riffo y las niñas M., V. y R. contra Chile (21 de noviembre de 2012). Los hechos del presente caso inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. El caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar, que habría sufrido Atala Riffo debido a su orientación sexual en el proceso judicial que dio como resultado el retiro del cuidado y custodia de sus hijas; aun cuando también se refiere a la denunciada inobservancia del interés superior de las niñas, cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos ante presuntos prejuicios discriminatorios.

La Corte IDH afirmó que no existe un concepto único de familia, y rechazó la concepción que tradicionalmente se tiene de familia³⁸; y, asimismo, consideró que en el

³⁷ Es posible que también se piense que la palabra “matrimonio”, al “desmatrimonializar” a este, se debe cambiar, así como se desea cambiar el contrato matrimonial por otra forma. Tal vez por estos motivos algunos sugieren la denominación de “unión civil”, entre otras, porque la denominación “matrimonio” es asimilacionista y conservadora, como lo denuncia la propuesta *queer*, desde el feminismo radical.

³⁸ De forma amplia y debido al vínculo de consanguinidad, se ha considerado que la familia está formada por personas de la misma sangre, es decir, los padres, hermanos, primos o abuelos; pero también los familiares que no tienen el vínculo consanguíneo, como los suegros, cuñados, hijastros o padrastros. Desde luego que también se da una concepción de familia de forma restringida o estricta, por lo cual en la doctrina han sido aportados innumerables conceptos.

marco de la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo CADH), la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra prohibida, al tratarse de un derecho reconocido que no puede ser negado o restringido; por lo cual los Estados parte de la CADH al suscribir una cláusula abierta de no discriminación, no pueden alegar su nivel de desarrollo político social como razonamiento para discriminar. Por tanto, deben abstenerse de realizar acciones que directa o indirectamente, puedan crear situaciones de discriminación.

2. Las parejas del mismo sexo

El 26 de febrero de 2016 la Corte IDH dictó una sentencia, mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Colombia por la violación al derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación en perjuicio de Ángel Alberto Duque, por no haberle permitido acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia, luego de la defunción de su pareja, con base en el hecho de que se trataba de una pareja del mismo sexo. En aquel momento, la normatividad interna colombiana disponía que únicamente el cónyuge o el compañero o compañera permanente sobreviviente de sexo diferente al del causante tenía derecho a la pensión de sobrevivencia.

La Corte IDH resolvió que la distinción entre las parejas del mismo sexo, que son excluidas del derecho a la pensión y las parejas de hecho compuestas por personas de distintos sexos que sí reciben el beneficio de la pensión; no es razonable, ni objetiva, ni existen factores que justifiquen la existencia de la distinción.

3. Opinión consultiva OC-24/17 presentada por Costa Rica

La competencia *consultiva* de la Corte IDH, está referida: (i) a la interpretación abstracta de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (art. 64.1, CADH); y (ii) a la compatibilidad del derecho interno de un Estado miembro de la OEA con los mencionados instrumentos internacionales (art. 64.2, CADH). La Corte IDH ha denominado Opiniones Consultivas a sus decisiones sobre estas interpretaciones³⁹.

La solicitud de Opinión Consultiva OC-24/17, identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo; presentada el 24 de noviembre de 2017 por el Estado de Costa Rica, requiriendo a la Corte IDH que contestara cinco preguntas relacionadas con derechos de las personas LGBTI, las que por motivos de espacio disponible a continuación citamos parcialmente.

La primera pregunta:

Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.244 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una? Respuesta de la Corte IDH: “(...) 36. Pues bien, la referida pregunta se puede responder en el sentido de que, habida cuenta lo que dispone el recién aludido artículo, la forma de asegurar el derecho

El concepto restringido limita la familia a un conjunto de personas constituido por el padre, la madre y los hijos, es decir, la familia nuclear o núcleo familiar porque sus miembros viven en un mismo techo y es la más conocida; a diferencia de la “familia extendida” que incluye más parientes, v. gr., la familia nuclear (padre e hijos) más los abuelos, tíos, primos u otros viviendo en la misma casa; aun cuando puede haber miembros no relacionados sanguíneamente, como los hermanastros.

³⁹ Carlos Ayala Corao, *Del dialogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Ed. Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, Colección Estudios Jurídicos N° 98, p. 70.

al nombre debe ser reglamentada por la ley⁴⁰, esto es, la propia norma convencional remite tal asunto al ámbito de la jurisdicción doméstica o exclusiva del Estado. Ciertamente, en tal caso, la ley debe respetar lo previsto en los artículos 1.1 y 24 de la Convención y la eventual restricción que contemple, debe ser necesaria para los fines convencionales y acorde al principio de proporcionalidad (...).

La segunda pregunta:

En caso de que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?

Respuesta de la Corte IDH:

(...) 54. Así, entonces y considerando que la Corte ha entendido que lo prescrito en el artículo 8.1 de la Convención es también aplicable a las decisiones adoptadas por autoridades no judiciales⁴¹, lo significativo en esta materia, no es tanto si la vía prevista por la legislación nacional para cambiar el nombre es administrativa o judicial, sino que permita que la decisión que proceda al efecto sea adoptada por quién competa, dentro de un plazo razonable y que, en todo caso, se disponga de una instancia judicial donde acudir en contra de la aludida resolución (...).

La tercera pregunta:

¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil⁴² de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su

⁴⁰ El cambio en la política internacional de género, actualmente se orienta hacia la aplicación de modelos tipo, pues reúnen las características esenciales de la ideología de género, y que sirve como pauta para imitarlo, reproducirlo o copiarlo; y desde el modelo tipo regular, el matrimonio y las uniones de hecho o convivencia *more uxorio*, la familia, la filiación, el parentesco, la adopción, entre otras instituciones del Derecho de Familia; así como el aborto, la eutanasia, entre otras concepciones. De esta manera se cambia radical y sustancialmente la concepción que de familia se tiene, y no solo de esta sino del Derecho de Familia. No se trata de “leyes modelo”, como mecanismos de adecuación normativa por medio de los cuales se armonizan las legislaciones de diversos países en torno a pautas relativamente homogéneas, conforme la perspectiva de género.

Ejemplo de lo anterior es la orientación que se manifiesta en la deconstrucción antropológica de hombre-mujer, con las leyes de identidad de género y la correspondiente *ley sobre el matrimonio no heterosexual*, como modelo tipo, que incluye entre otros conceptos la modificación del sexo registral, en cuyo caso se presenta al género y sexo como iguales (aumentando así la referida confusión); la vivencia autopercebida del género, inclusión de menores, normas sobre el trato, la concepción de género sobre las relaciones de maternidad y paternidad que comprenda, además, la adopción por personas del mismo sexo, la sustitución de los conceptos “madre” y “padre” por el genérico “progenitor”, para desligar la concepción humana de progenitor a la de hombre (padre) y mujer (madre), con la finalidad de que se incluya la *comaternidad* y *copaternidad* (cfr. Gilberto Guerrero-Quintero, *Derecho de Familia, sexualidad, género y persona humana (el debate del siglo XXI)*, Ed. Investigaciones Jurídicas, Costa Rica, 2020, pp. 285-286).

⁴¹ Caso *Claude Reyes y Otros vs. Chile*, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C N° 151, párrs. 118 y 119.

⁴² Art. 54. Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto.

4. El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la CADH, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto-percebida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes

nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?

Respuesta de la Corte IDH:

58 (...) parecería que lo que se solicitó a la Corte fue más bien un pronunciamiento acerca de la jerarquía de la Convención en el orden interno del Estado. Ello en mérito de que, del tenor de la “pregunta específica” formulada, a saber, “que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado”, se podría entender en el sentido de que lo que se pretendía era que la Corte declarara que, aunque la referida disposición del derecho interno del Estado está plenamente vigente, ella no sería obligatoria en mérito de lo que dispone la Convención (...).

59. Sin embargo, la aludida interrogante parecería no considerar que si bien puede ser cierto que, en virtud de lo dispuesto en la Constitución del Estado, los tratados tienen un valor superior a la ley y que de conformidad a su jurisprudencia, esta “tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada”⁴³, no es menos cierto que ello no solo es vinculante exclusivamente para el Estado, sino que, además, no le compete a la Corte pronunciarse sobre el particular.

60. Pero, también podría entenderse que lo que se requiere en la “pregunta específica” es un pronunciamiento acerca de “la compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley no 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género”. En sus consideraciones, la OC 24 asume en parte esta posibilidad⁴⁴.

La cuarta pregunta:

Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el

aspectos: a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales. En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la CADH en los términos establecidos en los párrafos 162 a 171”.

⁴³ Sentencia 0421-S-90 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

⁴⁴ “Únicamente le corresponde a esta Corte interpretar los derechos contenidos en la Convención y determinar si las normas de derecho interno referidas, en este caso el artículo 54 del Código Civil, se ajustan a las disposiciones de la Convención Americana”. Párr. 167. Y añade que “el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los (...) aspectos” que señala y que “(e)l Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza materialmente administrativa, que puede proveer de forma paralela de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión (supra párrafo 160). Párr. 171.

numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?

Respuesta de la Corte IDH:

65 (...) Respecto de la indicada pregunta, identificada en la consulta con el N° 4, y su finalidad, cabe subrayar que ella dice relación únicamente con los derechos de orden patrimonial derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo. Se limita a la situación de personas del mismo sexo, no aludiendo a la identidad de género y comprende solo los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre esas personas (...).

70. De modo, en consecuencia, que la situación de las uniones entre personas del mismo sexo es un asunto que también queda en la esfera de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado⁴⁵.

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, obligatorias⁴⁶, lo que constituye la principal diferencia con las sentencias. Y no son vinculantes⁴⁷, 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 in-

⁴⁵ Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Duque vs. Colombia*, Sentencia de 26 de febrero de 2015, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁴⁶ Salvo que el respectivo Estado unilateralmente le asigne obligatoriedad a su respecto, como podría desprenderse de la decisión de la sentencia 0421-S-90 de la Sala Constitucional de Costa Rica que señaló que la jurisprudencia de la Corte “tendrá—de principio—el mismo valor de la norma interpretada.”

⁴⁷ Los autores que se han referido a la *función consultiva de la Corte* no llegan a un acuerdo sobre la fuerza vinculante de las opiniones consultivas. Las dos posturas teóricas al respecto van desde la afirmación de la fuerza vinculante absoluta hasta la relatividad de la fuerza vinculante de las opiniones consultivas. La primera postura es defendida por Pedro Nikken, antiguo juez de la Corte, quien sostiene que las opiniones consultivas de esta son decisiones jurisdiccionales que constituyen jurisprudencia y, por lo tanto, una fuente auxiliar del derecho internacional en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Nikken respalda su tesis en los siguientes argumentos: 1) afirma que la diferenciación que el Estatuto de la Corte Interamericana hizo entre función consultiva y jurisdiccional se debe a una utilización restringida del término “jurisdiccional” como sinónimo de contencioso; 2) resalta que los criterios formulados por la Corte en una opinión consultiva hacen parte de una interpretación auténtica y con autoridad, que crea normas internacionales que vinculan a los Estados americanos; 3) recuerda que la interpretación de la Corte en una opinión consultiva no es una simple asesoría, sino que constituye el criterio cierto y final de interpretación de la Convención Americana, y 4) apunta que la Corte usa sus opiniones consultivas como fuente para resolver casos contenciosos. La segunda postura es sostenida por Héctor Faúndez Ledezma, quien considera que la misma Corte se encargó de debilitar la fuerza vinculante de sus opiniones consultivas al utilizar expresiones ambiguas para definir las, y resalta que la Corte subvaloró su función consultiva al establecer que se trata solamente de una “función asesora”. La interpretación de Faúndez Ledezma se ajusta estrictamente a los criterios expuestos por la Corte en sus opiniones consultivas, para precisar los efectos de estas. No es posible construir una hipótesis sobre la fuerza vinculante de las opiniones consultivas si se tienen en cuenta únicamente las afirmaciones hechas por la Corte; pero de estas sí es plausible colegir una definición negativa de los efectos, de acuerdo con la cual en ningún caso una opinión consultiva puede tener igual efecto que una sentencia proferida por ella misma en un caso contencioso. Desde la Opinión Consultiva 1 de 1982, la Corte ha expresado que “las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa” (Jorge Ernesto Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2015, <https://www.academia.edu>, consultado el 11 de enero de 2021).

terpelados. 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.

La quinta pregunta:

En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa⁴⁸, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?

Respuesta de la Corte IDH:

82. En lo referente al matrimonio entre personas del mismo sexo en tanto obligación jurídica internacional, la OC 24 parece suponer que la única institución que sirve “para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación” es el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que, obviamente, no es así. Como ya se ha expresado, también está la posibilidad de las uniones civiles o formas análogas.

83. Adicionalmente, hay que remarcar que, en el marco de la Convención, la situación del matrimonio es distinta a la de la unión civil u otra figura análoga. Y ello en atención a que, mientras aquél es contemplado en aquella, esta última no lo es. Igualmente hay que subrayar que, mientras todo lo atinente a la unión civil u otra figura análoga queda, consecuentemente, en el ámbito de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado, en lo que concierne al matrimonio, únicamente corresponde a esa esfera lo concerniente a “la edad y las condiciones requeridas para (contraerlo y fundar una familia) por las leyes internas”, pero “en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”, lo que correspondería determinar en el ejercicio de control de convencionalidad practicado con ocasión del conocimiento y resolución de un caso contencioso.

228. Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, en respuesta a la quinta pregunta del Estado de Costa Rica, en torno a si es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación, la respuesta de la Corte es que:

Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna⁴⁹.

⁴⁸ La Corte IDH se ha pronunciado sobre el valor vinculante de la Opiniones Consultivas, en varias ocasiones. OC No. 25 sobre el asilo y su reconocimiento como derecho humano (30 mayo 2018), solicitada por la República de Ecuador. Caso *Fontevuechia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 93, y Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 26. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 164, y Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 26. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124, y Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 26. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29.

⁴⁹ El 4 de febrero de 2018 tuvieron lugar en Costa Rica las elecciones legislativas y la primera vuelta de las elecciones presidenciales. En estas elecciones quedaron en competencia definitiva los dos partidos

4. Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, sobre la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre del 2017

En su voto individual, párr. 97, el juez GROSSI critica, entre otros puntos, que la Corte IDH imponga a los Estados el reconocimiento y regulación de las uniones entre personas del mismo sexo a través de una Opinión Consultiva, debido a que por un lado se afectaría el derecho a la defensa de los Estados, toda vez que no han comparecido para expresar su punto de vista sobre el tema. GROSSI argumenta que la OC-24/17 afecta el principio de seguridad jurídica, ya que no pondera la buena fe de los Estados cuando se comprometieron en la CADH a reconocer el matrimonio, como un derecho del hombre y la mujer.

Veamos parte de lo que afirma el juez GROSSI.

7. Igualmente, es menester reiterar que a la Corte no le corresponde, en el ejercicio de sus competencias, modificar la Convención, por lo que su jurisdicción consultiva o no contenciosa no debe transformarse en el ejercicio de la función normativa, la que, en general, está expresamente conferida a los Estados y en caso de la Convención, a sus Estados Parte.

8. Al efecto, es conveniente llamar la atención acerca de que, si la Corte asumiera, tácita o expresamente, la función normativa interamericana bajo el amparo del ejercicio de su función de interpretar la Convención, podría afectar seriamente el derecho de los Estados a formular reserva de la norma convencional interpretada.

9. Del mismo modo, es preciso tener en cuenta que la función de interpretación consiste en determinar el sentido y alcance de una disposición que admite dos o más posibilidades de aplicación y, por ende, indicando la que es procedente. A ello precisamente se dirigen las normas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esto es, a determinar la voluntad de los Estados Parte empleando de manera armónica y simultáneamente el principio de buena fe, los términos de los mismos, en el contexto de estos y el objeto y fin perseguido. Ninguno de esos criterios o métodos de interpretación puede omitirse y tampoco privilegiarse. El resultado de esa operación no consiste, por lo tanto, en expresar lo que desee que la norma disponga, sino lo que efectiva y objetivamente establece.

10. Asimismo, este escrito se sustenta en la convicción, por una parte, de que lo que le corresponde a la Corte en el ejercicio de su competencia consultiva o no contenciosa es únicamente sea “interpretar” la Convención u otros tratados sobre derechos humanos sea determinar la “compatibilidad” de una ley interna con tales instrumentos, y por la otra, que, en consecuencia y por esencia, la opinión consultiva no es vinculante para los Estados Partes de la Convención ni para los otros miembros de la Organización de los Estados Americanos, por lo que no procede que ordene la adopción de alguna conducta.

71. Lo anterior importa, primeramente, que los Estados, en el ejercicio de su jurisdicción interna, doméstica o exclusiva, pueden, unilateralmente, regular esa situación. El Derecho Internacional no se los impide (...).

políticos y sus candidatos presidenciales que aparecían de últimos en las encuestas, por fuerza del pronunciamiento de la Corte IDH a favor del reconocimiento del matrimonio igualitario en la OC-24/17, de fecha 24 de noviembre de 2017, que introdujo –de manera sorpresiva– un cambio radical en la campaña electoral costarricense. Los votantes se posicionaron a favor o en contra de la decisión de la Corte IDH que se pronunció a favor y defensa del matrimonio entre personas del mismo sexo. Esto favoreció, en la primera vuelta, al candidato religioso (de los hermanos separados), contrario a esta decisión, quien hizo del tema fundamento de su campaña electoral y obtuvo los mejores resultados electorales. En la segunda vuelta, la polarización se hizo más presente a favor o en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo, de manera que sin ser mayoritariamente defensores de este tipo de matrimonio, apoyaron (a la fuerza) al candidato oficialista cuyo partido político era minoría y así obtuvo el triunfo en las elecciones presidenciales, no porque los costarricenses apoyaran este tipo de matrimonio, sino por temor al otro candidato por razones religiosas.

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, obligatorias, 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 (...).

5. La OC 24/17 y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Para Ayala el “diálogo jurisprudencial en desarrollo entre los tribunales de derecho interno y la Corte IDH ha permitido desarrollar por parte de los tribunales nacionales, diversas categorías mediante las cuales estos últimos fundamentan la recepción de la jurisprudencia interamericana. Estas categorías son las siguientes: (i) La interpretación de la CADH por parte de los tribunales nacionales debe guiarse por los criterios obligatorios de la jurisprudencia interamericana; (ii) el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana; y, (iii) la incorporación de la CADH y la jurisprudencia interamericana al bloque de la constitucionalidad”⁵⁰.

En ese sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en Resolución N° 12782-2018, de fecha 8 de agosto del 2018; invocando la Opinión Consultiva OC 24/17 de la Corte IDH, declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo contemplada en el inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia. En esta sentencia, los magistrados constitucionales otorgaron 18 meses a la Asamblea Legislativa para regular el matrimonio igualitario, al cabo de los cuales quedaría levantada la prohibición, como en efecto ocurrió. No era la primera ocasión que la Sala Constitucional⁵¹ costarricense reconocía el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH.

Esa Resolución dispone que,

(...) Conforme al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que “226. No obstante lo expuesto, esta Corte no puede ignorar que es posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación interna y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo, en especial cuando median formas rígidas de reforma legislativa, susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, se insta a esos Estados a que impulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos” (opinión consultiva OC-24/17), y vista la potestad que ostenta la Sala de graduar y dimensionar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad (ordinal 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), se insta a la Asamblea Legislativa, en el uso de su función legislativa constitucionalmente asignada, a que en el plazo de 18 meses, contado a partir de la publicación íntegra de este pronunciamiento en el Boletín Judicial,

⁵⁰ Ob. cit., pp. 72-73.

⁵¹ Entre otras, léase Resolución del 29 de agosto del 2017, expediente: 14-002845-1027-CA, caso fecundación in vitro. En ese sentido, vale destacar que a tenor del artículo 7 de la Constitución Política de Costa Rica “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.” Asimismo, el artículo 27 de la Ley No. 6889 de 9 de septiembre de 1983 (Convenio para la Sede de la Corte IDH) dispone la incorporación de las decisiones de esa Corte IDH como directamente ejecutables a nivel interno.

adecue el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia (...) En consecuencia, se mantiene la vigencia del inciso 6 del numeral 14 del Código de Familia hasta por el citado plazo de 18 meses. Igualmente, por conexidad, declara inconstitucionales todas las directrices administrativas y normativa infra legal que vaya en contra de la aplicación de la Opinión Consultiva OC 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual incluye el acuerdo del Consejo Superior Notarial 2018-002-024. Publíquese este pronunciamiento íntegramente en el Boletín Judicial y reséñese en el Diario Oficial La Gaceta. Notifíquese a las partes y la Asamblea Legislativa (...).

No obstante, la Asamblea Legislativa dejó transcurrir el tiempo fijado por la Sala Constitucional, sin adecuar “el marco jurídico nacional con la finalidad de regular los alcances y efectos derivados de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, en los términos expuestos en esta sentencia”.

Fue así como Costa Rica⁵² dio inicio al matrimonio entre parejas del mismo sexo, el 26 de mayo de 2020, pues la Sala Constitucional mediante fallo de fecha 9 de agosto de 2018, siguiendo la opinión consultiva OC-24/17 de la Corte IDH; resolvió dos acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra normativa del Código de Familia que explícitamente prohibía las uniones entre personas del mismo sexo. La Sala Constitucional en esa sentencia, construyó al Congreso para que hiciera las reformas necesarias en un máximo de dieciocho meses; y de incurrir el Parlamento en desacato, o tardaba más de un año y medio en hacer las enmiendas requeridas, quedarían derogadas automáticamente las tres normas que solo posibilitan la unión matrimonial de un hombre y una mujer, es decir, los artículos 14 (inciso 6)⁵³ y 242 del Código de la Familia⁵⁴, y 4 (inciso M) de la Ley de la Persona Joven⁵⁵.

CONCLUSIONES

1. La familia tiene una finalidad dada por la propia naturaleza de la persona, que da lugar a la reproducción del género humano, por lo cual es una comunidad de personas, de al menos hombre y mujer, para que se cumpla esa finalidad natural.
2. Hombre y mujer son una misma naturaleza humana que se posee de modo distinto, y la unidad e igualdad entre el varón y la mujer no anula las diferencias entre ellos. El discurso constante sobre la igualdad de género se ha venido insertando en la cultura de la sociedad, formando parte de esta. La igualdad y la equidad de género no son una problemática de mujeres solamente, pues afecta e implica tanto a las mujeres como a los hombres. En realidad, la igualdad entre los hombres y las mujeres debe ser vista tanto como una cuestión de derechos humanos, como una condición previa y un indicador de desarrollo sostenible centrado en la persona.

⁵² Para un estudio sobre el matrimonio, las uniones de hecho y las del mismo sexo en Costa Rica (y otros 6 países latinoamericanos), léase a Gilberto A. Guerrero-Rocca, y Gilberto Guerrero-Quintero, en *Family Law in Latin America. Procedural and Substantive Issues. Derecho de Familia & Sucesiones en Latinoamérica. Jurisdicción y Derecho aplicable*, Thomson Reuters, Aranzadi, Madrid, 2021.

⁵³ Artículo 14. Es legalmente imposible el matrimonio: 6) Entre personas del mismo sexo.

⁵⁴ Artículo 242. La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.

⁵⁵ Artículo 4. m) El derecho al reconocimiento, sin discriminación contraria a la dignidad humana, de los efectos sociales y patrimoniales de las uniones de hecho que constituyan de forma pública, notoria, única y estable, con aptitud legal para contraer matrimonio por más de tres años. Para estos efectos, serán aplicables, en lo compatible, los artículos del 243 al 245 del Código de Familia, Ley N° 5476, de 21 de diciembre de 1973, y sus reformas.

3. La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin; en consideración a que la persona es la imagen de un Ser Superior a todo lo que es natural y social. La dignidad se constituye en la fuente de todos los derechos humanos, como así se admite en todas las declaraciones universales. Aun cuando la aceptación universal de esta concepción resulta mayoritaria, obviamente que para la teoría antipersonalista resulta inadmisibile.
4. Tener una condición homosexual (en su connotación de atractivo hacia persona del mismo sexo), y la utilización que de esta hace la ideología de género, son temáticas absolutamente distintas. No ser heterosexual es una situación humana, que se debe respetar pues es la persona humana la involucrada, a quien nadie tiene autoridad o poder para atribuirle que ha perdido su dignidad de persona. Es necesario descubrir y comprender que toda persona, por el hecho de ser, es merecedora de respeto, independiente de su edad, sexo, educación o cultura, desde el momento de la concepción hasta la muerte.
5. El hombre es individuo y persona al mismo tiempo, es decir, tiene una doble condición: es individuo (ser natural) y persona (ser espiritual). De aquí que su afirmación como persona depende de que esta predomine sobre el individuo, de que el espíritu prevalezca sobre la naturaleza. La persona humana es un individuo de naturaleza racional, portador de potencialidades que se desarrollan a través de la vida, en el seno de la familia y de la comunidad.
6. Todo se quiere justificar. Se dice que todo es relativo. El relativismo es la teoría que sostiene el carácter subjetivo, relativo y condicional del conocimiento humano. Lo que el ser humano piensa que es relativo y condicional. Afirma el carácter relativo del conocimiento, niega su objetividad y considera que en nuestras nociones no se reflejan las propiedades del mundo objetivo. Todo es subjetivo. Niega la existencia de verdades absolutas, ya sea en el ámbito del conocimiento, de la moral o de la metafísica. Es la negación de que haya ciertos tipos de verdades universales.
7. Debido a la imposibilidad antropológica, política, cultural y científica, de que el “matrimonio igualitario” sea igual al matrimonio tradicional; al contraer matrimonio personas del mismo sexo estas asumen las mismas obligaciones y derechos que en el matrimonio entre un hombre y una mujer. Los denominados revolucionarios o antiasimilacionistas, al criticar a los que acusan de asimilacionistas o conservadores por desear contraer matrimonio, no desean asimilarse en unión matrimonial porque entrarían a formar parte del sistema que critican.
8. La deconstrucción es una estrategia de lectura, un conjunto de estrategias y tácticas. El lenguaje es un virus que se reproduce con gran facilidad y condiciona cualquier actividad humana, dando cuenta de su intoxicada naturaleza. En el contexto de esta escritura laberíntica, en la que corremos el riesgo del extravío del autor perdido en el texto o por los constantes y expansivos comentarios, el texto como tejido en perpetuo hilar y trenzar que se hace, se traba a sí mismo y deshace al sujeto en su textura: una araña tal que se disolvería ella misma en las secreciones constructivas de su tela. En el siglo XXI ha arreciado el debate creado por lo ideológico del género en relación con el binomio hombre-mujer, el matrimonio y la familia; con la finalidad de deconstruir estas tres verdades, vaciando su esencia y contenido.
 - 8.1. La deconstrucción de hombre-mujer en sus tres dimensiones: una orgánica, el cuerpo; otra inmaterial, o ámbito del tener conformada por las dos potencias inmatrimoniales –inteligencia y voluntad– (el yo); y una tercera, espiritual, ámbito del ser, la persona o espíritu, que conforma la intimidad humana.

La deconstrucción conduce al hombre y la mujer a ser solamente agentes-sujetos para la producción y el consumo.

- 8.2. Deconstrucción del matrimonio por medio de la eliminación de la diferencia natural entre hombre y mujer y, por tanto, los géneros masculino y femenino, los conceptos varón y mujer; afirmando que la identidad sexual es aprendida mayormente y que podría ser alterada con intervenciones conductuales apropiadas; de forma tal que el término “género” pase a sustituir el vocablo “sexo” empleado para designar la dualidad sexual humana de varón y mujer. De esta manera el matrimonio quedaría deconstruido en otra realidad de género solamente, denominada “matrimonio igualitario”.
- 8.3. Deconstrucción de la familia deshaciéndola de sus elementos que constituyen la estructura familia; desmantelando, derribando y desmontando los elementos que la constituyen, para cambiar su significado y adaptarlo a lo político e ideológico; desde luego que así la familia deja de ser la institución primigenia de la sociedad que se constituye o forma de la unión sexual desde el matrimonio o de la unión *more uxorio*, la filiación y el parentesco. La procreación asegura la conservación y permanencia de la especie, da lugar a la filiación que genera vínculos jurídicos entre los padres y descendientes, relaciones que no llegan hasta aquí, sino que se prolonga en y con otras personas o los individuos que provienen del mismo tronco común; todo lo cual deviene en el parentesco por consanguinidad. Solo la familia tiene la capacidad y función de generar estas relaciones desde su mismo seno.

IV. TEMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

¿DERECHO A LA EUTANASIA?*

Alberto Arteaga Sánchez**

SUMARIO

I. El momento de la vida y el momento de la muerte. II. Eutanasia y otras formas de morir. 1. Eutanasia (*eu*: bueno, *thanatos*: muerte). 2. Distanasia (de *dis*: dificultad, distorsión y *thanatos*: muerte). 3. Cacotanasia (de *cacos*: malo y *thanatos*: muerte). 4. Ortotanasia (*ortos*: correcto y *thanatos*: muerte). III. La respuesta ética y jurídica a las diversas formas señaladas. IV. La eutanasia y el derecho a morir con dignidad ante el ordenamiento jurídico venezolano. V. A modo de conclusión.

I. EL MOMENTO DE LA VIDA Y EL MOMENTO DE LA MUERTE

Como dice el Eclesiastés, en texto muy citado, todo tiene su tiempo...

“Hay tiempo de nacer y tiempo de morir...” Lamentablemente, los humanos nunca pensamos en el tiempo para morir; o mejor dicho, no pensamos nunca en el último tiempo de la vida. Nos preparamos y nos preocupamos por vivir, acopiamos bienes para el día de mañana, pero nos negamos a pensar en la muerte y jamás la anticipamos en nosotros, sino en nuestros semejantes, actuando como si nunca pudiera tocar a nuestra puerta, siendo el evento más seguro que tenemos y para el cual la única condición es estar vivos. Asimismo, los médicos se preparan para dar vida o devolverla, pero se sienten incapacitados para enfrentar la muerte, a tal punto que ha surgido una

* El Trabajo que aquí se publica constituye la versión escrita de la intervención oral del autor en las Jornadas de Bioética, organizadas por la Cátedra Libre de Bioética y Derecho del Instituto de Ciencias Penales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V., coordinadas por la profesora Gladys Rodríguez de Bello, por lo cual no se incluyen citas bibliográficas al pie de página. En todo caso, se impone la referencia, entre otros, a los siguientes trabajos, inspiradores o complementarios de estas reflexiones: Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, Roma, 1985; Augusto León, *Eutanasia*, Caracas, 1981; Hernando Grisanti-Aveledo, *Suicidio, eutanasia y ortotanasia*, Valencia, 1979; J. Gafo, M. Vidal y otros, *La eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid, 1984; J. Gafo, *10 palabras claves en Bioética*, Pamplona, 2000; Aquilino Polaino-Lorente y otros, *Manual de Bioética General*, 4ª ed., Madrid, 2000; Claus Roxin, *La protección de la vida humana mediante el Derecho Penal*, Salamanca, 2002; Federico Fuenmayor Gallo, “Entre el derecho a disponer de la propia vida y el deber del Estado de proteger bienes jurídicos”, en: *Temas de Derecho Penal, Libro-homenaje a Tulio Chiossone*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003.

** Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

nueva especialidad en medicina que sirve para conducir a los enfermos terminales que transitan el último trecho de la vida.

Sin duda alguna, en el marco de una sociedad hedonista y consumista, apegados a la vida, bombardeados por la propaganda que vende juventud y promociona fórmulas de larga vida, nos cuesta pensar en uno de los momentos más trascendentes de nuestra existencia, cuando ésta llega a su fin y debe estar rodeada de amor, de respeto y de suprema dignidad.

El momento más importante de la vida es el que tenemos y lo es en grado sumo en la medida que se acerca a su final y merece, por ello, el máximo reconocimiento como culminación y retribución por el don de vida recibido.

De lo expresado, la importancia del respeto a la vida que concluye, la exaltación de su valor y la condena de aquellas acciones que pretenden disponer de ella bajo pretendidas razones de piedad o que se proponen su prolongación artificial, en muestra de manifiesta burla y desprecio a la dignidad del ser humano, cuya existencia debe concluir con la señal de amor con la que se inició su ciclo vital.

II. EUTANASIA Y OTRAS FORMAS DE MORIR

Ante la trascendencia de la muerte, último proceso de la etapa vital de la existencia, el hombre se ha planteado enfrentarla a través de métodos extremos que prolongan su definitivo advenimiento o aceleran el desenlace fatal para demostrar el dominio del hombre sobre su destino, en franco desafío a cualquier persecución que muestre al ser humano como administrador del bien de la vida y no como su dueño con poderes de disposición, quedando una vía del medio razonable, humana y conforme a su dignidad.

Cabe así plantear o hacer referencia a diversos términos que se han acuñado para aludir a fórmulas con las cuales se pone fin a la vida, se ocasiona la muerte o se prolonga el proceso para llegar al momento fatal, el cual, por lo demás, debe entenderse en el sentido de la muerte cerebral, verdadera y única muerte, la cual se produce con la cesación irreversible de la función cerebral, cuando efectivamente muere la persona, lo cual no ocurre cuando simplemente cesa la actividad del corazón o de la respiración, que puede ser sustituida por técnicas modernas de mantenimiento de la vida, a través de la reanimación o de la respiración artificial, no pudiendo, sin embargo, suplirse la función del cerebro, el cual, cuando muere, con ello determina la extinción de la persona y su desintegración aunque el corazón pueda latir y se prolongue la respiración. Cuando se extingue la función cerebral en su totalidad (corteza cerebral y encéfalo) la persona ha muerto, aunque respire o lata su corazón.

En el sentido expresado, se han formulado distinciones entre los siguientes conceptos o términos:

1. Eutanasia (*eu*: bueno, *thanatos*: muerte).

Literalmente, se trata de la buena muerte o de la muerte inducida por piedad, identificándose el concepto con la acción del médico dirigida a producir la muerte de un enfermo terminal, ante dolores extremos y en situaciones en las cuales aparece como irreversible el proceso iniciado, contando para ello con el consentimiento del paciente o la aceptación de sus familiares.

2. Distanasia (de *dis*: dificultad, distorsión y *thanatos*: muerte)

Es la desviación, distorsión o prolongación inútil, innecesaria o exagerada del proceso de la muerte, con lo cual se reduce al paciente a una pieza de procedimientos

técnicos o experimentales desconocedores de su dignidad y que le impiden morir en paz. Equivale a lo que Juan Pablo II ha denominado “encarnizamiento terapéutico”.

3. Cacotanasia (de *cacos*: malo y *thanatos*: muerte).

Se trata de la mala muerte, esto es de la muerte inducida o provocada al enfermo contra su voluntad o sin consentimiento.

4. Ortotanasia (*ortos*: correcto y *thanatos*: muerte).

Se trata de la muerte a su tiempo; lo cual implica el respeto a la vida y a su proceso final, sin abreviaciones tajantes y sin prolongaciones, ni utilización de medios desproporcionados. Es la muerte que llega en un proceso humano digno, en procura de la paz del paciente, con alivio de sus dolores y con la máxima consideración a su condición y dignidad humana.

III. LA RESPUESTA ÉTICA Y JURÍDICA A LAS DIVERSAS FORMAS SEÑALADAS

La ética y el derecho, al menos en la posición que aquí compartimos y se acoge en nuestras normas rechazan la eutanasia, propician la ortotanasia e igualmente condenan la distanasia y la cacotanasia.

Los problemas, sin embargo, surgen al enfrentar los casos concretos cuando no se tiene claridad o no hay acuerdo en torno a los principios que orientan la solución de esos casos.

Partiendo de la premisa de la inviolabilidad de la vida, derecho-deber, se infiere de ello su indisponibilidad.

El proceso de la muerte, como lo señalamos antes, constituye el último paso o etapa de la vida y es así un proceso humano que, como tal, debe ser respetado, propiciando su término en paz y con suprema dignidad.

El médico, principal agente en este tránsito, si bien se debe a la prolongación de la vida y a la recuperación de la salud, no puede rehuir a la realidad de enfrentar la muerte, prestando su apoyo profesional, no para poner fin a una vida, pero tampoco dejándose llevar por el culto a la tecnología o al “imperativo tecnológico” que impulsa a llevar a cabo todo lo que es técnicamente posible, según sus conocimientos científicos, pero sin descuidar su misión de apostolado y su función humanizadora de la situación de los enfermos terminales, seres humanos que, fundamentalmente, deben estar rodeados de afecto y de amor, cuya capacidad para participar en la decisión más trascendente de su vida, como es la que tiene que ver con su muerte, no puede ser marginada u olvidada.

Por supuesto, los mayores problemas, los más punzantes cuestionamientos y las mayores dudas y perplejidades surgen en el momento de tomar decisiones en casos concretos en los que se plantea el conflicto entre la vida que se extingue y la proximidad de la muerte, cuyo proceso se ha iniciado. La dificultad mayor está en calibrar la situación del paciente y sus esperanzas de recuperación o de franca etapa terminal, en orden a determinar cuáles cuidados y tratamientos se imponen o de cuáles pueda prescindirse, determinando, entre otras cosas, su condición de ordinarios o extraordinarios, de proporcionados o desproporcionados, en relación a la situación concreta.

Se dice así que en el caso de un enfermo terminal cabe omitir los medios extraordinarios o desproporcionados, pero no aquellos que son ordinarios o al alcance de quienes atienden al paciente.

El problema radica en la relatividad de la condición de ordinario o extraordinario de un medio, tomando en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar, recursos económicos o situación específica del enfermo y sus familiares.

Se ha dicho así, que una terapia abundante, poco costosa, experimentada, no sofisticada y de empleo usual u obligatorio sería ordinaria, no siéndolo, si es escasa, costosa, en fase experimental, de alta tecnología y opcional.

Pero tales criterios deben complementarse con la referencia a la situación concreta del paciente y sus circunstancias, que tienen que ver con sus condiciones personales y familiares, *status* social, recursos, capacidad para tomar decisiones, entorno familiar.

Estos criterios deben ser tomados en cuenta al momento de tomar decisiones cruciales relacionadas con la vida y la muerte, no limitándonos a la consideración de lo extraordinario u ordinario sino a otras categorías que pueden acercarnos más a la solución de un problema de tanta complejidad, con la referencia a los medios que son proporcionados o desproporcionados o que se presentan como racionales o manifiestamente irracionales.

Todo ello nos coloca, en situaciones extremas, ante difíciles problemas a resolver, como es el caso de un enfermo en estado de coma vegetativo persistente que solo depende de alimentación artificial a través de sondas o tubos, preguntándonos hasta qué punto no hay similitud entre el derecho a respirar y el derecho a la alimentación, siendo así que aceptamos que se pueda prescindir de un respirador artificial, pero no de la alimentación artificial en determinados casos.

En cuanto a los términos o elementos de juicio que, en definitiva, deben servir de guía para determinar la condición de medidas proporcionadas, ordinarias, a ser tomadas en cuenta, o extraordinarias y desproporcionadas, por lo tanto, a ser descartadas, es necesario recurrir a la ponderación del beneficio integral para el paciente; a los riesgos que él enfrenta y a las consecuencias para su entorno familiar; a los efectos favorables que se persiguen y a los no deseados que pueden producirse y son tolerados; a las complicaciones previsibles o no; y, por encima de todo, a la exigencia de responder a la demanda de solidaridad y de acompañamiento, cuidado y auxilio espiritual de quien se encuentra afectado por el dolor y las necesidades del trance que le toca afrontar en la enfermedad.

IV. LA EUTANASIA Y EL DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD ANTE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

El ordenamiento jurídico venezolano protege de manera integral la vida humana. La Constitución, en su artículo 43, dispone que “El derecho a la vida es inviolable”; el Código Penal castiga, en los artículos 405 y siguientes, el delito de homicidio o la muerte de un ser humano por la acción u omisión de otro, intencional o culposamente; en el artículo 412 *eiusdem*, se sanciona penalmente con pena de presidio a quien hubiere inducido a algún individuo a que se suicide o con tal fin lo haya ayudado; y el artículo 80 del Código de Deontología Médica dispone que “Es obligación fundamental del médico el alivio del sufrimiento humano” y que “no se puede, en ninguna circunstancia provocar deliberadamente la muerte del enfermo aun cuando éste o sus familiares lo soliciten”.

Por tanto, resulta claro que la eutanasia es un homicidio, en la medida de una muerte ocasionada a un enfermo irrecuperable, aunque ello obedezca a móviles de piedad o de supresión de sufrimientos graves, motivaciones que, en todo caso, como lo expresa Hernando Grisanti-Aveledo, atenuarían la pena, por aplicación de la circunstancia de atenuación por analogía prevista en el artículo 74, ordinal 4º del Código Penal Venezolano.

Por supuesto, otra es la situación que se plantea cuando nos enfrentamos al proceso de muerte que se ha instaurado en un ser humano o cuando nos encontramos sobrellevando la etapa terminal de una existencia y, entonces, ante la irreversibilidad de los hechos, se impone respeto por la vida que concluye y, conscientes de la dignidad del ser que nos abandona y procurando su paz y tranquilidad, el camino no es otro que un acompañamiento en el tránsito final, rodeándolo de afecto y aliviando sus males con el auxilio de la medicina corporal y espiritual, sin caer en la tentación de la prolongación inútil e inhumana de señales vitales, mediante la utilización de recursos extraordinarios o desproporcionados que solo prolongan la agonía y hacen más penoso y gravoso el advenimiento del momento definitivo, sin dejar que actúe la naturaleza y privando al enfermo, muchas veces, del remedio más eficaz, que no es otro que el amor y el afecto de familiares y amigos, al someterlo al aislamiento y a la tortura de tubos, aparatos y máquinas que extienden artificialmente los signos vitales.

En armonía con lo expresado, el artículo 28 de la Ley de Ejercicio de la Medicina dispone que

El médico que atienda a enfermos irrecuperables no está obligado al empleo de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida. En estos casos de ser posible, oirá la opinión de otro u otros profesionales de la medicina. El Reglamento desarrollará el contenido de esta disposición.

Y, por ello, siguiendo los lineamientos del denominado **testamento biológico o testamento vital** que, entre nosotros, ha propugnado el Dr. Augusto León, un documento notariado permite recoger la voluntad que cualquier persona puede anticipar por escrito, para el momento final, según el cual dispone que no se le mantenga en vida por tratamientos extraordinarios o desproporcionados, que no se prolongue irracionalmente su proceso de muerte y que se le administren tratamientos adecuados para paliar los dolores y sufrimientos. El texto de este documento puede ser del tenor siguiente:

Yo, [_____], mayor de edad, venezolano(a), de este domicilio y portador(a) de la cédula de identidad N° [_____], de profesión [_____], encontrándome en pleno goce de mis facultades mentales, por el presente documento quiero dejar expresa constancia, de mi voluntad, llegado el momento en que no pueda tomar parte en las decisiones que conciernan a mi salud y a mi propio futuro y para el caso de que me hallare en una situación de extrema gravedad, en la cual no haya esperanza razonable de recuperación, de que no se mantenga mi vida por medios artificiales, medidas heroicas o recursos innecesarios, y que se me administre la medicación o ayuda requerida para aliviar mis sufrimientos. Esta expresión de mi voluntad la formulo para tranquilidad de mis familiares, amigos y médicos tratantes, con la absoluta convicción de mi derecho a participar en el proceso humano de mi propia muerte, cuya realidad no quiero evadir y que acepto con absoluta naturalidad y dentro de mi vida de fe, como etapa final de mi existencia terrena. En ese trascendente momento de la muerte, exijo a quienes me rodeen y velen por mí, el más absoluto respeto a lo que aquí expreso y la atención fundamental a los intereses espirituales que han servido de guía a mi vida.

Es justicia que espero en Caracas, a la fecha de su presentación.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el debate abierto sobre la eutanasia, no caben simplemente consideraciones teóricas que sirven para justificar, en el aislamiento de un laboratorio, los problemas de la vida y de su etapa final.

El asunto debe enfocarse en su rica perspectiva humana que no se agota con las referencias al mundo de lo jurídico y a complicados argumentos filosóficos.

A todos nosotros nos corresponderá en algún momento, tomar decisiones con el médico, sobre el proceso de la muerte o sobre el momento final de nuestra vida o la de nuestros seres queridos. Entonces, la guía deberá ser el respeto a la vida y la salvaguarda de la dignidad, medidos con el instrumento del amor y del afecto que reproduce el momento en que venimos al mundo, conscientes de que debemos operar como agentes de la vida y no como instrumentos o agentes de la muerte.

Por ello, terminaría estas líneas citando a Roxin, a quien después de serias lucubraciones formales sobre la eutanasia y después de haber abordado diversos problemas jurídicos y pretendidas soluciones, expresa estos pensamientos:

...no me gustaría visitar un hospital en el que no solamente se cura sino que también se mata. También el doble papel del médico como alguien que cura pero que también mata, puede colocar a esta profesión en una situación dudosa. Sobre todo da la impresión, si es que el homicidio a petición fuese una situación cuasi normal regulada por el Estado, de que un enfermo tendría que renunciar a su vida toda vez que eso sería lo esperado por la sociedad o la familia.

También debe considerarse que se pueden mantener los deseos de vivir de muchos enfermos graves cuando se les preste calor humano, consuelo y compasión.

En síntesis, más que pensar en cómo propiciar la muerte de un ser que concluye su vida, pongámonos en su lugar, para que llegue al final rodeado de afecto, sin dolor, consciente y en paz con Dios.

EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y SU PROTECCIÓN EN DOS VERTIENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Thairi N. Moya Sánchez*

SUMARIO

Introducción. I. El derecho a la alimentación bajo la óptica de los derechos humanos. 1. La normativa internacional y la regulación del derecho a la alimentación. 2. Retos al derecho a la alimentación. II. El derecho a la alimentación en el derecho internacional penal. 1. Algunos antecedentes históricos. 2. El crimen de inanición y las hambrunas en el Derecho Internacional Penal. III. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la alimentación se encuentra expresamente reconocido como un derecho humano que ampara a las personas a tener un nivel de vida adecuado. El Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias e inmediatas para proteger a la población en contra de las hambrunas, de la inseguridad alimentaria y de la desnutrición. Este derecho se encuentra atado a la dignidad de las personas y la salvaguarda del mismo permite garantizar el disfrute de otros derechos humanos. No obstante, en la historia de la humanidad el acceso a alimentos ha sido manipulado y utilizado como una herramienta para garantizar el dominio sobre un “sector” o de “toda la población” por aquellos que se encuentran en posiciones de poder. En este sentido, se pueden encontrar muchos de estos lamentables ejemplos, comenzando desde los nazis, pasando por dictaduras, hasta llegar a los conflictos armados que se viven actualmente.

Por lo tanto, en el contexto del derecho internacional, se ha buscado su protección, entre otros, no solo desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos sino también desde el derecho internacional penal; es por ello que el siguiente artículo se dividirá en los siguientes puntos: I. El derecho a la alimentación bajo la óptica de los derechos humanos: 1. La normativa internacional y la regulación

* Doctora en Derecho Universidad Central de Venezuela (UCV). Maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Nottingham, Inglaterra. Especialista en Derecho y Política Internacional UCV. Abogado UCV. Diploma en Derechos Humanos por el Instituto Internacional de Derechos Humanos, René Cassin, Estrasburgo-Francia. Profesora de la Escuela de Derecho-UCAB.

del derecho a la alimentación, 2. Retos al Derecho a la alimentación, 3. La justicia-bilidad del derecho a la alimentación; II. El derecho a la alimentación en el derecho internacional penal: 1. Algunos antecedentes históricos, 2. El crimen de inanición y las hambrunas en el Derecho Internacional Penal; III. Conclusiones.

I. EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN BAJO LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. La normativa internacional y la regulación del derecho a la alimentación

La consagración del derecho a la alimentación se puede encontrar por primera vez establecido en el art. 25. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Se ha señalado que este artículo de la Declaración reflejó el discurso elaborado por Franklin Delano Roosevelt en el año 1941, cuando proclamó sus “cuatro libertades” de las cuales una era la “libertad de la miseria”, que se resume en el derecho a un estándar adecuado de vida¹.

Posteriormente, como bien es sabido, fueron promulgados los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este último, se reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado y dentro de este derecho, en el artículo 11.1, el derecho a una alimentación adecuada, mientras que en el artículo 11.2 se consagró el derecho a la protección contra el hambre. Aunado a esto, el artículo 1.2 establece que “en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”. Por otra parte, el artículo 2 del Pacto establece que los derechos consagrados en el mismo se deben: “lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Sin embargo, los Estados tienen el deber de “mitigar y aliviar el hambre”; la obligación abarca inclusive las situaciones de desastre naturales o de cualquiera otra especie². A la par, se ha indicado que en relación a la adopción de medidas para lograr progresivamente el pleno ejercicio de este derecho, los Estados deben garantizar que las personas bajo su jurisdicción puedan tener “acceso al mínimo de alimentos esenciales suficientes, inocuos y nutritivamente adecuados para protegerla contra el hambre”³. Posteriormente, en el año 1977 se adoptó la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición en la Conferencia Mundial de la Alimentación.

En el año 1987 se estableció el Comité DESC de las Naciones Unidas que tiene como obligación supervisar la implementación y el cumplimiento del Pacto. Por su parte, en el año 2013 entró en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Otro importante avance fue la adopción de las “Directrices Voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho

¹ Alfredsson Gudmundur Eide Asbjorn. *The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, p. 524.

² ONU, Comité de Derechos Económico, Sociales y Culturales. Observación General N° 12. Pág. 6.

³ *Ibid.*, pár. 14.

a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional” en el año 2004⁴.

Igualmente, el derecho a la alimentación se encuentra consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (artículos 20 y 23), la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 12.2) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24.2.c y 27.3). Del mismo modo, se puede encontrar el Convenio sobre Ayuda Alimentaria de la ONU, en donde se establece la obligación de brindar ayuda alimentaria a los países que se encuentran en los parámetros de su artículo VII.

En la región americana se adoptó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Protocolo de San Salvador) en el año 1988, el cual contempla la protección de este derecho en el artículo 12.

Ahora bien, hay que tener presente que, ante cada derecho básico, el Estado tiene tres responsabilidades, a saber: evitar que los ciudadanos sean privados del derecho, proteger a los ciudadanos de que terceros priven el goce de esos derechos y auxiliar a aquellos que han sido privados de este derecho. Esta idea ha evolucionado en el concepto de que la responsabilidad del Estado supone: 1) el respeto a los derechos humanos; 2) protegerlos de la afectación causada por otros y, 3) satisfacerlos. La realización puede ser dividida, posteriormente, en dos pasos: 1) facilitar las herramientas a los ciudadanos que les permitan proveerse del mismo y 2) otorgar el contenido de este derecho si los ciudadanos no pueden cumplirlo. En lo que se refiere a alimentos, los Estados están obligados a proteger el acceso a los comestibles que ya existen, evitar cualquier tipo de amenaza que ponga en riesgo este derecho y satisfacer las necesidades alimenticias de los ciudadanos, en especial cuando no puedan hacerlo por ellos mismos; esto se lograría -por ejemplo- a través de la facilitación del acceso a la comida, bien sea ayudando a los agricultores con subsidios o mediante el otorgamiento directo de los alimentos;⁵ en atención a esta última acción, se debe hacer énfasis en los grupos más vulnerables. En este sentido, es importante recordar a Alston, quien indicó que “el derecho a librarse del hambre es el único derecho humano que los autores de los dos Pactos internacionales de derechos humanos denominaron específicamente como ‘fundamental’”.

Ahora bien, de acuerdo a la Observación General N° 3 sobre el artículo 2.1 del Pacto⁶, el mismo establece unas condiciones mínimas necesarias para garantizar los derechos que reposan en este, del que destaca, en el numeral 1, la adopción de la normativa interna. En este sentido, es importante destacar que las medidas legislativas son necesarias para toda la gama de derechos DESC debido a que permitirán a la población hacer un escrutinio efectivo sobre la realización de estos derechos. Lo dicho toma especial relevancia en materia de los “recursos legales” en cuanto a la aplicación de sanciones en las jurisdicciones nacionales por la violación de este conjunto de derechos, incluyendo el derecho a la alimentación, y así lo detalló el Comité en la Observación General N° 9⁷. Igualmente, el Estado debe garantizar la no discriminación a la población en atención al disfrute de estos derechos. El Comité indica

⁴ *Idem*.

⁵ Rhoda E Howard-Hassmann, *State Food Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 6.

⁶ ONU, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General N° 3, 14 de diciembre de 1990, pár. 10.

⁷ ONU. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General n° 9. 03 de diciembre de 1998, pár. 9.

de manera contundente que “cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales”. De la misma manera, otro condicionante mínimo que debe ser cumplido es la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, siendo esto desarrollado detalladamente en la Observación general N° 9.

Por otra parte, Shue indica que el derecho a los alimentos está garantizado y respetado cuando al menos existe un mínimo de seguridad económica. No obstante, las situaciones de hambrunas o inanición van más allá del ámbito de satisfacer un derecho, puesto que alguien con hambre está preocupado por satisfacer su necesidad de alimentarse, estando muy débil para cuidar de sí mismo o de su familia y demasiado frágil como para participar en cualquier acción colectiva⁸. Es por ello que toma fuerza la afirmación de que “las personas que no saben cuándo (o incluso si) viene su próxima comida son... reducidas a una existencia infrahumana. Simplemente no hay dignidad humana en sufrir de hambre o desnutrición”⁹. El derecho a los alimentos demuestra la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos, por lo que, de acuerdo a Howard, para satisfacer el derecho humano a la alimentación se necesita al mismo tiempo el disfrute de los derechos civiles y políticos.

En este sentido, para el investigador Kent, los gobiernos autoritarios podrían mantener a su población medianamente alimentada a través de raciones pre-empacadas o encapsuladas, porque con esta dependencia impuesta, esas personas no tendrían “oportunidad para influir en lo que y como ellos son alimentados”, además, agrega que estas víctimas estarían más preocupadas en encontrar los medios para garantizar su subsistencia y no en como luchar contra ese autoritarismo. A su vez se debería sumar que recibir los alimentos de esta manera es indigno, debido a que no se tendría la oportunidad de alimentarse a libre disposición¹⁰.

Se debe añadir que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoció en el “Observación General N° 12” que los alimentos pueden ser utilizados como un “arma política”. Igualmente, indicó que el acceso a los alimentos no puede estar condicionado a la afectación de otros derechos; se podría citar, como ejemplo, el sometimiento a una filiación política, de modo que aquel que no pertenezca a esa tendencia política podría ser excluido del acceso a los alimentos, violando de esta manera una serie de derechos. De la misma manera, en atención al deber de respetar el derecho a la alimentación, el Estado bajo ninguna excusa puede adoptar medidas que tengan como finalidad impedir el acceso a los alimentos o que puedan poner en riesgo el acceso a estos. En este sentido, el Estado tiene –asimismo– la obligación de satisfacer el derecho a la alimentación directamente de las personas cuando así sea necesario, en especial de aquellas que no cuentan con los recursos mínimos para ello. Los párrafos 18 y 19 de la Observación General N° 12, toman especial importancia puesto que dictan que todo tipo de discriminación, en cuanto al acceso a los alimentos, constituye una violación al Pacto; mientras que el párrafo 19 indica que la violación al derecho a la alimentación se configura, entre otras razones, cuando el Estado niega

el acceso a los alimentos a determinados individuos o grupos, tanto si la discriminación se basa en la legislación como si es activa; impedir el acceso a la ayuda alimentaria de carácter

⁸ *Idem.*

⁹ *Ídem.*

¹⁰ George Kent, *The Human Right to food and dignity*, American Bar Association, 1 de enero de 2010. Disponible en: https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/human_rights_vol37_2010/winter2010/the_human_right_to_food_and_dignity/, consultado en fecha 24 de agosto de 2020.

humanitario en los conflictos internos o en otras situaciones de emergencia; adoptar legislación o políticas que sean manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas anteriores relativas al derecho a la alimentación; y no controlar las actividades de individuos o grupos para evitar que violen el derecho a la alimentación de otras personas¹¹.

En este último, por ejemplo, se podrían situar la venta ilegal o el tráfico de alimentos. Además, el Comité agrega que el derecho a la alimentación no aplica cuando la persona tiene acceso a una mínima ración de calorías, proteínas y otros nutrientes.

En el año 2004, la FAO promulgó sus “pautas voluntarias sobre seguridad alimentaria”¹², las cuales están basadas en lo señalado en la “Observación General N° 12” y resaltaron la importancia de los derechos civiles y políticos para el respeto del “derecho humano económico a la comida”. En este orden de ideas, indica en la pauta número 1.2 que “los alimentos no deben utilizarse como una herramienta para la presión política y económica”.

2. Retos al derecho a la alimentación

El derecho a la alimentación presenta unos retos particulares, que explican por qué este derecho no ha sido reclamado de manera más contundente ante instancias internacionales o nacionales. Sin embargo, es preciso recordar que principalmente el desarrollo del derecho a la alimentación descansa principalmente en las políticas públicas adoptadas desde el Poder Ejecutivo; no obstante, los tribunales pueden aportar algunas máximas para la evolución de este derecho.

En este orden de ideas se puede hacer mención a la jurisprudencia relacionada a este derecho, puesto que, si bien es cierto que el “Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” tiene más de 40 años, los esfuerzos para desarrollar y aclarar sus ideas son de más reciente data. A esto se suma una serie de estrategias adoptadas que son cuestionables, entre las que destaca la política de vincular la responsabilidad del disfrute de este derecho únicamente a los “patrones” en relación a aquellas personas formalmente empleadas (por ejemplo, tickets de alimentación o comedores). El alcance de este tipo de medidas es limitado debido a que puede debilitar o denegar la protección de este derecho a aquellos sectores más vulnerables de la población por no tener fuentes de empleos; lo dicho viene a ser una paradoja, puesto que son los más necesitados quienes quedan excluidos de esta lógica. A raíz de esta situación, el derecho internacional se ha encargado de realizar esfuerzos por garantizar el derecho a la alimentación más allá del campo laboral. Sin embargo, a pesar de esto, a la fecha son pocos los Estados que tienen una norma constitucional que ampara este derecho, lo que necesariamente tampoco se traduce en su cumplimiento. Finalmente, otro reto que se presenta, es que la seguridad alimentaria y otros problemas conexos usualmente se basan en metas de políticas públicas y principios, pero estos son pocas veces referidos dentro del marco del derecho a la alimentación, como un derecho inalienable, individual o colectivo.

¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 12. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-12-derecho-una-alimentacion-adeuada-articulo-11>, consultado en fecha 20 de agosto de 2020.

¹² FAO. “Directrices Voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional”. Aprobadas por el Consejo de la FAO en su 127° período de sesiones, noviembre de 2004. Disponible en: http://www.fao.org/fileadmin/templates/righttofood/documents/RTF_publications/ES/RightToFood_Guidelines_ES.pdf, consultado en fecha 20 de agosto de 2020.

Estas prácticas han levantado barreras para identificar las bases legales para presentar ante las jurisdicciones nacionales y en especial ante los tribunales internacionales aquellas situaciones en donde se hayan configurado violaciones de este derecho. Dentro del derecho interno, en cuanto al goce y reclamo del derecho a la alimentación, se hace más difícil cuando en la normativa interna no se garantiza el mismo; por lo que se debe recurrir al Pacto DESC y a documentos del *soft law*, tal como los son el Observación General N° 12 y las Directrices de la FAO. En este orden de ideas, esto representaría otro reto ante las jurisdicciones nacionales caracterizadas por el monismo, en donde a veces el derecho internacional es escasamente conocido o no se tiene conocimiento del mismo en cuanto a su alcance. Por su parte, en las jurisdicciones en donde el sistema es dualista, los prestadores de justicia se enfrentarían a la problemática en que la norma internacional no podría ser aplicada directamente en la jurisdicción nacional. No obstante, cabe destacar que no hay nada que impida la conceptualización del contenido del derecho a la alimentación en una ley o en una norma constitucional; a esto se suma que la utilización del derecho internacional de los derechos humanos por parte de las cortes nacionales es una tendencia que sigue en aumento.

Otro punto que merece una llamada de atención es que el derecho a la alimentación ha sido enfocado desde una perspectiva de mercado, en donde se establece que el disfrute del mismo dependerá de la producción y distribución de un tercero, es decir, sería visto como una extensión de la división social del trabajo y de la adquisición de este en el mercado a través de la compraventa, lo que traería implicaciones en cuanto a la justiciabilidad del mismo. En la definición adoptada por el Comité DESC se aprecia la adopción de esta visión: “El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”¹³.

Del concepto antes dicho se destacan las palabras “acceso” y “medios para obtenerla”, lo que se traduce en el dinero para poder comprarla. De lo señalado, se resalta que el derecho a la alimentación depende de una serie de actores, por ejemplo, los poseedores del derecho, los actores del sector privado, en especial de aquellos quienes producen y distribuyen los alimentos, y el Estado. Todo esto demuestra que el derecho a la alimentación contiene un complejo entramado para garantizar su satisfacción.

Por su parte, el Estado tiene una serie de obligaciones que cumplir, como dar acceso a los alimentos cuando existen problemas de mercados; por ejemplo, el suministro del mismo cuando existen sectores de la población que no pueden comprarlos. No obstante, las obligaciones del Estado en relación a este derecho suelen estar enfocadas en obligaciones de respetar; en este sentido, el Estado debe abstenerse en intervenir en los medios legales que permiten a los particulares tener acceso a este derecho. Asimismo, el Estado tiene obligaciones de proteger a las personas, por ejemplo, a través del monitoreo de las actuaciones de las entidades privadas. Igualmente, las obligaciones emanadas de este derecho abarcan la protección y garantía del derecho al agua, en aras de permitir la producción de los alimentos en los sitios rurales. Del mismo modo, el Estado debe garantizar la calidad, producción y distribución de los alimentos. Ahora bien, el incumplimiento de estas pautas, bien sea por acción u omisión, generan la responsabilidad del Estado.

¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 12, ob. cit.

3. La justiciabilidad del derecho a la alimentación

Aunque los tratados destinados a la protección de los DESC no cuentan con medios claros para su justiciabilidad, en la práctica se ha recurrido:

a) los derechos civiles y políticos para la defensa de aquellos, específicamente a través del derecho a la vida. Un ejemplo de esto puede ser encontrado en la India, en donde la Constitución no establece la protección de este derecho, pero, a pesar de esta limitación, la Corte Suprema de ese país decidió en el caso *People's Union For Civil Liberties v. Union of India*¹⁴ que el Estado había fallado en implementar planes y distribución de alimentos destinados a los grupos que se encontraban o estaban en riesgo de inanición, a pesar de la existencia de alimentos. Todo esto implicaba la violación del derecho a la vida y emitió una serie de medidas urgentes para implementar una normativa (*Famine Code*) relacionada a las hambrunas, así como medidas a ser implementadas.

En el caso de la comunidad indígena *Sawhoyamaxa*¹⁵, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó "...debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo"¹⁶.

Por su parte, en Bangladés, la Corte Suprema se pronunció sobre el control de los alimentos inadecuados que representan una amenaza potencial a la vida de los seres humanos. La decisión fue tomada con base a la norma constitucional dirigida a la protección del derecho a la vida. En este sentido, la Corte señaló que el gobierno debía remover toda potencial amenaza causada por una leche en polvo contaminada puesto que el derecho a la vida incluía la protección de la salud y de un desenvolvimiento normal de los seres humanos y que estas podían ser amenazadas por el consumo y mercadeo de alimentos y bebidas peligrosas para la salud¹⁷.

b) Otra estrategia seguida para proteger este derecho ha sido observar las obligaciones que atañen al derecho a la alimentación desde una perspectiva de "un mínimo vital" o a la existencia de un "mínimo" desarrollado desde la formula constitucional del estado social o *welfare* y de la visión de la dignidad humana.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Tribunal Federal Contencioso Administrativo han establecido la estrategia del 'contenido elemental mínimo' que se

¹⁴ Corte Suprema de India. *People's Union for Civil Liberties vs Union Of India* (UoI) And Anr. 18 de Diciembre de 1996. Disponible en: https://indiankanoon.org/doc/31276692/?_cf_chl_jschl_tk_=5889842848152d04ee1124bb8aab9caf36513285-1606396523-0-Acf49pISMyywKbrrQUez1zxn8TcuegG-MtQAN-ngS-bdXHDGQU2qZOOhUPz-ecRDsGvC7bRA2K6fkbmCkkuQEENtq2AU4oOfiNaos-GleJj0U_zcFg8Eenaubx8vUtjnb4qmPbgz_O6dfY_6BERqXvFAitSHPcAtpH_Cum9VVBXAK41-BiG7ZZ9SAxVw1W0H-odm9YyalgxcgLOXmqEvi8HJXCWqx-Spe2XpS-b9KRyR2XG-ETdu_al4LzCP09HwZ6RsMzbgIjwvmp87oc20_oCORT_ZzwUHNj7vvhaiiLRH_ncVTQ0BJkf1QcEJbUugCpKmO5H0Z0Gy1YAPV8U7VsM1DYZ8WefDiiVtZLPJbHDHPnPjFMxZZNhTSCtAiCEumO62g, consultado en fecha 01 de septiembre de 2020.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad indígena *Sawhoyamaxa vs Paraguay*. 29 de marzo de 2006. Pár. 150-178.

¹⁶ *Ibid.*, pár. 155.

¹⁷ Corte Suprema de Bangladesh (High Court Division), *Dr. Mohiuddin Farooque vs. Bangladesh and others* (no. 1) del 1 de julio de 1996. Disponible en: <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/02/SC-1996-Dr.-Mohiuddin-Farooque-v.-Government-of-Bangladesh-Radioactive-Milk-Case.pdf>, consultado en fecha 10 de septiembre de 2020.

deriva de los principios constitucionales relacionados a lo social y a la dignidad humana. Estos principios constitucionales se traducen en obligaciones positivas para los estados que deben proveer “una existencia mínima” o un “mínimo vital” abarcando el derecho a los alimentos, a la vivienda y a la asistencia social de las personas que lo necesitan¹⁸. En Suiza se ha seguido este criterio, estableciéndose que deben existir *conditions minimales d'existence* incluso para extranjeros indocumentados que se encuentran en Suiza sin alimentos y sin dinero¹⁹.

c) La tercera vía para proteger el derecho a la alimentación ha sido a través de la protección de los medios legales para auto procurarse alimentos, lo que se traduce en el deber del Estado de mantener un cierto nivel de ingresos necesarios para que la población pueda cubrir las necesidades de alimentación. El Estado debe hacer frente a hechos tales como el incremento del costo de la vida o impuestos. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán aseguró que los impuestos no pueden ser extendidos al punto de alcanzar los medios necesarios para satisfacer la “mínima existencia”²⁰. La Corte Suprema de Argentina ha utilizado mucho esta visión de protección²¹, apreciándose en el caso Sánchez, en donde la Corte hizo una referencia expresa a la relación entre el salario mínimo, alimentación, vivienda y salud²².

Ahora bien, las violaciones a este derecho toman otro color cuando desde el alto poder se generan prácticas que pueden configurar crímenes internacionales, es por ello que el derecho internacional penal ha protegido este derecho estableciendo las responsabilidades individuales de aquellos quienes utilicen la alimentación como un medio para la comisión de crímenes internacionales, por lo tanto, se hace necesario revisar la delgada línea entre una violación a los derechos humanos para configurar un crimen internacional. En la próxima sección se evaluará esta situación a la luz de este derecho.

II. EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL

1. Algunos antecedentes históricos

En principio, el fin de la guerra es mantener a la sociedad al borde de la hambruna. La guerra la hace el grupo dirigente contra sus propios sujetos y su objetivo no es la victoria, sino mantener la propia estructura social intacta .

George Orwell

En aras de analizar el problema de las hambrunas, concebidas como parte de un plan de dominación de una población, se pasará a observar dos hechos perturbadores que siguen latentes en la memoria universal.

¹⁸ Tribunal Constitucional Federal Alemán BVerfGE 197 (104 y ss); BVerfGE N° 40, BVerfGE 121 (134) y N° 45, 187 (229). Tribunal Federal Contencioso Administrativo N° 1,159 (161), 23 (27).

¹⁹ Corte Federal Suiza, *Einwohnergemeinde vs und Refterungsrat des Kanton Bern*, BGE/ATF 121 I 367, 371, 373 V. JT 1996 del 27 de octubre de 1995.

²⁰ German Federal Constitutional Court, BVerfGE 82, 60 (85), BVerfGE 87, 153 (169).

²¹ Se pueden revisar los casos de *Rolón Zappa*, *Victor Francisco*, de fecha 30 de septiembre de 1986; el Caso *Martinelli*, *Oscar Héctor y otro vs. Coplinco Compañía Platense de la Industria y Comercio S.A.* de fecha 23 de abril de 1991.

²² Corte Suprema de Argentina, Sánchez, María del Carmen. Caso N° S. 2758. X, de fecha 17 de mayo de 2005. Disponible en: <http://www.unter.org.ar/imagenes/7068.pdf> Consultado en fecha 15 de septiembre de 2020.

Uno de los antecedentes más deleznable puede ser encontrado en los desarrollos de la II Guerra Mundial, cuando los Nazis desarrollaron el “Plan del Hambre” (*der Backe-Plan*) en donde se planificó el apoderamiento de los alimentos de la Unión Soviética y que esta fuese dada a los soldados y civiles alemanes. El plan tenía como intención causar la muerte de millones de personas a través de la inanición. Las principales víctimas serían los eslavos, considerados racialmente inferiores, siendo este plan llevado a cabo después de la Operación Barbarroja²³, la cual se ejecutó en la Unión Soviética en el año 1941.

La razón del plan obedecía a que se consideraba que Alemania no era capaz de producir los alimentos necesarios para mantener la guerra y la moral alemana alta. Se ha indicado que este plan fue una “ingeniería del hambre”, planeada e implementada como una política pública. El Plan fue concebido en la fase de la invasión alemana, en donde los alimentos fueron desviados desde Ucrania, alejándose del centro y norte de Rusia. El plan fue concebido como medida para causar muertes en masa, logrando su objetivo. Lo mencionado quedó especialmente establecido en el documento conocido como “la carpeta verde de Göring”, (*Oldenburg*), propiedad de Hermann Göring, en donde se indicó que se esperaban conseguir entre 20 y 30 millones de muertes en Rusia como resultado de las acciones llevadas a cabo por las acciones militares y la crisis en el suministro de comida²⁴. La carpeta fue llevada a los juicios de Núremberg; en la misma reposaba todo el plan de explotación económica de la antigua Unión Soviética.

Ante este panorama, Rafael Lemkin, creador del término ‘genocidio’ y quien abogó por el juzgamiento de todo aquel que perpetrase este crimen, indicó que se debía prestar especial atención a la inanición y las hambrunas inducidas como un arma de genocidio. En su libro *Axis Rule in Occupied Europe*, enumeró ocho técnicas de genocidio, divididas en técnicas: políticas, sociales, culturales económicas, biológicas (a través de la reducción del porcentaje de nacimientos), físicas, religiosas y morales. Es de especial relevancia que, en cuanto al debilitamiento físico o inanición de los grupos humanos, Lemkin estableció tres mecanismos diferentes para llevarlo a cabo, a saber: el primero fue “discriminación racial en cuanto a la alimentación”, en el cual detalló las líneas de alimentación elaboradas por los Nazis en razón a los nutrientes básicos para los diferentes grupos. El segundo mecanismo señalado fue el de poner en riesgo la salud, por ejemplo, a través de las sobrepoblaciones en los guetos sin ningún control sanitario, la retención/raционamiento de medicinas y el transporte de civiles en camiones / vagones de ganado y de carga. El tercer mecanismo fueron los asesinatos en masa. El genocidio ha sido especialmente asociado con esta tercera categoría²⁵.

Posteriormente, Lemkin consideró también el “genocidio por hambruna” a raíz de la llevada a cabo en Ucrania por el régimen comunista de Stalin, entre 1932-1933, también conocida como el *Holodomor* o la “hambruna del terror”. El *Holodomor* fue llevado a cabo bajo el pretexto de la “crisis de las cosechas” para de esta manera

²³ La operación Barbarroja fue el nombre en clave dado por Adolfo Hitler al plan de invasión a la Unión Soviética, llevado a cabo por las Fuerzas del Eje. La operación fue una de las más grandes de la guerra y sus resultados fueron realmente catastróficos. Dicha operación culminó el 5 de diciembre de 1941 tras un contraataque del Ejército Rojo, erradicando los planes de Hitler de ganar la batalla en Moscú.

²⁴ Sarah Kavanaugh y David Cesarani, *Holocaust: From the persecution of the Jews to mass murder*. Routledge, Taylor & Francis Group, London, New York, 2004, Vol. II, pp. 300-301.

²⁵ Raphael Lemkin. *Axis rule in occupied Europe. Laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*. Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, Washington, 1944, pp. 79-89.

intervenir directamente en el pueblo ucraniano. Los meses de noviembre y diciembre de 1927 se caracterizaron por una caída dramática del suministro de los productos agrícolas a los organismos del Estado soviético, a consecuencia de los bajos precios impuesto por el Estado, el encarecimiento y los duros trabajos en las manufactureras aunado a los rumores de guerra. De acuerdo a Stalin, la situación tan perversa vivida con la agricultura era el resultado de las acciones emprendidas por los *kulaks*²⁶, así como por otras fuerzas irregulares, que pretendían debilitar al régimen soviético, por lo que el Estado emprendió medidas de represión. Aunado a este panorama, se realizó una colectivización en masa de las granjas²⁷ y los campesinos en su totalidad fueron conocidos como *koljoses*, quienes habían surgido con Lenin y eran vistos como una agrupación de campesinos en aras de eliminar los latifundios.

En ese año, Stalin anunció la extinción de los *kulaks* como clase social y los dividió en tres categorías, a saber: 1) aquellos que estaban sumergidos en actividades en contra de la revolución, por lo que debían ser detenidos y llevados a campos de trabajo o ejecutados en caso de resistencia, 2) aquellos quienes ayudaban a los contrarrevolucionarios, siendo su castigo la deportación con sus respectivas familias fuera del país. Regularmente eran enviados a Siberia, en donde fallecían por causa del frío o inanición y 3) un grupo que de alguna manera era privilegiado porque no eran encarcelados, ni asesinados, ni deportados, sino que únicamente eran enviados a trabajar en colonias y sus propiedades eran estatizadas²⁸.

Mientras los *kulaks* eran cada vez más empobrecidos por los impuestos abusivos, se implementó la colectivización forzosa y obligatoria conocida como “*deskulakización*”, donde los militares actuaban bajo la premisa de “comamos y bebamos, todo es nuestro”, emprendiendo acciones tipo comandos, quitando a los campesinos sus ropas de invierno, así como su calzado, situación que fue empeorando hasta llegar a quitarles el té, las almohadas y el resto de la ropa. La situación evolucionó desde el control de los granos hasta las expropiaciones de las pequeñas ventas de productos artesanales que podían realizar los campesinos. La situación culminó como “una lucha de clases sociales” y con una gran hambruna que ha sido negada reiteradamente por Rusia hasta nuestros días. La hambruna fue de tal magnitud que se castigó a todo aquel que robase víveres, alcanzándose niveles altos de detención, en donde los saqueos estuvieron a la orden del día para encontrar, así fuese, un poco de comida, por lo que se terminó de dictar penas de muerte a los saqueadores. Finalmente, la fase más debastadora de la hambruna se presenció, no únicamente al ver los cuerpos de los fallecidos en las calles²⁹, sino cuando las prácticas de canibalismo comenzaron a darse incluso entre familiares. Stalin llegó inclusive a ordenar la prohibición de entrada de los campesinos a las ciudades, obligándoles a morir en el campo³⁰. En conclusión, Stalin consiguió, a su manera, liquidar rápidamente a un sector de la población que le incomodaba a través del hambre forzada.

²⁶ Se conocen como los kulaks a los agricultores de la época zarista quienes poseían tierras y contrataban a los trabajadores para explotarlas.

²⁷ La colectivización consistía en que los campesinos debían abandonar sus tierras para unirse a las granjas colectivas.

²⁸ Anne Applebaum. *Hambruna roja: La guerra de Stalin contra Ucrania*, Penguin Random House. Grupo Editorial España, 2019.

²⁹ Estos hechos se dieron de manera ampliada en la ciudad de Oldesa, se decía que nadie tenía la fuerza suficiente para enterrarlos. Anne Applebaum, ob. cit., p. 5.

³⁰ Anne Applebaum, ob. cit., p. 10.

Por todo esto, Lemkin fue enfático al señalar que el hambre es un arma, *sí*, un arma muy peligrosa³¹. Indicó además que el hambre no solo destruía el cuerpo sino el “alma y cerebro de una nación”: “El plan soviético estaba dirigido a los agricultores, a la gran masa de campesinos independientes que son la tradición, el folclore y la música, la lengua y la literatura nacional, el espíritu nacional de Ucrania. El arma utilizada contra este cuerpo (los campesinos independientes) es quizás la más terrible de todas: las hambrunas”.

Ante este tipo de situaciones, la comunidad internacional decidió sancionar este tipo de crímenes responsabilizando de manera individual a los perpetradores de estos hechos con la finalidad de que los mismos no quedasen impunes.

2. El crimen de inanición y las hambrunas en el Derecho Internacional Penal

En el contexto del derecho internacional penal, cuando ocurre una violación al derecho a la alimentación, se suele estar al frente del crimen de inanición, siendo una de sus consecuencias las hambrunas. En la actualidad, este crimen se está perpetrando en los conflictos armados de Siria, Yemen y Sudán del Sur, aunque el mismo no necesitaría la existencia *per se* de un conflicto armado para que se pueda configurar.

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se puede encontrar expresamente la privación de alimentos como un crimen de genocidio (artículo 6.c), crimen de lesa humanidad, en donde se hace mención directa a esta práctica como crimen de exterminio (artículo 7.b), y como un crimen de guerra (artículo 8.2.xxv). Ahora bien, bajo el Estatuto, este crimen se podría configurar bajo otros supuestos.

Se debe considerar como la privación de alimentos puede ser penalizada fuera de las figuras tan rígidas (guerra y exterminio) del Estatuto de Roma, en especial tomando en cuenta lo señalado por Jean Ziegler, antiguo Relator Especial de las Naciones Unidas para el Derecho a la Alimentación, quien indicó que las crisis por hambre son una “*masacre diaria*” haciendo énfasis en que las hambrunas “no son una cuestión del destino: sino que estas son el resultado de las decisiones humanas”³².

En este orden de ideas, como bien se pudo apreciar en los antecedentes, la privación de alimentos ha sido sin lugar a dudas una herramienta utilizada para someter a las poblaciones al control político del Estado. De esta normativa, tomaremos con especial interés el listado enunciado como crímenes de lesa humanidad, bajo el Estatuto de la Corte Penal Internacional, puesto que la prohibición a las tácticas de hambrunas en tiempos de conflictos armados o a la de cometer genocidio se explican por sí solas. Por lo tanto, se enfatiza que los crímenes de lesa humanidad pueden ocurrir perfectamente en tiempos de paz, por lo que las hambrunas podrían ocurrir en situaciones en donde no existe necesariamente un conflicto armado y estar al frente de situaciones silentes.

³¹ Además señaló que este “genocidio” estuvo compuesto de 4 fases: “El primer golpe [fue] dirigido a la inteligencia, el cerebro nacional, para paralizar el resto del cuerpo”. El segundo fue “una ofensiva contra las iglesias, los sacerdotes y la jerarquía, ‘alma’ de Ucrania... La tercera parte del plan soviético estaba dirigida a los agricultores, la gran masa de campesinos independientes que son el depositario de la tradición, la tradición popular y la música, el idioma y la literatura nacional, el espíritu nacional, de Ucrania. El arma usada contra este cuerpo es quizás la más terrible de todas, la inanición... El cuarto paso en el proceso consistió en la fragmentación del pueblo ucraniano... por la adición a Ucrania de pueblos extranjeros y por la dispersión de los ucranianos en toda Europa del Este”.

³² Rhoda Howard-Hassmann, ob. cit., p. 10.

Ahora bien, para poder diferenciar entre violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad, se requiere en estos últimos una serie de elementos establecidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma para que se puedan configurar como tal. En cuanto al contexto, se tienen (i) un ataque dirigido contra cualquier población civil, (ii) una política estatal u organizativa, (iii) la naturaleza generalizada o sistemática del ataque, (iv) un nexo entre el acto individual y el ataque, y (v) el conocimiento del ataque³³. A la par, se requiere que se cumplan los elementos atinentes a cada crimen establecido en el artículo 7; es decir, se deben configurar tanto los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad como los elementos específicos a cada crimen. Ahora bien, se debe partir de tres supuestos en los cuales se podría utilizar la privación de alimentos y configurarse el crimen de lesa humanidad:

a) Exterminio: Este crimen se configura con el asesinato a gran escala de miembros de una población civil. El exterminio se ha incluido en todos los instrumentos relativos a los crímenes de lesa humanidad desde la Segunda Guerra Mundial³⁴.

En el supuesto del crimen de exterminio, como crimen de lesa humanidad, se debe comprobar primero que este se perpetró como un “ataque sistemático o generalizado en contra de un sector de la población”, además de cumplir con los elementos objetivos y subjetivos propios del crimen de exterminio. El Estatuto de Roma indica que se entenderá por exterminio lo establecido en el art 7.2. b:

El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, **la privación del acceso a alimentos o medicinas** encaminadas a causar la destrucción de parte de una población (resaltado agregado).

En el supuesto de la privación de alimentos, la Corte Penal Internacional ha indicado en la segunda decisión de la orden de arresto en el caso *Al Bashir*, que el exterminio puede ser cometido a través de la “imposición de ciertas condiciones de vida a una o más personas”, donde esas condiciones se “calculan para lograr la destrucción física de ese grupo, en todo o en parte”³⁵. El elemento clave para reconocer la comisión de este grupo es probar la intención de “destruir” a esa población, compuesta por personas que necesariamente no comparten una característica común, situación diferente al crimen de genocidio en donde las víctimas poseen esa unión común³⁶. El mencionado elemento no puede ser apreciado a la ligera puesto que existen valores para poder determinarlo.

Es por ello que, en los casos de hambrunas, en donde toda la población es víctima y cuyo fin último no es necesariamente la “destrucción” como tal de esa población, cabría la posibilidad de estudiar bajo cual otro ordinal podrían configurarse estas acciones como crímenes de lesa humanidad, teniendo en cuenta, además, que probar la “intención” de “destruir” a la población en el crimen de exterminio representa un umbral superior de pruebas.

³³ CPI. Sala de Cuestiones Preliminares. Situation in the Republic of Kenya, ICC PT. Ch. II, ICC-01/09-19, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, para. 79.

³⁴ Christopher K. Hall, “Article 7: Crimes Against Humanity”, en: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, Oxford, 2008, p. 190.

³⁵ CPI. Prosecutor v Al Bashir, ICC PT. Second Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir. ICC-02/05-01/09-94. 12 de julio de 2010, para. 33.

³⁶ Christopher K. Hall, ob. cit., pp. 191-194 y 244-247.

b) El artículo 7 del Estatuto de Roma, en el ordinal k), permite la aplicación de una cláusula abierta que configura el crimen de lesa humanidad cuando una acción determinada no se encuentra específicamente amparada bajo los otros ordinales. El ordinal indica que será considerado como lesa humanidad:

Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Como es bien sabido, las acciones que han creado crisis humanitarias, a través de la imposición y control de alimentos o de medicamentos, lo que se traduce en hambrunas/inanición o en la muerte lenta por la falta de medicamentos, producen “grandes sufrimientos” o atentan gravemente contra la integridad física y/o la salud mental y/o física de las víctimas; por lo que se considera que este ordinal permitiría sancionar este tipo de crímenes.

En el caso de Katanga y Ngudjolo, la CPI indicó que:

El Estatuto [de la CPI] ha otorgado a “otros actos inhumanos” un alcance diferente al de sus antecedentes, como la Carta de Núremberg y los Estatutos del Tribunal Penal Internacional y el TPIY. Este último concibió los “otros actos inhumanos” como una “disposición de captura total”, dejando un amplio margen para que la jurisprudencia determine sus límites. En contraste, el Estatuto de Roma contiene ciertas limitaciones, en cuanto a la acción que constituya un acto inhumano y las consecuencias requeridas como resultado de esa acción³⁷.

Dicha sentencia aclaró del mismo modo que los crímenes englobados ya dentro del artículo 7 no podrían considerarse simultáneamente como “otro acto inhumano”³⁸. Igualmente, consideró que haciendo mención al principio de *nullum crimen sine lege*, agregó que los actos inhumanos deben considerarse “como violaciones graves del derecho internacional consuetudinario y los derechos básicos de los seres humanos, derivados de las normas del derecho internacional de los derechos humanos”³⁹.

Es aquí en donde destaca que la privación de alimentos es un acto inhumano, por lo que ha sido objeto de regulación y consagrado como un derecho humano. El cumplimiento y respeto de este, así como en tiempos de guerra, es de carácter consuetudinario.

De todo esto pareciese viable la opción de catalogar las “hambrunas inducidas” como un crimen de lesa humanidad, esto con base al ordinal k del artículo 7 del Estatuto de Roma. No obstante, habría que observar el desarrollo de la jurisprudencia en la CPI y si uno de los casos que ameriten su evaluación contemplaría la utilización del hambre como una medida de control y sometimiento.

c) El ordinal anterior también podría ser considerado en conjunto con el ordinal k cuando este tipo de acciones fuesen tomadas para perseguir a un grupo social situado en alguno de los parámetros del crimen de persecución. De acuerdo a lo establecido en el artículo 7.2. g, se entiende como persecución “...la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”. Esa identidad se fundamenta en la identificación de “políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género”. En este orden de ideas, es preciso recordar que el derecho a la alimentación

³⁷ CPI. *Prosecutor v Katanga y Ngudjolo*, Decisión sobre la Confirmación de Cargos, ICC PT. Cap. I, ICC-01 / 04-01 / 07-717, 30 de septiembre de 2008, párr. 450.

³⁸ *Ibid.*, párr. 452.

³⁹ *Ibid.*, párr. 448.

es un “derecho fundamental”⁴⁰, por lo tanto, se puede considerar la configuración de este crimen como de lesa humanidad cuando se reúnen los elementos requeridos en el documento pertinente a los “Elementos de los Crímenes” emanado por la CPI.

III. CONCLUSIONES

La historia ha demostrado como los alimentos pueden ser utilizados como una herramienta para cometer violaciones a los derechos humanos y que siguiendo una serie de parámetros, se puede identificar cuando son utilizados específicamente para perpetrar crímenes en masas. Se tiene que desde el derecho internacional se ha trabajado para la protección de este derecho pero a pesar de que el derecho a la alimentación ha sido ampliamente reconocido, se debe seguir trabajando para lograr la justiciabilidad del mismo cuando este es incumplido. En este entendido, un importante avance sería el establecimiento de los mecanismos necesarios en la jurisdicción nacional que permitan la justiciabilidad de este derecho; así mismo se hace vital establecer las responsabilidades individuales y perseguir, tanto a nivel nacional como internacional, a los responsables cuando el incumplimiento del derecho a la alimentación evoluciona a un crimen internacional. En estos contextos vejatorias y que afectan a la dignidad de los seres humanos es necesario que las víctimas puedan tener acceso a la verdad, justicia y reparación.

⁴⁰ El derecho a la alimentación ha sido reconocido como “fundamental” en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

PROPUESTA DE UN SISTEMA ANTICORRUPCIÓN PARA LAS AMÉRICAS: LA ÉTICA GUBERNAMENTAL COMO GARANTÍA DE EFECTIVIDAD EN LA DOGMÁTICA DE DERECHOS HUMANOS

Tulio Alberto Álvarez*

SUMARIO

I. A manera de introducción. II. ¿Puede objetivarse la dogmática de derechos humanos en una sociedad interamericana de fines, despejando los obstáculos a su efectividad? III. La corrupción como denominador común en las modalidades de perversión del ideal democrático en América Latina. IV. Configuración de los mecanismos de control. 1. Mecanismos en el ámbito interno. A. Control Parlamentario (Modelo de Westminster). B. Control por órganos constitucionales. C. Órganos fiscalizadores de control superior (Entidades Fiscalizadoras Superiores). D. Controles derivados de estatutos de ética gubernamental. E. Controles por vía de órganos especializados en las autonomías territoriales y controles sobre órganos con autonomía funcional no territorial. 2. Mecanismos en el ámbito internacional. A. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. B. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. C. Convenciones regionales. D. Intervención particular de los Estados. V. De la conjugación de los medios al imperativo de los fines. VI. Elementos conclusivos.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Esta contribución la concibo en un contexto teórico que define, como premisa básica, la incidencia fundamental de la transparencia gubernativa en la efectividad del cumplimiento de la carga obligacional del Estado y el ejercicio ciudadano de los derechos fundamentales. Tal connotación, sobre las consecuencias de una adecuada e íntegra administración de los recursos públicos, ha sido considerada como prioritaria por diversas instancias internacionales, por lo que considero es un tema adecuado para rendir homenaje a las ejecutorias vitales de Pedro Nikken.

* Doctora en Derecho Universidad Central de Venezuela (UCV). Maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Nottingham, Inglaterra. Especialista en Derecho y Política Internacional UCV. Abogado UCV. Diploma en Derechos Humanos por el Instituto Internacional de Derechos Humanos, René Cassin, Estrasburgo-Francia. Profesora de la Escuela de Derecho-UCAB.

El alcance del asunto se potencia por los efectos devastadores que ha producido la ejecución de un diseño singular de desmontaje constitucional, en el ámbito latinoamericano, impulsado por una ideología que constituye reivindicación de totalitarismos y autoritarismos que se creían superados. Estos desajustes programados fueron minimizados en su potencial de daño, en un primer momento, por estar evaluados bajo el engañoso prisma de asumir la propensión perversa de nuestros pueblos a ejercicios de autoridad carentes de racionalidad. Pero resulta que, en el presente desarrollo, me permitiré presentar a la corrupción como un fenómeno político marcado por la direccionalidad ideológica; y no con la simpleza de lo habitual, como un fenómeno social marcado por lo cultural. Esto para potenciar la gravedad circunstancial que vive el hemisferio y priorizar la variable internacional.

Después de las experiencias nefastas en la dirección gubernativa, en varios países de la Región, se ha evidenciado una fórmula preconcebida que denota el patrón de combinar el ejercicio autoritario del poder, el desmontaje institucional, la disposición incontrolada de los bienes del Estado y la incautación por diversas vías de los recursos económicos de los particulares, con una decisiva participación de grupos delincuenciales transnacionales. Tal situación ha abierto un circuito internacional de corrupción, en el que inclusive se han incorporado Estados, en un esquema de deprecación sin precedentes en el ámbito americano.

Interés mayor supone el constatar que Venezuela se manifiesta como el modelo perfecto de dicho ensayo; paradigma de Estado forajido que utiliza su propio territorio como teatro de operaciones de los intereses más diversos, pero que convergen con asombrosa sincronía en una demolición estructural del aparato gubernamental para posesionarse en el control político y garantizar la continuidad de ese ejercicio. Por supuesto, en el proceso de vasallaje institucional, se desvían los fines del Estado y sus cometidos básicos, llegando al extremo de materializar un perfecto ejemplo de Estado fallido.

La decisión de promover un programa regional de ética gubernamental y la constitución de un sistema judicial regional singularizado se encuentra en armonía con las acciones de las Naciones Unidas; en ámbitos territoriales de países integrados como la Unión Europea; o en áreas altamente especializadas como en las que desempeña el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Organización Mundial de Comercio. Desde nuestra perspectiva regional, la Resolución 1/18 sobre corrupción y derechos humanos del 2 de marzo de 2018, aprobada en Bogotá en el 167 período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, coloca en su justa dimensión al problema de la corrupción en las Américas para concluir que debe darse una respuesta desde un enfoque de derechos humanos¹.

¹ El considerando que abre la Resolución afirma que “la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad”. Asimismo, se vincula la temática con la necesidad de proteger los controles verticales que derivan del ejercicio de la libertad de información y pensamiento a través de mecanismos que garanticen la transparencia de la gestión pública; especialmente, en áreas como la “contratación pública y la gestión del presupuesto, en particular sobre gastos en infraestructura y programas sociales; las actividades de lobby; el conflicto de interés y sistemas de empleo público, así como el financiamiento de los partidos políticos y de las campañas políticas”. Cfr. OEA. Resolución 1/17 del 12 de septiembre de 2017. Derechos Humanos y Lucha Contra la Impunidad y la Corrupción, dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., 12 de septiembre, 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf>. Consultado el 29 de noviembre de 2020. Se definió así que “la lucha contra la corrupción está indisolublemente ligada al ejercicio y disfrute de los derechos

II. ¿PUEDE OBJETIVARSE LA DOGMÁTICA DE DERECHOS HUMANOS EN UNA SOCIEDAD INTERAMERICANA DE FINES, DESPEJANDO LOS OBSTÁCULOS A SU EFECTIVIDAD?

La ética gubernamental es un campo de coincidencia entre el derecho y los parámetros morales que deben ordenar el ejercicio del poder y la conducta de los funcionarios en la gestión de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado. Aquí debemos subrayar que la característica del Estado moderno, en el mundo occidental, frente a las tradicionales formas organizativas y de autoridad que fueron sustituidas en su momento histórico, radica precisamente en el aspecto valorativo de los fines; dirigidos a garantizar las necesidades naturales del ser humano, evidenciados sucesiva y generacionalmente desde la primera declaración universal de derechos en el Siglo XVIII.

El Estado se convierte en obra de humanidad en la medida que sus recursos están dirigidos al cumplimiento de la carga obligacional declarada en los textos fundamentales y en los instrumentos internacionales regulatorios de los derechos humanos. Pero las perversiones palpables en los nuevos esquemas autoritarios y totalitarios, insurgentes en el siglo XX y lo que va del siglo XXI, siembran desasosiego y abren incógnitas. Por ejemplo, aquella utopía aristotélica de fundar asociación política en el amor a la vida, como una de las perfecciones de la humanidad, ¿podrá ser realizable algún día? Cualquier respuesta debería ponderar que el filósofo consideraba que el objetivo de la sociedad no estaba solo en asegurar, por medio de su poder y su riqueza, la vida de los ciudadanos, sino asegurar el buen-vivir como manifestación de una existencia propiamente humana.

Este es un objetivo indisoluble a una concepción ideal del Estado, en línea con la propuesta contenida en la República, texto en el que se parte de un necesario ejercicio de la virtud, concretada en la Justicia, en lo que concibe Platón como el organismo perfecto conformado por individuos diversos y sólidamente constituidos en varios órganos. ¿Qué impide darle efectividad a ese idealismo? ¿Será por subestimación?; al considerarla una propuesta menguante o, más grave aún, visualizarla como de imposible realización. ¿Acaso la señal más acorde con esta conducta se manifiesta en ese pragmatismo carente de valores tan de moda en estos últimos dos siglos? Y si fuera así, ¿no es el abandono de los principios y ese empirismo enfermizo la causa eficiente de la crisis de gobernanza universal que estamos presenciando? Todo esto sumado a la intencionalidad de destruir una forma de vida que alimentó el espíritu democrático de los pueblos y que, solo con el ánimo de máximo de simplificación, podríamos identificar como la herencia cultural del mundo occidental.

Vigente está para mí la configuración kantiana del Estado, lo que incluye la vida social de los sujetos morales integrados, como mecanismo actuante en una “sociedad de los fines” que presupone un orden ético en el accionar de los gobernantes y gobernados. Esa consciencia colectiva signada por valores no se construye exclusivamente con normas jurídicas; sino que, en un marco de pluralismo y Justicia en el que se desenvuelva la vida moral, se trata de un nuevo *ethos cultural* en función de la realización concreta de la dogmática de derechos humanos objetivada en estructuras,

humanos. La impunidad fomenta y perpetúa los actos de corrupción. Por lo tanto, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicar la corrupción es una obligación urgente para lograr un acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos”. Cfr. OEA. Resolución 1/18. Corrupción y Derechos Humanos. dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Bogotá, 2 de marzo, 2018. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>. Consultado el 29 de noviembre de 2020.

mecanismos y estatutos garantistas. Entonces, al plantearnos el desarrollo económico de la sociedad, todo enfoque estará en línea con una visión ética de los hechos sociales, como manifestación práctica de la razón, lo que parte de la reafirmación de la dignidad humana como manifestación de una razón moral, desviada en algún recodo del camino.

Este planteamiento podría ser criticado por el romanticismo implícito en la reflexión sobre el Estado y las relaciones de poder, pero esa utopía fue la que abrió el debate en la filosofía y la teología para impulsar un proceso de institucionalización basado en el reconocimiento de unos derechos inalienables e inherentes a la dignidad humana. Entonces y ahora, las propuestas que terminaron en presupuestos del constitucionalismo solo ofrecían la certeza que podría dar la entereza y voluntad de los protagonistas de los procesos históricos. Considero que la mayor resistencia al logro de los fines está en aspectos materiales más que intelectuales; como sería la contradicción de los intereses que se manifiestan, con mayor peligrosidad, en la gestión de los recursos para satisfacer las necesidades colectivas.

La preocupación dirigida a garantizar un ejercicio ético en la actividad gubernamental se basa originariamente en la preservación de valores implícitos en la idea democrática; uno de ellos, el bien común, justificaría la decisión de crear parámetros de comportamiento en la función pública. En esta coyuntura en la que se abren peligrosas tendencias autoritarias y se produce una crisis de gobernanza universal, el impacto pernicioso de la corrupción en la efectividad de la dogmática de derechos humanos y en la objetivación de los valores es innegable. Es un fenómeno social que se puede desarrollar con fluidez en campos como el de la toma de decisiones en los asuntos públicos y la gerencia de los mecanismos dirigidos a satisfacer el interés colectivo, cuando impera la discrecionalidad y los controles se muestran ineficaces; ya sea por regulaciones inapropiadas o la conveniente relajación de las formas. En este sentido, existe relación directa entre los actos de corrupción y un pésimo gobierno ejecutor de políticas económicas erradas.

Esta perversión se convierte en limitante al crecimiento económico y al desarrollo sostenible tal como advierte la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible². En el mismo sentido, las afirmaciones de la Asamblea General de la

² En su 17ª sesión plenaria, celebrada el 4 de septiembre de 2002 la Cumbre aprobó por unanimidad la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y recomendó que la Asamblea General la hiciera suya (el texto figura en el anexo de la resolución 1 del capítulo I). En el punto 19 se lee textualmente: “Reafirmamos nuestra promesa de asignar especial importancia a la lucha contra problemas mundiales que representan graves amenazas al desarrollo sostenible de nuestra población y darle prioridad. Entre ellos cabe mencionar el hambre crónica, la malnutrición, la ocupación extranjera, los conflictos armados, los problemas del tráfico ilícito de drogas, la delincuencia organizada, la corrupción, los desastres naturales, el tráfico ilícito de armas, la trata de personas, el terrorismo, la intolerancia y la incitación al odio racial, étnico, religioso y de otra índole, la xenofobia y las enfermedades endémicas, transmisibles y crónicas, en particular el VIH/SIDA, el paludismo y la tuberculosis”. En la Resolución 2 que conforma el Informe, aparece el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. En la parte referida al Fortalecimiento del marco institucional para el desarrollo sostenible a nivel internacional se encuentra el punto 140 que establece: “La comunidad internacional debería: (...) d) Intervenir activa y constructivamente para que terminen a tiempo las negociaciones sobre una convención amplia de las Naciones Unidas contra la corrupción, que incluya la cuestión de la repatriación a sus países de origen de los fondos adquiridos ilícitamente”; y en el punto 141 define que “la buena gestión de los asuntos públicos a nivel internacional es indispensable para el logro de un desarrollo sostenible. A fin de garantizar un medio económico internacional dinámico y favorable, es importante promover la buena gestión económica

ONU sobre la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley.

También la Organización para la Economía Cooperación y Desarrollo (OCDE) ha definido que la corrupción pone en grave peligro los objetivos de desarrollo³, al punto que los recursos destinados a la financiación de actividades para la evolución de los pueblos pueden ser desviados y cumplir exactamente el objetivo contrario para el cual fueron concebidos. De manera que las agencias de cooperación están en la obligación de participar en la lucha contra la corrupción activa, incluido el soborno de funcionarios públicos extranjeros; al tiempo que deben hacer un esfuerzo por comprender mejor la economía política de los países y “los contextos en los que operan”. Un reconocimiento elegante de que existen países en los que no se puede actuar sin considerar la corrupción como variable fundamental del funcionamiento del Estado⁴.

A esta realidad se debe añadir la modalidad transnacional que marca la operación de organizaciones criminales que, en combinación con los factores de poder político y económico que predominan en países caracterizados por una alta conflictividad social y debilidad institucional, hacen de la depredación de los recursos naturales, el control en la ejecución de obras públicas y las ventajas ilegítimas en el comercio internacional, la fuente primordial de recursos con los que retroalimentan sus actividades ilícitas y los actos de corrupción que con ellas van acoplados. De esta forma la infección se expande aceleradamente poniendo en riesgo hasta la estabilidad democrática de las regiones, como sucede en América Latina, África y Asia con especial gravedad.

De la misma forma que el ideal democrático se ha objetivado se hace factible materializar la sociedad de fines. Aun cuando no exista un criterio universal que fije exhaustivamente los parámetros que definen a un régimen político como democrático, o la categorización de fines para garantizar la efectividad de la dogmática constitucional, la comunidad internacional y los propios pueblos pueden fijar elementos de consenso que determinen la aproximación al ideal. Por supuesto, serán evaluaciones subjetivas porque están subordinadas a los valores de quienes las defienden. Igual-

mundial encarando las modalidades financieras, comerciales, tecnológicas y de inversión a nivel internacional que repercuten en las perspectivas de desarrollo de los países en desarrollo”. Cfr. Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002. Disponible: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/204/26/PDF/N0320426.pdf>. Consulta del 29 de noviembre de 2020.

³ Tal como se puede verificar en los considerandos de las recomendaciones aprobadas por el Consejo de la Organización Internacional el 16 de noviembre de 2016 para enfrentar los riesgos de la corrupción. Cfr. OCDE (2016), *Recommandation du Conseil de l'OCDE à l'intention des acteurs de la coopération pour le développement sur la gestion du risque de corruption*. Disponible en <https://www.oecd.org/fr/corruption/anti-corruption/Recommandation-Cooperation-Developpement-Corruption-FR.pdf>. Consulta del 30 de noviembre de 2020.

⁴ Posterior al documento americano anticorrupción de 1996 se aprobó la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997, bajo la premisa de que “el cohecho es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales”. Consulta realizada el 28 de enero de 2021. Disponible en https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf.

mente, numerosos instrumentos internacionales fijan criterios y, en el caso del Sistema Interamericano, puedo citar la Carta Democrática⁵.

El establecimiento de una dogmática garantista en el ejercicio de derechos fundamentales que derive en una vigencia efectiva de los mismos es componente básico de cualquier régimen que pretenda ser calificado como democrático. La dogmática contenida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos se constituye en un orden valorativo intrínseco a la democracia; razón por la cual, el esquema garantista de esos derechos inherentes a la naturaleza humana es una condición existencial de toda sociedad de fines. Por tanto, los parámetros de transparencia y probidad, asegurados por mecanismos internos de control y las instancias internacionales idóneas, son manifestación objetivada del ideal democrático.

III. LA CORRUPCIÓN COMO DENOMINADOR COMÚN EN LAS MODALIDADES DE PERVERSIÓN DEL IDEAL DEMOCRÁTICO EN AMÉRICA LATINA

La corrupción es una constante en las transacciones y actividades internacionales relacionadas con el cumplimiento de los cometidos del Estado que afecta la ética gubernamental y la propia eficiencia operacional de las entidades públicas. Ahora bien, lo que resulta una enfermedad en la cultura política universal, se manifiesta como necrosis en la experiencia latinoamericana del siglo XXI, con Venezuela como ejemplo perfecto. Se trata de la combinación de ambos factores, la corrupción y la imposición ideológica, como estrategia de desmantelamiento institucional del Estado y la perversión del régimen democrático.

La temática en América Latina no puede ser enfrentada simplemente con convenios internacionales regionales o reformas legislativas en el ámbito interno; si con ello bastara, el problema, al menos, tendría una connotación menos dañosa ya que en las últimas dos décadas las fuentes regulatorias han proliferado. En efecto, la realidad refleja que el momento de mayor impacto negativo del flagelo corrupción, en nuestros pueblos, ha sido coincidente con los avances normativos que comenzaron con la Convención Interamericana Contra la Corrupción, suscrita casualmente en Caracas, en el año 1996, primer instrumento internacional que acomete normativamente este problema⁶. Adicionalmente, para acentuar el contraste de la ineficacia regulatoria, el diseño y ejecución de un Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), indisolublemente asociado a la eficacia del instrumento, ha sido mediatizado por los propios Estados⁷.

⁵ Instrumento preparado en la reunión del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos del 6 de septiembre de 2001, durante la cual se acogió el texto como proyecto definitivo para la consideración de la Asamblea Extraordinaria celebrada en Lima el 11 de septiembre de 2001. De acuerdo con el artículo 4º de la Carta Democrática: “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

⁶ Convención Interamericana Contra la Corrupción, suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996. https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_interame_contr_corrup.pdf Consulta del 30 de noviembre de 2020.

⁷ El MESICIC es un órgano intergubernamental que pretende desarrollar una estrategia de prevención y combate contra la corrupción con un esquema de responsabilidades compartidas entre el sector

Efectivamente, las acciones se asumen en función de la alineación ideológica y los particulares intereses de las élites políticas que dominan el aparato institucional de los Estados, lo que delata también un fenómeno que se manifiesta en las organizaciones encargadas de la salvaguarda de los derechos humanos. De manera que no es de extrañar que Venezuela, un país señalado y certificado por la violación de los más elementales derechos ciudadanos, el mismo que materializó la denuncia del Pacto de San José de Costa Rica y que desde el día de 10 septiembre de 2013 hizo efectivo el retiro del sistema interamericano de derechos humanos y de los mecanismos regionales de resguardo, sea miembro actual del Consejo de Derechos Humanos de la ONU con mandato hasta el 2022⁸. Por supuesto, esa representación ante el organismo enfoca todo su esfuerzo en proteger a la Internacional de “Estados Forajidos” y señalar a sus adversarios por similares infracciones a las que ellos cometen⁹. Exacta situación se presenta con el tema de la corrupción.

La efectividad de los mecanismos anticorrupción, más que en la abundancia de instrumentos regulatorios, está en la intencionalidad de los Estados que imponen en lo interno sus estatutos particulares; y, en lo externo, en la aplicación de parámetros de colaboración internacional y el cese de la costumbre de solapar las desviaciones éticas de su accionar. En este orden de ideas debe ser resaltado que, desde Convención de Caracas de 1996, el sistema interamericano ha sido recurrente en las referencias sobre la relación de la gobernabilidad democrática con las prácticas y vigencia de una cierta ética gubernamental, lo que subraya la consciencia sobre la incidencia del factor corrupción como causa eficiente de perversión del ideal democrático.

Fue así que los Presidentes y Primeros Ministros presentes en la Cumbre Extraordinaria de las Américas, realizada en enero de 2004 en México, aprovecharon la reunión para aprobar la “Declaración de Nuevo León” y definir, en el marco de los objetivos para promover la gobernabilidad democrática en la construcción de sociedades más libres y equitativas, una posición dogmática sobre el tema:

Reconocemos que la corrupción y la impunidad debilitan las instituciones públicas y privadas, erosionan la moral de los pueblos, atentan contra el estado de derecho y distorsionan las economías y la asignación de recursos para el desarrollo. Por ello, nos comprometemos a intensificar nuestros esfuerzos para combatir la corrupción y otras prácticas no éticas en los sectores público y/o privado, fortaleciendo una cultura de transparencia y una gestión pública más eficiente.

privado, la sociedad civil y la comunidad internacional. El resultado de las “rondas de verificación”, realizadas desde las diversas perspectivas, modalidades y aristas de dicho flagelo, se concretan en los informes que contienen las recomendaciones particulares para cada Estado. El seguimiento del mecanismo no deriva en sanciones, así como tampoco se realiza una clasificación de los Estados con base a las evaluaciones realizadas.

⁸ El Régimen opresivo que hoy destruye a Venezuela ya había anunciado, desde el 8 de octubre de 2003, su voluntad de desconocer las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. En ese tiempo, Chávez Frías prefiguró el desacato de las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destinadas a proteger al canal de televisión Globovisión; y lo hizo en el escenario de la Cumbre sobre la Pobreza, la Equidad y la Inclusión Social en América Latina, en presencia del Secretario General de la OEA, César Gaviria. Esta conducta se repitió, en mayo de 2007, ante el cierre de RCTV, principal canal de televisión del país.

⁹ En la más reciente renovación, efectuada el 13 de octubre de 2020 en el 75° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fueron electos también China, Cuba y Federación Rusa como miembros del Consejo para desempeñar funciones por un período de tres años, a partir de enero de 2021. Disponible en <https://www.un.org/es/ga/75/meetings/elections/hrc.shtml>. Según consulta del 19 de enero de 2021.

Manifestamos nuestra preocupación por prácticas corruptas, ilegales y fraudulentas en la administración de algunas empresas nacionales y transnacionales, que podrían afectar negativamente las economías, en particular en las de los países en desarrollo, sus productores y consumidores.

La Carta Democrática Interamericana señala que los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla y establece que son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública. Por ello, incrementaremos nuestra cooperación en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción, particularmente a través del fortalecimiento del Mecanismo de Seguimiento de este instrumento.

(...)

Nos comprometemos a impulsar la transparencia en los procesos políticos, en la administración de las finanzas públicas, en las transacciones gubernamentales y en los procedimientos de licitaciones y contratos de acuerdo con la legislación interna para, entre otras cosas, prevenir los abusos y mantener la confianza pública. En el marco de nuestra legislación nacional y normas internacionales aplicables, nos comprometemos a negar acogida a funcionarios corruptos, a quienes los corrompen y a sus bienes, y a cooperar en su extradición, así como en la recuperación y la restitución de los activos producto de la corrupción a sus legítimos propietarios. Asimismo, nos comprometemos a perfeccionar los mecanismos regionales de asistencia jurídica mutua en materia penal y su implementación.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un valioso instrumento para enfrentar este flagelo, por lo que nos comprometemos a considerar su firma y promover su ratificación.

También nos comprometemos a incrementar la transparencia de las organizaciones internacionales de las cuales somos miembros a través del fortalecimiento de sus mecanismos de rendición de cuentas.

Reconocemos que el pluralismo político y partidos políticos sólidos son elementos esenciales de la democracia. Destacamos la importancia de normas que aseguren la transparencia de sus finanzas, eviten la corrupción y el riesgo de influencias indebidas y alienten un alto nivel de participación electoral. Por ello, promoveremos las condiciones que permitan a los partidos políticos desarrollarse con autonomía de los gobiernos. Alentaremos la formación política y preparación de líderes, incluyendo mujeres, jóvenes, indígenas, miembros de grupos étnicos y poblaciones marginadas. Destacamos la importante labor del Foro Interamericano sobre Partidos Políticos para facilitar que los partidos compartan mejores prácticas y se fortalezcan, así como para promover reformas de los sistemas de partidos políticos.

Coincidimos en que, a través de la participación ciudadana, la sociedad civil debe contribuir en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas impulsadas por los distintos órdenes o niveles de gobierno. Reconocemos el papel de la sociedad civil y su contribución a la buena gestión pública y reafirmamos la importancia de continuar consolidando nuevas asociaciones que permitan la vinculación constructiva entre gobiernos, organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales y distintos sectores de la sociedad civil para que trabajen a favor del desarrollo y la democracia¹⁰.

En secuencia cronológica, las acciones inmediatas a la declaración se concretaron en unas “Conclusiones y recomendaciones de medidas concretas para fortalecer el Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención interamericana

¹⁰ Declaración de Nuevo León del 13 de enero de 2004, Cumbre Extraordinaria de las Américas, Monterrey, México. Fuente: Sistema de Información de las Cumbres de las Américas. Disponible en <https://www.resdal.org/Archivo/cumbre-extra-decla.htm>. Consulta del 27 de enero de 2021.

contra la corrupción (MESICIC)¹¹; la Declaración de Guadalajara de la III Cumbre América Latina y el Caribe-Unión Europea¹²; la Declaración de Quito sobre Desarrollo social y democracia frente a la incidencia de la corrupción¹³ y una serie de decisiones asumidas en la Cuarta Sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA realizada el 8 de junio de 2004, como la del “Seguimiento de la Convención interamericana contra la corrupción” y su “Programa de cooperación”¹⁴; también, en el “Esfuerzo conjunto de las Américas en la lucha contra la corrupción y la impunidad”¹⁵; así como el “Informe final de la Quinta reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas”¹⁶.

Volviendo a la Declaración de Nuevo León, fijémonos en la referencia relacionada con la “preocupación por prácticas corruptas, ilegales y fraudulentas en la administración de algunas empresas nacionales y transnacionales”, coincidente con la consolidación de un esquema de corrupción transnacional que tuvo al gobierno brasileño encabezado por Luiz Inácio Lula da Silva (1 de enero de 2003-1 de enero de 2011) como facilitador de las empresas brasileñas que ejecutaron tales prácticas; y al gobierno venezolano de Hugo Chávez Frías (2 de febrero de 1999-¿5 de marzo de 2013?) como “cabeza de puente” y catalizador del esquema de corrupción, en otros países del Continente bajo gobiernos con ideología afín¹⁷.

¹¹ Adoptadas por la Primera Reunión de la Conferencia de los Estados Parte en el marco del MESICIC 1y 2 de abril de 2004 Washington, D.C., disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/segu_conf_conf.cl.pdf Consulta del 30 de noviembre de 2020.

¹² III Cumbre de la Unión Europea con América Latina y Caribe reunida en Guadalajara, México, entre el 28 y 29 de mayo, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/key_documents/summits_eu_alc/iii_2_5_2004_guadalajara_es.pdf Consulta del 30 de noviembre de 2020.

¹³ AG/DEC. 36 (XXXIV-O/04) Declaración de Quito sobre desarrollo social y democracia frente a la incidencia de la corrupción. Aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 8 de junio de 2004. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/agdec_36.pdf Consulta del 30 de noviembre de 2020.

¹⁴ AG/RES. 2034 (XXXIV-O/04) Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de su programa de cooperación. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2004. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/agres_2034.pdf Consulta del 30 de noviembre de 2020.

¹⁵ AG/RES. 2222 (XXXVI-O/06) Cooperación entre los estados miembros en la lucha contra la corrupción y la impunidad. Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/ag06/agres_2222.htm Consulta del 30 de noviembre de 2020.

¹⁶ Quinta Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros Procuradores Generales de las Américas, 30 de abril de 2004, Washington, DC. OEA/Ser.K/XXXIV.5 REMJA-V/doc.9/04, disponible en <http://www.oea.org/consejo/sp/CAJP/REMJA%20-%20quinta.asp> Consulta del 30 de noviembre de 2020.

¹⁷ Esta “alianza estratégica binacional” incluyó la etapa del gobierno de continuidad ideológica de Dilma Vana Rousseff (1º de enero de 2011- 31 de agosto 2016) como sucesora de Da Silva y al aparato usurpador de Nicolás Maduro Moros (5 de marzo 2013 – ¿?). El enlace político se inició desde el momento mismo de la toma de posesión del candidato del P.T. con la reafirmación de la incorporación de Venezuela al Mercosur como proyecto político y la transmutación de la participación brasileña en “el Grupo de Amigos del Secretario de la OEA para Venezuela”, esta última actividad signada por la intervención en los asuntos internos de nuestro país. Ejemplo claro de tal interferencia fue el apoyo brindado en la huelga petrolera de diciembre de 2002. Poco después, un nuevo “grupo de países amigos de Venezuela”, coordinado por Brasil, pujaría por mejorar la imagen de su aliado y amortiguar los efectos de la crisis interna en el plano internacional. Bajo este esquema, Mauro Aurelio García, hombre de confianza de Da Silva, se constituiría en el principal gestor de intereses brasileños en Venezuela; al igual que lo hicieron Julio de Vido y Roberto Baratta, figuras emblemáticas de la corrupción kirchnerista en Argentina.

Resulta emblemático el caso de Odebrecht y sus filiales, como beneficiaria de un tramado de corrupción determinado por el tráfico político, para demostrar las modalidades de ejecución del esquema transnacional signado por lo ideológico¹⁸. Precisamente, el desmontaje institucional del Estado permitió una *tabula rasa* en los controles que se acompañó de un diseño normativo acorde al levantamiento de los obstáculos al esquema de asociación criminal. En este sentido, vale destacar una modificación de la Ley de Licitaciones de 2001, aparentemente leve, para demostrar el punto¹⁹. En efecto, el artículo 4

De dicho instrumento excluía “los procesos de selección de contratista para la construcción de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, cuyo valor total o parcial haya de ser sufragado con recursos provenientes de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados”²⁰; pero el artículo 4 de la Ley de Contrataciones Públicas la derogó y modificó al ampliar el radio de excepción al “marco del cumplimiento de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados, incluyendo la contratación con empresas mixtas constituidas en el marco de estos convenios”. De esta forma, cualquier contratación con empresas brasileñas quedaba beneficiada por la “discrecionalidad gubernamental”²¹.

¹⁸ En Venezuela la maraña de acuerdos permitió la adjudicación directa de las contrataciones de parte fundamental de la infraestructura de obras públicas, sin el control de la Asamblea Nacional o de los organismos competentes, aplicando a conveniencia la excepción a la función contralora legislativa contenida en el artículo 154 de la Constitución con el argumento de que tales convenios perfeccionaban obligaciones preexistentes de la República; adicionalmente, se eludieron los mecanismos internos ordinarios bajo la premisa que la Ley especial de contrataciones públicas eximia de licitación a los contratos adjudicados al amparo de tales acuerdos. Solo para ejemplificar, en el caso Odebrecht fueron ejecutadas las siguientes obras de infraestructura: Centro Lago Mall, RAS – Proyecto de Reutilización de Aguas Servidas, TAEJ – Terminal de Embarque de Crudos, Sistema Vial II Puente sobre el río Orinoco, Línea 1 Metro Los Teques, Planta de Tratamiento El Chorrillo, Línea 3 – Metro de Caracas, Línea 4 – Metro de Caracas, MetroCable San Agustín y Proyecto Agrario Socialista Planicie de Maracaibo según la información de la propia empresa. Consulta del 29 de enero de 2021, disponible en <http://www.ve.odebrecht.com/es/proyectos/ejecutados>. Todas ellas con evidentes sobreprecio y baja calidad ante la necesidad de equilibrar los “componentes de costo agregados por la corrupción”.

¹⁹ El Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.556 Extraordinaria del 13 de noviembre de 2001, fue Derogada por la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.165 de fecha 24 de abril de 2009; esta, a su vez, fue modificada por la Ley de Reforma Parcial de la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la Gaceta Oficial N° 39503 de fecha 6 de septiembre de 2010. Este proceso fue acompañado por el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.181 de fecha 19 de mayo de 2009. Señalo la cronología de estos cambios por cuanto son coincidentes con la cúspide de la proliferación en el otorgamiento de contratos bajo el “Esquema Odebrecht” en el año 2011. Posteriormente, mediante Decreto N° 1.399 se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.154 de fecha 19 de noviembre de 2014.

²⁰ El texto íntegro del Decreto-Ley de Licitaciones de 2001 era el siguiente: “Quedan excluidos de la aplicación del presente Decreto Ley, los procesos de selección de contratista para la construcción de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, cuyo valor total o parcial haya de ser sufragado con recursos provenientes de acuerdos internacionales de cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y otros Estados. El ente contratante debe tomar las medidas necesarias para que, en estos procedimientos de selección de contratista, se utilicen todos los mecanismos y recursos disponibles en los respectivos pliegos de licitación, para incorporar la máxima participación posible de la oferta nacional de bienes y servicios”.

²¹ Bajo la égida del Partido de los Trabajadores (*Partido dos Trabalhadores, P.T.*), el eje Brasil-Venezuela suscribió cincuenta y seis (56) acuerdos en lo político, comercial, económico, cultural, agrícola,

Efectivamente, la verificación de que los rastros del andamiaje de cohecho y sobornos al aparato político latinoamericano, se convirtió en certeza por la acción del Departamento de Justicia de los Estados Unidos al detectar la fórmula ejecutada en 12 países de tres continentes para obtener ventajas y adjudicarse contrataciones públicas con sobreprecio en el área de infraestructura²². Que sea precisamente el aparato judicial de los Estados Unidos el que originariamente develó una conspiración de tal magnitud, y no cualquiera de los países víctimas directas de la depredación, refleja el componente político del problema²³.

Otra evidencia del referido componente y de la interferencia de factores de poder transnacionales, lo que deriva en la convicción sobre la necesidad de la aplicación de mecanismos de colaboración y edificación de una estructura judicial especializada para Las Américas, ha sido la absoluta impunidad que se manifiesta en Venezuela por la complicidad manifiesta del aparato judicial que debía adelantar la investigación de los hechos y las acciones dirigidas al establecimiento de responsabilidades y la repa-

energético e industrial, en la segunda fase del entramado. Cfr. Libro Amarillo de la República de Venezuela, 2010. Y las empresas brasileñas que obtuvieron contratos sin licitación y que los ejecutaron con sobreprecios y la aplicación de la figura de adenda contractual, para aumentar los montos de contratación, fueron Andrade Gutiérrez, Camargo Corrêa, Odebrecht y Queiroz Galvão, las mismas que quedaron inhabilitadas para participar en licitaciones públicas en Brasil por el caso Petrobras que esclareció la operación *Lava Jato*; las mismas que en la Argentina ejecutaron contratos con sobreprecios utilizando la plataforma del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) y la figura de adenda contractual ya referida; las mismas señaladas en Perú por la Comisión Investigadora Multipartidaria que aprobó el informe final del 10 de noviembre de 2016, encargada de “investigar los presuntos sobornos, coimas y dádivas que hubieran recibido funcionarios públicos de los diferentes niveles de gobierno, en relación a las concesiones, obras y proyectos que hayan sido adjudicados a las empresas brasileñas Odebrecht, Camargo Correa, OAS, Andrade Gutiérrez, Queiroz Galvao y otras, desde el inicio de sus actividades hasta la fecha, por cualquier forma de contratación con el Estado peruano (Disponible en <https://plataformaanticorrupcion.pe/wp-content/uploads/2018/11/Informe-Final-Comisio%CC%8In-Lava-Jato-Legis.pdf>, Consulta del 30 de noviembre de 2020). Esto solo para mencionar algunos países de la región.

²² El 22 de diciembre de 2016, el departamento de Justicia de Estados Unidos señaló que desde 2001 Odebrecht repartió sobornos por una suma de 788 millones de dólares en doce países a cambio de contratos de proyectos de infraestructura. Este esquema había perdurado por más de quince años, lo que equivalía a un mínimo detectado de 3.000 millones de dólares en sobornos y corrupción. Por ejemplo, solo en Brasil se reconoció el pago de 349 millones de dólares. Según el informe del Departamento de Justicia de Estados Unidos, Odebrecht contaba con una unidad de negocios interna que se encargaba de llevar a cabo este tipo de transacciones, mostrando así el carácter sistemático del esquema. Comunicado del Departamento de Justicia de Estados Unidos del 21 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>, consulta en fecha 1º de enero de 2021.

²³ En el Acuerdo entre el Departamento de Justicia de Estados Unidos (División Criminal, Sección Fraude), el Fiscal de Distrito del Este de Nueva York y Odebrecht S.A. se dejó claramente establecido que Odebrecht tenía una unidad llamada División de Operaciones Estructuradas, la cual fue creada para pagar sobornos para altos funcionarios del gobierno brasileño y el extranjero; igualmente, utilizaba a Smith & Nash Engineering Company (S&N), una compañía no afiliada con base en las Islas Vírgenes Británicas, para dirigir la referida División y promover el esquema de sobornos, además de ocultar y disimular pagos indebidos hechos en beneficio de funcionarios y partidos políticos extranjeros en varios países. El cargo general fue el de conspiración para violar las disposiciones antisoborno de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, (Foreign Corrupt Practices Act, FCPA; 15 USC 78 dd-1, 78 dd-2, 78 ff). El documento original está disponible en https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/01/Click-para-descargar-en-PDF-el-acuerdo-entre-%C2%ABOdebrecht-y-la-fiscal%C3%ADa-de-los-EE.UU._%C2%BB.pdf Consulta del 30 de noviembre de 2020.

ración del daño causado²⁴. Esta situación de impunidad a pesar de que ha quedado establecido que nuestro país ha sido el de “mayor inversión” en sobornos, aparte del propio Brasil; y el que ha sufrido mayor daño económico por la depredación transnacional de que ha sido objeto. Pero también lo constatable es que la corrosión del aparato de corrupción transnacional ha propiciado inestabilidad y crisis política en los países en los que se ha ejecutado.

IV. CONFIGURACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL

No es tarea sencilla establecer una tipología acabada de los mecanismos de control en la lucha anticorrupción. En sentido amplio, todo mecanismo de control sobre la gestión y administración de los recursos públicos debe ser considerado en el ámbito del derecho administrativo. Aun así, me atrevo a afirmar que la jerarquía constitucional prevalece por varias consideraciones:

- La relación directa de estos mecanismos con el cumplimiento de los fines del Estado, en cuanto a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, les imprime a los mecanismos el primer rango normativo;
- Como se verá, el componente internacional de la normativa es y debe ser de la mayor relevancia, lo que implica la vigencia de tratados internacionales como fuente directa;
- La superior jerarquía por la inserción de los principales órganos de control en el sistema constitucional o su basamento en valores y principios explícitos en el texto fundamental; y
- Mecanismos establecidos con base a las fuentes en el Derecho Internacional por la insuficiencia e ineficacia normativa, la mala praxis interna y la manifestación del fenómeno de impunidad, con particular impacto en América Latina, África y Asia.

1. Mecanismos en el ámbito interno

A. Control Parlamentario (Modelo de Westminster)

En la democracia occidental destaca como primera modalidad histórica de control aquella que han ejercido los parlamentos, vía aprobación presupuestaria, con base al añejo principio de legalidad del gasto público. Este control de naturaleza política incluye la revisión de las asignaciones en caso de circunstancias extraordinarias y diversos mecanismos legislativos dirigidos a la definición de la responsabilidad política, en el ejercicio de la gestión pública en los más altos niveles. Solo para aproximarnos a la relevancia de este control primario, basta recordar que el origen del parlamentarismo y, en consecuencia, de la democracia occidental bajo el constitucionalismo, deriva de los enfrentamientos activados por los problemas impositivos y la necesidad de limitar racionalmente el gasto asociado.

La referencia obligatoria e indubitada del modelo siempre estará en el Reino Unido y la mayoría de los países del *Commonwealth*, aunque la Organización para la

²⁴ Un componente singular del daño se puede verificar ante la evidente paralización de obras de infraestructura no ejecutadas: Línea 5 Metro de Caracas, Sistema de Transporte Masivo Caracas – Guarenas – Guatire, MetroCable Mariche, Cabletren Bolivariano, Línea II Metro Los Teques, Sistema Vial III Puente sobre el río Orinoco, Puente Cacique Nigale, Proyecto Aeropuerto Internacional de Maiquetía “Simón Bolívar”, Central Hidroeléctrica Tocoma, Proyecto Agrario Integral Socialista José Inácio de Abreu e Lima y Metro Cable La Dolorita. Consulta del 29 de enero de 2021, disponible en <http://www.ve.odebrecht.com/es/proyectos/en-ejecucion>.

Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) incluya, en sus documentos sobre esta área temática, algunos países en África Subsahariana; países europeos como Irlanda y Dinamarca; e, inclusive, países latinoamericanos como Perú y Chile, en los cuales el modelo se identifica como oficinas nacionales de auditoría²⁵. Sin embargo, me permito discrepar en el caso de los países latinoamericanos, en su mayoría marcados por la tradición colonial hispana²⁶.

B. Control por órganos constitucionales

Al margen del control político que ejerce el parlamento, el orden constitucional de la mayoría de los Estados Latinoamericanos prevé un órgano contralor que centraliza el examen y fiscalización de ingresos, egresos y bienes nacionales; y esas funciones pueden ser más complejas dependiendo de la forma de Estado asumida en el Texto Fundamental. Teóricamente, el caso venezolano sería un buen ejemplo si la realidad no develara una evidente situación de anomía institucional. Veamos el caso chileno, marcado por una Contraloría General de la República (CGR) consagrada en la Constitución Política, además definida como órgano superior de fiscalización de la Administración del Estado y con goce de autonomía frente al Poder Ejecutivo y los otros órganos del poder público²⁷.

Privilegia el resguardo del patrimonio público y su administración de acuerdo al estándar adecuado a la eficiencia administrativa, lo que implica fiscalizar el ingreso e inversión de los fondos públicos, junto con examinar y revisar las cuentas de los funcionarios que tienen a su cargo esos recursos. Pero también controla la legalidad de

²⁵ Enumeración que aparece en la página 17 de la *Guía de Buenas Prácticas para el Apoyo a Entidades Fiscalizadoras Superiores*. Desarrollada por encargo del Grupo de Trabajo sobre Gestión Financiera Pública de la OCDE-CAD, copresidido por Anthony Hegarty (Banco Mundial) y Kennedy Musonda (Zambia), bajo los auspicios del Grupo de Trabajo sobre Eficacia de la Ayuda al Desarrollo. Disponible en: http://www.oecd.org/dac/effectiveness/Buenas_Pr%C3%A1cticas_para_el_Apoyo_a_Entidades_Fiscalizadoras_Superiores-%20for%20web.pdf Consulta del 30 de noviembre de 2020.

²⁶ En la Recopilación de las Leyes de Indias de 1688, el Libro Octavo está referido a “*Las Contadurías De Cuentas y sus Ministros*”. Una de las funciones de la recopilación fue confirmar la organización administrativa tradicional de las Indias y, en tal sentido, se ratifican los tribunales de cuenta para el Perú, Nuevo Reyno y Nueva España. Se trata de uno de los libros más complejos ya que se recogen las prácticas tributarias, contables y los regímenes especiales que conformaban la Real Hacienda. Igualmente, se desarrolla la jerarquización de la burocracia encargada de la recaudación, examen, control y fiscalización de los ingresos de la Corona. Este comentario aparece en el trabajo introductorio del libro *Historia de las Instituciones Coloniales Hispánicas, Siete Ensayos*, un trabajo colectivo en el cual el autor de este artículo fungió de coordinador. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2014. En cuanto a la versión de la Recopilación, utilicé la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias [mandadas a imprimir y publicar por la Magestad católica del Rey Don Carlos II, nuestro Señor*. Prologo por Ramón Menéndez y Pidal. Estudio Preliminar De Juan Manzano Manzano. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1973.

²⁷ En efecto, el artículo 98 del Texto Fundamental establece que “un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”. Pero la función tiene un efecto expansivo e inclusive de veto normativo, tal como lo plantea el artículo 99 de la misma Carta al establecer que “en el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún

los actos administrativos, lo que implica la tutela para que la actividad de la Administración del Estado se ajuste al ordenamiento jurídico, la Constitución, las leyes y los tratados internacionales; y realiza una fiscalización jurídica, además de la típica de carácter contable y financiero. De manera que no puede considerarse exclusivamente como una “oficina nacional de auditoría”, como la ubicó la OCDE en el documento anteriormente citado. Pero es que también la Contraloría tiene la primera responsabilidad en la lucha contra la corrupción; asumiendo la personería del Estado chileno, en esta materia, a nivel internacional.

También existen casos de máxima complejidad, como el de la República Federativa de Brasil, en el que existía la *Controladoria-Geral da União* (CGU), inserta en el Poder Ejecutivo Federal, pero al mismo tiempo encargada de prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Se constituía en el órgano central del Sistema de Control Interno del Gobierno Federal, bajo la autoridad de un Ministro-Jefe de la Contraloría General de la Unión designado por el presidente e integrante del gabinete ejecutivo. Pero esta figura atípica fue eliminada en 2016 y sustituida por la estructura actualmente vigente, a cargo del Ministro de Estado de Transparencia, Fiscalización y Control²⁸. Al margen de este mecanismo ejecutivo de dudosa eficacia, en Brasil, el Tribunal de Cuentas de la Unión es órgano constitucional de control externo de la Administración Pública Federal como cuerpo auxiliar del Congreso Federal²⁹.

caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara. Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución. Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que este resuelva la controversia. En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional”. República de Chile. Constitución Política de 1980. Texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por Decreto N° 100 de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 22 de septiembre de 2005. Texto actualizado hasta la Ley N° 21.298, publicada en el Diario Oficial de 23 de diciembre de 2020. Consulta del 31 de diciembre de 2020. Disponible en https://www.contraloria.cl/documents/451102/1887680/PDF_Constitucion_Politica_de_la_Republica.pdf/08d0fb8d-9eb5-30ed-f1e6-9ef15c4b3040.

²⁸ La eliminación fue consecuencia de la Medida Provisoria N° 726 del 12 de mayo de 2016, publicada en la edición extra del Diario Oficial de la Unión del N° 90-B, de 12 de mayo de 2016, Sección 1, dictada precisamente después del *impeachment* que produjo la destitución de Dilma Vana Rousseff y su sustitución por Michel Temer, quien en su carácter de Vice-Presidente de la República ejerció el cargo de Presidente de la República hasta el final del mandato. Esa medida, inmediatamente fue rectificada mediante acto publicado en la edición extra del Diario Oficial de la Unión del 19 de mayo de 2016 y convertida en la Ley N° 13.341 de 29 de septiembre de 2016. Consulta realizada el 31 de enero de 2021. La Medida Provisoria N° 726 se encuentra disponible en <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medaprovistoria-726-12-maio-2016-783106-norma-actualizada-pe.pdf>. Se modificó de esta forma la estructura prevista en la Ley N° 10.683 de 28 de mayo de 2003 sobre la Organización de la Presidencia de la República y los Ministerios. La influencia del caso *Lava Jato* y sus secuelas en Latinoamérica fueron causa indubitable de todos estos cambios en la estructura contralora del Estado Brasileño. De manera que ahora el Ministro de Estado de Transparencia, Fiscalización y Control tiene como competencia la tramitación de procesos administrativos vinculadas a las denuncias por hechos de corrupción en la administración pública federal y desentramar aquellos que habían sido archivados u obstaculizados.

²⁹ El artículo 71 de la Constitución Brasileña establece expresamente que: “El control externo a cargo del Congreso Nacional será ejercido con el auxilio del Tribunal de Cuentas de la Unión, al cual com-

C. Órganos fiscalizadores de control superior (Entidades Fiscalizadoras Superiores)

Para simplificar y facilitar la comprensión de esta categorización, me permitiré utilizar la aceptada expresión “Entidades Fiscalizadoras Superiores” (EFS) calificadas como las principales entidades de auditoría del sector público, centradas en la rendición de cuentas y la transparencia de los fondos públicos³⁰. Recientemente, se ha producido una vinculación de las mismas en el plano internacional con el objetivo específico de mitigar riesgo en la inversión de los recursos para el desarrollo y garantizar su efectividad. Asimismo, la tendencia ha sido fortalecer estas estructuras ante la constatación de que la auditoría del sector público, especialmente en los países latinoamericanos, ha sido el componente más débil de la Gestión Financiera Pública³¹.

pete: 1. examinar las cuentas rendidas anualmente por el Presidente de la República, mediante informe previo que deberá ser elaborado en el plazo de sesenta días a contar desde su recibimiento; 2. juzgar las cuentas de los administradores y demás responsables por dinero, bienes y valores públicos de la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones y sociedades instituidas y mantenidas por el Poder Público Federal, y las cuentas de aquellos que dieran lugar a pérdida, extravío u otra irregularidad de la cual resulte perjuicio para el erario público; 3. examinar, para fines de registro la legalidad de los actos de admisión de personal bajo cualquier título en la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones instituidas y mantenidas por el Poder Público, excepto las nominaciones para cargo de provisión en comisión, así como la de las concesiones de jubilaciones, y pensiones, salvo las mejoras posteriores que no alteren el fundamento legal del acto de concesión; 4. realizar por iniciativa propia, de la Cámara de los Diputados, del Senado Federal, o de una Comisión técnica o de investigación, inspecciones y auditorías de naturaleza contable, financiera, presupuestaria operacional y patrimonial en las unidades administrativas de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y demás entidades referidas en el inciso II; 5. fiscalizar las cuentas nacionales de las empresas supranacionales en cuyo capital social participe la Unión de forma directa o indirecta, en los términos del tratado constitutivo; 6. fiscalizar la aplicación de cualesquiera recursos traspasados por la Unión, mediante convenio, acuerdo, ajuste u otros instrumentos similares a los Estados, al Distrito o a los Municipios; 7. facilitar las informaciones solicitadas por el Congreso Nacional, por cualquiera de sus Cámaras o por cualquiera de las respectivas Comisiones sobre fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial y sobre los resultados de las auditorías e inspecciones realizadas; 8. aplicar a los responsables, en caso de ilegalidad del gasto o irregularidad de las cuentas, las sanciones previstas en la ley, que establecerá entre otras conminaciones, multa proporcional al daño causado al erario; 9. señalar plazo para que el órgano o entidad adopte las providencias necesarias para el exacto cumplimiento de la ley, si fuera verificada alguna ilegalidad; 10. informar al Poder competente sobre las irregularidades o abusos verificados”. República Federativa de Brasil. Constitución de 1988 según consulta del 30 de enero de 2021. Disponible en <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html#mozTocId974986>. *Political Database of the Americas (PDBA)* del *Center for Latin American Studies (CLAS)*, *Georgetown University*.

³⁰ Cfr. OCDE. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2010), *DAC Statistical Reporting Directives*. Disponible en: www.oecd.org/dac/stats/dacdirectives (Consulta del 30 de noviembre de 2020). OCDE, París. En especial, a los efectos de definir las categorías y la arquitectura internacional de las EFS, revisar la *Guía de Buenas Prácticas para el Apoyo a Entidades Fiscalizadoras Superiores*, anteriormente citada.

³¹ En la *Guía de Buenas Prácticas para el Apoyo a Entidades Fiscalizadoras Superiores* se enumeran como organizaciones regionales de EFS: a) Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores de África (AFROSAI) – y sus subgrupos regionales anglófonos (AFROSAI-E) y francófonos (CREFIAP); b) Organización Árabe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (ARABOSAI); c) Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores de Asia (ASOSAI); d) Organización de Entidades Fiscalizadoras Superiores del Caribe (CAROSAI); e) Organización de las Entidades Fiscalizadoras Superiores de Europa (EUROSAI); f) Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS); y g) Asociación de Entidades Fiscalizadoras Superiores del Pacífico (PASAI).

En el caso del Perú, el cual fue referenciado anteriormente, existe la Contraloría General de la República como máxima autoridad del Sistema Nacional de Control, aunque no este expresamente prevista en la Constitución y sea regulada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Ahora bien, el Sistema Nacional de Control tiene el aspecto singular de incluir como órganos de control a las “sociedades de auditoría externa independientes, cuando son designadas por la Contraloría General y contratadas, durante un periodo determinado, para realizar en las entidades servicios de auditoría económica, financiera, de sistemas informáticos, de medio ambiente y otros”³². Insisto en que los casos peruano y chileno no son asimilables a la categorización de Westminster.

Hay que insistir en la gran diversidad manifiesta en los sistemas comparados por lo que resulta sumamente dificultosa la definición de modelos. Por ejemplo, en España, el Tribunal de Cuentas actúa como órgano de fiscalización y control externo en la actividad Económico Financiera del sector público estatal, autonómico y local; inclusive, su actividad se extiende a la contabilidad de los partidos políticos.³³ Cabe advertir que también cumple una función jurisdiccional como órgano exclusivo de la jurisdicción contable de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.³⁴ Inclusive, se afirma la existencia de un Modelo Judicial o Napoleónico, presente en los países latinos en Europa, en Turquía, en los países francófonos de África y Asia y

en varios países latinoamericanos, incluidos Brasil y Colombia, en los que las EFS son llamadas tribunales de auditoría o tribunales de cuentas; o el Modelo de Junta o Colegiado, presente en algunos países europeos, incluidos Alemania y Holanda; en Argentina y países asiáticos como Indonesia, Japón y la República de Corea.³⁵

D. Controles derivados de estatutos de ética gubernamental

El resguardo de la ética gubernamental implica el establecimiento de una red compleja dirigida a establecer mecanismos que se correspondan con el compromiso asumido por los Estados de asumir la “debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”.³⁶ Uno de los esfuerzos más relevantes en esta categorización es el que ha sido ejecutado en los Estados Unidos, por varias razones:

- Su carácter pionero ya que el proceso se inició con la aprobación del *Foreign Corrupt Practices Act* (1977)³⁷, instrumento que regula la actuación de per-

³² Elemento consagrado en el artículo 3° de la referida Ley N° 27785. Disponible en http://doc.contraloria.gob.pe/documentos/TILOLOC_Ley27785.pdf. Consulta del 13 de diciembre de 2020.

³³ El Tribunal de Cuentas está regulado en la Ley Orgánica 2/1982 de 12 de mayo de 1982 (BOE N° 121, de 21 de mayo de 1982. Referencia: BOE-A-1982-11584).

³⁴ cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 126/2011 de 18 de julio de 2011, publicada en el BOE núm. 197 de 17 de agosto de 2011 (ECLI: ES: TC: 2011:126) según consulta del 14 de septiembre de 2019, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6908>.

³⁵ Referencia hecha en la misma *Guía de Buenas Prácticas para el Apoyo a Entidades Fiscalizadoras Superiores*.

³⁶ Compromiso establecido en el artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Resolución 58/4 de la Asamblea General de 31 de octubre de 2003. Consulta del 19 de abril de 2020. https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf

³⁷ USA. *Foreign Corrupt Practices Act of 1977*, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. (“FCPA”). <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Consulta del 14 de marzo de 2019.

sonas y entidades americanas con vocación multinacional declarando ilegal el pago a funcionarios gubernamentales extranjeros para favorecer o inducir negocios, obtener ventajas indebidas o influir en la toma de decisiones de los mismos. Producto de reformas ejecutadas en 1998, se extendió la regulación a ciudadanos y empresas extranjeras;

- Su carácter progresivo ya que a raíz de la aprobación del *Inspector General Act* (1978)³⁸ la figura del Inspector General bajó a los diversos niveles, comenzando por las secretarías de la rama ejecutiva, imponiendo la designación de un funcionario independiente encargado de detectar y disuadir actos de corrupción, promover la eficiencia de los programas y operaciones relacionados con la ética gubernamental y la promoción de normativas sobre la materia.
- Su carácter integral ya que esa normativa se armonizó con la *The Ethics in Government Act* (1978)³⁹, estatuto que creó la Oficina de Ética Gubernamental en el nivel federal. Destaco aquí la formación de funcionarios en ética gubernamental, la aprobación de un código ético (1992)⁴⁰ y la descentralización del programa de ética gubernamental al obligar al funcionario jerárquico superior a la designación de un oficial de ética (*Designated Agency Ethics Official, DAEO*).

E. Controles por vía de órganos especializados en las autonomías territoriales y controles sobre órganos con autonomía funcional no territorial

2. Mecanismos en el ámbito internacional

La insuficiencia del sistema de control interno o la inejecución en los Estados de políticas sobre ética gubernamental, así como la consideración de que órganos diseñados en orden a la eficiencia administrativa y cumplimiento de los objetivos de desempeño de las agencias gubernamentales difícilmente pueden afrontar escenarios de corrupción transnacional, ha propiciado la intervención de la comunidad internacional, y algunos Estados en particular, para contener este tipo de criminalidad activando dispositivos de jerarquía diversa.

A. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Esta convención se constituye en el orden normativo general de la comunidad internacional sobre la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción. Incluye aspectos sustantivos dirigidos a las siguientes áreas: La primacía del derecho interno en la tipificación de los delitos de corrupción; La definición de la categoría de “delito determinante” comprensivo de todo delito del que se derive un producto que pueda ser considerado blanqueo o legitimación de los recursos derivados de los actos de corrupción, lo que en la práctica permitiría la nivelación y superación de las carencias de la legislación interna de los Estados en la completa tipificación de los delitos⁴¹; y la regulación de las figuras de embargo preventivo, incautación, decomiso y restitución del producto de delitos de corrupción.

³⁸ USA. *Inspector General Act* (1978). Public Law 95-452—oct. 12, 1978 92 STAT. 1101. <https://uslaw.link/citation/stat/92/1101>. Consulta del 14 de marzo de 2019.

³⁹ USA. *The Ethics in Government Act* (1978). 5a U.S. Code. Compiled Act 95-521. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/5a/compiledact-95-521>. Consulta del 14 de marzo de 2019.

⁴⁰ USA. *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*, 5 CFR Part 2635. <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/5/part-2635>. Consulta del 13 de agosto de 2019.

⁴¹ Efectivamente, siguiendo el trayecto inverso del dinero sucio, se determinan responsabilidades indispensables para cometer los actos de corrupción, lo que revela la importancia de definir como ilícitos: a) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito,

B. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Es el instrumento diseñado para atacar la actuación de los grupos delincuenciales organizados y particularmente aplicable a la internacionalización de los actos de corrupción. Sin embargo, no instituye tribunales internacionales así como tampoco encuentra su fundamento en el resguardo de los derechos humanos de los ciudadanos de Estados cuyos recursos hayan sido afectados por grupos delincuenciales⁴². La justificación de la Convención parte de la premisa de actividades delictivas que no tienen fronteras; lo que lleva a una conclusión lógica, la persecución de los criminales y la acción de la ley tampoco puede tenerlas. Además, el crimen organizado se vale de la debilidad institucional de los Estados, especialmente en el área judicial⁴³.

La Convención de Palermo define un esquema que materializa el principio de colaboración internacional en la lucha contra los “grupos delictivos organizados” entendidos como “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. La amplitud del término “delito grave” está en la tipificación de los países que implique “una privación de libertad máxima de al menos cuatro años”; o se relacione con las leyes que regulan los delitos relacionados con violaciones a la ética gubernamental e irregularidades en la función pública, el blanqueo de dinero y la obstrucción de la Justicia⁴⁴.

con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; b) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; c) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; d) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados en la convención como blanqueo de dinero, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

⁴² La Resolución de la O.N.U. N° 53/111 de 9 de diciembre de 1998 creó un comité especial intergubernamental encargado de preparar un proyecto de convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional. La intencionalidad inicial estaba focalizada en la trata de mujeres y niños, la fabricación y el tráfico ilícitos de armas, además del tráfico de migrantes. Casi una década después, al detectarse la relación entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo, la propuesta se reorientó a la persecución del blanqueo de dinero y la corrupción. Al tiempo de la aprobación de la Convención de Palermo, se presentó el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes. Cfr. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo 2000) fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante la Resolución A/RES/55/25. En https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_nu_cont_delin_organiza_transna.pdf Consulta del 30 de noviembre de 2020.

⁴³ Ahora bien, los mecanismos de Palermo 2000 se concretan en medidas para intensificar la cooperación entre las autoridades de los Estados: a) En la determinación de la identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados; b) En la identificación de los vínculos internacionales entre los grupos delictivos organizados; c) En el establecimiento de los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido; d) En la captura de los delincuentes y ubicación de sus recursos o del producto de sus delitos; y e) En garantizar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley y, en especial, la realización de indagaciones y la coordinación eficaz entre organismos, autoridades y servicios competentes de cada Estado.

⁴⁴ Lo que deriva en problemas de tipificación ante la dispersión regulatoria de los delitos vinculados a la corrupción tal como se puede advertir inclusive en Brasil, a pesar de la aprobación de la Ley N°

C. Convenciones regionales

Regulaciones específicas como la inaugural Convención Interamericana Contra la Corrupción suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, tantas veces citada; el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1972; el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1973; el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1994; el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1995; y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003. Todos con peculiaridades, parámetros y mecanismos que le dan especificidad regional a un problema que es universal.

D. Intervención particular de los Estados

La evidente complejidad de la sistemática anticorrupción se potencia por la acción individual de Estados e, inclusive, organizaciones sin carácter gubernamental o estatal⁴⁵. Aprovecho nuevamente el caso de los Estados Unidos para verificar el impacto de la acción particular de los Estados cuando evalúan que la corrupción pone en riesgo su seguridad nacional y su política exterior. Por ejemplo, la vigencia de la Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional (50 USC 1701 et seq. IEEPA) y la Ley de Emergencias Nacionales (50 USC 1601 et seq.); esta última, refuerza el poder discrecional de la administración⁴⁶.

12.846/13 promulgada el 1º de agosto de 2013, identificada como Ley Anticorrupción o Ley de la Empresa Limpia después de los escándalos de corrupción Lavajato y el caso Odebrecht que afectó adicionalmente a varios países de la región. Similar dispersión en España, a pesar de la vigencia de la LO 1/2015, de 30 marzo de 2015 referida a la reforma del Código Penal (EDL 2015/32370) que presenta una gama de delitos de corrupción como los tradicionales Delitos contra la Administración Pública, la corrupción en los negocios, los delitos de financiación de partidos políticos o los temas urbanísticos y de ordenación del territorio.

⁴⁵ Solo para ejemplificar, el Congreso Mundial del Diamante, reunido el 19 de julio de 2000 en Amberes, decidió impedir la comercialización internacional de los diamantes no certificados extraídos en Liberia y Sierra Leona, enmarcándose en las acciones que se identificaron con el “Proceso de Kimberley”. La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la A/RES/55/56 del 1º de diciembre de 2000 sobre el papel de los diamantes en la generación de conflictos, lo que representaba un esfuerzo por cortar el financiamiento de los conflictos armados con los recursos provenientes del tráfico ilícito de diamantes en bruto. Posteriormente, el 4 de diciembre de 2002, la Resolución 1446 (2002), toma conocimiento de la posición de la industria del diamante, en particular el Consejo Mundial del Diamante, y las organizaciones no gubernamentales “para romper la relación entre el comercio ilícito de diamantes en bruto y los conflictos armados, en particular mediante los importantes progresos realizados por el Proceso de Kimberley”. Cfr. Informe del Gobierno de Sierra Leona titulado “Cuarto examen del régimen de certificados de origen” (S/2002/826) de 25 de julio de 2002. La incidencia del elemento corrupción en el tráfico ilegal de diamantes era el factor de radicalización del conflicto en Sierra Leona.

⁴⁶ Ambos instrumentos confieren al Presidente de Estados Unidos poderes extraordinarios que se asemejan a la configuración de un Estado de Excepción pero que, en la práctica, son mucho más efectivos si se conjugan con los poderes implícitos que, en materia de defensa y relaciones internacionales, han sido interpretados a su favor por la Suprema Corte. Al punto que un debate primario en el constitucionalismo americano es hasta qué nivel el sistema de libertades que consagra la Constitución se

V. DE LA CONJUGACIÓN DE LOS MEDIOS AL IMPERATIVO DE LOS FINES

De la misma tipificación de los mecanismos existentes surgen los principales obstáculos que deben ser levantados. En primer lugar, la dispersión regulatoria en la canalización de la colaboración internacional en lo que se refiere a la investigación criminal, subordinada a la calidad de la relación entre los Estados y a la buena voluntad de sus funcionarios. Esta situación se agrava ante la falta de uniformidad en los delitos que se deben inscribir en el rango de una investigación y persecución penal de naturaleza internacional; en especial, el esquema de corrupción transnacional se remite la tipología penal en leyes nacionales y, en consecuencia, hace difusa la categorización de la corrupción internacional. El otro aspecto negativo, más bien fatal si consideramos la incidencia en el cumplimiento de los fines de los Estados, está en la indefinición en los parámetros de recuperación y destino de los recursos capturados por terceros países, como elemento de reparación del daño causado a Estados depre-dados por actos de corrupción.

Considero que la solución parcial a estos problemas estaría en la creación de tribunales regionales que tengan jurisdicción en materia de delitos económicos transnacionales de acuerdo con la tipificación que se establezca en el instrumento de creación; al tiempo, en los estatutos de funcionamiento, se podrían reglar los aspectos adjetivos que permitan superar los vacíos procedimentales en el ordenamiento interno de los Estados y los Tratados Internacionales a los que hice referencia someramente.

En el ámbito americano, bajo la promoción de la Organización de Estados Americanos, la mejor justificación estaría en la evidencia del daño reciente que deriva de la acción de grupos delincuenciales transnacionales en países como Venezuela, Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Panamá o Perú, solo como guía. El tratado multilateral que materialice la existencia de este tribunal, partiría de la afectación del “orden público regional” ante la depredación de recursos dirigidos a la materialización de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto implicaría el establecimiento de los mecanismos adecuados para identificar bienes destinados al cumplimiento de los actos de corrupción y a la recuperación de los activos originados o adquiridos como resultado de los mismos.

En anterior oportunidad, me atreví a proponer una tipología de factores de conexión que activarían la Jurisdicción Regional: a) Cuando el delito se cometa en más de un Estado de la Región, b) Cuando los actos preparatorios o de control se realizan en un Estado distinto al de la ejecución del delito; c) Cuando se trate de actos cometidos por órganos de empresas transnacionales que operen en más de un Estado de la Región; d) Cuando se cometa en un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado de la Región; e) Cuando se cometa en un solo Estado pero causa daño sustantivo en otro Estado; f) Cuando se trate de obras públicas adjudicadas en procesos licitatorios internacionales o se ejecuten con recursos provenientes de organismos o agencias internacionales para el desarrollo y fomento económico de los Estados de la Región;

ha puesto en peligro, en lo interno, ante la discrecionalidad incita en los poderes otorgados por estas leyes. Lo que implica que lo que originariamente estaba conceptualizado como un tema de corrupción termina convertido en un riesgo a la seguridad nacional bajo la premisa de la intoxicación del sistema financiero americano por el flujo de recursos provenientes del dinero de la corrupción, prácticas confiscatorias contra empresas norteamericanas, vinculación con carteles del tráfico de drogas y el terrorismo.

y e) Cuando los bienes y recursos producto de los actos de corrupción se encuentren dispersos en más de un Estado de la Región⁴⁷.

Esta instancia jurisdiccional regional asumiría la activa inquisición ante organismos e instituciones de los Estados, bajo los parámetros de colaboración internacional, con el objetivo de establecer los vínculos transnacionales de los delitos económicos cometidos. Entre sus competencias se comprendería el requerimiento de información a los Estados, librar orden Internacional de detención ante las autoridades judiciales de otros países, alertar a los miembros de la comunidad internacional sobre las irregularidades de contratos internacionales no validables,; en fin, se podrían aprovechar todos los mecanismos consagrados en los instrumentos diseñados para la lucha contra el terrorismo, narcotráfico, legitimación de capitales y, en general, delitos económicos transnacionales. Los tratados y el principio de colaboración internacional son suficientes para cumplir tales cometidos.

VI. ELEMENTOS CONCLUSIVOS

Así como abrí esta contribución con una reflexión inicial para demostrar la necesidad de perfilar, en la medida del espacio disponible, todos los elementos de un fenómeno tan complejo como la corrupción, considero importante insistir que el tema central en este artículo que pretende rendir homenaje a la memoria de Pedro Nikken ha sido una problemática presente a lo largo de la historia de la humanidad: "...las ventajas, que proporcionan el poder y la administración de los intereses generales, inspiran a todos los hombres el deseo de perpetuarse en el ejercicio del cargo; y si la continuidad en el mando pudiese por sí sola curar infaliblemente una enfermedad de que se viesan atacados, no serían más codiciosos en retener la autoridad una vez que disfrutaban de ella"⁴⁸. Si se torna peligrosa para la alternabilidad democrática la preeminencia justificada que da el ejercicio del poder político, surge inmediatamente el temor: ¿A qué niveles de pervisión política y desfiguración del ideal democrático puede llevar una conducta del gobernante carente de toda ética?

Un programa de ética gubernamental debe considerar, como primer escollo, el desinterés en la ejecución de un plan que imprima transparencia a la gestión administrativa y de gobierno; peor aún, tendría que prever la predisposición de bloqueo por parte de aquellos agentes que se benefician de las prácticas favorables al manejo discrecional de los recursos públicos. Una situación que se compadece con el aspecto valorativo que he destacado, ante una sociedad permeable a estos hábitos deshonestos, sin consciencia del daño profundo que de ellos deriva en la efectividad de los derechos fundamentales. Sin educación en los valores humanos y ciudadanos que desmonte la cultura de la corrupción no será posible la ejecución de estas iniciativas.

Otro aspecto a destacar es la incapacidad de los mecanismos internos en los Estados para contener una problemática que no puede ser erradicada con el solo diseño de un orden normativo, por más acabado que este sea. Aquí se manifiesta entonces que el Estado actuante, en fórmulas de razón práctica dirigidas al cumplimiento de sus fines, debe ser una organización signada por unos parámetros de conducta éticos, aunque en una primera fase los mismos sean el producto de una imposición coercitiva. Pero

⁴⁷ En *Colaboración internacional y mecanismos constitucionales anticorrupción*. Conferencia en el marco del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Corrupción y Transparencia. Buenos Aires, República Argentina (21 al 23 de mayo de 2019). <https://www.academia.edu/38637023> Consulta del 30 de noviembre de 2020.

⁴⁸ Aristóteles, *Política*, Libro Tercero, Capítulo IV.

también hay que destacar que la corrupción ha mutado a formas más complejas; y aquí hago referencia directa al componente transnacional de la misma.

Resulta más que evidente el daño profundo que deriva de una nueva forma de crimen internacional económico marcado por la complicidad de Estados, empresas transnacionales y factores económicos de todo tipo. En América Latina se viene manifestando el esquema depredador asociado a un nuevo modelo de autoritarismo que utiliza los propios mecanismos democráticos para anular la forma democrática. Y este esquema se potencia en economías donde la corrupción se convierte en el estándar y en países en los que se produce un proceso de legitimación cultural de ese flagelo. Lo que implica que la corrupción, tal como he tratado de demostrar en este espacio, es un problema político en su esencia.

Es por tal razón que la propuesta central que presento está en función del reconocimiento de un programa internacional de ética gubernamental que considere esencial el tema de los valores; aunado al perfeccionamiento, en el plano internacional, de los mecanismos jurisdiccionales apropiados ante las limitaciones que deben afrontar los órganos jurisdiccionales territoriales para determinar una responsabilidad penal, en los casos de delitos económicos transnacionales. Tal planteamiento se traduce en la coordinación de la colaboración internacional mediante la creación de un tribunal especializado para cada región. Este objetivo sin dejar de insistir en la necesidad de cierta uniformidad en los sistemas de control interno que garantice una gestión estatal responsable y transparente.

La comunidad internacional, los Estados y los ciudadanos observarán perplejos el deterioro paulatino de la democracia como régimen político y la crisis de gobernanza universal que se originará de tal proceso, hasta que los mecanismos de la lucha anticorrupción no se adecuen a las mutaciones de este fenómeno, caracterizado por sus visos de permanencia. Pero también debe existir la consciencia de que esa adecuación parte de un cambio cultural; en cuanto al impacto en el funcionamiento del sistema político y los efectos fulminantes en la satisfacción de las necesidades que surgen de los dinamismos naturales que obran en la persona humana y la efectiva vigencia de los derechos fundamentales.

**TRATA DE MUJERES VENEZOLANAS
EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS MIGRATORIA
Y DE REFUGIADOS: RESPUESTAS DE COLOMBIA, MÉXICO
Y TRINIDAD Y TOBAGO
(2017-2020)**

Victoria Capriles Moreno*

SUMARIO

I. Introducción. II. Crisis migratoria y trata de personas. III. Crisis migratoria venezolana y trata de mujeres (2017-2020). 1. Las tres olas de la migración venezolana contemporánea y la crisis de refugiados. 2. Venezolanas, crisis migratoria y trata de personas. III. Respuestas de Colombia, México y Trinidad y Tobago a la trata de mujeres venezolanas (2017-2020). 1. Migración venezolana hacia Colombia, trata de mujeres y respuestas institucionales. 2. Migración venezolana hacia México, trata de mujeres y respuestas institucionales. 3. Migración venezolana hacia Trinidad y Tobago, trata de mujeres y respuestas institucionales. IV. Conclusiones y recomendaciones.

I. INTRODUCCIÓN

La República Bolivariana de Venezuela tiene una larga historia de movilizaciones humanas. En el siglo XX, el país empieza a surgir en el imaginario colectivo internacional y nacional como un país receptor de migrantes, y especialmente de refugiados. Casos emblemáticos, como el de los buques Königstein y Caribia, cimentaron esta percepción¹. Entre marzo y junio del año 1945, llegaron a territorio venezolano casi

* Directora Adjunta del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Metropolitana (Unimet, Venezuela) y Profesora del Departamento de Estudios Internacionales de la misma institución. Abogada (Unimet). Magíster en Sociología Jurídica (IISJ, España). Magíster en Estudios Políticos y de Gobierno (Unimet). Doctorando en Ciencia Política (USB, Venezuela). Correo electrónico: vcapriles@unimet.edu.ve. ORCID: 0000-0002-7269-1168.

Este capítulo forma parte de una serie de investigaciones promovidas por la Unidad de Investigaciones Académicas del CDH-UNIMET y es una modificación de la tesis de postgrado con el mismo título defendida en junio de 2020.

¹ Estas embarcaciones zarparon de Alemania en 1939, llevando consigo a más de doscientos refugiados judíos que buscaban escapar del nazismo. Después de varios meses de travesía en pésimas condiciones, y de haber sido rechazados en los puertos de Barbados, Curazao, la Guyana inglesa y Trinidad y Tobago, los buques arribaron al puerto de La Guaira, donde se les permitió el ingreso y la estadía

siete mil inmigrantes europeos. A partir de 1947, se diseñó una política pública para incentivar la migración de aquellos con características que se adecuaban con el ideal racial² y cultural del liderazgo político de la época, cuyos campos de trabajo y experiencia no compitieran en demasía con los de los nacionales.

Durante la dictadura del general Marcos Pérez Jiménez, desde 1952 hasta 1958, se gestó el mito de que existía una “política de puertas abiertas” para la recepción de migrantes. A pesar de que, en efecto, hubo un aumento exponencial del flujo migratorio hacia Venezuela, esta política estaba dirigida exclusivamente a la población europea, de raza blanca³, bajo la premisa desarrollada en el Nuevo Ideal Nacional de que había que “mejorar” el componente racial de los venezolanos⁴⁻⁵. El derrocamiento de Pérez Jiménez en enero de 1958 y la crisis económica que le siguió trajeron consigo el fin de la “política de puertas abiertas” y una importante restricción migratoria que duraría hasta la década de los setenta⁶⁻⁷. Esta nueva ola migratoria estuvo compuesta principalmente por personas provenientes de Latinoamérica⁸, pero también procedentes del Medio Oriente, Asia, y en menor medida, África⁹.

Asimismo, durante todo el siglo XX, Venezuela se configuró como un país predominantemente de tránsito y destino para víctimas de la trata de personas, particularmente en medio de movimientos migratorios. Destacan especialmente las víctimas de nacionalidad colombiana, que eran sometidas a trabajos forzados y explotación sexual¹⁰, pero se documentaron también casos de víctimas ecuatorianas, menores de edad, utilizadas en prácticas análogas a la esclavitud, mujeres dominicanas en matri-

en Venezuela. Catalina Banko, “Un refugio en Venezuela: los inmigrantes de Hungría, Croacia, Eslovenia, Rumania y Bulgaria”, *Tiempo y Espacio*, 2016, 26(65), pp. 63-75. Ramón Escovar, “López Contreras y los buques de la libertad”, *Prodivinci*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y5hjexo9/>; consultado el 10 de enero de 2020.

- ² En palabras de Alberto Adriani, promotor de la Ley de Inmigración y Colonización de 1936: “Con un buen plan de inmigración y colonización Venezuela podría, pues, poblar sus territorios desiertos e incorporarlos a la vida nacional; diversificar su agricultura; desarrollar nuevas industrias y perfeccionar las existentes; contribuir al mejoramiento de su raza y a la nivelación de su cultura, especialmente en el dominio de Occidente; acelerar extraordinariamente su desenvolvimiento económico y social; integrar, en fin, sus elementos humanos en un tipo nacional que perpetúe la integridad de la Patria”. Froilán Ramos, “La Inmigración en la Administración de Pérez Jiménez (1952-1958)”, *Heurística*, 2010, 13, pp. 94
- ³ Para 1957, los españoles, italianos y portugueses constituían el 70% de la inmigración total en Venezuela. También había comunidades de albanos, búlgaros, checoslovacos, estonianos, húngaros, letones, lituanos, polacos, rumanos, rusos y yugoslavos en todo el territorio nacional. Catalina Banko, ob. cit.
- ⁴ Catalina Banko, ob. cit.
- ⁵ Froilán Ramos, ob. cit.
- ⁶ Ídem.
- ⁷ Raquel Álvarez, “Evolución histórica de las migraciones en Venezuela: Breve recuento”, en: *Aldea Mundo*, 11(22), 2007, pp. 89-93
- ⁸ Por ejemplo, se estima que más del 40% de todos los exiliados chilenos durante la dictadura de Augusto Pinochet se refugiaron en Venezuela. Adela Pellegrino, “Inmigración y movimientos internos de población en América Latina y el Caribe en los siglos XIX y XX”, en B. Leander, (coord.), *Europa, Asia y África en América Latina y el Caribe*, Siglo Veintiuno Editores, España, pp. 94-128.
- ⁹ Gabriel Bidegain, “Democracia, Migración y Retorno: Los Argentinos, Chilenos y Uruguayos en Venezuela”, en: *International Migration*, 25(3), 1987, pp. 299-323
- ¹⁰ Stephanie Hepburn y Rita Simon, *Human trafficking around the world: Hidden in plain sight*, Columbia University Press, Columbia, 2013.

monios serviles, y, en cuanto a la trata interna, de niñas secuestradas en la calle para ser transportadas a las zonas mineras y forzadas a la prostitución¹¹.

En todo caso, durante el referido período, los venezolanos no se caracterizaron por ser –ni se auto perciben como– una población migrante. Por ello, las olas migratorias procedentes de Venezuela, que empezaron junto al siglo XXI, y que tienen su apogeo en la actual crisis migratoria y de refugiados, han generado una profunda disrupción en el tejido social y un duelo migratorio profundo para la sociedad¹², a su vez siendo percibida como “repentina y abrupta”¹³ por los Estados receptores, por lo cual no estaban jurídica, política o humanitariamente preparados para ella. En medio de este complicado contexto, se ha detectado un patrón creciente de venezolanas migrantes que han sido víctimas de trata con fines de explotación sexual.

Esta investigación tiene como objetivo analizar la respuesta de los gobiernos de Colombia, México y Trinidad y Tobago a la trata de migrantes venezolanas a partir del año 2017, durante el cual se agudiza la emergencia humanitaria compleja que azota al país. El trabajo se centrará en la trata transnacional, específicamente de mujeres cisgénero¹⁴ mayores de edad. No se analizará la trata de mujeres indígenas, mujeres transgéneros o transexuales, ni se realizará un estudio a profundidad de la trata de menores de edad¹⁵.

La metodología cualitativa orienta esta investigación, pues, a pesar de utilizarse indicadores cuantitativos que contribuyen a la comprensión de las dimensiones del problema en los referidos países, el objetivo exige la superación de lo medible y consideración de la complejidad estructural del objeto de estudio. La trata de migrantes venezolanas y las respectivas respuestas de los Estados seleccionados constituyen procesos complejos con dinámicas internas y condicionados por distintos factores. En el marco de la metodología cualitativa, la investigación es de tipo analítico y documental, pues pretende el análisis de la situación descrita (y no su modificación), y para ello recurre a fuentes primarias que comprenden una amplia variedad de informes de la sociedad civil, tratados internacionales, leyes nacionales, libros, trabajos académicos y sentencias judiciales. En concordancia con lo anterior, el trabajo se ha dividido en tres grandes secciones: la primera de ellas ofrece un marco conceptual de la trata, haciendo uso para ello de diversos instrumentos jurídicos que tipifican el delito. De segundas, se estudian separadamente los casos de Colombia, México y Trinidad y Tobago, describiéndose sus respectivas acciones y medidas relativas a esta problemática. Finalmente, se evalúan tales respuestas y se exponen algunas con-

¹¹ Janice Raymond, Jean D’Cunha, Siti Ruhaini Dzuhatin, Patricia Hynes, Zoraida Ramirez y Aida Santos, *A Comparative Study of Women Trafficked in the Migration Process*, 2002, p. 43. Disponible en <https://tinyurl.com/y2vzwlfy>; consultado el 10 de enero de 2020.

¹² Sara Prada, “Qué es el duelo del migrante y cómo superarlo”, en: *Proyecto Migración Venezuela*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/yx9rbkunj>; consultado el 15 de marzo de 2020.

¹³ Luciana Gandini, Victoria Prieto y Fernando Lozano, “El éxodo venezolano: migración en contextos de crisis y respuestas de los países latinoamericanos”, En Luciana Gandini, Victoria Prieto y Fernando Lozano (eds.), *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2019, pp. 9-32. Disponible en <https://tinyurl.com/y4ejspo6>; consultado el 13 de junio de 2020.

¹⁴ Según el glosario de la Universidad de Newcastle el término cisgénero significa “una identidad de género, y se entiende como lo opuesto a transgénero. Eres una persona cisgénero si te identificas con el género que se te es asignado al nacer”.

¹⁵ Con esto no se pretende invisibilizar estos casos, por el contrario, se entiende que deben estudiarse desde los enfoques y la perspectiva necesarios a la conjunción de sus diversas vulnerabilidades e interseccionalidades, lo que significa un alcance mayor al propuesto para este capítulo.

sideraciones finales y recomendaciones. También se realizaron entrevistas a diversos expertos en el tema, quienes ofrecieron su visión de esta realidad.

Con respecto a las cifras que aquí se citan para ilustrar el alcance del problema de la trata de migrantes venezolanas y las respuestas de Colombia, México y Trinidad y Tobago, debe advertirse que las correspondientes a Venezuela carecen de carácter oficial (con la excepción del Censo Poblacional de 2011), dada la opacidad generalizada del Estado venezolano, reflejo de una falta de interés por conocer a su población y sus necesidades.

Finalmente, es probable que varias de las cifras, pertinentes al momento de concluir la redacción de este trabajo en noviembre de 2020, estén desactualizadas para el momento que el lector reciba este texto. Por eso, es importante destacar que se espera que este capítulo sirva como un esfuerzo de documentación, denuncia y difusión de violaciones a los derechos humanos, que ayude a la construcción de la memoria histórica venezolana de cara a un eventual proceso de transición.

II. CRISIS MIGRATORIA Y TRATA DE PERSONAS

Aunque no hay una única definición bajo el derecho internacional, la migración puede entenderse como el traslado de una población dentro del mismo Estado o hacia otro, sin importar causa, tamaño o composición¹⁶. Así pues, se puede apreciar que existe la migración internacional (de un Estado a otro) y la interna, dentro de las fronteras de un Estado específico¹⁷. La migración también puede ser regular, respetando las legislaciones de los países de origen y destino, utilizando canales regulares de ingreso y estadía, o irregular, en cuyo caso se ingresa al país receptor sin cumplir con la legislación, o el migrante se mantiene en el mismo tras el vencimiento del visado correspondiente¹⁸. Hay muchos factores que motivan la migración, pero diferencias en los índices del desarrollo humano y la búsqueda de oportunidades son razones fundamentales¹⁹⁻²⁰.

Hay una categoría de migrantes que es particularmente vulnerable a las violaciones de derechos humanos, y cuya figura jurídica genera tensión con la soberanía del Estado-nación: los refugiados y solicitantes de asilo²¹, en el contexto internacional, y los desplazados internos, en el contexto nacional. En este caso la migración es forzada, pues hay coacción para abandonar el lugar de origen o residencia, por causas humanas o naturales que amenazan la subsistencia e incluso la vida²². En 1948, la

¹⁶ Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre Migración*, OIM, Suiza. Disponible en <https://tinyurl.com/y8a2njcm>; consultado el 14 de abril de 2020.

¹⁷ Solo un 3,5% de la población total mundial es considerada migrante internacional. La migración interna es mucho más prevalente, con 763 millones de migrantes internos. Catherine Wihtol de Wenden, “Las nuevas migraciones”, *SUR* 23, 13(23), 2016, pp. 17-28. Disponible en <https://tinyurl.com/y5mmpoyl>; consultado el 6 de mayo de 2020. Ashish Xiangyi, Caroline Baxter, Clelia Compas y Ann Marie Murphy, *Internal Migration in Southeast Asia: Towards Better Inclusion of Internal Migrants*, Unesco, Estados Unidos, 2016. Disponible en <https://tinyurl.com/y6b4zs8d>; consultado el 2 de agosto de 2020.

¹⁸ La migración irregular puede ocurrir incluso dentro del mismo Estado.

¹⁹ Stephen Castles, Hein de Haas y Mark J. Miller, *The Age of Migration*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2014

²⁰ Catherine Wihtol de Wenden, 2018, ob. cit.

²¹ ACNUR sostiene que “este se ha convertido en un término general que abarca toda la protección que un país brinda a los refugiados en su territorio”.

²² Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre Migración*, ob. cit.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (“DUDH”) reconoció el derecho a buscar y a disfrutar del asilo. Además, se creó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (de ahora en adelante, “ACNUR”) ²³. Finalmente, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 ²⁴, establece la definición universal de refugiado:

[T]oda persona: 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y **debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país;** o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (subrayado propio).

El elemento más importante de la Convención es el establecimiento del principio de *non-refoulement* (no devolución), bajo el cual no se puede devolver a un refugiado a su país de origen, donde su vida, integridad física o libertad corren peligro. Este principio es considerado por algunos autores como Jean Allain ²⁵, como norma de *ius cogens*, y se encuentra contenido también en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984. En la región de las Américas, la evolución del asilo tuvo su clímax en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, que amplía la definición tradicional de “refugiado”:

[...] **La definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que** además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, **considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos** u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público (subrayado propio).

Esta nueva definición se enfatiza en la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994, la Declaración de Río de Janeiro sobre la Institución del Refugio del 2000 y la Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano de 2010. Aunque en su origen la Declaración de Cartagena no era un documento vinculante, algunos autores consideran que la misma se ha convertido en costumbre regional ²⁶.

Los migrantes forzados son particularmente vulnerables a la trata de personas, cuya definición jurídica está contenida en el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (de ahora en adelante “Protocolo contra la Trata” o “Protocolo de Palermo”):

a) **la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al**

²³ Adalberto Urbina, *Derecho Internacional de los Refugiados: Aspectos conceptuales universales y regionales*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012

²⁴ El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 eliminó la restricción temporal de la Convención.

²⁵ Jean Allain, “The jus cogens Nature of non-refoulement”, en: *International Journal of Refugee Law*, 13, 2001, doi: 10.1093/ijrl/13.4.533

²⁶ Juan Mondelli, *La fuerza vinculante de la definición regional de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y3to2b2h>; consultado el 22 de septiembre de 2020.

fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) **el consentimiento dado por la víctima** de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo **no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.** (subrayado propio)

La trata de personas no solo implica la explotación sexual (que incluye la prostitución y los embarazos forzados), esclavitud, explotación en el sentido laboral (incluyendo la mendicidad y el trabajo en fábricas o a nivel agrícola) y la servidumbre, sino también la compra y venta de menores para la adopción, la comisión de delitos como la venta de drogas o armas, el uso de niños como soldados o incluso la experimentación biomédica y el tráfico de órganos²⁷.

En el ámbito interamericano, en la sentencia Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “a la luz del desarrollo ocurrido en el derecho internacional en las últimas décadas, la expresión ‘trata de esclavos y de mujeres’ del artículo 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la ‘trata de personas’”²⁸ y adoptó un concepto de “trata de personas” muy similar al establecido en el Protocolo contra la Trata.

El hecho de que la migración en sí misma convierta al migrante en una persona más vulnerable a la trata tiene sus bemoles. Esto es debido a que las vulnerabilidades para la trata de personas se ven exacerbadas en los contextos que generan las crisis migratorias y de refugiados como lo son la inestabilidad política, emergencias humanitarias y conflictos armados. Así, los individuos cuya vida e integridad física está en riesgo buscan activamente a traficantes que los ayuden a salir de las zonas donde se encuentran en peligro, cayendo muchas veces, sin saberlo, en redes de trata²⁹. En estas situaciones, el “consentimiento” dado por el individuo hacia el traficante es debatible. Como sostienen Jacqueline Bhabha y Monette Zard³⁰, cuando una persona está desesperada debido a la falta de alimentos, atención médica, o porque está siendo perseguida, ¿puede realmente “consentir” sea ser traficada ilícitamente a otro Estado? Un refugiado no escoge abandonar su país de origen, lo hace porque no le queda otra opción. Por ende, se vuelve muy complejo para los Estados, organizaciones de la sociedad civil, y la propia víctima, el advertir cuándo se está siendo traficada o tratada, y en algunos casos, la trata ocurre durante el proceso de tráfico.

²⁷ Hélène Le Goff y Thomas Lothar, *La trata de personas en México: Diagnóstico sobre la asistencia a víctimas*, Organización Internacional para las Migraciones, México, 2011. Disponible en <https://tinyurl.com/yynlcov8>; consultado el 30 de julio de 2020.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 20 de octubre de 2016, *Sentencia caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Párr. 289. Disponible en <https://tinyurl.com/yxk5zm7g>; consultado el 5 de enero de 2020

²⁹ Elżbieta Goździak y Alissa Walter, “Misconceptions about human trafficking in a time of crisis”, en: *Forced Migration Review*, 45, 2014, pp. 58-59.

³⁰ Jacqueline Bhabha y Monette Zard, “Smuggled or trafficked?”, en: *Forced Migration Review*, 25, 2014, pp. 6-8. Disponible en <https://tinyurl.com/yy26uzr4>; consultado el 16 de noviembre de 2020.

III. CRISIS MIGRATORIA VENEZOLANA Y TRATA DE MUJERES (2017-2020)

1. Las tres olas de la migración venezolana contemporánea y la crisis de refugiados

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (“CRBV”) de 1999, a pesar de reconocer una amplia gama de derechos fundamentales y el carácter supraconstitucional de los derechos humanos otorgó demasiadas facultades al Poder Ejecutivo. En este marco institucional y político, se gestó la primera ola migratoria venezolana, entre el año 2000 y 2005, caracterizada por hijos de emigrantes y profesionales universitarios, siendo el primer pico entre 2002 y 2003, tras el despido masivo de veinte mil trabajadores de la industria petrolera, que en su mayoría emigraron a Colombia y los Estados Unidos³¹. Esta primera ola migratoria, esencialmente compuesta por personas de la clase media venezolana, no provocó “reacciones en los lugares de destino [y] en cuya formación los países de acogida no han tenido que invertir, de modo que se [trató] de una transferencia de riqueza desde [Venezuela]”³². En efecto, era una migración regular y voluntaria, de carácter económico y laboral, aunque con algunos matices políticos.

La tensión política no disminuyó con el fallecimiento de Hugo Chávez. Nicolás Maduro se juramentó como presidente de Venezuela el 19 de abril de 2013, comenzando así su primer periodo presidencial en medio de dudas sobre su legitimidad de origen, debido a la poca diferencia que hubo en las elecciones de marzo –1,5%– entre Maduro y el candidato opositor, Henrique Capriles, quién denunció que había ocurrido un fraude electoral³³. Maduro prosiguió con las políticas populistas y de erosión de la democracia, iniciando además una crisis económica³⁴ caracterizada por escasez generalizada de bienes necesarios para la supervivencia y fallas en los servicios básicos, como agua, electricidad y gas doméstico³⁵. De igual forma, bajo su mandato, la represión y el uso excesivo de la fuerza por parte de funcionarios de seguridad y paramilitares (“colectivos”) aumentó exponencialmente, específicamente con las protestas del año 2014³⁶.

Este clímax de violencia y deterioro del nivel de vida dio como resultado que a partir del año 2015 iniciara lo que hoy entendemos como la segunda ola migratoria: “Entre 2014 y 2017 la migración global de venezolanos se incrementó en 132% y en ese mismo lapso, su número aumentó 895% hacia países suramericanos”³⁷. Esta

³¹ Entrevista a Betilde Muñoz-Pogossian (2020) / Asociación Civil Mujeres en Línea; Asociación Venezolana para una Educación Sexual Alternativa (AVESA), Centro de Justicia y Paz (CEPAZ) y Centro Hispanoamericano de la Mujer FREYA, *Mujeres al límite: Derechos de las mujeres de cara al agravamiento de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela*, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/yyv2pyj9>; consultado el 5 de marzo de 2020.

³² Anitza Freitez, “La emigración desde Venezuela durante la última década”, en: *Temas de Coyuntura*, 63, 2011, p. 14. Disponible en <https://tinyurl.com/orbgpv6>; consultado el 5 de mayo de 2020.

³³ Victoria Capriles, Andrea Santacruz y Rogelio Pérez-Perdomo, “Represión, justicia y derecho en la Venezuela de hoy (2013-2019)”, en: *Oñati Socio-Legal Series*, 10(4), 2019, pp. 789-833. doi: h10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1132.

³⁴ Debido a que la bonanza petrolera más grande de la historia venezolana, que acompañó a Hugo Chávez durante la mayor parte de sus catorce años de gobierno, terminó abruptamente en 2014.

³⁵ Victoria Capriles, ob. cit.

³⁶ Rogelio Pérez-Perdomo, “Represión y justicia en Venezuela en tiempos de protesta”, en: *Revista Debates*, 8(3), 2014, pp. 18.

³⁷ Asociación Civil Mujeres en Línea *et al.*, ob. cit.

migración mantuvo unas características demográficas similares a las de la primera ola, incluyendo además a quienes emigraron tras las protestas del 2014, como consecuencia de la represión política.³⁸ En este capítulo nos ocuparemos de la tercera y más reciente ola migratoria, a partir del año 2017. Las causas de esta ola, que se constituiría en la crisis de migrantes y refugiados más grande de América Latina, son complejas, y constituyen en sí mismas un objeto de investigación³⁹. No obstante, se puede establecer que el país se encuentra en medio de una emergencia humanitaria compleja, entendiendo esta como:

Una crisis humanitaria en un país, región o sociedad en la que existe una ruptura total o considerable de la autoridad resultante de un conflicto interno o externo [...] Se caracterizan típicamente por: 1) violencia generalizada y pérdida de vidas; 2) desplazamientos masivos de personas; 3) daño generalizado a sociedades y economías; 4) la necesidad de asistencia humanitaria multifacética a gran escala; 5) la obstaculización o impedimento de la asistencia humanitaria debido a restricciones políticas y militares [...]⁴⁰.

Desde el año 2014, la sociedad civil venezolana, incluyendo organizaciones de derechos humanos, gremios y prominentes académicos advertían de esta emergencia⁴¹. Para el año 2016, el entonces Secretario de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon, sostenía que había una “crisis humanitaria en Venezuela [...] creada por la inestabilidad política”⁴². A nivel interamericano, el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, declaró en 2018 que “no es posible negar que tenemos en nuestra región una de las crisis humanitarias más graves del mundo; y cada día empeora más”⁴³. Así las cosas, el venezolano se encuentra en una situación contextual de especial vulnerabilidad. Para 2018, la Encuesta Nacional De Condiciones De Vida señalaba que 97% de la población venezolana carecía de ingresos suficientes para mantener un estándar de vida mínimo⁴⁴. La escasez de alimentos se mantuvo, y se generó una forma de control social a través de los Comités Locales de Abastecimiento y Producción (“CLAP”), que entregan productos regulados a quienes estén adscritos al Carnet de la Patria. Estos productos, además, no cumplen con los requerimientos nutricionales necesarios, por lo que no palián la creciente malnutrición de los venezolanos⁴⁵. A su vez,

³⁸ Entrevista a Betilde Muñoz-Pogossian (2020).

³⁹ Victoria Capriles, Andrea Santacruz y Rogelio Pérez-Perdomo, ob. cit. y Natalia Gan, “Rule of law crisis, militarization of citizen security, and effects on human rights in Venezuela”, en: *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, (109), 2020, pp. 67–86. DOI: <http://doi.org/10.32992/erlacs.10577>

⁴⁰ Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios, *Ocha Orientation Handbook On Complex Emergencies.*, 1999, Pág. 4. Disponible en <https://tinyurl.com/y4k5elss>; consultado el 18 de julio de 2020

⁴¹ Asociación Civil Mujeres en Línea *et al.*, ob. cit.

⁴² La Nación, “Ban Ki-moon: ‘En Venezuela hay una crisis humanitaria’”, 2016. Disponible en <https://tinyurl.com/yytstd8c>; consultado el 28 de octubre de 2020.

⁴³ Organización de Estados Americanos, *Crisis humanitaria en Venezuela - palabras del Secretario General Luis Almagro en la sesión extraordinaria del consejo permanente*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y37rrps3>; consultado el 17 de agosto de 2020.

⁴⁴ Universidad Católica Andrés Bello; Universidad Central de Venezuela y Universidad Simón Bolívar, *Encuesta Nacional De Condiciones De Vida*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/yxt9xaog>; consultado el 7 de agosto de 2020.

⁴⁵ Acción Solidaria, *De calidad “dudosa”: El misterio de los leches del Clap que pone en riesgo la salud*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y6fmsmp2>; consultado el 5 de mayo de 2020. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2019). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. A/HRC/41/18.

el sistema de salud se encuentra colapsado a nivel de infraestructura y servicios, y la escasez de medicinas se sitúa entre 60% y 79%, dependiendo del tipo de medicamento⁴⁶. Los servicios básicos también se encuentran en una situación crítica, y millones de personas se encuentran sometidas a largos cortes en el servicio de electricidad, agua potable y gas doméstico⁴⁷. Para el año 2019, las Naciones Unidas estimaron que aproximadamente siete millones de venezolanos necesitaban asistencia humanitaria, incluyendo más de tres millones de niños y aproximadamente un millón y medio de personas de la tercera edad⁴⁸.

No es de extrañar entonces que la emergencia humanitaria compleja que azota al país sea la causa directa de la crisis migratoria venezolana: al deteriorarse la situación, con una enorme progresividad, especialmente a partir de 2017, millones de venezolanos, desesperados, y en búsqueda de una mejor calidad de vida, han optado por caminar hacia otros países o utilizar embarcaciones ilegales y de fabricación casera en un intento de llegar a las islas del Caribe, al no tener recursos para utilizar transporte regular aéreo o terrestre⁴⁹. Aunque al principio estos caminantes eran hombres jóvenes de escasos recursos económicos, a partir de 2018, esta migración ha incluido, de forma importante, a mujeres, niños, niñas y adolescentes no acompañados, adultos mayores, personas con discapacidad y enfermedades crónicas y poblaciones indígenas. Para el 5 de noviembre de 2020, hay aproximadamente cinco millones y medio de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo venezolanos⁵⁰. De acuerdo con el Censo Nacional de 2011, la población proyectada del país sería aproximadamente 32 millones de personas⁵¹, por lo que se puede afirmar que más del 15% de la población total ha emigrado. Es probable que el número total sea mucho más elevado, pues los gobiernos no llevan un control estricto de las personas que se encuentran bajo un estatus migratorio irregular. La mayoría (80%) se encuentra en Latinoamérica y el Caribe, en una crisis que se ha regionalizado⁵².

Esta es una migración en su mayoría irregular, especialmente porque el acceso a documentos de identidad (particularmente pasaportes) es casi imposible⁵³. Debido a esto, los venezolanos que utilizan rutas irregulares se exponen a redes de tráfico de migrantes, abusos por parte de las autoridades, reclutamiento forzado a grupos armados ilegales, agresiones físicas y redes de trata de personas. En los países de destino,

⁴⁶ Asociación Civil Convite, *Entre 60% y 79% se situó la escasez de medicinas en Venezuela para noviembre, 2020*. Disponible en <https://tinyurl.com/y5lv2u3s>; consultado el 2 de febrero de 2020.

⁴⁷ Centro de Derechos Humanos de la Universidad Metropolitana, *Informe sobre el contexto y patrones de violación de derechos humanos en Venezuela (2018-2019)*, Universidad Metropolitana, Caracas, 2020.

⁴⁸ Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios, *3 things to know on Venezuela's humanitarian situation*, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/y3az8e2y>; consultado el 4 de junio de 2020.

⁴⁹ Entrevista a Betilde Muñoz-Pogossian (2020).

⁵⁰ Plataforma Regional de Coordinación Interagencial Refugiados y Migrantes de Venezuela, *Refugiados y migrantes de Venezuela*, 2020. Disponible en <https://tinyurl.com/y2kw5fvo>; consultado el 5 de noviembre de 2020.

⁵¹ Instituto Nacional de Estadística, *Población Proyectada al 30/06/2019 - Base Censo 2011*. Disponible en <http://www.ine.gov.ve/>; consultado el 2 de octubre de 2020.

⁵² Marcia Vera, "Migration and refugee governance and dynamics in Latin America", en: *Migration & Immigration*, Canning House, 2020. [Webinar]

⁵³ Carolina Moreno, "Política pública y acceso a la ruta de trata: irregularidad migratoria como barrera de acceso", en: *Trata de personas, migración y medidas frente al Covid-19*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2020. [Webinar] Disponible en <https://tinyurl.com/y2q8jt7>, consultado el 15 de noviembre de 2020.

estas vulnerabilidades continúan, a la vez que se ven expuestos a la xenofobia, situaciones económicas precarias e incluso a la apatridia, con la dificultad de no poder regular su situación migratoria al no poseer documentos de identidad⁵⁴.

Luce evidente que se trata de una migración forzada, no voluntaria ni de carácter económico. Los venezolanos están siendo *coaccionados* a abandonar su país debido a la crisis humanitaria, derivada de graves problemas políticos, económicos, sociales y de una sistemática violación a los derechos humanos de la población. Por ello, aunque algunos de estos migrantes forzados no entran en la categoría de refugiados bajo la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, muchísimos pueden englobarse bajo la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, pues los venezolanos “han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada [...] la violación masiva de los derechos humanos”, por lo que se puede afirmar también que se trata de una crisis de refugiados.

2. Venezolanas, crisis migratoria y trata de personas

Según el Censo Poblacional del 2011 se estima que las mujeres venezolanas representan el 49,88% de la población total. Más de la mitad se encuentra en edad productiva (entre 18 y 55 años), un cuarto son niñas o adolescentes, y el 11,5% restante son consideradas adultas mayores. A pesar de ser casi la mitad de la población, sus necesidades y dificultades han sido históricamente invisibilizadas. En la actualidad, la emergencia humanitaria compleja afecta de forma diferenciada a las mujeres. Ellas son las primeras en restringir su consumo nutricional a los fines de entregar ese alimento los otros miembros de su núcleo familiar⁵⁵, lo que puede afectar de manera significativa y permanente su sistema hormonal, sexual y reproductivo, así como su estado de salud en general. También son las encargadas de realizar las largas filas en frente de los supermercados, a los fines de obtener productos regulados, algo que toma alrededor de diez horas diarias⁵⁶. Debido a que se convierten en jefas de familia, a los cuidados que deben dar a su pareja y sus hijos, o la necesidad de buscar empleo para paliar la difícil situación económica, muchas venezolanas dejan de estudiar, lo que aumenta aún más su vulnerabilidad, siendo el bachillerato (secundaria) el máximo grado culminado por algunas. Para 2018, el 61% de las mujeres entre 17 y 24 años había abandonado sus estudios⁵⁷.

La escasez de medicamentos e insumos de higiene es particularmente evidente en el caso de los métodos anticonceptivos, que desaparecen del acceso al público en cifras que superan el 90%⁵⁸, lo que ha aumentado de forma exponencial el número de embarazos no deseados, especialmente en niñas y adolescentes. Las embarazadas son, además, particularmente propensas a la desnutrición. En el año 2016, tan solo en un centro de salud en la ciudad de Caracas, se encontró que el 40% de las mujeres embarazadas que asistía a consulta comenzó la gestación en una situación de malnu-

⁵⁴ Ídem. / Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución 2/18 migración forzada de personas venezolanas*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y5euoc4v>, consultado el 16 de agosto de 2020.

⁵⁵ Verónica Mesa, “La trata con fines de explotación sexual: el más reciente peligro para las venezolanas”, en: *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 25(54), 2020, pp. 73-90.

⁵⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*, 2019, A/HRC/41/18.

⁵⁷ Asociación Civil Mujeres en Línea *et al.*, ob. cit.

⁵⁸ Asociación Civil Convite, ob. cit.

trición⁵⁹. De igual forma, el colapso del sistema de salud ha significado un aumento exponencial de la mortalidad materna, que se estima pueda estar entre 100 y 299 por cada 100.000 nacidos vivos registrados⁶⁰.

Aunque las olas migratorias de venezolanos en el pasado reciente estaban compuestas predominantemente por hombres, la emergencia humanitaria compleja y la forma en la que ha afectado a las mujeres ha cambiado esta tendencia. En 2018, el 48% de los migrantes totales eran mujeres⁶¹. La mayoría de estas migrantes (el 46%) tiene entre 18 y 29 años, seguidas por el grupo etario entre 30 y 47 años (con un 38%). Un 2,8% son niñas y adolescentes. Más de la mitad (53,6%) completó solo sus estudios de secundaria (bachillerato) o no tienen ningún tipo de estudios. El 45,5% tiene entre uno y dos hijos, el 18% entre tres y cuatro, y el 2,3% restante cinco hijos o más⁶². Las mujeres migrantes enfrentan riesgos propios, tanto en las rutas de migración como en los países de destino. Las venezolanas, además, llevan consigo la carga del arquetipo de “Miss Venezuela”, el mito de la mujer hermosa e hipersexualizada, anteriormente inaccesible, que se encuentra grabado en el imaginario social internacional⁶³. Debido a esto, las venezolanas son percibidas como una “amenaza”⁶⁴ al núcleo familiar de los países de destino o como portadoras de enfermedades⁶⁵, lo que las expone a manifestaciones de xenofobia, como canciones ofensivas⁶⁶ y columnas de opinión denigrantes en contra de su sexualidad y maternidad⁶⁷, a la vez que propicia que sean víctimas de trata de personas y esclavitud sexual.

Debe entenderse, además, que la trata de personas es un fenómeno que afecta de forma diferenciada a las mujeres: “la trata es una vulneración de los derechos humanos altamente feminizada”⁶⁸, pues está intrínsecamente relacionada con una serie de

⁵⁹ Observatorio Venezolano de la Salud, *Crisis alimentaria, el futuro de una generación*, 2016. Disponible en <https://tinyurl.com/y45uxs8d>; consultado el 24 de marzo de 2020.

⁶⁰ Asociación Civil Mujeres en Línea *et al.*, *ob. cit.*

⁶¹ Anitza Freitez, *Emigración reciente de mujeres en el contexto de la crisis venezolana*, Observatorio Venezolano de Migración (UCAB), Caracas, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y34jr6q3>, consultado el 18 de agosto de 2020.

⁶² Asociación Civil Mujeres en Línea *et al.*, *ob. cit.*

⁶³ Noemí Pérez, *The “fallen” Miss Venezuela: a tragedy of sexual slavery and trafficking*, Open Democracy, Estados Unidos, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/y34ap49y>; consultado el 25 de septiembre de 2020 / Isabel Berganza Setién y Ximena Solórzano Salleres, *Limites y retos del Estado: Procesos de integración de la comunidad venezolana en Perú*, Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/y3zgyq6z>; consultado el 8 de septiembre de 2020. Verónica Mesa, *ob. cit.*

⁶⁴ Cristina Otálora, “La migración femenina: entre la vulnerabilidad y la independencia”, en: *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 25(54), 2020, pp. 51-63.

⁶⁵ Fabiola Romero, *Informe Situación de la movilidad humana de mujeres y niñas venezolanas con enfoque diferencial de derecho y de género*, CEPAZ; AVESA; Centro Hispanoamericano para la Mujer Freya; Mujeres en Línea; UNIANDES, Venezuela, 2019.

⁶⁶ El 2017 el rapero panameño Mr. Saik subió un rap a su cuenta de Twitter haciendo referencia a las venezolanas: “En la esquina tiene fama... Si les das harina pan, ella te da pan”. En 2019, el grupo musical peruano Son del Tambito estrenó una canción titulada *Las Venecas*: “Fin de semana. tú te emborrachas con las *venecas* de la ciudad. Dicen quererte, pero es mentira. Quieren tu plata y nada más”.

⁶⁷ En 2019, la periodista colombiana Claudia Palacios publicó una columna de opinión en el periódico *El Tiempo*, titulada: ¡Paren de parir!, dirigida a la migración venezolana en Colombia.

⁶⁸ Carmen Cecilia Martínez y Cristina Rosero, *Víctimas de trata en América Latina Entre la desprotección y la indiferencia*, Women’s Link Worldwide, Colombia, 2017. Disponible en <https://tinyurl.com/y63qvqxs>; consultado el 15 de junio de 2020.

vulnerabilidades e interseccionalidades de la condición de mujer, como la feminización de la pobreza y el desigual acceso a la educación y alimentación⁶⁹. Pues, “en un orden en el que el género es un principio regulador de las relaciones sociales, los cuerpos y sexualidades de las mujeres se hacen depositarios de prácticas disciplinarias, estereotipos y representaciones”⁷⁰. Por ello, las mujeres sobrevivientes de trata suelen ser estigmatizadas y discriminadas por el hecho de haber sido trabajadoras sexuales –sin importar que esto haya ocurrido en contra de su voluntad–, por lo que suelen lidiar con sentimientos de culpa, vergüenza, y es una razón por la que evitan denunciar o comentar, incluso a familiares, lo que les ocurrió, lo que tiene graves consecuencias psicológicas, en conjunción con el trauma que significa ser víctima de este fenómeno⁷¹. Esta relación entre la pureza sexual y el honor de una mujer es además un elemento importante en América Latina y los Estados Unidos, donde las “normas sociales patriarcales [...] estigmatizan a las mujeres que las rompen –especialmente al sufrir abuso sexual–”⁷².

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷³ (“CEDAW”, por sus siglas en inglés) reconoce en su artículo 6 que la trata es una forma de discriminación en contra de la mujer. La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁷⁴, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención Belém do Pará”), adoptada en 1994, cimentan esta concepción, pues ambos documentos, en su artículo 2, declaran que la trata y la prostitución forzada son formas de violencia contra la mujer.

En esta crisis humanitaria, migratoria y de refugiados, Venezuela ha dejado de ser un país solo de tránsito para convertirse en un país de origen en términos de trata, con sólidas redes establecidas a lo largo del territorio nacional. Se estima que entre 2014 y 2018 la trata de personas aumentó en 300%, y la crisis migratoria “ha tenido una incidencia vertiginosa [en] la esclavitud moderna”, con la gran mayoría de las víctimas siendo mujeres jóvenes⁷⁵. Por ello, las venezolanas se encuentran en un estado de desprotección tanto dentro como fuera de su país, y, en muchos casos, bajo una serie de interseccionalidades claras que aumentan su vulnerabilidad.

⁶⁹ Fabiola Romero, ob. cit.

⁷⁰ Alicia Moncada, “Trata de mujeres indígenas en Venezuela: la continuidad de la conquista sexual de América”, en: *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 25(54), 2020, p. 93

⁷¹ Verónica Mesa, ob. cit., Gema Fernández, “Trata de personas bajo un enfoque de derechos humanos y como una forma de violencia contra las mujeres”, en: *Trata de personas, migración y medidas frente al Covid-19*. Universidad de los Andes, Colombia, 2020. [Webinar] Disponible en <https://tinyurl.com/y2q8jt7>, consultado el 15 de noviembre de 2020. Isabelle Brodie, Deborah Spring, Patricia Hynes, Lola Gani-Yusuf, Valbona Lenja, Patrick Burland, Jenniffer Dew, Aye Olatunde, Hong Thi Tran, Angela Thurnham y Fraser Murray, “*Vulnerability to Human Trafficking: A Study of Viet Nam, Albania, Nigeria and the UK*”, University of Dedforshire, Reino Unido, 2018.

⁷² John Latham-Sprinkle, Fiona David, Katharine Bryant y Jacqueline Larsen, *Migrants and their vulnerability to human trafficking, modern slavery and forced labour*, Organización Internacional para las Migraciones, Suiza, 2019, p. 43.

⁷³ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

⁷⁴ Aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

⁷⁵ Gabriela Buada, *Trata de personas: delito que explota a los más vulnerables*, Amnistía Internacional, Venezuela, 2018, Párr. 11. Disponible en <https://tinyurl.com/y6r5cu9v>; consultado el 4 de octubre de 2020.

IV. RESPUESTAS DE COLOMBIA, MÉXICO Y TRINIDAD Y TOBAGO A LA TRATA DE MUJERES VENEZOLANAS (2017-2020)

1. Migración venezolana hacia Colombia, trata de mujeres y respuestas institucionales

La frontera colombo-venezolana, la más extensa de ambas naciones, puede considerarse una frontera viva, pues no solo es una línea que demarca los límites de ambos países, sino que es porosa, con un rico intercambio económico, cultural y social⁷⁶. Durante décadas, millones de colombianos emigraron a Venezuela para escapar el conflicto armado que azotaba su país hasta mediados de los años noventa⁷⁷. Precisamente por esa cercanía geográfica y cultural, Colombia fue un destino popular en las primeras olas migratorias venezolanas.

A partir de 2016, Colombia ha recibido un flujo sostenido y creciente de venezolanos, y en el marco de la crisis migratoria, se ha convertido en el primer país receptor, con un aproximado de 1.800.000 venezolanos, en su mayoría en situación irregular⁷⁸. Esto ha tomado sin preparación a un país no receptor de migrantes, y que por ende no tiene “una política migratoria particularmente abierta ni receptiva”⁷⁹. Colombia es la principal ruta de salida de los caminantes venezolanos, y, aunque miles se quedan en el país o forman parte de la migración pendular, otros miles continúan hacia Ecuador, Perú, Chile y Argentina⁸⁰. Se estima que alrededor de treinta mil personas cruzan diariamente el Puente Internacional Simón Bolívar, que separa a San Antonio del Táchira, en el estado venezolano de Táchira, del Corregimiento La Parada, en el departamento colombiano del Norte de Santander. En palabras de Laura Dib, abogada venezolana que se desempeña como Asesora legal de la Clínica Jurídica para Migrantes en la Universidad de los Andes, “estar en el Puente Simón Bolívar es ver un país que huye”⁸¹. La extensión de la frontera dificulta su control, y son comunes los caminos irregulares. Como muchos venezolanos caminan, deben cruzar a pie zonas

⁷⁶ Fernando Carrión, Jenny Pontón, y Blanca Armijos, *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana, Volumen I*. FLACSO, Ecuador, 2009.

⁷⁷ Andrés Cubillos y Nelson Ardón, “Realidades en la salud de las poblaciones migrantes: el caso de los migrantes venezolanos en el contexto colombiano”, en: José Koechlin y Joaquín Eguren (eds.), *El éxodo venezolano: Entre el exilio y la emigración*, Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú, 2018, pp. 97-114. Wooldy Edson Loudior, “La migración forzada venezolana a Colombia (2015-2018): de una revisión documental a los esbozos de un análisis coyuntural y estructural”, en: José Koechlin y Joaquín Eguren (eds.), *El éxodo venezolano: Entre el exilio y la emigración*, Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú, 2018, pp. 21-46.

⁷⁸ Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, *Migrantes y refugiados de Venezuela*, 2020, disponible en <https://migrantesyrefugiadosven.org/>; consultado el 13 de julio de 2020.

⁷⁹ Donna Cabrera, Gabriela Cano y Alexandra Castro, “Procesos recientes de movilidad humana entre Venezuela y Colombia 2016-2018”, en: Luciana Gandini, Victoria Prieto y Fernando Lozano (eds.), *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2019, pp. 59. Disponible en <https://tinyurl.com/y4ejsp06>; consultado el 13 de junio de 2020.

⁸⁰ Asociación Civil Mujeres en Línea *et al.*, ob. cit.

⁸¹ Entre el 15 y el 18 de mayo de 2020 la autora sostuvo varias comunicaciones personales con Laura Dib. Las opiniones expresadas en dichas comunicaciones y plasmadas en este trabajo de investigación son de exclusiva responsabilidad de Laura Dib y no representan la posición de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes.

peligrosas con temperaturas bajo cero, y decenas han fallecido como consecuencia de la hipotermia⁸².

Esta población que llega en masa a Colombia se encuentra en una situación de precariedad y vulnerabilidad, debido a la emergencia humanitaria compleja de la cual huyen, y también a la situación migratoria irregular bajo la que ingresan al territorio colombiano, pues “el acceso a derechos de los migrantes está directamente ligado a su estatus migratorio dentro del país, para los portadores de visas, según el tipo de visa que se trate se podrá acceder al mercado laboral, servicios educativos, servicios de salud”⁸³. De los casi dos millones de venezolanos que residen en Colombia, el 48% son mujeres, y desde el 2018, está ocurriendo una feminización de la migración venezolana hacia ese país. En los casos atendidos en la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes, hay una mayoría femenina que cuenta con un claro perfil de vulnerabilidad: jóvenes, jefas de hogar, con varios hijos o adultos mayores a su cargo y mujeres gestantes⁸⁴.

La xenofobia presente en Colombia les afecta de forma diferenciada, por ejemplo, con el arquetipo de una mujer fecunda, que tiene más hijos de “los que debiera”. M.⁸⁵, una mujer venezolana, residente en Bogotá desde 2018, de 38 años de edad, clase media, con educación terciaria, casada con un hombre de nacionalidad colombiana, conversó una experiencia violenta:

En la entrevista previa al examen, que me hizo una ginecóloga en una consulta [...] me preguntó (como es normal): “número de hijos”. [Yo] le contesto: “dos”. “Número de embarazos”, le contesto “tres”. Ella se impresiona y me dice [en voz muy alta]: “¿este es tu tercer embarazo?”. Y yo: Sí, tuve una pérdida entre el primer embarazo y este. Y ella [me dice] “Para las venezolanas parir muchos hijos es algo cultural, ¿no? Porque aquí [las colombianas] tienen si acaso uno solo, en cambio veo que las venezolanas se embarazan y se embarazan y en todos los estratos, no solo las pobres”. [Fue] horrible y yo no aguantaba las ganas de llorar⁸⁶.

A.⁸⁷, venezolana, radicada en Bogotá desde 2018, de 27 años de edad, clase media, con educación terciaria, vivió un episodio similar con una funcionaria de migración, cuando se encontraba tramitando su cédula de extranjería:

Me preguntó si yo estaba casada y si tenía hijos. Yo le dije que estaba casada y que no tenía hijos. Y me dijo “ojalá que no los tengas porque tú estás muy jovencita, y yo quisiera que tú me explicaras por qué las mujeres venezolanas tienen tantos hijos, ¿ellas no pueden dejar de parir?”⁸⁸.

Esta situación es aún más grave, si se tiene en cuenta que el colapso del sistema de salud venezolano en el marco de la emergencia humanitaria compleja es una de las principales razones por las que las mujeres migran, especialmente aquellas en estado de gestación⁸⁹.

⁸² José Ospina-Valencia, *El Páramo de Berlín: el desafío para los venezolanos migrantes en Colombia*, *Deutsche Welle*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y4tfcc88>; consultado el 5 de julio de 2020.

⁸³ Donna Cabrera, Gabriela Cano y Alexandra Castro, ob. cit. p. 78.

⁸⁴ Entrevista con Laura Dib (2020).

⁸⁵ La identidad se mantiene confidencial a petición de la entrevistada.

⁸⁶ Entrevista con M. (2020).

⁸⁷ La identidad se mantiene confidencial a petición de la entrevistada.

⁸⁸ Entrevista con A. (2020).

⁸⁹ Verónica Mesa, ob. cit.

El otro arquetipo al que deben enfrentarse las mujeres es el de “la joven que tiene como único interés el lucro a través de la prostitución”⁹⁰, generado bajo la figura hipersexualizada de la venezolana, donde no se “registra ni se toma en cuenta que hay diversidad de situaciones”⁹¹, y que hay mujeres que han sido víctimas de redes de trata. De igual forma, la frontera colombo-venezolana es una de las más peligrosas para las migrantes venezolanas, especialmente cuando cruzan a través de rutas irregulares. La explotación de las mujeres venezolanas ha alcanzado niveles inéditos⁹². Comenta Laura Dib que los cuerpos de las venezolanas “son moneda de cambio en la frontera”, denunciando además que los grupos irregulares han normalizado el abuso a la mujer migrante, y que funcionarios de las autoridades migratorias y de fuerzas de seguridad estatales colombianas las revictimizan y criminalizan⁹³.

Es frecuente que mujeres y niñas deban “pagar” a la persona que las ayuda a cruzar la frontera con favores sexuales. También son susceptibles a ser reclutadas de manera forzada por estos grupos irregulares, o se les engaña a través de ofertas falsas de empleo⁹⁴. Así, es notorio cómo se entrelazan los casos de trata y tráfico. Por ejemplo, la venta de cabello humano, común en la frontera, se ha vuelto una forma de captar potenciales víctimas de trata, infiriendo que los tratantes saben que una mujer que ha llegado hasta ese punto se encuentra en una situación sumamente vulnerable y de necesidad. Estas mujeres, fácilmente identificables por el cabello muy corto, son abordadas por personas que les ofrecen trabajos en casas de servicio o salones de belleza, y una vez que llegan al lugar, se enteran de que en realidad se trata de un prostíbulo, siendo entonces explotadas sexualmente⁹⁵.

En 1973 Colombia ratificó el Pacto de San José, instrumento que prohíbe la servidumbre y esclavitud (incluyendo la trata), pero no fue sino hasta el año 2000 que modificó su legislación interna para tipificar los delitos de prostitución forzada y trata de personas internacional. El Estado ratificaría el Protocolo de Palermo el 4 de agosto 2004⁹⁶, y un año después promulgaría la Ley 985, que incorpora la trata interna al marco normativo, definida de forma similar al Protocolo⁹⁷. La violencia sexual en el marco del conflicto armado (incluyendo la trata) en contra de personas protegidas, sería tipificada en 2014 a través de la Ley 1719⁹⁸. Los ocho tipos penales establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para la trata de personas con fines de explotación son los siguientes: explotación sexual (incluyendo el turismo sexual y la prostitución forzada), trabajos o servicios forzados, esclavitud, servidumbre, extracción de órganos, mendicidad, matrimonio servil y “otros fines”.

⁹⁰ Cristina Otálora, ob. cit., p. 58.

⁹¹ Ídem.

⁹² *Ibid.*, p. 51. Devon Cone y Melanie Teff, *En busca de seguridad: Hacer frente a la explotación sexual y la trata de mujeres y niñas venezolanas*, Refugees International, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/y54ng27v>; consultado el 20 de agosto de 2020

⁹³ Entrevista con Laura Dib (2020).

⁹⁴ Devon Cone y Melanie Teff, ob. cit.

⁹⁵ Entrevista con Laura Dib (2020).

⁹⁶ El Estado colombiano reservó el párrafo segundo del artículo 15 del Protocolo, en concordancia con su párrafo tercero. El párrafo segundo establece: Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación del presente Protocolo que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje.

⁹⁷ Devon Cone y Melanie Teff, ob. cit.

⁹⁸ Carmen Cecilia Martínez y Cristina Rosero, ob. cit.

A su vez, en el Decreto 1069 del año 2014 se regula la protección y asistencia que se debe proveer desde el Estado a las víctimas de trata, mediante dos tipos de medidas: las inmediatas, con una duración de cinco días (extensible por un mismo período), bajo las que “el Estado debe garantizar, como mínimo: retorno de las víctimas a su lugar de origen, si estas lo solicitan; seguridad, alojamiento digno, asistencia médica, psicológica y material, e información y asesoría jurídica”⁹⁹, y las mediatas, bajo las que “se le debe brindar a la víctima la atención suficiente tanto física, como mental y social, así como acompañamiento jurídico, para su restablecimiento o estabilización integral”¹⁰⁰.

A pesar de estos esfuerzos, Colombia sigue siendo un país de origen, tránsito y destino de víctimas de trata. Se estima que anualmente un aproximado de setenta mil personas son víctimas de trata en el país¹⁰¹, de las cuales una cantidad importante son traficadas internamente, siendo Antioquia, Risaralda y Valle del Cauca los departamentos principales de destino, junto a la ciudad capital, Bogotá. El conflicto armado, el extractivismo, el desplazamiento interno y la migración internacional son factores que confluyen en la trata de personas en territorio colombiano. Así, el fenómeno ha aumentado progresivamente de forma anual, documentándose en 2018 que el 82% de las víctimas registradas eran mujeres, siendo la prostitución y los trabajos forzados, especialmente en el área de la minería, los fines principales de explotación¹⁰².

El Estado colombiano suele tercerizar su obligación de brindar asistencia a las víctimas, por lo que esta responsabilidad recae en organizaciones sociales. De igual forma, ocurre que las organizaciones que brindan atención inmediata a la víctima no son las mismas que brindan la atención mediata, “lo cual obstaculiza el seguimiento del proceso de recuperación de las víctimas”¹⁰³, y esta atención es, en su mayoría, insuficiente. Entre los mecanismos de asistencia se encuentra el ofrecer refugio en lugares de acogida, aunque los mismos no permiten que accedan madres junto a sus hijos, por lo que hay un acceso desigual a estos albergues¹⁰⁴. Además, se ha identificado una deficiencia en el manejo de la información por parte de funcionarios gubernamentales sobre la trata de personas y en la identificación de las víctimas.

La corrupción de funcionarios estatales, incluyendo miembros de las fuerzas de seguridad, es preocupante. Por ejemplo, en 2018 se iniciaron investigaciones contra tres policías por su implicación en una red de trata infantil, y por aceptar sobornos en otros casos de redes de trata¹⁰⁵. Se ha documentado y denunciado la reducción del presupuesto nacional destinado a la prevención, asistencia y abordaje de la trata de personas, lo que dificulta que las víctimas identificadas puedan ser atendidas. Adicionalmente, hay una opacidad generalizada en el manejo de los recursos. No existe una atención diferenciada entre una víctima de trata y una persona que nunca ha sido sometida a este tipo de violencia, por lo que el acceso al trabajo es complejo, y no hay

⁹⁹ Corporación SerVoz y Corporación Espacios de Mujer, *IV Balance de la implementación de las políticas anti-trata en Colombia*, Colombia, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/y3ac2hdv>; consultado el 9 de enero de 2020

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 11.

¹⁰¹ Giselle Gaviria y Estefanía Masías, “Latin America”, en: Lenore Walker, Giselle Gaviria y Kalyani Gopal (eds.), *Handbook of Sex Trafficking*, Springer, Estados Unidos, 2018, pp. 265-271.

¹⁰² Corporación SerVoz y Corporación Espacios de Mujer, ob. cit.

¹⁰³ Carmen Cecilia Martínez y Cristina Rosero, ob. cit. 33.

¹⁰⁴ Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Informe sobre la Trata de Personas*, Estados Unidos, 2019, disponible en <https://tinyurl.com/y3dvovvk>; consultado el 18 de mayo de 2020.

¹⁰⁵ *Ídem.*

un seguimiento adecuado de la situación individual de las víctimas identificadas. A pesar de lo establecido en la sentencia C-470 del año 2016 de la Corte Constitucional, muchos funcionarios públicos continúan asistiendo a las víctimas solo si denuncian penalmente a los tratantes¹⁰⁶.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social estableció, a través del CONPES 3950 una “Estrategia para la Atención de la migración desde Venezuela” en noviembre de 2018, que en su línea de acción número 18 contiene una línea de trabajo contra la trata de venezolanos. A la luz de tal objetivo, el Ministerio de Interior “asistirá técnicamente entre 2019 y 2021 a las entidades territoriales en herramientas de prevención, atención y judicialización del delito de trata de personas, en particular de aquellos casos derivados del fenómeno migratorio proveniente de Venezuela”. Contradictoriamente, el Ministerio del Interior, a través del Observatorio Nacional de Trata de Personas, publicó en 2018 un informe sobre la migración venezolana y la trata de personas, en el que concluye que los migrantes venezolanos –al menos aquellos encuestados– tienen “un bajo porcentaje” de riesgo de ser víctimas de trata¹⁰⁷. La conclusión es alarmante, pues en virtud de las razones expuestas a lo largo de esta investigación, es claro que los migrantes venezolanos son una población de alto riesgo.

Esta valoración como población de “poco riesgo” de ser víctimas de trata puede observarse en la frontera colombo-venezolana, donde las autoridades migratorias y policiales no ofrecen apoyo, banalizando la situación de las posibles víctimas, pues al ser identificadas como trabajadoras sexuales, consideran que no puede ser víctimas de trata de personas. Nuevamente, la hipersexualización de la mujer venezolana en el imaginario social la coloca en una posición de especial vulnerabilidad, agravada en un corredor migratorio donde miles cruzan diariamente. Un funcionario fronterizo comentó a Laura Dib que “[estas mujeres] vienen acá y hacen treinta veces el salario mínimo de Venezuela, por supuesto vienen acá [voluntariamente] a prostituirse”¹⁰⁸. Tal actitud de las autoridades obstaculiza la denuncia por parte de las víctimas. La judicialización de los casos de trata y su documentación es compleja e incluso improbable.

Se estima que en Cúcuta el 80% de las trabajadoras sexuales son mujeres venezolanas, muchas menores de edad¹⁰⁹, y en Bogotá, en el 75% de los casos identificados entre 2016 y 2018 la víctima era venezolana¹¹⁰. Dependiendo del local, un encuentro cuesta entre uno y trece dólares estadounidenses. Muchas de estas mujeres se sienten responsables por sus familias, por lo que continúan en este medio a pesar de las afectaciones psicológicas que les genera:

Le pedimos a [una trabajadora sexual venezolana en Riohacha] que describiera cómo se encontraba emocionalmente y no fue capaz de hacerlo. Solo escuchamos al teléfono un llanto inconsolable. La persona que nos permitió contactarla confesó que la chica de 23 años sufre de depresión y que en las últimas semanas ha tenido fuertes problemas de salud. No obstante, no ha dejado de trabajar¹¹¹.

¹⁰⁶ Carmen Cecilia Martínez y Cristina Rosero, ob. cit. 33. Corporación SerVoz y Corporación Espacios de Mujer, ob. cit.

¹⁰⁷ Ministerio del Interior, *Migración Venezolana y la Trata de Personas*, Colombia, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y5u2skgj>; consultado el 4 de agosto de 2020.

¹⁰⁸ Entrevista con Laura Dib (2020).

¹⁰⁹ Noemí Pérez, ob. cit.

¹¹⁰ Solweig Ogereau, *Human Trafficking in Colombia: A Brief Update*, Challenging Heights, Estados Unidos, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/y4l4xa5c>; consultado el 15 de noviembre de 2020.

¹¹¹ Maibort Petit, “Prostitutas venezolanas: producto de exportación”, en: *Vértice News*, 2017, Párr. 40. Disponible en <https://tinyurl.com/y2bcesky>; consultado el 3 de octubre de 2020.

Al mezclarse la necesidad y la desesperación, es difícil estimar cuáles de estas mujeres llegaron a esa posición a través de una red de trata de personas o tráfico de migrantes, lo que dificulta su correcta identificación y asistencia. En el grupo de trabajo que tuvo con las autoridades fronterizas en el año 2019, Laura Dib notó que las mismas “estaban orgullosas” por haber identificado diez víctimas de trata en lo que iba de año, a pesar de que esto implica un subregistro importante¹¹², especialmente cuando Solweig Ogereau sostiene que un aproximado de quince mil venezolanos han sido reclutados de forma forzada por grupos armados irregulares¹¹³. Muchas víctimas de nacionalidad venezolana no recibieron servicios de protección o apoyo en el proceso de reinserción de forma adecuada¹¹⁴. Los refugios a disposición de las víctimas solo reciben a mujeres con una situación migratoria regular¹¹⁵ y muchas temen denunciar lo que les ha sucedido por miedo a ser deportadas¹¹⁶.

A pesar de los esfuerzos a nivel legislativo, y educacional, el Estado colombiano no está respondiendo adecuadamente a la trata de migrantes venezolanas en su territorio. La falta de capacitación de los funcionarios estatales en derechos humanos, enfoque de género y trata de personas significa que muchas víctimas no son debidamente identificadas y asistidas. Una visión particularmente enfocada en la seguridad nacional ve la situación migratoria irregular de estas mujeres como un problema, y no el hecho de que hayan sido, o puedan ser, víctimas de trata. La falta de presupuesto y el énfasis en el estatus migratorio impiden que accedan a albergues, atención psicológica y jurídica adecuada, y una correcta reinserción, lo que las hace vulnerables a la revictimización y a volver a caer en explotación sexual y otros tipos de violencia.

2. Migración venezolana hacia México, trata de mujeres y respuestas institucionales

México ha sido considerado como un país receptor de inmigrantes. No obstante, y de forma contradictoria, sus políticas en materia migratoria son discrecionales, selectivas y discriminatorias dependiendo de la nacionalidad, educación y clase social del migrante¹¹⁷. A pesar de esto, se ha vuelto un destino de migración popular para los venezolanos. Luciana Gandini, Fernando Lozano y Yolanda Alfaro¹¹⁸ establecen tres etapas de esta movilización humana; en la primera, que abarca el período 1990-2000, la población venezolana en México se duplicó, y entre los años 2000 y 2015 ocurrió un crecimiento acelerado en la cantidad de migrantes venezolanos, siendo la nacionalidad que presentó el aumento más elevado de este período.

¹¹² Entrevista con Laura Dib (2020).

¹¹³ Solweig Ogereau, ob. cit.

¹¹⁴ Departamento de Estado de los Estados Unidos, ob. cit.

¹¹⁵ Entrevista con Laura Dib (2020).

¹¹⁶ Devon Cone y Melanie Teff, ob. cit.

¹¹⁷ Luciana Gandini, Fernando Lozano y Yolanda Alfaro, “‘Aprender a ser migrante’. Bondades y tensiones que enfrenta la comunidad venezolana en México”, en: Luciana Gandini, Victoria Prieto y Fernando Lozano (eds.), *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2019, pp. 311-342. Disponible en <https://tinyurl.com/y4ejsp06>; consultado el 13 de junio de 2020. Sabrina Suárez y Alma Trejo, “La comunidad venezolana en México: perfil, motivaciones y experiencias”, en: José Koechlin y Joaquín Eguren (eds.), *El éxodo venezolano: Entre el exilio y la emigración*, Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú, 2018, pp. 251-272

¹¹⁸ Luciana Gandini, Fernando Lozano y Yolanda Alfaro, ob. cit.

La tercera etapa comienza en 2016, con un repunte gigantesco en las entradas al territorio, y para el 31 de diciembre de 2019, según cifras gubernamentales, había casi cincuenta y tres mil venezolanos residenciados en México¹¹⁹. Sin embargo, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros Estados de la región, en medio de la crisis migratoria el perfil del venezolano que llega a territorio mexicano se ha mantenido constante: adultos de alrededor de treinta años, altamente cualificados, similar al perfil de los extranjeros que provienen de la Unión Europea¹²⁰. Esto puede explicarse por la distancia geográfica que hay entre México y Venezuela, lo que imposibilita que los “caminantes” –los migrantes con mayores vulnerabilidades– accedan a este país. En 2018, se estima que se registró la entrada de menos del 0,1% de los migrantes venezolanos a través de la frontera sur terrestre¹²¹. El punto de entrada de los venezolanos es aéreo. No obstante, las políticas migratorias selectivas y discrecionales están empezando a enfocarse en los venezolanos, aumentando así el número de personas a las cuales se les niega la entrada al país: entre 2014 y 2018 fueron rechazados cuarenta mil venezolanos en los aeropuertos mexicanos, quienes en muchos casos contaban con la documentación necesaria, lo que los convierte en la nacionalidad con las tasas más elevadas de rechazo¹²².

En México la violencia contra las mujeres es un problema estructural y complejo, el cual se compone de una serie de violencias entre las que destacan el feminicidio, la desaparición por condición de género y la trata de personas¹²³. Las venezolanas se enfrentan entonces a una discriminación que es común no solo al resto de las mujeres migrantes, sino a las mujeres mexicanas. Incluso migrantes venezolanas que se encuentran bajo una estancia migratoria regular, con empleos estables en su área profesional y bien remunerados, han declarado que han sentido “un rechazo real [...] por el hecho de ser mujer”¹²⁴, lo que ha llevado a que renuncien a los puestos de trabajo donde se han sentido discriminadas por razón de su género. La mujer venezolana también es identificada con el arquetipo hipersexualizado, lo que significa que

Los estereotipos, la estigmatización y la exotización sexual construidos social y culturalmente sobre las mujeres caribeñas, se manifiestan abiertamente en el tipo de ofertas laborales que se les hace, en las recurrentes situaciones de acoso laboral y sexual que han tenido que confrontar estando empleadas, en el trato diferenciado que reciben tanto de sus empleadores como de sus colegas de trabajo, que se traduce en brechas en el ingreso con respecto a los hombres y la calidad contractual¹²⁵.

Para Alicia Moncada, investigadora de la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, “sí hay una idea de que la mujer venezolana que cum-

¹¹⁹ Plataforma Regional de Coordinación Interagencial Refugiados y Migrantes de Venezuela, *Refugiados y migrantes de Venezuela*, [en línea]. Disponible en <https://r4v.info/es/situations/platform>; consultado el 22 de noviembre de 2020.

¹²⁰ Sabrina Suárez y Alma Trejo, ob. cit.

¹²¹ Entrevista con Alicia Moncada (2020).

¹²² Luciana Gandini, Fernando Lozano y Yolanda Alfaro, ob. cit.

¹²³ i(dh)reas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos, A.C., *Diagnóstico: Mujeres desaparecidas en el Estado de México*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y9enmf76>; consultado el 8 de noviembre de 2020.

¹²⁴ Victoria Capriles y Rogelio Pérez-Perdomo, “Los abogados graduados en la Universidad Metropolitana (2006-2016). Estudio de una cohorte profesional en tiempos de revolución”, en: *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 6(1), 2019, pp. 36. doi:10.5354/0719-5885.2019.53744.

¹²⁵ Luciana Gandini, Fernando Lozano y Yolanda Alfaro, ob. cit. p. 338.

ple con ciertas características fenotípicas puede ejercer la prostitución”¹²⁶. Luciana Gandini, Fernando Lozano y Yolanda Alfaro¹²⁷ concluyen que las venezolanas son vulnerables a caer en redes de trata y a la explotación laboral, especialmente cuando son jóvenes, no cuentan con una educación a nivel terciario, o están en una situación migratoria irregular. Estas vulnerabilidades aumentan si tienen a su cargo personas mayores o son madres, lo que precariza especialmente su situación.

Los Estados Unidos Mexicanos ratificaron el Protocolo contra la Trata el 10 de abril de 2003. En el año 2007 se promulgó la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, con una definición similar a la establecida en el Protocolo de Palermo, y se modificó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada para incluir a la trata de personas en su artículo 20. Al ser un Estado federal, los Congresos locales procedieron a reformar los códigos penales y promulgar leyes especiales. Sin embargo, esto trajo como consecuencia que los tipos penales, sanciones, y las maneras de comprender la trata de personas fuesen distintos en los diversos estados del país¹²⁸. A los fines de subsanar esta situación, se modificó el artículo 73 de la Constitución, dándole potestad al Congreso de expedir leyes generales en materia de trata de personas.

En 2012 se aprobó la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos¹²⁹ (Ley General)¹³⁰, y en 2013 se publicaría en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento de esta Ley General. A pesar de estos esfuerzos, para el año 2017 solo la mitad de las entidades federativas habían armonizado su legislación local a la Ley General¹³¹, y los otros dieciséis lo habían hecho parcialmente¹³². Los nueve tipos penales establecidos en el ordenamiento jurídico mexicano a través de la Ley General de 2014 incluyen delitos de explotación sexual y laboral, extracción de órganos y experimentación biomédica, matrimonio servil y adopción ilegal, y uso de menores de edad para actividades delictivas.

La Ley General de 2014 también creó la Comisión Intersecretarial para Prevenir, Combatir y Sancionar los Delitos en Materia de Trata de Personas, conformada por representantes de quince dependencias estatales, con el objetivo de generar, implementar y monitorear una política estatal cohesiva en referencia a la trata de personas a nivel nacional. Así, el Modelo Integral de Atención a Víctimas del 2015 comprende unas medidas inmediatas, bajo las cuales se debe otorgar “atención médica y psicológica de emergencia; alojamiento, alimentación y aseo personal; gastos funerarios; medidas en materia de protección; transporte de emergencia, y asesoría jurídica”¹³³, y unas medidas de asistencia, entendidas como los mecanismos “orientados a restablecer la vigencia efectiva de los derechos de las víctimas, brindarles condiciones para llevar una vida digna y garantizar su incorporación a la vida social, económica

¹²⁶ Entrevista con Alicia Moncada (2020).

¹²⁷ Luciana Gandini, Fernando Lozano y Yolanda Alfaro, ob. cit.

¹²⁸ Carmen Cecilia Martínez y Cristina Rosero, ob. cit. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la Situación de la Trata de Personas en México 2019*, México, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/y5fkeqjm>; consultado el 5 de febrero de 2020.

¹²⁹ La cual sería modificada levemente en 2014.

¹³⁰ Carmen Cecilia Martínez y Cristina Rosero, ob. cit.

¹³¹ Aguascalientes, Baja California, Colima, Coahuila, Ciudad de México, Durango, Guerrero, Estado de México, Jalisco, Puebla, Querétaro, Tamaulipas, Veracruz, Zacatecas, Quintana Roo y Michoacán.

¹³² Baja California Sur, Chiapas, Nayarit, Nuevo León, Morelos, Sonora, Yucatán, Hidalgo, Oaxaca, Sinaloa, Tabasco, Campeche, Chihuahua, Tlaxcala, San Luis Potosí y Guanajuato.

¹³³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, ob. cit. p. 45.

y política”¹³⁴. México es un país de origen, tránsito y destino para las víctimas de la trata¹³⁵. Algunos autores estiman que entre 16 mil y veinte mil menores de edad son víctimas de trata con fines de explotación sexual en territorio mexicano¹³⁶. Se ha documentado que el fenómeno de la trata interna es mucho más prevalente que la trata internacional, que abarca solo al 13% de las víctimas identificadas¹³⁷. De las víctimas mexicanas expoliadas en su propio país, la mitad es originaria del mismo estado donde ocurrió la explotación¹³⁸.

Entre las carencias denunciadas en la política contra la trata de personas, se encuentra el subregistro de las víctimas. Salvador Guerrero, consejero presidente del Consejo Ciudadano de Seguridad Pública y Procuración de Justicia de la Ciudad de México considera que “solo uno de cada cien casos de trata es reportado a las autoridades”¹³⁹. También hay cierta opacidad en cuanto a los datos disponibles, y contradicciones en la data proveída por autoridades ministeriales y entidades estatales¹⁴⁰. De igual forma, hay una falta de conocimiento sobre lo que significa la explotación sexual, y los funcionarios enfocan sus esfuerzos en el allanamiento y el desmantelamiento de prostíbulos y clubes nocturnos, suponiendo que todas las trabajadoras sexuales son víctimas, sin realizar las investigaciones previas. Cuando se lidia con víctimas reales de trata también hay irregularidades: Se han documentado casos en los cuales las víctimas son presionadas para que se involucren en la investigación penal, coaccionadas para que testifiquen contra sus tratantes y sometidas a otras formas de revictimización por parte de agentes gubernamentales¹⁴¹.

Las migrantes venezolanas son particularmente vulnerables, “la mayoría de las víctimas extranjeras de trabajo forzado y tráfico sexual en México provienen de América Central y del Sur, particularmente El Salvador, Guatemala, Honduras y Venezuela”¹⁴², y esto es notorio pues entre 2016 y 2017 hubo un aumento de 700% en el número de víctimas venezolanas atendidas por la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas¹⁴³. Se ha documentado la complicidad de funcionarios migratorios y gubernamentales en la trata de personas venezolanas. En abril de 2018 se descubrió que presuntos tratantes habían pagado entre catorce mil y diecinueve mil pesos mexicanos (entre 700 y 950 USD) para que varias víctimas venezolanas, captadas a

¹³⁴ *Ibid.*, p. 48.

¹³⁵ Arun Kumar Acharya y Armando Moctezuma Suárez, “Perspectivas de trata de personas en México: un análisis de la política pública en materia en protección, prevención y procuración de justicia”, en: Edgar Corzo Sosa (coord.), *Trata de personas: Un acercamiento a la realidad nacional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2018, pp. 359-378.

¹³⁶ Salvador Cicero-Dominguez, “Assessing the U.S.-Mexico Fight Against Human Trafficking and Smuggling: Unintended Results of U.S. Immigration Policy”, en: *Northwestern Journal of International Human Rights*, 4(2), 2005, pp. 303-330.

¹³⁷ Entrevista con Alicia Moncada (2020).

¹³⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, ob. cit.

¹³⁹ Julian Resendiz, “Mexico in Brief: Only 1% of human trafficking cases are reported, official says”, en: *Border Report*, 2020, Párr. 2. Disponible en <https://tinyurl.com/yxckhq2>; consultado el de noviembre de 2020.

¹⁴⁰ Entrevista con Alicia Moncada (2020). Adriana Dávila, “La Ley General vigente contra la trata de personas: no sanciona a los verdaderos tratantes, castiga inocentes y desprotege víctimas”, en: Edgar Corzo Sosa (coord.), *Trata de personas: Un acercamiento a la realidad nacional*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2018, pp. 225-230.

¹⁴¹ *Ibid.*; Departamento de Estado de los Estados Unidos, ob. cit.

¹⁴² Departamento de Estado de los Estados Unidos, ob. cit. p. 325.

¹⁴³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, ob. cit.

través de ofertas de empleo engañosas, pudiesen ingresar al territorio mexicano¹⁴⁴. El periodista Xavier Omaña sostiene que el Registro Civil del Gobierno del Estado de Morelos colaboró con traficantes a la falsificación de actas de nacimientos para mujeres venezolanas durante 2017¹⁴⁵.

Las víctimas de la trata de personas suelen ser trasladadas a México bajo engaño, a veces bajo ofertas de trabajo falsas como secretarias o camareras, y una vez que llegan al país bajo la modalidad del turismo, les retienen el pasaporte, son obligadas a prostituirse bajo amenaza, y se les dice que los captores se quedarán con el dinero a los fines de pagar la deuda del pasaje de avión y otros gastos¹⁴⁶. En otras ocasiones, el traslado no ocurre desde Venezuela sino desde Colombia¹⁴⁷. Estas redes de trata suelen estar interconectadas con los carteles de droga, lo que aumenta el riesgo que supone para las trabajadoras sexuales.

Según Ana Arana¹⁴⁸, durante los últimos años, seis de cada diez asesinatos de presuntas *escorts* venezolanas ocurrieron en México: En 2011, Daisy Ferrer, venezolana y presunta víctima de trata, fue asesinada. Durante todo el 2017 y 2018 continuaron los asesinatos de trabajadoras sexuales y víctimas de trata relacionadas con el portal *ZonaDivas.com*, siendo los casos más emblemáticos los de las venezolanas Wendy de Lima, Génesis Gibson, Andreina Escalona y Kenny Finol, que atrajeron la atención nacional e internacional debido a la violencia física y sexual a la que fueron sometidas antes de la muerte¹⁴⁹. Estos casos derivaron en nuevas investigaciones, detenciones, y la liberación de decenas de víctimas de trata, muchas de ellas venezolanas. El portal web fue clausurado y entre 2018 y 2019 se capturó a miembros de la red de trata y captadoras de origen venezolano, hasta las verdaderas cabecillas y los presuntos asesinos de las venezolanas identificadas *supra*¹⁵⁰. No obstante, se puede inferir que hay un subregistro importante en cuanto a la identificación de víctimas venezolanas, especialmente si se toma en consideración que “Venezuela es el tercer país de origen de las trabajadoras sexuales” en México¹⁵¹.

La situación de las mujeres venezolanas que se encuentran en la frontera norte mexicana bien sea porque intentan entrar a los Estados Unidos, o porque han sido

¹⁴⁴ Departamento de Estado de los Estados Unidos, ob. cit.

¹⁴⁵ Xavier Omaña, “Registro Civil, implicado en trata de personas de la CDMX, Morelos y Edomex”, en: *El Gráfico*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/yydvvyg3n>; consultado el 16 de febrero de 2020.

¹⁴⁶ Beatriz Borges y Lilian Aya, *Trata de personas, trabajo forzoso y esclavitud moderna*, Asociación Civil Paz Activa, Venezuela, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y5oys4j7>; consultado el 12 de octubre de 2020.

¹⁴⁷ José Meléndez, “Mafias colombianas enganchan a venezolanas y las traen a México”, en: *El Universal*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y2eb8n5p>; consultado el 7 de septiembre de 2020.

¹⁴⁸ Ana Arana, “Los cárteles mexicanos controlan la caravana de ‘escorts’ venezolanas camino a la muerte”, en: *ArmandoInfo*, 2019, Disponible en <https://tinyurl.com/y2tffc6t>; consultado el 25 de marzo de 2020.

¹⁴⁹ Sonia Osorio y Catalina Ruiz, “They left Venezuela with dreams. They were met with forced prostitution — and death”, en: *Miami Herald*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y2mttqeu>; consultado el 15 de febrero de 2020. Rodrigo Gutiérrez, “Zona Divas: Entre la prostitución, la trata y el narco”, en: *La Silla Rota*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y59qge6>; consultado el 2 de marzo de 2020.

¹⁵⁰ El Pitazo; Runrunes; Fusión y Pie de Página, *Mujeres en la vitrina: Migración a manos de la trata*, 2019. Disponible en <https://www.zonadivas.info/>; consultado el 30 de agosto de 2020.

¹⁵¹ María Gabriela Cuevas, Carla Serrano, Eumelis Moya y Clavel Rangel, ob. cit., p. 39

obligadas a retornar bajo la política de los Protocolos de Protección a Migrantes¹⁵², es igualmente precaria. Hay cientos de casos documentados de violencia sexual contra solicitantes de asilo de distintas nacionalidades retornadas a México, no solo por parte de grupos irregulares sino de autoridades migratorias y policiales. En un caso en particular, la víctima quedó embarazada producto de la violación que sufrió¹⁵³. Las condiciones de los “campamentos” creados por los migrantes son inhumanas, y especialmente peligrosas para mujeres gestantes, adultas mayores y menores de edad, donde sufren malnutrición, problemas respiratorios y deben vivir con temperaturas casi bajo cero¹⁵⁴. En esta crisis propia de la frontera mexicana-estadounidense, está ocurriendo incluso una política de separación de familias, en contra de los estándares internacionales. *Human Rights First*¹⁵⁵ documentó el caso de una mujer venezolana a la cual en diciembre de 2019 le fue otorgado el asilo por una Corte estadounidense, que en la misma audiencia les negó el refugio a sus tres hijos, un niño de ocho años y unas gemelas de cuatro años, privándolos de cualquier tipo de protección frente a un eventual proceso de deportación.

3. Migración venezolana hacia Trinidad y Tobago, trata de mujeres y respuestas institucionales

Las islas caribeñas de Trinidad y Tobago se encuentran a tan solo doce kilómetros de la costa noreste de Venezuela. La movilización humana entre ambas naciones ha sido constante durante siglos. Para Shiva Mohan, afiliado al Centro de Investigación sobre Migraciones Internacionales de la Universidad Wilfrid Laurier en Canadá, “estos movimientos casi siempre han sido motivados por las condiciones políticas y económicas en Venezuela”¹⁵⁶. Así, con las tensiones políticas en aumento bajo el gobierno de Hugo Chávez, a partir de comienzos del 2000 comenzó un “flujo migratorio constante” de venezolanos clase media, disidentes políticos, hacia Trinidad, que continuaría hasta el 2013¹⁵⁷. La cercanía geográfica ha impulsado a miles de venezolanos a trasladarse a las islas. No hay un registro exacto de la cantidad de venezolanos que se encuentran en la actualidad en Trinidad y Tobago, y las cifras cambian exponencialmente dependiendo del autor. Andrew Selee y Jessica Bolter¹⁵⁸ consideran que hay aproximadamente 21.000 venezolanos, mientras que Shiva Mohan¹⁵⁹ estima que

¹⁵² Protocolos bajo los cuales los Estados Unidos externalizan sus obligaciones con los solicitantes de asilo, los cuales pueden ser devueltos a México, donde deben residir mientras los tribunales estadounidenses deciden sobre su solicitud.

¹⁵³ Human Rights First, *Orders from Above: Massive Human Rights Abuses Under Trump Administration Return to Mexico Policy*, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/upomvqw>; consultado el 30 de julio de 2020. Jonathan Blitzer, “How the U.S. Asylum System Is Keeping Migrants at Risk in Mexico”, en: *The New Yorker*, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/y4fa7ppf>; consultado el 20 de noviembre de 2020.

¹⁵⁴ Human Rights First, *A Year of Horrors: The Trump Administration's Illegal Returns of Asylum Seekers to Danger in Mexico*, 2020, Disponible en <https://tinyurl.com/ug4bhn9>; consultado el 30 de abril de 2020.

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ Entrevista a Shiva Mohan (2020).

¹⁵⁷ Entrevista a Shiva Mohan (2020).

¹⁵⁸ Andrew Selee y Jessica Bolter, *Bienvenidas asimétricas: Respuestas de América Latina y el Caribe a la migración venezolana y nicaragüense*, Migration Policy Institute, 2020.

¹⁵⁹ Shiva Mohan, “A ‘Migrant Registration Framework’: Counting Venezuelan Immigrants in Trinidad & Tobago”, en: *The Oxford Monitor of Forced Migration*, 2019, 8(1), pp. 41-45. Disponible en <https://tinyurl.com/y5ld5xvd>; consultado el 8 de abril de 2020.

se trata de entre cuarenta y sesenta mil individuos¹⁶⁰, es decir, entre un 3% y un 5% de la población total.

Durante décadas, la principal ruta de ingreso a las islas fue aérea. Según el Ministerio de Turismo trinitense, más de veintiocho mil venezolanos ingresaron al país bajo la modalidad de turismo en el año 2015, siendo este el pico más alto en años recientes. Debido a las políticas migratorias que son cada vez más restrictivas, desde 2019 se les exige a los ciudadanos venezolanos tramitar una visa de turismo, lo que trajo como consecuencia una fuerte caída en las cifras de ingreso por aire —ocasionando que solo cinco mil venezolanos utilizaran este puerto de ingreso durante ese año— y un repunte en las cifras de ingreso por mar, en la enorme mayoría de los casos, de forma irregular¹⁶¹. Así, se ha creado un nuevo fenómeno, la figura del “balsero”: venezolanos que contactan a traficantes para que los trasladen al país de destino mediante embarcaciones de fabricación casera. Estas rutas irregulares son peligrosas, porque quienes intentan llegar a Puerto España deben atravesar estrechos con fuertes oleajes debido a la colisión del océano Atlántico con el mar Caribe¹⁶².

Esto ha producido un aumento exponencial en el número de venezolanos que han desaparecido o fallecido en el mar Caribe. Según la OIM, los venezolanos son el grupo migrante de las Américas con la mayor cantidad de fallecidos en el año 2019, y el 75% de estas muertes han sido precisamente de balseros¹⁶³. De igual forma, las redes de tráfico de migrantes y las redes de trata con relación a la trata de venezolanas hacia Trinidad y Tobago están intrínsecamente relacionadas. Redes bien consolidadas se encuentran a lo largo de Güiría, en el Golfo de Paria en Venezuela, conformadas por venezolanos y trinitenses que se encargan de captar niñas, adolescentes y mujeres adultas para ser traficadas.

Las venezolanas que no han sido víctimas de trata igual se encuentran en una situación precaria. En las estadísticas levantadas por la OIM en 2018, de la población femenina encuestada, casi un 7% se encontraba embarazada, y de esta cifra, un tercio estaba soltera y tenía en promedio dos personas a su cargo. De las mujeres gestantes, un 20% era menor de edad¹⁶⁴. En 2019 este promedio se mantuvo, con 6% de las mujeres en estado de gestación, de las cuales un 25% tenía entre 18 y 21 años, y dos tercios estaban solteras¹⁶⁵. Muchas se encuentran en una situación migratoria irregular, en trabajos informales, percibiendo salarios inferiores a los establecidos por ley en las islas, lo que las mantienen en una situación de pauperización y de precariedad habitacional.

¹⁶⁰ Mark Bassant, y Hema Ramkissoon, “Sold into sex slavery”, en: *Trinidad Guardian*, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/yyjjjvww>; consultado el 4 de abril de 2020.

¹⁶¹ Andrew Selee y Jessica Bolter, ob. cit. Organización Internacional para las Migraciones, *Monitoring migrants presence: Trinidad and Tobago*, 2019, [en línea] Recuperado de <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/75687>; consultado el 4 de abril de 2020.

¹⁶² Macky Arenas, “La Boca del Dragón, la ruta de la trata en el Caribe”, en: *Aleteia*, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/y545ug9j>; consultado el 8 de abril de 2020.

¹⁶³ Tan solo en dos meses del 2019, se documentaron tres naufragios que dejaron un saldo de más de ochenta venezolanos desaparecidos y otros treinta fallecidos. Betilde Muñoz-Pogossian, “The Victims of our Diaspora”, en: *Caracas Chronicles*, 2019, Disponible en <https://tinyurl.com/y3xmgoex>; consultado el 27 de agosto de 2020 / ONU NOTICIAS, *Crece el número de migrantes y refugiados venezolanos desaparecidos en el mar Caribe*, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/y49pd7bj>; consultado el 19 de septiembre de 2020.

¹⁶⁴ Organización Internacional para las Migraciones, *Monitoring Venezuelan citizens presence: Trinidad and Tobago*, 2018. Disponible en <https://tinyurl.com/y6kjmrb>; consultado el 5 de abril de 2020.

¹⁶⁵ Organización Internacional para las Migraciones, *Monitoring migrants presence: Trinidad and Tobago*, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/y6snmch>; consultado el 5 de abril de 2020.

De igual forma, estas mujeres son vulnerables a la xenofobia, la explotación laboral y la violencia sexual, pues

Para las mujeres locales, el cuerpo latino se interpreta como una interrupción o una amenaza [de la normalidad], caracterizado por la inmoralidad y la promiscuidad. Los supuestos subyacentes de la “*vene*” [venezolana] como sexualmente liberal, aventurera y, en última instancia, manipuladora, alimentan el estigma negativo atribuido al inmigrante. Las mujeres de Trinidad y Tobago asumen que las mujeres venezolanas les “robarán” a sus parejas utilizando al sexo como arma, con el objetivo de percibir beneficios económicos, o incluso mejorar su estatus, a través del matrimonio [con hombres trinitenses]¹⁶⁶.

Esto ha sido exacerbado por programas de televisión y voceros gubernamentales¹⁶⁷. Se han documentado denuncias de venezolanas sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes por funcionarios estatales en centros de reclusión, que incluyen golpizas y falta de atención médica ante abortos espontáneos. También hay casos en los cuales a mujeres gestantes se les niega acceso a centros de salud¹⁶⁸ y de abuso sexual, incluyendo violaciones grupales¹⁶⁹.

Trinidad y Tobago ratificó el Protocolo de Palermo el 6 de noviembre de 2007, y en 2011 promulgó la Ley sobre la Trata de Personas (*Trafficking in Persons Act*), que fue reformada en 2012. La Ley establece la creación de un Grupo de Trabajo Nacional contra la Trata de Personas con el objetivo de desarrollar una política estatal y un plan nacional de acción para la prevención, identificación, asistencia, y judicialización de la trata de personas. En este grupo participan los Ministerios de Desarrollo Social, Educación, Justicia, Relaciones Exteriores, Seguridad Nacional y Trabajo, y una Unidad contra la Trata especializada adscrita al Ministerio de Seguridad Nacional¹⁷⁰.

La legislación se enfoca en la judicialización de los casos, pero la asistencia a las víctimas tiene deficiencias importantes. Según la Ley, las víctimas identificadas y sus familiares deben ser protegidas a los fines de evitar su recaptura, intimidación o represalias por parte de los tratantes, y deben incluirse en un programa de protección a testigos, siempre y cuando estén participando en la investigación penal. La redacción de la normativa, sin embargo, revela que no se pretende regularizar el estatus migratorio de las víctimas extranjeras en atención a la posibilidad de retomar sus planes de vida en las islas. Al mencionar el acceso a beneficios como vivienda, educación, asistencia psicológica, jurídica y médica de las víctimas extranjeras y sus hijos menores de edad, así como la proveeduría de permisos de trabajo, la norma lo destaca como una “posibilidad” durante el transcurso de la investigación. Igualmente, dispone la norma que a las víctimas nacionales se les proveerá asistencia para su retorno seguro, siempre y cuando “demuestren conexiones significativas” con Trinidad y Tobago¹⁷¹.

Hay nueve tipos penales establecidos en el ordenamiento jurídico trinitense para la trata de personas con fines de explotación, incluyendo aquellos de naturaleza sexual y reproductiva, esclavitud y servidumbre, uso de la persona para actividades delictivas, extracción de órganos o uso de su cuerpo para rituales espirituales, o cualquier

¹⁶⁶ Entrevista a Shiva Mohan (2020).

¹⁶⁷ Melanie Teff, ob. cit.

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ Shiva Mohan, ob. cit. Susan Mohammed, “3 charged in gang rape of Venezuelan woman”, en: *Trinidad Sunday Express*, 2020. Disponible en <https://tinyurl.com/y3yrfkh5>; consultado el 22 de noviembre de 2020.

¹⁷⁰ Entrevista a Shiva Mohan (2020).

¹⁷¹ Ministry of the Attorney General and Legal Affairs, *Trafficking in Persons Act*, 2011. Disponible en <https://tinyurl.com/y4hpezax>; consultado el 1 de noviembre de 2020.

actividad que derive un beneficio del abuso de otro ser humano. Las islas son consideradas un país de origen, tránsito y destino de víctimas de trata¹⁷², y el subregistro, la opacidad en cuanto a la data y la poca prosecución de los delitos son comunes¹⁷³, lo que dificulta un análisis de la situación. Hay evidencias de una creciente trata interna, especialmente de menores de edad, que sirve para sostener la industria del turismo sexual; sin embargo, se considera que la mayoría de las víctimas se encuentra bajo la modalidad transnacional¹⁷⁴. Así, los grupos de alto riesgo serían las mujeres, los menores de edad, los migrantes, miembros de la comunidad LGTBI, personas que han sufrido abuso, se encuentran en situación de calle, utilizan estupefacientes, son afrodescendientes o tienen pocos estudios¹⁷⁵, vulnerabilidades que en muchos casos actúan de forma interseccional.

En cuanto a la judicialización, se iniciaron cinco procesos judiciales en 2016 en virtud de la Ley sobre la Trata de Personas, dos en 2017 y cuatro en 2018¹⁷⁶. No obstante, en los nueve años de vigencia de la Ley sobre la Trata de Personas, no se ha emitido una sola sentencia condenatoria¹⁷⁷. Esto puede deberse a que los Tribunales trinitenses sufren de un importante retraso judicial¹⁷⁸. Por otra parte, la gran mayoría de las víctimas de trata en las islas prefiere no denunciar su situación. En el caso de víctimas extranjeras, el temor se deriva de su condición migratoria irregular y el miedo a la deportación; tal preocupación es parcialmente legítima pues hay denuncias de víctimas extranjeras, incluyendo menores de edad, que fueron trasladadas a Centros de Detención de Inmigrantes por violar las leyes migratorias del país¹⁷⁹. Otra de las causas por las que las víctimas, tanto extranjeras como nacionales, no siempre acuden a los cuerpos de seguridad, es el temor a la criminalización por los delitos en los que participaron durante la explotación sufrida, incluido el delito de prostitución¹⁸⁰. Las víctimas que sí inician los procesos de denuncia reciben una asistencia deficiente. En el caso de niños y niñas, se les instala en refugios administrados por la Agencia de Protección al Menor, o en albergues para víctimas de violencia doméstica en el caso de mujeres adultas. Sin embargo, se han identificado fallas graves en estos centros. Por ejemplo, no se permite que las víctimas salgan del recinto cuando lo deseen, y en algunos casos se les prohíbe comunicarse con sus familiares¹⁸¹.

Las mujeres son captadas a través de ofertas de trabajo engañosas o creen que están negociando con traficantes de migrantes. Cada individuo que desee un cupo en una de estas embarcaciones debe pagar en promedio trescientos dólares estadounidenses al capitán, cien veces el equivalente a un salario mínimo en Venezuela¹⁸². En algunos

¹⁷² Jason Haynes, *Caribbean anti-trafficking law and practice*, 2019, Hart Publishing, Estados Unidos.

¹⁷³ Mauricia John, “A critical approach to understanding human trafficking in the Caribbean”, en: *The International Journal of Human Rights*, 2020, pp. 1-16. doi: 10.1080/13642987.2020.1762577.

¹⁷⁴ Jason Haynes, ob. cit.

¹⁷⁵ Clare Ribando, *Trafficking in Persons in Latin America and the Caribbean*, Cornell University, Estados Unidos, 2010.

¹⁷⁶ Departamento de Estado de los Estados Unidos, ob. cit.

¹⁷⁷ Devon Cone y Melanie Teff, ob. cit.

¹⁷⁸ Organización Internacional para las Migraciones, *Legal review on trafficking in persons in the Caribbean: The Bahamas, Barbados, Guyana, Jamaica, the Netherlands Antilles, St Lucia, Suriname, Trinidad and Tobago*, segunda edición, 2010. Disponible en <https://tinyurl.com/y3j58pq2>; consultado el 18 de abril de 2020.

¹⁷⁹ Devon Cone y Melanie Teff, ob. cit.

¹⁸⁰ Organización Internacional para las Migraciones, 2010, ob. cit.

¹⁸¹ Departamento de Estado de los Estados Unidos, ob. cit., p. 464.

¹⁸² Nicholas Casey, “Hungry Venezuelans Flee in Boats to Escape Economic Collapse”, en: *The New York Times*, 2016. Disponible en <https://tinyurl.com/y8twaetl>; consultado el 11 de marzo de 2020.

casos, un intermediario “ofrece” pagar el pasaje, asegurando a la víctima que puede devolverlo cuando empiece a trabajar en las islas; no obstante, una vez que llegan, la joven es obligada a ir a un prostíbulo para “cancelar la deuda”¹⁸³. El caso de la embarcación “Jhonnayli José” es emblemático para ilustrar cómo operan estas redes de tráfico y trata. A las nueve de la noche del 23 de abril de 2019, la embarcación zarpó de Güiria rumbo a Puerto España, con treinta y ocho personas a bordo, incluyendo a veintisiete mujeres de las cuales ocho eran menores de edad. Sin embargo, antes de llegar a su destino, la lancha naufragó, dejando como resultado nueve sobrevivientes, una adolescente fallecida y veintiocho desaparecidos. La versión oficial del siniestro, dada por funcionarios de las fuerzas estatales venezolanas, es que el naufragio ocurrió debido al oleaje y el exceso de peso¹⁸⁴. Sin embargo, sobrevivientes han brindado otra versión de los hechos:

Al momento de acercarse al lugar del naufragio, el capitán de la lancha cambió el chip de su teléfono y extrajo un tapón al bote. En ese momento, los pasajeros habrían escuchado, a lo lejos, el sonido de motos de agua acercándose al peñero. “Las personas que iban en las motos empezaron a agarrar a las muchachas y muchachos por la fuerza. Algunos nadaban para escapar. Los que querían atrapar a la gente hablaban en inglés y decían ‘*I am sorry for you*’”, contó al Ministerio Público uno de los afectados. “La información que manejamos es que fueron abordados por una banda delictiva dedicada a la trata de personas, sin que sepamos nada de ellos hasta los momentos”, relató a Provea el familiar de uno de los pasajeros desaparecidos¹⁸⁵.

A las víctimas que llegan a las islas se les retienen los pasaportes, y se les encierra en habitaciones hacinadas, con poca agua y comida. Los tratantes pueden llegar a cobrar hasta aproximadamente unos 90 USD y casi 900 USD, de los cuáles la víctima no percibe casi nada¹⁸⁶. Hay denuncias de que las mujeres también son víctimas matrimonios serviles. Estos matrimonios no voluntarios ocurren pues “al parecer, a los trinitarios les da un estatus distinto casarse con venezolanas, aunque luego no se abstienen de someterlas a situaciones de violencia doméstica”¹⁸⁷.

Los periodistas Mark Bassant¹⁸⁸ y Camille Hunte¹⁸⁹ denuncian que la explotación de mujeres venezolanas en las islas ocurre bajo el conocimiento de los habitantes de la zona y los funcionarios policiales, de migración y la guardia costera, quienes muchas veces actúan en complicidad con los tratantes. Se han documentado casos en

Gabriela Rojas, Orianny Granado y Roison Figuera, *Desaparecer en el mar*, Tal Cual – Connectas – International Center for Journalists, 2020. Disponible en <https://tinyurl.com/y5s8nxpv>; consultado el 3 de septiembre de 2020.

¹⁸³ Nicholas Casey, ob. cit. Nayrobis Rodríguez, *Vendida como prostituta en Trinidad*, Cinco8, 2020. Disponible en <https://tinyurl.com/y5b3cdby>; consultado el 16 de mayo de 2020.

¹⁸⁴ Nayrobis Rodríguez, ob. cit. Gabriela Rojas, Orianny Granado y Roison Figuera, ob. cit. Provea, *Desaparecidos en Güiria: hacerse a la mar para adentrarse en las bocas del dragón*, 2020. Disponible en <https://tinyurl.com/yyooy7q5>; consultado el 4 de septiembre de 2020.

¹⁸⁵ Provea, ob. cit. párr. 8

¹⁸⁶ Mark Bassant y Hema Ramkissoon, ob. cit.

¹⁸⁷ María Gabriela Cuevas, Carla Serrano, Eumelis Moya y Clavel Rangel, *Dinámicas de trata de personas, especialmente la que victimiza a niños, niñas y adolescentes, en Gran Caracas y estado Bolívar*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/yxkjb3zh>; consultado el 20 de enero de 2020.

¹⁸⁸ Mark Bassant, “Sex Trafficking in Plain Sight”, en: *Caribbean Investigative Journalism Network*, 2019. Disponible en <https://tinyurl.com/yxhlmfxd>; consultado el 13 de mayo de 2020.

¹⁸⁹ Camille Hunte, “Little Venezuelan girls being sold in T&T: Cops not doing enough, says activist”, en: *Daily Express*, 2020. Disponible en <https://tinyurl.com/y6y4nqn5>; consultado el 14 de noviembre de 2020.

los cuales los dueños de los establecimientos les solicitan a los policías que realicen redadas a los fines de “rescatar” a las víctimas, las cuales son detenidas y deportadas, con el objetivo último de deshacerse de ellas para traficar a un nuevo grupo de mujeres¹⁹⁰. Asimismo, el Director de la Autoridad de Quejas de la Policía trinitense, David West, admite esta situación, y sostiene que las denuncias en contra de funcionarios policiales por estar implicados en redes de trata aumentaron exponencialmente durante el año 2019¹⁹¹. Esto, junto a la propia complicidad de autoridades estatales de Venezuela, deja a las migrantes venezolanas expuestas a los abusos¹⁹². En 2016 se identificaron trece víctimas de trata, y en el 2017 se identificaron catorce de ellas, cifra que se repitió en 2018. Ese último año, todas las víctimas fueron de nacionalidad venezolana: trece por explotación sexual (incluyendo a un menor de edad) y una por explotación laboral. De las víctimas de 2018, solo dos recibieron permisos de trabajo. Organizaciones de la sociedad civil denunciaron haber identificado a más víctimas (sin precisar una cifra), pero debido a experiencias pasadas, prefieren asistirlas directamente en vez de remitirlas a la Unidad contra la Trata, pues no se les realiza un seguimiento efectivo en las entidades estatales¹⁹³.

Las víctimas venezolanas no escapan de la criminalización o deportación como consecuencia de la aplicación de leyes migratorias o leyes que criminalizan la prostitución, lo que se realiza de forma arbitraria y en contra de lo establecido en la Ley sobre la Trata de Personas de 2011. Las condiciones de incomunicación a las que son sometidas cuando permanecen en los albergues promueven que muchas víctimas venezolanas escapen para reanudar actividades laborales que les permitan enviar remesas a sus familiares en Venezuela, lo que las expone a la recaptura. Además, se suma la barrera idiomática como otro obstáculo para la correcta asistencia a las venezolanas. Las entidades estatales no suelen tener traductores que permitan la comunicación entre los angloparlantes y los venezolanos¹⁹⁴, limitando aún más el acceso de las personas venezolanas a servicios locales de protección, asistencia y denuncia.

En palabras de Shiva Mohan “la mujer venezolana se encuentra en una interseccionalidad entre la exotización y la ‘otredad’, donde hay poca agencia. [Esta mujer] genera una intensa ansiedad a la población local y está sujeta a la humillación, malicia y explotación debido a las formas en que ha sido sexualizada”¹⁹⁵. Esta concepción y situación de vulnerabilidad retroalimenta las deficiencias estructurales y la falta de políticas públicas eficientes que respondan ante las redes de trata que operan casi sin resistencia.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Venezuela se encuentra sumida en la peor crisis de su historia reciente: una emergencia humanitaria compleja, derivada de la sistemática destrucción de la institucionalidad democrática y el Estado de derecho. Se trata de una crisis que se profundizó ante el silencio de la comunidad internacional y que afecta de forma diferenciada a mujeres, menores de edad, adultos mayores, personas con discapacidades, indígenas y aquellos en situación de mayor pauperización. Las mujeres abandonan sus estudios

¹⁹⁰ Ídem.

¹⁹¹ Mark Bassant, ob. cit.

¹⁹² Jason Haynes, ob. cit.

¹⁹³ Departamento de Estado de los Estados Unidos, ob. cit.

¹⁹⁴ Devon Cone y Melanie Teff, ob. cit.

¹⁹⁵ Entrevista a Shiva Mohan (2020).

y sacrifican su alimentación para satisfacer su rol de cuidadoras. Asimismo, no tienen control sobre su cuerpo y derechos reproductivos a causa de la escasez de métodos anticonceptivos, y arriesgan sus vidas y salud al llevar embarazos sin cuidado obstétrico adecuado. Millones de personas venezolanas, en una extrema vulnerabilidad contextual, han cruzado las fronteras, huyendo de las masivas violaciones a los derechos humanos que incluso podrían constituirse en crímenes de lesa humanidad¹⁹⁶. Ello se ha convertido en una de las crisis migratorias y de refugiados más severas que ha sufrido la región. Los Estados americanos no se habían preparado adecuadamente, a pesar de que era una situación medianamente predecible.

Estos migrantes forzados, especialmente durante las rutas migratorias irregulares, son vulnerables a la trata de personas, reclutamiento forzado, extorsión, secuestro, tortura y tratos inhumanos, crueles y degradantes por parte de funcionarios estatales y miembros de organizaciones delincuenciales, poniendo en riesgo su vida y su salud, situaciones que aumentan donde se conjugan interseccionalidades diversas. Las venezolanas experimentan su proceso migratorio con más riesgo y dificultad. En general, son más vulnerables a la explotación y al abuso sexual, y a la trata de personas con fines de prostitución forzada, matrimonios serviles y embarazos forzados.

La mujer venezolana es uno de los perfiles más sometidos a la hipersexualización. La emergencia humanitaria compleja significó, en palabras de Noemí Pérez Vásquez, *la caída de Miss Venezuela*: “lo que no sabíamos era que, en tiempos de crisis, [este arquetipo] se convertiría en un arma de doble filo”¹⁹⁷. En virtud de esto, las venezolanas son susceptibles a ser víctimas de narrativas estereotipadas, machistas y xenófobas, que han sido incentivadas por medios de comunicación, periodistas y artistas, situación que las deshumaniza y les resta capacidad de agencia, siendo tratadas como disruptivas de la normalidad, una amenaza al núcleo familiar, portadoras de enfermedades y manipuladoras que utilizan su sexualidad para obtener beneficios.

Colombia y Trinidad y Tobago –debido a la cercanía geográfica con Venezuela– son dos de los Estados con la mayor recepción de este flujo migratorio. A pesar de ello, ninguno de los dos gobiernos está tratando a los venezolanos como refugiados y migrantes forzados con necesidad de protección internacional, sino como migrantes económicos¹⁹⁸. Esto puede observarse en la legislación y políticas públicas generadas hacia la migración venezolana, que mantiene a estos individuos, sin poder ingresar al mercado laboral formal y acceder a la salud y educación, lo que precariza su situación. México sí trata a los venezolanos en su territorio como refugiados bajo la Declaración de Cartagena, aunque el proceso de solicitud de asilo tarda mucho más de lo establecido en la Ley, lo que mantiene a la mayoría de la población en la inseguridad económica¹⁹⁹.

Lo que sí está ocurriendo en México es una restricción del ingreso de los venezolanos, algo que es facilitado por la ruta migratoria aérea, y que no ocurre en Colombia o en Trinidad y Tobago debido a sus respectivas características fronterizas que facilitan la migración irregular. En estos dos países, además, la demografía del migrante y refugiado se caracteriza por ser poblaciones extremadamente vulnerables, con escasos

¹⁹⁶ Informe de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. (2020, 16 de septiembre). A/HRC/45/CRP.11. [en línea] Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf consultado el 4 de abril de 2020.

¹⁹⁷ Noemí Pérez, ob. cit.

¹⁹⁸ Shiva Mohan, ob. cit.; Wooldy Edson Louidor, ob. cit.

¹⁹⁹ Entrevista a Alicia Moncada (2020). Luciana Gandini, Fernando Lozano y Yolanda Alfaro, ob. cit.

recursos, bajo nivel educativo, cargas familiares importantes y otras interseccionalidades que facilitan su explotación. Debido a la distancia geográfica con México, la demografía venezolana se ha mantenido primordialmente en personas que pueden clasificarse como clase media, en su mayoría con estudios terciarios y una situación migratoria regular.

Se ha documentado en Colombia y Trinidad y Tobago una xenofobia en contra de los venezolanos, algo que no ha ocurrido en México. Sin embargo, en los tres países analizados, las mujeres venezolanas son víctimas del estigma que genera su hipersexualización. Este fenómeno parece más exacerbado en territorio colombiano y trinitense, ejemplificado en la violencia ginecobstétrica, que juzga y busca desde controlar el cuerpo y la natalidad de estas mujeres, hasta someterlas a abusos físicos, psicológicos y violencia sexual. En México, estos estereotipos se conjugan con el machismo estructural presente en el país, generando situaciones de acoso sexual y discriminación con base en el género en el ámbito laboral.

En cuanto a la trata de personas y el contexto general de esta problemática, los tres Estados evaluados han ratificado el Protocolo de Palermo, piedra angular del derecho internacional en la lucha contra la trata de personas, y establecen en su legislación interna los tipos penales expresos en este: la explotación sexual, los trabajos forzados, la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos. De igual forma, cada Estado agregó a su normativa tipos penales no incluidos en este instrumento.

Sin embargo, ningún Estado ha podido lograr la efectiva implementación de los tratados internacionales y la legislación nacional. Los tres países son considerados importantes centros de origen, tránsito y destino para víctimas de trata. Todos reportan un notorio subregistro en cuanto a la identificación de las víctimas y la documentación de los casos. También hay una opacidad alrededor de la data disponible, especialmente en las islas trinitenses, mientras que en México hay versiones contradictorias de los datos otorgados por diversas entidades oficiales. Los grupos de alto riesgo en territorio colombiano, mexicano y trinitense son los mismos que poseen también graves vulnerabilidades en los procesos migratorios: los niños, niñas y adolescentes, personas racializadas, miembros de la comunidad LGTBI, personas con discapacidades, personas sin hogar, de escasos recursos, y con bajo nivel educativo. En el caso colombiano y mexicano, quienes viven en zonas con alta presencia de grupos armados irregulares y cárteles de droga son particularmente vulnerables a la trata. En todos los países analizados, las mujeres venezolanas son consideradas también un grupo de alto riesgo. Las mujeres y niñas conforman la mayoría de las víctimas en estos Estados.

En los tres Estados estudiados, hay graves fallas en la asistencia a las víctimas. Por ejemplo, el nivel de carencias de albergues adecuados en los casos analizados es preocupante. En general, los refugios no se especializan en personas víctimas de trata, no permiten que las mujeres ingresen con sus hijos, y lo más grave, en algunos casos documentados no se permite que la víctima tenga derecho a entrar y salir del recinto cuando lo requiera o pueda comunicarse con sus familiares, algo que somete a las víctimas a un proceso de revictimización, al sentirse nuevamente “prisioneras”²⁰⁰. Esto se evidencia en los casos de mujeres que han escapado de estos recintos, lo que aumenta las posibilidades de recaptura y abuso.

Es común la escasa judicialización y la insuficiencia de sentencias condenatorias para los casos de trata de personas. Se destaca el caso de Trinidad y Tobago, donde no

²⁰⁰ Anne Gallagher and Elaine Pearson, “The High Cost of Freedom: A Legal and Policy Analysis of Shelter Detention for Victims of Trafficking”, en: *Human Rights Quarterly*, 32(1), 2010, pp. 73-114.

ha habido una sola sentencia en los nueve años de vigencia de la Ley de 2011. En México, a pesar de haber ocurrido un aumento en el número de sentencias, estas no van dirigidas a los tratantes, sino contra los trabajadores de los establecimientos, que no son parte de la red de trata. La corrupción y la complicidad por parte los funcionarios estatales es un tema común a todos los territorios, así como la falta de capacitación, enfoque de género y perspectiva de derechos humanos.

Se ha observado un aumento en el número de casos de trata de mujeres venezolanas identificados en Colombia, México y Trinidad y Tobago. La forma común de captación es a través de ofertas laborales engañosas: como modelo, como vendedora en tiendas, restaurantes, salones de belleza o como trabajadoras de servicio doméstico. Una vez que la víctima acepta, es trasladada, de forma regular y por aire hacia México, o de forma irregular por tierra o mar hacia Colombia y Trinidad y Tobago. Una vez en el país de destino, comienza el proceso de explotación, que en la mayoría de los casos es con fines de prostitución forzada. Se ha documentado que los funcionarios banalizan la situación de las víctimas, parcialmente en virtud de esta idea de la mujer venezolana como sexualmente liberal. Por lo demás, se observa la falta de asistencia, de una correcta reinserción, o de opciones para poder retomar proyectos de vida.

De forma preocupante, parece establecerse un patrón de deportación de las víctimas de trata internacional a sus países de origen por parte de los tres Estados estudiados, que, en el caso de las venezolanas, significa devolverlas a la emergencia humanitaria compleja y a las vulnerabilidades contextuales que las hicieron víctimas de trata en primer lugar. Además, en el caso trinitense, las víctimas suelen ser trasladadas al Centro de Detención de Inmigrantes donde son susceptibles de sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes. A pesar de que el tráfico de migrantes y la trata de personas se han consolidado jurídica y teóricamente como dos delitos bien definidos y distintos, en contextos de crisis migratorias ambos suelen estar intrínsecamente conectados, como lo han documentado Elżbieta Goździak y Alissa Walter²⁰¹, y como se ha demostrado a lo largo de este trabajo de investigación.

Las respuestas de Colombia, México y Trinidad y Tobago a la crisis migratoria venezolana y al fenómeno de la trata de personas que ha ido en aumento a causa de esta crisis ha sido exiguas, inoportunas, y caracterizadas por medidas que no abarcan el mediano y largo plazo. Se continúa realizando un énfasis en la migración irregular y la trata de personas internacional con base en la seguridad nacional, entendiéndola como un delito contra el Estado, por lo cual el enfoque aplicado ha sido el control severo de las fronteras y, en menor medida, en la persecución del delito, sin establecer una política integral para atender esta problemática. Es alarmante que no se haga uso de un necesario enfoque diferenciado de género, y que no se siga lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados o en los tratados internacionales en materia de prevención y eliminación de la trata de personas y la violencia de género contra la mujer.

Es imperante que los Estados receptores de la migración forzada y de refugiados venezolanos redoblen sus esfuerzos contra la trata de personas. Los migrantes que se encuentran en estos países de destino no son temporales o en tránsito; se está frente a una migración de carácter permanente. Esto ha podido comprobarse en el marco de la pandemia de COVID-19, que si bien ha traído consigo una precariedad agudizada para la mayoría de los venezolanos en el exterior, muchos han decidido permanecer en los países en los que se han establecido. De acuerdo con Ligia Bolívar, alrededor

²⁰¹ Elżbieta Goździak y Alissa Walter, ob. cit.

del “uno por ciento de los más de 5 millones de venezolanos que habían salido de Venezuela está ahora regresando [al país]”²⁰².

Esta situación cobra aún mayor relevancia al considerar que el flujo migratorio no va a disminuir a corto o mediano plazo. Por el contrario, el caso venezolano se está convirtiendo en lo que se conoce como una “crisis prolongada” o “crisis enquistada”, entendida como “aquellos entornos en los que una proporción significativa de la población es extremadamente vulnerable a la muerte, la enfermedad y la interrupción de los medios de sustento **durante un período prolongado de tiempo**” (resaltado nuestro)²⁰³. La emergencia humanitaria compleja se está prolongando, lo que dificulta la resolución del conflicto y el retorno a unos niveles mínimos de calidad de vida. Las consecuencias son el aumento en las deficiencias de financiamiento y la doble carga que enfrentan los países receptores, que deben enfocarse tanto en sus ciudadanos como en los refugiados con necesidades especiales²⁰⁴. Así, la crisis de migrantes y refugiados venezolana está en vías de ser la crisis “con menos fondos en la historia moderna”²⁰⁵.

Los Estados deben internalizar que no hay manera plausible en la que puedan controlar o restringir el ingreso masivo e irregular en sus fronteras sin incurrir en violaciones a los derechos humanos, por lo que tiene carácter de urgencia la implementación de mecanismos que protejan la dignidad humana y los derechos de estos migrantes forzados. Es imperante recordar que los migrantes y refugiados mantienen todos sus derechos humanos durante el tránsito y el ingreso al país receptor, por lo que estos Estados están en la obligación de respetar estos derechos fundamentales. Las víctimas de trata sufren, de igual forma, violaciones a sus derechos humanos, incluyendo a la vida, la libertad y la seguridad, a no ser sometidas a esclavitud ni a la servidumbre, a no sufrir torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la libertad de circulación, y en el caso de las mujeres, a no sufrir violencia de género. El enfoque para utilizar en todas las políticas públicas y legislación sobre la materia no debe basarse en la seguridad nacional, sino en la seguridad humana, haciendo un énfasis en la víctima y su reinserción y no en su criminalización.

²⁰² José Ospina-Valencia, “Huyeron del hambre en Venezuela, y la pandemia fuerza su retorno: ‘No podemos darnos el lujo de desmayarnos’”, en: *Deutsche Welle*, 2020, Párr. 2. Disponible en <https://tinyurl.com/y3q6wq8j>; consultado el 8 de noviembre de 2020.

²⁰³ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, *The state of food insecurity the world*, 2010, p. 12. Disponible en <https://tinyurl.com/y5hsakv9>; consultado el 16 de febrero de 2020.

²⁰⁴ Chase Sova, *The “New Normal” of Protracted Humanitarian Crises*, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura: Estados Unidos, 2017. Disponible en <https://tinyurl.com/y4xm7u8h>; consultado el 4 de abril de 2020.

²⁰⁵ Dany Bahar y Meagan Dooley, “La crisis de refugiados en Venezuela pronto será la más grande y con menos fondos en la historia moderna”, en: *Brookings*, 2019, Párr. 1. Disponible en <https://tinyurl.com/yxqfal3d>; consultado el 12 de junio de 2020.

APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN VENEZUELA

Victorino J. Tejera Pérez*

SUMARIO

I. Introducción. II. Consagración legal. 1. ¿Información personal o datos personales? 2. La CIDH y el derecho a la protección de datos personales. III. El caso de Venezuela. 1. El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. 2. El *hábeas data*. 3. La garantía al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. 4. El derecho a una vida privada. IV. El derecho a la protección de datos personales en Venezuela. 1. Principio de autonomía de la voluntad. 2. Principio de legalidad. A. Datos personales sensibles. 3. Principio de finalidad y calidad. 4. Principio de temporalidad o conservación. 5. Principio de exactitud y de autodeterminación. 6. Principio de previsión e integralidad. A. Derecho al olvido. 6. Principio de seguridad y confidencialidad. A. Transferencias internacionales de datos personales. 6. Principio de tutela. 7. Principio de responsabilidad. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Conocí personalmente al Doctor Pedro Nikken cuando él fue uno de los miembros del jurado ante el que me correspondió defender mi Trabajo de Grado para culminar la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. Sus gentiles y útiles comentarios durante la defensa me sirvieron enormemente cuando me tocó actualizar el trabajo para publicar mi libro “Arbitraje de Inversiones en Venezuela”. No fue casual que el Doctor Nikken integrara ese jurado, ya que entre las distintas áreas del Derecho en las que destacó, el Doctor Nikken fue uno de los tres venezolanos¹ que actuaron como árbitros en arbitrajes de inversión

* Doctor en Derecho Internacional, *Instituto de Altos Estudios Internacionales y de Desarrollo (“IHEID”)* (Ginebra, 2017). MIDS, Universidad de Ginebra e IHEID (Ginebra, 2011). MSc. en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela (Caracas, 2011). LL.M. Universidad de Tulane (Nueva Orleans, 1999). Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, 1996). El autor se desempeña actualmente como Abogado responsable del área de Privacidad y Seguridad de *Oracle Corporation* para Latino-América. Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivamente del autor y no necesariamente reflejan aquellas de *Oracle*.

¹ Los otros dos venezolanos que integraron Tribunales CIADI antes que ocurriera la denuncia del Convenio CIADI por parte de Venezuela, fueron nuestra querida Doctora Tatiana de Maekelt y el muy apreciado Doctor Luis Herrera Marciano.

administrados por el CIADI². Sin embargo, entre todas las áreas en las cuales brilló el Doctor Nikken, posiblemente fue en el ámbito de los Derechos Humanos en donde obtuvo mayor reconocimiento. Con su temprana partida, Venezuela perdió a uno de sus más destacados baluartes en el lamentablemente irrespetado campo de los Derechos del Hombre.

Esta contribución se sitúa justamente en el área de los Derechos Humanos. En efecto, el derecho a la protección de datos personales se puede caracterizar como un subtipo de derecho a la privacidad. Este último, a su vez, se encuentra comprendido dentro del derecho a la vida privada³. A este respecto se ha dicho, que si bien en ocasiones se pueden confundir, el derecho a una vida privada y el derecho a la privacidad no son sinónimos, sino que el primero abarca al segundo⁴. Sobre esto ahondaremos en la siguiente parte.

II. CONSAGRACIÓN LEGAL

En el contexto Interamericano, el derecho a una vida privada se encuentra contemplado en el artículo 11(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José”⁵, mediante el cual se estableció la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo la “CIDH” o la “Corte”) de la cuál fue Juez y Presidente el Doctor Pedro Nikken, en la década de los ochenta. En ese sentido, el mencionado artículo 11, relacionado con la Protección de la Honra y de la Dignidad, reza en su numeral segundo:

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su **vida privada**, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia... (destacado nuestro)

Sobre esta norma, la CIDH ha dicho ya en más de una ocasión que el derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad. En el relativamente reciente (2019) caso de *López y otros vs. Argentina*⁶, la Corte reiteró lo ya dicho en 2012 en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, en el que sostuvo:

[e]l ámbito de protección del derecho a la **vida privada** ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que este va más allá del **derecho a la privacidad**. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la

² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

³ María Solange Maqueo Ramírez, Jimena Moreno González y Miguel Recio Gayo, “Protección de datos personales, privacidad y vida privada: la inquietante búsqueda de un equilibrio global necesario”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 30, N° 1, junio 2017, Universidad Austral de Chile, 2017, pp. 77-96, especialmente, p. 80.

⁴ *Ibid.*, p. 79.

⁵ Organización de Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, adoptada en San José de Costa Rica en fecha 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18 de julio de 1978. Nótese que el Pacto de San José fue denunciado por Venezuela el 10 de septiembre de 2012.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López y Otros vs. Argentina*, Sentencia de Fondo (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) de 25 de noviembre de 2019, párr. 97.

calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad⁷ (destacado nuestro).

Ya desde antes que el Pacto de San José fuera suscrito en 1969, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948⁸ había establecido en su artículo V, que:

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su **vida privada** y familiar (destacado nuestro).

Ello coincide con la Declaración Universal de Derechos Humanos del mismo año 1948⁹, cuyo artículo 12 establece:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su **vida privada**, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (subrayado nuestro).

Posteriormente, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁰ estableció en su artículo 17(1) que:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su **vida privada**, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación (destacado nuestro).

En el ámbito del Consejo de Europa, desde 1950 y en términos muy similares, el mismo derecho a una vida privada había sido considerado como un Derecho Humano fundamental. Así, el artículo 8(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹, dispone que:

Toda persona tiene derecho al respeto de su **vida privada** y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (subrayado nuestro).

Asimismo, uno de los documentos más influyentes en el establecimiento de un derecho de protección de datos personales, fue el denominado: “Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) sobre Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales” de 1980 (las

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, Sentencia de Fondo (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) de 28 de noviembre de 2012, párr. 143. En su decisión en el caso de *López y otros vs. Argentina*, la CIDH se refirió también a otras sentencias como las dictadas en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) de 30 de agosto de 2010, Serie C N° 215, párr. 129, y caso *I.V. vs. Bolivia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) de 30 de noviembre de 2016, Serie C N° 329, párr. 152.

⁸ Organización de Estados Americanos. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

⁹ Organización de Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

¹⁰ Organización de Naciones Unidas, *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

¹¹ Consejo de Europa, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ETS N° 5, comúnmente conocido como el “Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

“Directrices de la OCDE”)¹². Si bien las Directrices de la OCDE no son legalmente vinculantes, estas fueron preparadas con el propósito de servir como base para las legislaciones nacionales sobre protección de datos personales. Como el propio título de las Directrices lo indica, estas no solo estuvieron dirigidas a proteger la privacidad, sino la protección de datos personales. Prueba de ello, las Directrices de la OCDE tuvieron el mérito de establecer varios principios en cuanto al a protección de datos personales que aún hoy en día tienen vigencia. Es así como las Directrices presentaron los principios de: “limitación de recogida”; “calidad de los datos”; “especificación del propósito”; “limitación de uso”; “salvaguardia de la seguridad”; “transparencia”; “participación individual”; y “responsabilidad”.

También es importante mencionar, que entre las décadas de los años sesenta a los ochenta, varios países en Europa, entre los cuales se cuentan Austria, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, Noruega, la República Federal de Alemania y Suecia, tomaron la delantera en la implementación de legislaciones nacionales dirigidas a controlar el uso de los datos personales. Igualmente, algunos países europeos como Austria, España y Portugal incorporaron el derecho a la protección de datos a nivel de sus Constituciones¹³.

Luego, el 28 de enero de 1981 el Consejo de Europa adoptó el Convenio N° 108 para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (el “Convenio 108”)¹⁴. Este convenio, que acaba de arribar a su cuadragésimo aniversario, fue el primer instrumento internacional vinculante respecto a la protección de las personas en contra de los abusos que pueden generarse con respecto a la recogida y procesamiento de sus datos personales. El propósito principal del Convenio 108 fue regular el flujo transfronterizo de los datos personales. Por otro lado, el Convenio 108 contempló principios similares a aquellos establecidos en las Directrices de la OCDE¹⁵. Comoquiera que el Convenio 108 fue abierto a la firma y ratificación por parte de Estados no miembros del Consejo de Europa, en la última década y en un esfuerzo por incorporar en sus ordenamientos jurídicos los principios y reglamentaciones mayoritariamente aceptados en la materia, Argentina, México y Uruguay accedieron al Convenio 108¹⁶.

Es importante tener presente que los principios contenidos en el Convenio 108 fueron el punto de partida de la Comisión Europea en la elaboración de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea (“UE”) de 1995 (la “Directiva 95/46/CE”)¹⁷. La Directiva 95/46/CE estuvo en vigencia hasta

¹² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, publicadas originalmente en 1980 y revisadas en 2013. Disponibles en: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm>, consultado el 8 de febrero de 2021.

¹³ Sian Rudgard, “Origins and Historical Context of Data Protection Law”, en: *European Data Protection Law and Practice*, International Association of Privacy Professionals, Portsmouth, NH, 2018, pp. 3-23, especialmente p. 7.

¹⁴ Consejo de Europa, *Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal*, firmado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, ETS N° 108, comúnmente conocido como el “Convenio 108”.

¹⁵ Sian Rudgard, ob. cit., p. 11.

¹⁶ Consejo de Europa, *Detalles sobre el Convenio 108*. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>, consultado el 8 de febrero de 2021.

¹⁷ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, de 24 de octubre de 1995, publicada en el Diario Oficial de la UE N° L281 de 23 de noviembre de 1995, pp. 31-50.

2018 y fue la predecesora del Reglamento General de Protección de Datos de la UE¹⁸, más comúnmente conocido como el “GDPR”, por sus siglas en idioma inglés (y al cual nos referiremos indistintamente como tal o por su nombre completo en castellano). Adicionalmente, en el año 2000, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea proclamaron la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁹, cuyo artículo 7 contempla el derecho a la vida privada y que, a su vez, consagra en su artículo 8(1) el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a la **protección de los datos de carácter personal** que la conciernan (subrayado nuestro).

Después, en el año 2007, los Estados Miembros de la UE firmaron el Tratado de Lisboa, mediante el cual se modificaron los dos instrumentos fundamentales de la UE: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, cuyo nombre cambió a Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el “TFUE”)²⁰. Su artículo 16(1) replicó literalmente el citado artículo 8(1) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Si bien la Directiva 95/46/CE estuvo vigente por más de dos décadas, las diferencias significativas que se suscitaron entre las distintas legislaciones mediante las cuales los Estados miembros de la UE la implementaron, resultaron en una falta de uniformidad y en una fragmentación en cuanto a la regulación de los mismos derechos. Ante ello, las autoridades de la UE comenzaron a trabajar en la elaboración de una regulación de tipo general, cuyo resultado fue el GDPR, el cual entró en vigor en mayo de 2018. El GDPR consiste en un único conjunto de reglas aplicables a lo largo y ancho de la UE, y que aplica directamente y sin que haya necesidad de legislación adicional que lo implemente (tal como sucedía con la Directiva 95/46 CE). El GDPR contempló derechos más robustos para los individuos en cuanto a la protección de sus datos personales, tomando en cuenta las nuevas tecnologías y exigiendo la implementación de medidas tales como la protección de datos “desde el diseño” y “por defecto”. Asimismo, el GDPR introdujo el concepto de “responsabilidad proactiva”, según el cual las organizaciones deben poder demostrar el cumplimiento del GDPR; y proveyó a las autoridades nacionales de protección de datos de mayores poderes de fiscalización²¹. También el GDPR amplió su aplicabilidad: al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la UE (independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la UE o no); al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la UE, por parte de un responsable o encargado no establecido en la UE, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la UE (independientemente de si a estos se les requiere su pago); o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la UE.

¹⁸ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos)*, de 27 de abril de 2016, publicado en el Diario Oficial de la UE N° L119 de 4 de mayo de 2016, pp. 1-88.

¹⁹ Parlamento Europeo, Consejo y Comisión Europea, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, publicada en el Diario Oficial de la UE N° C326 de 26 de octubre de 2012, pp. 391-407.

²⁰ Unión Europea, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, firmado el 13 de diciembre de 2007, publicado en el Diario Oficial de la UE N° C326 de 26 de octubre de 2012, pp. 47-199.

²¹ Sian Rudgard, ob. cit., pp. 17-18.

En medio de este panorama normativo en el área de Derechos Humanos, explica el Profesor Andrew Clapham, que contemporáneamente se pueden identificar al menos cinco dimensiones del derecho a la privacidad (o diríamos más bien del derecho a la vida privada). En primer lugar, se halla la noción de que no debemos ser observados, la cual abarcaría los derechos relativos a grabaciones mediante videocámaras ocultas y otras formas de vigilancia. En segundo término, encontramos la noción de que la circulación de la información e imágenes de las personas debe ser restringida, particularmente si su divulgación puede avergonzar o de otro modo afectar los intereses de los particulares. Sobre esta segunda dimensión nos enfocaremos en este trabajo. En todo caso, en tercer lugar, se encuentra el derecho a la privacidad en las comunicaciones, el cual comprende tanto a las comunicaciones escritas como a la correspondencia tradicional o también el correo u otro tipo de mensajes electrónicos, así como las comunicaciones telefónicas. En cuarto lugar, se sitúa el derecho a la integridad física y mental, de modo que se garantice la protección contra la violencia doméstica, abuso sexual o penas corporales. En quinto y último lugar encontramos el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, lo cual atañe ciertas nociones como la protección de la identidad personal, preferencias sexuales y libertad de asociación²².

1. ¿Información personal o datos personales?

Como ya lo adelantamos, esta contribución se centra en la segunda de estas nociones en cuanto a que la circulación de la “información personal” debe ser restringida, particularmente si su divulgación puede afectar los intereses de los particulares. En este orden de ideas, es importante hacer un paréntesis para destacar que, contemporáneamente, los conceptos de “información personal” y de “datos personales” son utilizados prácticamente como sinónimos. Mientras que el término “información personal” es más comúnmente empleado en el derecho de los Estados Unidos de América o en Canadá, el término “datos personales” es el más comúnmente empleado en Europa y en América Latina. Por ejemplo, la sección 1798.140 de la Ley del Estado de California sobre Privacidad de los Consumidores de 2018 (“CCPA”)²³, dispone que “información personal” es aquella:

información que identifica, se relaciona con, describe, es razonablemente útil para ser asociada con, o puede ser relacionada razonablemente, de forma directa o indirecta, con algún individuo o su hogar²⁴.

Por su parte, el europeo GDPR dispone en su artículo 4(1) que “datos personales” son:

[T]oda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”)²⁵.

²² Andrew Clapham, *Human Rights, a Very Short Introduction*. Oxford University Press, New York, 2007, pp. 111-112.

²³ Estado de California. *California Consumer Privacy Act*, publicada en el Título 1.81.5 del Código de California, 2018 [1798.100 - 1798.199.100]. Traducción propia al Castellano.

²⁴ La CCPA contiene una definición sumamente amplia y abierta de “información personal”. En ese sentido, la CCPA señala que la citada definición es no exhaustiva y provee una lista bastante nutrida de elementos concretos que también pueden ser considerados “información personal”, tales como dirección personal, número de identificación personal, identificadores *online*, direcciones de protocolo de internet (dirección IP), correo electrónico, números de cuentas bancarias, número de licencia de conducir, número de pasaporte, información biométrica, historia de navegación por internet o interacción con determinados sitios web, datos de geolocalización, información profesional o de educación que no sea pública.

²⁵ Luego, la misma disposición abunda al señalar que “se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un iden-

Esta definición replica íntegramente la contenida en la predecesora Directiva 95/46/CE, cuya normativa tuvo una clara influencia en la legislación sobre protección de datos personales en varios Estados Latinoamericanos. En ese sentido, podemos observar que: a) en Argentina, la Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales (la “Ley argentina 25.326”)²⁶, contiene en su artículo 2, una definición de “datos personales” muy similar a la norma europea; b) en Chile, la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada (la “Ley chilena 19.628”)²⁷, también contiene en su artículo 2(f) una definición similar; c) sucede lo mismo en Colombia, cuya la Ley Estatutaria N° 1.581 sobre Protección de Datos Personales (la “Ley colombiana 1.581”)²⁸, define “dato personal” en su artículo 3(c) de modo equivalente; d) en Costa Rica, la Ley N° 8.968 sobre Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales (la “Ley costarricense 8.968”)²⁹, contiene en su artículo 3(b) una definición de “datos personales” también parecida a la norma europea; e) en México, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (la “Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales”)³⁰, contiene una definición similar en su artículo 3(V); f) sucede lo mismo en Perú, en cuanto al artículo 2(4) la Ley N° 29.733 de Protección de Datos Personales (la “Ley peruana 29.733”)³¹; así como también f) en Uruguay, en cuanto al artículo 4(d) de la Ley N° 18.331 de Protección de Datos Personales (la “Ley uruguaya 18.331”)³².

En el mismo sentido, g) la Ley General de Protección de Datos Personales (“LGPD”) de Brasil de 2018³³, hasta ahora única ley latinoamericana en la materia dictada con posterioridad al GDPR (y que tomó al GDPR ampliamente como modelo), dispone en su artículo 5(I) que para fines de dicha ley, “dato personal” se considera como “la información relacionada a una persona natural identificada o identificable”. Finalmente, h) a diferencia de muchos otros países de América Latina, que como vimos tienen sus propias leyes en materia de protección de datos personales, Venezuela no cuenta con una ley de ese tipo. En palabras de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en el caso del Sistema de Información Central de Riesgos (“SICRI”), “en la actualidad no existe un marco legal que regule en forma sistematizada la protección de datos”³⁴. Y si bien la decisión del Tribunal

tificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

²⁶ Argentina. *Ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales*, publicada en el Boletín Oficial de 4 de octubre de 2000.

²⁷ Chile. *Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada*, publicada en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1999.

²⁸ Colombia. *Ley Estatutaria N° 1.581 sobre Protección de Datos Personales*, publicada en el Diario Oficial N° 48.587 de 18 de octubre de 2012.

²⁹ Costa Rica. *Ley N° 8.968 sobre Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales*, publicada en La Gaceta N° 170, de 5 de septiembre de 2011.

³⁰ México. *Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*, publicada en el Diario Oficial de los Estados Unidos de México de 5 de julio de 2010.

³¹ Perú. *Ley N° 29.733 de Protección de Datos Personales*, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, el 3 de julio de 2011.

³² Uruguay. *Ley N° 18.331 de Protección de Datos Personales*, Publicada el 18 de agosto de 2008. Registro Nacional de Leyes y Decretos, Tomo: 1, Semestre 2, p. 378.

³³ Brasil. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais N° 13.709/18*, publicada en Diario Oficial de 15 de agosto de 2018. La LGPD entro parcialmente en vigor en agosto de 2020.

³⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1.318 de 4 de agosto de 2011. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/german-jose-mundarain-hernandez-311569838>, consultada en fecha 8 de febrero de 2021.

Supremo de Justicia en el caso *SICRI* cuenta ya con casi diez años de antigüedad, para febrero de 2021, la situación en Venezuela en cuanto a la carencia de una ley para la protección de los datos personales sigue siendo la misma. Sin embargo, en momentos de lucidez, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dictado algunas decisiones judiciales relevantes en materia de protección de datos personales. Dentro de estas, la más importante hasta ahora es, sin duda, la sentencia del caso *SICRI* a la cual dedicaremos una sección completa en este trabajo. En este orden de ideas, mediante sentencia N° 568 de 8 de mayo de 2012 (caso “*José R.C.F.*”), la Sala Constitucional esbozó una definición de “datos personales” consistente con todas las comentadas definiciones de otras legislaciones latinoamericanas e incluso con la de la norma europea vigente para ese momento. En ese sentido, la Sala dispuso que datos de carácter personal son “toda información relacionada con un individuo identificado o identificable”³⁵.

De todas esas definiciones de “información personal” y de “datos personales” se desprende que los términos “información personal” y “datos personales” son empleados como sinónimos y que todas ellas aluden a la información sobre una persona física identificada o identificable. Y en ese sentido, el derecho a la protección de los datos personales funciona como un mecanismo legal dirigido a velar porque los datos personales acerca de nosotros, como individuos, no sean circulados sin nuestro permiso o sin al menos ciertas garantías. Ello, porque su divulgación puede avergonzar o simplemente afectar de otro modo los intereses de las personas físicas.

2. La CIDH y el derecho a la protección de datos personales

En el ámbito de nuestro hemisferio, si bien la CIDH ha lidiado varias veces con controversias relacionadas con el derecho a una vida privada, hasta donde tenemos conocimiento, la CIDH no ha tenido oportunidad de analizar el derecho a la protección de datos personales como tal. En ese sentido, en el caso de *Tristán Donoso vs. Panamá*, la Corte hizo varias consideraciones sobre el derecho a la vida privada en relación con la interceptación y grabación de conversaciones telefónicas privadas y respecto a la divulgación de su contenido³⁶. Es decir, en este caso la CIDH se pronunció sobre la tercera dimensión descrita por el Profesor Clapham, a la que nos referimos anteriormente. Luego, en el caso de *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, la Corte valoró la decisión de ser o no madre o padre en el sentido genético o biológico como parte del derecho a la vida privada³⁷. En ese caso, la controversia se refirió al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, contemplado como la quinta dimensión del derecho a la privacidad, descrita por Clapham.

Pero a pesar de no haberse pronunciado hasta ahora sobre el derecho a la protección de los datos personales en ninguna decisión judicial, es preciso hacer notar que, a raíz de la pandemia del COVID-19, la CIDH emitió su Declaración 1/20 de 9 de abril de 2020 titulada “COVID-19 y Derechos Humanos: Los Problemas y Desafíos deben ser Abordados con Perspectiva de Derechos Humanos”, en la cual indicó:

El acceso a la información veraz y fiable, así como a internet, es esencial. Deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y

³⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 568 de 8 de mayo de 2012. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/484.htm, consultada en fecha 8 de febrero de 2021.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia de Fondo (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) de 27 de enero de 2009.

³⁷ *Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, párr. 143.

rastrear la propagación del coronavirus COVID19, sea limitado y proporcional a las necesidades sanitarias **y no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales**, y a la observancia del principio general de no discriminación (destacado nuestro).

Esta Declaración demuestra que, si bien hasta ahora la CIDH no ha analizado judicialmente el derecho a la protección de los datos personales, ello no quiere decir que no lo tenga muy presente. Por lo tanto, estimamos que tan pronto la CIDH tenga ante sí algún caso en el que le corresponda decidir sobre aspectos relativos a la protección de datos personales, lo hará sin reservas. Esta postura sería además congruente con la del Comité Jurídico Interamericano (“CJI”) y, ultimadamente, con la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (“OEA”), la cual, en 2014, encomendó al referido Comité que formulara propuestas sobre las distintas formas de regular la protección de datos personales, incluyendo un proyecto de Ley Modelo sobre Protección de Datos Personales, tomando en cuenta los estándares internacionales alcanzados en la materia³⁸. Luego, en el año 2015, el Relator del CJI sobre el tema, presentó el documento “Privacidad y Protección de Datos Personales” en el cual opinó que la orientación más productiva sería, en lugar de tratar de llegar a un acuerdo sobre los detalles exactos de un texto legislativo en particular, elaborar una propuesta de Guía Legislativa para los Estados Miembros de la OEA, basada en doce principios adoptados por el CJI y teniendo en cuenta las diversas directrices preparadas en la UE, o por organismos como la OCDE³⁹. Esos doce principios son los de: “propósitos legítimos y justos”; “claridad y consentimiento”; “pertinencia y necesidad”; “uso limitado y retención”; “deber de confidencialidad”; “protección y seguridad”; “fidelidad de los datos personales”; “acceso y corrección”; “datos personales sensibles”; “responsabilidad”; “flujo transfronterizo de los datos y responsabilidad”; y “publicidad de las excepciones”. Estos principios del CIJ fueron congruentes con los contenidos en las Directrices de la OCDE.

III. EL CASO DE VENEZUELA

Como ya lo adelantamos, Venezuela no cuenta con una ley de protección de datos personales. Muy probablemente, a raíz de la interminable y cada vez más aguda crisis que ha asolado a nuestro país en los últimos años, los cuerpos legislativos e incluso administrativos han tenido otros asuntos más urgentes que atender, de modo que no se han enfocado en regular la protección de los datos personales. Sin embargo, a nivel constitucional existen algunas normas que aluden a conceptos inherentes al derecho a la vida privada.

1. El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad

El artículo 20 del Texto Constitucional se refiere expresamente al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, el cual es mencionado dentro de la quinta dimensión descrita por Clapham. Este derecho fue analizado por la CIDH en el caso *López y otros vs. Argentina*, mencionado en el capítulo que antecede, y que dispuso en su parte pertinente:

La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la **capacidad para desarrollar la propia per-**

³⁸ Organización de Estados Americanos. *Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales*, AG/RES. 2842 (XLIV-O/14), adoptada en la segunda sesión plenaria de 4 de junio de 2014.

³⁹ Organización de Estados Americanos. *Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre Privacidad y Protección de Datos Personales*. Doc. CJI/doc. 474/15 rev.2 de 26 de marzo de 2015.

sonalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el **libre desarrollo de la personalidad** (destacado nuestro).

2. El *hábeas data*

A partir de 1999, se contempló por primera vez en la Constitución venezolana (artículo 28) el derecho al *hábeas data* o, como lo define su propio preámbulo, el derecho de las personas de acceso a la información que sobre sí mismas consten en registros públicos o privados⁴⁰. Así, el mismo preámbulo de la Constitución señaló que el *hábeas data* incluye el derecho de las personas de conocer el uso que se haga de tales registros, su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente su actualización, rectificación, o destrucción si fuesen erróneos⁴¹. En relación con este derecho, el artículo 143 de la misma Constitución dispuso que:

Los ciudadanos [...] tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a **la intimidad de la vida privada**, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto... (destacado nuestro).

De ese modo, con la consagración constitucional del derecho al *hábeas data*, la Sala Constitucional comenzó a conocer de algunos casos y a dictar decisiones sobre la materia⁴². Luego, en el año 2010, se dictó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual contiene un capítulo completo (artículos 167 al 178) regulando el *hábeas data*.

3. La garantía al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas

En el mismo orden de ideas, el artículo 48 de la Constitución de 1999 consagró la garantía constitucional al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. Dicha norma dispone que tales comunicaciones no podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con

⁴⁰ Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada (con Enmienda N° 1) en la Gaceta Oficial N° 5.908, Extraordinario, de 19 de febrero de 2009.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 332 de 14 de marzo de 2001 en el caso *INSACA* (luego reiterada en la Sentencia N° 1.318 del caso *SICRI*); sentencia N° 2551 de 24 de septiembre de 2003, caso *Jaime Ojeda Ortiz*; sentencia N° 1.335 de 4 de agosto de 2011, caso *Mercedes Josefina Ramírez*; entre otras. Para una cronología detallada de las decisiones judiciales sobre *hábeas data* dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, véase Rodríguez Marcano, Eligio Rafael, “El Derecho a la Autodeterminación Informativa en Venezuela”, Tesis Doctoral de 2013, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=37751>, consultada en fecha 8 de febrero de 2021.

el correspondiente proceso. Este derecho a la privacidad de las comunicaciones es señalado por Clapham como la tercera dimensión del derecho a la privacidad (o vida privada). Sobre este derecho, es necesario destacar que ya desde hace casi 30 años, existe en Venezuela la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones⁴³. Pero si bien este derecho está contenido en nuestra Constitución, y si bien la referida Ley impone pena de prisión para aquél que clandestina o fraudulentamente grabe una comunicación entre otras personas, así como para quien revele el contenido de las comunicaciones privadas mediante cualquier medio de información, lamentablemente el régimen gobernante actual en Venezuela ha irrespetado reiteradamente este derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sin que hayan ocurrido consecuencias para quienes han incurrido en dichas violaciones. Lo más grotesco es que tales violaciones ocurren usualmente a manos de altos personeros del propio gobierno Chavista/Madurista, e incluso en la televisora del Estado. Ese tipo de violación a la privacidad de las comunicaciones ya ha sido censurada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ya referido caso de *Tristán Donoso vs. Panamá*.

Sin embargo, en Venezuela sobran ejemplos de divulgación de grabaciones de llamadas telefónicas privadas de opositores al régimen Chavista/Madurista, como sucedió cuando el señor Jorge Rodríguez, quien ha ostentado numerosos cargos dentro del referido gobierno, divulgó en 2013 en Venezolana de Televisión un audio sobre una conversación telefónica privada de la líder opositora María Corina Machado⁴⁴. Algo similar sucedió cuando en 2004, apareció una grabación de una conversación telefónica entre el ex-Fiscal General Ramón Escovar Salóm y su hijo el Profesor Ramón Escovar León, la cual fue difundida por el periodista Ernesto Villegas, quien también ha ocupado numerosos cargos en los gobiernos de las últimas dos décadas y quien transcribió el contenido de dicha grabación en su columna del semanario Quinto Día, para que luego la televisora del Estado, reprodujera la grabación al aire. Estos son apenas dos ejemplos de las ya innumerables oportunidades en las que representantes del propio Estado violan flagrantemente el derecho constitucional a las comunicaciones privadas sin que haya habido consecuencia alguna.

4. El derecho a una vida privada

Por otra parte, la Constitución de 1999 dispuso en su artículo 60, que toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. En el mismo sentido, el artículo 143 de la Constitución hizo mención también al derecho a la intimidad de la vida privada. Asimismo, el artículo 60 de la Constitución es también importante en cuanto a que señaló que la ley habrá de limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. De esa forma, haciendo alusión al referido artículo 60 así como al también citado artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (y destacando que esta integra el bloque de la constitucionalidad), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el caso *José R.C.F.*, indicó que nuestro ordenamiento jurídico protege la vida privada y la información referente al entorno personal, garantizando al justiciable que ante cualquier injerencia arbitraria y no justificada de sus datos, podrá reclamar la limitación de su difusión.

⁴³ Venezuela. *Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones*, publicada en Gaceta Oficial N° 34.863, de 16 de diciembre de 1991.

⁴⁴ Dicho audio aún se encuentra disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=X4CCzROF2W4>, consultada en fecha 8 de febrero de 2021.

A este respecto, resulta cuando menos irónico que la Constitución y el Tribunal Supremo de Justicia, hayan contemplado la protección del honor, intimidad, propia imagen y reputación, como derechos tan sagrados, mientras que ciertos órganos del Estado irrespetan esos derechos sin ningún tipo de rubor. Lo sucedido hace un par de años con ciertas imágenes denigrantes del Diputado Juan Requesens, que fueron circuladas en las redes sociales, es tan solo una muestra de ello⁴⁵. Independientemente de si el Diputado Requesens se encontraba privado ilegalmente de su libertad, evidentemente se encontraba en custodia del Estado. Siendo así, solo agentes del Estado podían tomar imágenes de él y filtrarlas a las redes sociales. Seguramente para él y su familia, las imágenes en cuestión fueron ciertamente lesivas a su honor, intimidad, propia imagen y reputación. Sin embargo, hasta ahora no ha habido consecuencias para los culpables de ese atropello a los derechos del joven Diputado.

IV. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN VENEZUELA

También a través de la decisión judicial del caso *José R.C.F.* y reiterando lo ya dicho en la sentencia *SICRI*, la Sala Constitucional catalogó como un derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. A tal efecto, la Sala determinó que:

[T]oda regulación o actividad vinculada **al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal**, comporta la garantía de que los datos correspondientes [...] sean tratados de modo leal y respondan para fines concretos, sobre la base del consentimiento del interesado o como consecuencia de algún otro fundamento legítimo, previsto legalmente... (destacado nuestro).

Sin lugar a dudas, entre las decisiones dictadas hasta ahora por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto al tema que nos atañe, la más importante es precisamente la dictada en el caso *SICRI*. Por medio de esa sentencia, la Sala intentó fijar los parámetros de lo que debe ser la protección de datos personales en Venezuela. En ese sentido, la Sala dijo:

[E]s preciso que las regulaciones **generales y sectoriales** que se implementen para la defensa del derecho a la protección de datos, respondan a los principios contenidos en la Constitución, particularmente en los artículos 20, 28, 60 y 143 (destacado nuestro).

Sobre este fragmento de la decisión *SICRI*, llama la atención la referencia a regulaciones sectoriales en materia de protección de datos personales. Si bien hay también una referencia a regulaciones generales, la mención a regulación sectorial pudiera sugerir una visión sectorial del derecho a la protección de datos personales, similar a la que actualmente sigue el sistema Federal de los Estados Unidos. Sin embargo, de casi todos los demás aspectos de la aludida decisión judicial, creemos que el enfoque se inclina al modelo europeo, al igual que los demás países de la región.

Más adelante, en la misma decisión, la Sala Constitucional sostuvo que:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, recoge la protección de datos de carácter personal, la cual se constituye en un derecho fundamental autónomo que subyace en el contenido de los artículos parcialmente transcritos y que tiene como finalidad cardinal,

⁴⁵ Acceso a la Justicia, “Cronología del caso de Juan Requesens”, 30 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.accesoaljusticia.org/cronologia-del-caso-de-juan-requesens/>, consultada en fecha 8 de febrero de 2021.

permitir que todas las personas puedan controlar el acceso y uso por terceros de sus datos personales y, a su vez, que evitar los datos de carácter personal recogidos sufran desviaciones de la finalidad para la que fueron recabados.

Asimismo, la Sala señaló que del Texto Fundamental se desprenden condiciones mínimas de garantía del derecho a la protección de datos personales. A tal efecto, la Sala estableció en la sentencia *SICRI*, y con carácter vinculante, que toda normativa o sistema sobre datos personales que contenga información de cualquier tipo, referida a personas físicas determinadas o determinables, debe garantizar una serie de principios. Con el establecimiento de esos principios, que seguidamente comentaremos, la Sala Constitucional plasmó las pautas que deben informar a cualquier regulación en materia de protección de datos personales que se dicte en Venezuela. Por ello, desde nuestra perspectiva, cualquier legislación que se dicte en la materia deberá acatar los principios indicados por la Sala Constitucional en esta importante decisión judicial.

1. Principio de autonomía de la voluntad

En primer lugar, la sentencia *SICRI* aludió a un principio de autonomía de la voluntad que comporta la necesaria existencia de un consentimiento previo, libre, informado, inequívoco y revocable para el uso o recopilación de datos personales. Asimismo, la sentencia señaló que la autonomía de la voluntad debe vincularse necesariamente al grado de información que tengan los titulares de los datos en relación al uso de los mismos. Es decir, debe vincularse a la finalidad última de la recopilación de la información y sus consecuencias. Respecto al principio de finalidad nos referiremos más adelante. En todo caso, es importante mencionar que la misma sentencia *SICRI* aclaró que la ley puede permitir el tratamiento de ciertos datos personales sin que medie consentimiento de su titular:

[L]a ley puede permitir el acceso a la información personal tutelada por la protección de datos, sin que medie la autorización del afectado.

Es decir, la ley podrá establecer fundamentos para el tratamiento de datos personales que sean diferentes al consentimiento del titular o interesado. Con ello, la sentencia *SICRI* se acercó a la normativa europea y latinoamericana que contempla bases para el tratamiento de datos personales, diferentes al consentimiento. Sin embargo, la Sala Constitucional no especificó cuáles serían esas excepciones. En el caso del GDPR, por ejemplo, los literales (b) al (f) de su artículo 6(1) contemplan las situaciones bajo las cuales puede haber tratamiento de datos personales, aún sin el consentimiento del interesado. Esas excepciones serán mencionadas bajo el principio de legalidad. Sin entrar en detalle sobre ellas, debido a que de hacerlo excederíamos los límites del presente trabajo, vale la pena destacar, que la Ley argentina 25.326 provee en su artículo 5 una fórmula bajo la cual los datos personales pueden ser tratados cuando haya consentimiento, mientras que también establece varios supuestos en los cuales no será necesario el consentimiento del interesado. En Brasil ocurre algo similar en el artículo 7 de la LGPD, aunque este se acerca mucho más a la letra del GDPR. Por su parte, la Ley chilena 19.628 contempla en su artículo 4 una solución similar al caso de Argentina. Lo propio sucede con los artículos 9 y 10 de la Ley colombiana 1.581; 5(2) de la Ley costarricense 8.968; 8 al 10 de la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales; 13(5) y 14 de la Ley peruana 29.733; y 9 de la Ley uruguaya 18.331.

Respecto al consentimiento, según se encuentra contemplado en el artículo 4(11) del GDPR, se ha sostenido que debe ser libremente otorgado, específico, informado y

una expresión de voluntad sin ambigüedades⁴⁶. Así, al interesado debe serle posible rehusarse a dar su consentimiento. De este modo, solo cuando el interesado haya hecho una escogencia legítima, habrá consentimiento libremente otorgado. Asimismo, el interesado deberá poder retirar el consentimiento⁴⁷. Luego, para que el consentimiento sea específico, este debe darse con referencia al tratamiento específico de que se trate. Por lo tanto, el responsable debe poder explicar claramente para qué se planea el uso de los datos personales, de modo que el consentimiento dado por el titular pueda ser específico⁴⁸. Asimismo, el consentimiento debe ser informado, de modo que el titular de los datos personales tenga a su alcance todos los detalles necesarios sobre el tratamiento, en un lenguaje y forma que este pueda entender, de forma que comprenda cómo el tratamiento puede afectarle⁴⁹. En ese sentido, el cuadragésimo segundo “Considerando” del GDPR indica que para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer, como mínimo, la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales.

2. Principio de legalidad

En segundo término, la decisión *SICRI* contempló el principio de legalidad. A este respecto, la Sala recalcó que la recopilación de datos personales debe ser el resultado de normas de rango legal. Ello porque una limitación a lo que la Sala denominó “autodeterminación informativa” puede ser admisible en la medida que dicha limitación resguarde un interés general superior que la ley tutele. Asimismo, la Sala destacó que tales limitaciones deben ser objeto de interpretaciones estrictas. De ese modo, la información relativa a las personas no debe ser recogida o procesada por métodos desleales o ilegales. En este aspecto, la sentencia *SICRI* se acercó a lo dispuesto en la Ley costarricense 8.968, cuyo artículo 4 dispone que toda persona tiene derecho a la autodeterminación informativa, la cual abarca el conjunto de principios y garantías relativas al legítimo tratamiento de sus datos personales. En esa misma línea, la Ley chilena 19.628 contempló en su artículo 1 que toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante la ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. Por su parte, la Ley colombiana 1.581 dispuso en su artículo 4(a) el principio de legalidad, en virtud del cual el tratamiento de datos personales debe sujetarse a lo establecido en dicha ley y en las normas que la desarrollen. En el mismo sentido, el artículo 7 de la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales dispuso que los datos personales deben tratarse de manera lícita, conforme a dicha ley y demás normas aplicables. También el artículo 4 de la Ley peruana 29.733 establece un principio de legalidad, según el cual el tratamiento de datos personales se debe hacer conforme a lo establecido en esa ley. Asimismo, se prohíbe la recolección de datos personales por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

Con un enfoque un tanto diferente, la Ley argentina 25.326 habla un principio de “licitud”, según el cual la formación de archivos de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscritos, observando en su operación los principios que establece la propia ley y las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia. De modo

⁴⁶ Victoria Hordern, “Lawful Processing Criteria”, en: *European Data Protection Law and Practice*, International Association of Privacy Professionals, Portsmouth, NH, 2018, pp. 113-133, especialmente, p. 114.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 115.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 116.

similar, la Ley uruguaya 18.331 estableció también un principio de legalidad, según el cual las bases de datos son lícitas cuando se encuentren registradas y su operación observe los principios contemplados en la ley y demás normativa aplicable.

En el ámbito de la UE, más que la necesidad de una norma de rango legal, el principio de “licitud” significa que los datos personales solo pueden ser procesados cuando los responsables del tratamiento se fundamenten en alguno de los supuestos legales que permiten el tratamiento de tales datos. En ese sentido, para que el procesamiento de datos sea legal, debe ser consistente con todas las leyes aplicables⁵⁰. Sobre este particular, el artículo 6(1) del GDPR, relativo a la licitud del tratamiento, dispone que el tratamiento de datos solo será lícito si se cumple al menos una de las condiciones establecidas en esa norma: (a) que el consentimiento para el tratamiento de ciertos datos personales haya sido dado para uno o varios fines específicos; (b) que el tratamiento sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte; (c) que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; (d) que el tratamiento sea necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; (e) que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; o (f) que el tratamiento sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales. Curiosamente, la LGPD no hizo referencia expresa a este principio, aunque la norma análoga sería su artículo 7.

A. Datos personales sensibles

Resulta importante observar que, bajo el mismo principio de legalidad, la sentencia *SICRI* hizo una mención expresa respecto a aquellos datos “que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, origen racial y la vida sexual del afectado...”. Sin darles una denominación específica, la sentencia se refirió en esta parte a lo que se conoce en el argot de la protección de datos personales, como “datos personales sensibles” o, en palabras del artículo noveno del GDPR, como “categorías especiales de datos personales”. Sobre este tipo de datos, la sentencia *SICRI* dispuso que solo pueden ser tratados cuando haya consentimiento, a menos que el afectado los hubiera hecho manifiestamente públicos, o cuando una ley así lo disponga. Los artículos 10 de la Ley chilena 19.628; 9 de la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales; o 13(6) de la Ley peruana 29.733, contemplan enfoques similares (no idénticos). Digamos que, junto con lo dicho en la sentencia *SICRI*, las legislaciones de Chile, México y Perú se encuentran en un primer grupo en el que se restringe el tratamiento de datos sensibles a aquellos casos en los que haya consentimiento o que la ley lo disponga.

Por su parte, el referido artículo 9 del GDPR prohíbe el tratamiento de categorías especiales de datos personales excepto cuando el interesado haya dado su consentimiento explícito. Adicionalmente, dicha norma permite el tratamiento excepcional de ese tipo de datos cuando: sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos en el ámbito laboral; sea necesario para proteger intereses vitales; sea efectuado por una fundación, asociación u organismo sin ánimo

⁵⁰ Mariel Filippidis, “Data Processing Principles”, en: *European Data Protection Law and Practice*, International Association of Privacy Professionals, Portsmouth, NH, 2018, pp. 99-112, especialmente p. 100.

de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros; se refiera a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos; sea necesario para atender reclamaciones en el ámbito judicial; sea necesario por razones de un interés público esencial; sea necesario para fines de medicina preventiva o laboral; sea necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública; o sea necesario con fines de archivo en interés público. En la misma línea, el artículo 11 de la LGPD contempla la necesidad de consentimiento o de que el tratamiento se efectúe con base en excepciones similares a las del GDPR. De ese modo, el GDPR y la LGPD adoptaron una gama más amplia de posibilidades de tratar los datos sensibles, aún ante la falta de consentimiento del titular.

En un tercer grupo, podemos ubicar las legislaciones de Argentina, Colombia, Costa Rica, y Uruguay, las cuales contemplan un conjunto más reducido de excepciones que permiten el tratamiento de datos sensibles, aún en ausencia de consentimiento. Sin embargo, a diferencia de las legislaciones en el primer grupo, los artículos 7 de la Ley argentina 25.326; 6 de la Ley colombiana 1.581; 9(1) de la Ley costarricense 8.968; y 18 de la Ley uruguaya 18.331, no se limitaron únicamente al consentimiento o a la consagración legal.

3. Principio de finalidad y calidad

La sentencia *SICRI* aludió también al principio de finalidad y calidad, según el cual la recopilación de datos personales debe responder a finalidades, motivos o causas predeterminadas, que no sean contrarias al ordenamiento jurídico. A pesar de que la sentencia *SICRI* fue dictada en 2011, esta referencia a la “finalidad” se corresponde plenamente con el trigésimo noveno “Considerando” del GDPR, que dispone en su parte pertinente: “los fines específicos del tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida”⁵¹. Como ya lo adelantamos, esta coincidencia no es de sorprender, debido a que, el aludido trigésimo noveno “Considerando” contempla un texto análogo al del vigésimo octavo “Considerando” de su predecesora Directiva 95/46/CE, según la cual “todo tratamiento de datos personales debe efectuarse de forma lícita y leal [...] en relación con los objetivos perseguidos; que estos objetivos han de ser explícitos y legítimos, y deben estar determinados en el momento de obtener los datos”. Como puede observarse, la “finalidad” del tratamiento de datos personales se relaciona estrechamente con el tratamiento “específico” de que se trate, sobre el cual antes destacamos la necesidad de que haya consentimiento también específico. El artículo 6(I) de la LGPD, a la cual nos referimos primeramente debido a su cercanía con el GDPR, contempla estos dos conceptos. El artículo 4(3) de la Ley argentina 25.326 contempla el principio de finalidad, en tanto que la Ley colombiana 1.581 lo contempla en su artículo 4(b). Algo similar sucede con el artículo 9 de la Ley chilena 19.628; y con el artículo 6(4) de la Ley costarricense 8.968.

Por otra parte, la sentencia *SICRI* indicó que “el principio de finalidad comporta igualmente la necesaria proporcionalidad que debe existir en la obtención solo de los datos que resulten adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para los cuales se requieren”. Esto es lo que se conoce en el ámbito de la regulación europea como el principio de “minimización de datos” al que se refiere el artículo 5(1)(c) del GDPR. Sobre este principio de “minimización de datos” se ha

⁵¹ La referencia a la “calidad” la abordaremos más bien en la sección correspondiente al principio de “exactitud”.

dicho que los responsables del tratamiento de datos deben captar y procesar únicamente aquellos datos personales que sean relevantes, necesarios y adecuados para alcanzar los fines propuestos. Asimismo, se requiere “proporcionalidad” en cuanto a la cantidad de datos personales recabados con respecto a los fines para los cuales se hace la recolección⁵². A este respecto, los artículos 12 y 13 de la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales versan sobre la finalidad y el tratamiento necesario, respectivamente. Algo parecido ocurre con la Ley peruana 29.733, cuyos artículos 6 y 7 contemplan los principios de finalidad y proporcionalidad, también respectivamente. De su parte, los artículos 8 y 7 de la Ley uruguaya 18.331 contemplan el requerimiento de eliminación de datos personales cuando estos hayan dejado de ser necesarios, así como el principio de finalidad.

4. Principio de temporalidad o conservación

Posteriormente, la sentencia *SICRI* se refirió al principio de temporalidad o conservación, indicando que la conservación de los datos solo se debe extender hasta el logro de los objetivos que justificaron su obtención y tratamiento. Este principio se corresponde con el de “limitación del plazo de conservación” contemplado en el artículo 5(1)(e) del GDPR, según el cual los datos personales deberán ser mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales. Sobre este particular, el mismo trigésimo noveno “Considerando” del GDPR indicó que se debe garantizar que el plazo de conservación de los datos personales recabados se limite a un mínimo estricto. Asimismo, el mencionado “Considerando” indica que: “[p]ara garantizar que los datos personales no se conserven más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su supresión o revisión periódica”. A este respecto, el artículo 6(III) de la LGPD contempla el principio de necesidad, según el cual el tratamiento debe limitarse al mínimo necesario para la realización de sus finalidades, requiriendo además que el tratamiento de los datos sea pertinente, proporcional y no excesivo.

Luego, el artículo 4(7) de la Ley argentina 25.326 establece que los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para los fines para los cuales hubiesen sido recolectados, mientras que el artículo 6 de la Ley chilena 19.628 contempla que los datos personales deben ser eliminados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado. De modo similar, el artículo 6(1) de la Ley costarricense 8.968, dispone que los datos que hayan dejado de ser pertinentes o necesarios, en razón de la finalidad para la cual fueron recibidos y registrados, deben ser eliminados. Curiosamente, ni la Ley colombiana 1.581 ni la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales se pronuncian expresamente sobre estos conceptos. Por su parte, el artículo 8 de la Ley peruana 29.733 contempla un principio similar, pero que denomina de “calidad”, según el cual los datos deben ser necesarios, pertinentes y solo deben ser conservados por el tiempo que sea necesario para cumplir con la finalidad. Y, como ya lo adelantamos, el artículo 8 de la Ley uruguaya 18.331 dispone que los datos personales deben ser eliminados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines correspondientes.

5. Principio de exactitud y de autodeterminación

Luego, la sentencia *SICRI* refirió al principio de exactitud y de autodeterminación, según el cual los datos deben mantenerse exactos, completos y actualizados, respon-

⁵² Mariel Filippidis, ob. cit., p. 106.

diendo a la verdadera situación de la persona a la que se refieran. A este respecto, la Sala refirió al derecho fundamental que faculta a las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, que estén archivadas en bases de datos, y a controlar su calidad. Ese mismo derecho implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados. A este respecto, el GDPR (art. 5(1) (d)) refiere al principio de “exactitud” según el cual, los datos personales deben ser exactos y, si fuera necesario, actualizados y que implica además que se deben adoptar todas las medidas razonables para que los datos personales que sean inexactos, con respecto a los fines para los que se tratan, se supriman o rectifiquen sin dilación. Sobre este particular, el artículo 6(V) de la LGPD contempla el principio de calidad de los datos, que consiste en la garantía a los titulares de la exactitud, claridad, relevancia y actualización de sus datos personales. Del mismo modo, el artículo 4(4) de la Ley argentina 25.326 dispone que los datos personales deben ser exactos y deben actualizarse en el caso de que ello fuere necesario. También la Ley chilena 19.628 contempla en su artículo 9, que los datos personales deben ser exactos, estar actualizados y responder con veracidad a la situación real del titular. Asimismo, el artículo 4(d) de la Ley colombiana 1.581 se refiere al principio de veracidad o calidad, según el cual los datos deben ser veraces, completos, exactos, actualizados y que prohíbe el tratamiento de datos incompletos o que induzcan al error. Por su parte, el artículo 5 de la Ley costarricense 8.968 dispone que los datos solo pueden ser tratados cuando sean actuales, veraces, exactos y adecuados. De modo semejante, la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales contempla en su artículo 11, que los datos deben ser pertinentes, correctos y actualizados. Mientras, el ya mencionado artículo 8 de la Ley peruana 29.733, establece el principio de calidad, según el cual los datos deben ser necesarios, pertinentes y solo deben ser conservados por el tiempo que sea necesario. Por último, el artículo 7 de la Ley uruguaya 18.331 contempla el principio de veracidad, según el cual los datos deben ser veraces, adecuados, ecuanímenes, exactos y deben mantenerse actualizados.

Este principio de exactitud implica además la responsabilidad de responder a las peticiones de los titulares de los datos personales para que estos sean corregidos o completados cuando estuvieren incompletos⁵³. Sobre este particular, el GDPR contempla un capítulo entero (Capítulo III) relativo a los derechos del titular o interesado, tales como el derecho a la transparencia de la información y al ejercicio de los derechos del titular; el derecho al acceso a los datos personales; el derecho a la rectificación y supresión de dichos datos; o el derecho de oponerse al tratamiento de sus datos personales o a que se tomen decisiones individuales basadas únicamente en el tratamiento automatizado de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en el titular o le afecte significativamente. Esto es lo que en ocasiones se denomina como los derechos “ARCO”, lo cual significa Acceso, Rectificación, Cancelación u Oposición. A este respecto, también la LGPD, la Ley argentina 25.326, la Ley chilena 19.628, la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales, la Ley peruana 29.733 y la Ley uruguaya 18.331 contienen capítulos completos sobre este tipo de derechos⁵⁴. Por su parte, los artículos 8 de la Ley colombiana 1.581 y 7 de la Ley costarricense 8.968 contemplan los derechos de acceso, rectificación, cancelación o supresión de los datos.

⁵³ Mariel Filippidis, ob. cit., p. 108.

⁵⁴ Capítulo III de la LGPD, Capítulo III de la Ley argentina 25.326, Título II de la Ley chilena 19.628, Capítulo IV de la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales, Título III de la Ley peruana 29.733 y Capítulo III de la Ley uruguaya 18.331.

6. Principio de previsión e integralidad

La sentencia *SICRI* aludió también al principio de previsión e integralidad, e indicó en cuanto a este, que el análisis de la posible afectación de los derechos fundamentales relativos a la recopilación de datos personales no solo debe hacerse en cuanto a registros de información aislados, sino que necesariamente se debe considerar la posible vinculación de dichos datos con datos personales que integran otros registros, ya que al ser relacionados, el conjunto de información personal resultante alcanza un nuevo valor o significado. Sobre este particular, la Sala hizo especial énfasis en los avances tecnológicos actuales. Con esto, sin decirlo, la Sala parece haberse referido a lo que se conoce como “*profiling*” o elaboración de perfiles. El GDPR alude en varias partes a este particular modo de procesamiento de datos, definiéndolo en su artículo 4(4) como toda forma de tratamiento automatizado de datos personales, consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física y, en particular, para analizar o predecir aspectos relativos su rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos. A este respecto, el GDPR destaca cómo el interesado tiene derecho a oponerse a que sus datos personales sean objeto de un tratamiento basado en la elaboración de perfiles⁵⁵. Asimismo, su artículo 22(1) resalta que todo interesado tiene derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente.

En relación con la elaboración de perfiles, el artículo 20 de la LGPD establece que el titular de los datos tiene derecho a solicitar la revisión de las decisiones tomadas únicamente con base en el tratamiento automatizado de los mismos, incluidas las decisiones destinadas a definir su perfil personal. Asimismo, el artículo 20(1) de la Ley argentina 25.326 establece que las decisiones judiciales o administrativas que impliquen valoración de conductas no podrán tener como único fundamento el resultado del tratamiento informatizado de datos personales que suministre una definición del perfil o personalidad del interesado. Luego, el artículo 27(1) de la misma ley brasileña, establece que en la recopilación de domicilios, reparto de documentos, publicidad o venta directa y actividades análogas, se podrán tratar datos que sean aptos para establecer perfiles con fines promocionales, comerciales o publicitarios; o que permitan establecer hábitos de consumo, cuando estos figuren en documentos accesibles al público o hayan sido facilitados por los propios titulares u obtenidos con su consentimiento. El artículo 21 de la Ley uruguaya 18.331 contiene una norma sumamente parecida a la referida norma argentina.

En un sentido similar, el artículo 23 de la Ley peruana 29.733 establece el derecho al tratamiento objetivo. Según este, el titular de los datos personales tiene derecho a no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos que le afecte, sustentada únicamente en un tratamiento de datos personales destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad o conducta, salvo que ello ocurra en el marco de la negociación, celebración o ejecución de un contrato o en los casos de evaluación con fines de incorporación a una entidad pública, de acuerdo a ley, sin perjuicio de la posibilidad de defender su punto de vista, para salvaguardar su legítimo interés. Indudablemente, dicha norma se refiere a la elaboración de perfiles. Luego, el artículo 9 de la Ley chilena 19.628 prohíbe la realización de predicciones o evaluaciones de riesgo comercial que no estén basadas únicamente en información objetiva relativa

⁵⁵ Artículo 21(1) del GDPR.

a las morosidades de las personas. Esto es lo más cercano en dicha ley con relación a la elaboración de perfiles. Por su parte, ni la Ley colombiana 1.581, ni la Ley costarricense 8.968, ni tampoco la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales contienen normativa relacionada con la elaboración de perfiles.

Volviendo ahora a la sentencia *SICRI*, refiriéndose aun al aludido principio de “previsión”, la Sala Constitucional citó con aprobación la “Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad” de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de noviembre de 1975, según la cual:

[T]odos los Estados tomarán medidas apropiadas a fin de impedir que los progresos científicos y tecnológicos sean utilizados, **particularmente por órganos estatales**, para limitar o dificultar el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales pertinentes (destacado nuestro).

Resulta cuando menos irónico que la Sala Constitucional alerte sobre el contenido de esta Declaración, cuando es bien sabido que organismos del Estado venezolano, tales como el Consejo Nacional Electoral, hayan filtrado nada menos que la lista de electores que entre los años 2003 y 2004 solicitaron un referendo revocatorio contra Hugo Chávez. Particularmente nos referimos a la infame “lista Tascón”, publicada en internet por el entonces Diputado Luis Tascón, fiel aliado de Chávez, mediante la cual se hicieron públicos los nombres de millones de venezolanos que luego fueron objeto de discriminación e incluso de un “*apartheid* laboral” por parte del gobierno “bolivariano”. Por otra parte, existe una creencia generalizada de que el gobierno de Nicolás Maduro, con la asesoría del gobierno dictatorial de Cuba, mantiene una gran base de datos a partir del “cruce” de las distintas bases de datos que mantiene el Estado. Aunque esto no ha sido comprobado, existen indicios sobre su certeza, lo cual sería obviamente una flagrante violación de “principio previsión e integralidad” al que hizo referencia la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

A. Derecho al olvido

En la misma parte de la decisión *SICRI*, la Sala Constitucional hizo breve alusión al “derecho al olvido”. Este derecho se encuentra ampliamente desarrollado en el artículo 17 del GDPR, cuyo sexagésimo quinto “Considerando” destaca que los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos; si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen; o si el tratamiento de sus datos personales incumple con la ley. En buena medida, este derecho se solapa con los principios de finalidad y calidad y de temporalidad o conservación ya revisados. También se puede considerar como uno de los derechos “ARCO” ya mencionados. De hecho, el artículo 17 del GDPR se encuentra comprendido dentro de su Capítulo III, relativo a los derechos del titular o interesado. Pero en todo caso, yendo a lo específico, se puede sostener que este derecho de encuentra contemplado en los artículos: 18 de la LGPD; 16 de la Ley argentina 25.326; 12 de la Ley chilena 19.628; 8(a) y (e) de la Ley colombiana 1.581; 5(2) y 7 de la Ley costarricense 8.968; 22 al 25 y 28 de la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales; 20 al 22 de la Ley peruana 29.733; y 15 de la Ley uruguaya 18.331.

6. Principio de seguridad y confidencialidad

Posteriormente, la sentencia *SICRI* hizo referencia al principio de seguridad y confidencialidad, indicando que es necesaria la garantía de confidencialidad, de no alteración de datos por terceros y de acceso a tales datos por parte de las autoridades competentes de conformidad con la ley. Por lo tanto, deberán adoptarse las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para proteger los datos personales contra su adulteración, pérdida o destrucción accidental, el acceso no autorizado o su uso fraudulento. Esto es lo que se conoce entre aquellos países que ya han legislado sobre la materia de protección de datos personales como el principio de “integridad y confidencialidad”. En este sentido, el artículo 5(1)(f) del GDPR establece que los datos personales deberán ser tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas. Luego, el artículo 32 del mismo GDPR entra en detalle con respecto a lo que requiere el principio de seguridad en el procesamiento de datos personales. Es decir, la adopción de medidas técnicas u organizativas apropiadas para asegurar un nivel de seguridad acorde con los niveles de riesgo prevalecientes⁵⁶. Por su parte, el artículo 6(VII) de la LGPD contempla el principio de seguridad, que consiste en la utilización de medidas técnicas y administrativas aptas a proteger los datos personales en contra de accesos no autorizados o de situaciones accidentales o ilícitas de destrucción, pérdida, alteración, revelación o difusión. Asimismo, su artículo 46 dispone la necesidad de establecimiento de regulaciones en este sentido.

Los artículos 9 y 10 de la Ley argentina 25.326; el artículo 4, literales (g) y (h) de la Ley colombiana 1.581; los artículos 10 y 11 de la Ley costarricense 8.968; así como los 16 y 17 de la Ley peruana 29.733, establecen los principios de seguridad de los datos y el deber de confidencialidad, respectivamente. En el caso de la Ley uruguaya 18.331, su artículo 10 establece el principio de seguridad de los datos, mientras que el artículo 11 se refiere al principio de reserva, que es similar al de confidencialidad. Luego, el artículo 7 de la Ley chilena 19.628 dispone la obligación de guardar secreto en el tratamiento de datos personales, cuando estos provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público; mientras que el artículo 19 de la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales dispone la necesidad de que todo responsable que lleve a cabo tratamiento de datos personales deba mantener medidas de seguridad administrativas, técnicas y físicas que permitan proteger los datos personales contra daño, pérdida, alteración, destrucción o el uso, acceso o tratamiento no autorizado.

A. Transferencias internacionales de datos personales

Dentro de la misma sección correspondiente al principio de seguridad y confidencialidad, la sentencia *SICRI* también se refirió al tema de las “transferencias internacionales de datos”. Respecto a ello, dispuso que, como principio general, debe garantizarse que no procederán transferencias internacionales de datos al territorio de Estados cuya legislación no garantice un mínimo de protección de datos personales conforme a los demás principios delineados en la propia sentencia, teniendo en

⁵⁶ Stewart Room, “Security of Personal Data”, en: *European Data Protection Law and Practice*, International Association of Privacy Professionals, Portsmouth, NH, 2018, pp. 169-194, especialmente p. 172.

consideración la naturaleza de los datos y las circunstancias de cada supuesto, tales como el ordenamiento jurídico estatutario aplicable y el consentimiento del posible afectado. Este tema de las transferencias internacionales de datos ha sido quizá el aspecto más álgido en materia de tratamiento de datos personales. De hecho, tanto las Directrices de la OCDE, como el Convenio 108, hicieron énfasis en el aspecto del flujo transfronterizo de datos personales. Sin entrar en mayores detalles sobre la regulación específica, debido a las limitaciones de espacio, baste con mencionar que el Capítulo V del GDPR se trata íntegramente de las transferencias de datos personales a terceros países, refiriéndose a las transferencias basadas en una decisión de adecuación; transferencias mediante garantías; transferencias basadas en normas corporativas vinculantes; excepciones para situaciones específicas; o mecanismos de cooperación internacional en el ámbito de la protección de datos personales. Una muestra de reciente data, en cuanto al escrutinio judicial a ciertos mecanismos de transferencia, es el fallo “*Schrems II*”, dictado por el Tribunal de Justicia de la UE el 16 de julio de 2020⁵⁷. A través de este, se dejó sin validez el programa “*Privacy Shield*” o Escudo de la Privacidad UE-EEUU mediante el cual se establecía que ciertas entidades que operan en territorio de los EEUU garantizaban un nivel adecuado de protección de los datos personales transferidos desde la UE.

De forma análoga al GDPR, el Capítulo V de la LGPD se refiere a la transferencia internacional de datos. Lo mismo sucede con los artículos 12 de la Ley argentina 25.326; 26 de la Ley colombiana 1.581; 14 de la Ley costarricense 8.968; 36 de la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales; 15 de la Ley peruana 29.733; y 23 de la Ley uruguaya 18.331. Por su parte, si bien la Ley chilena 19.628 no se pronuncia expresamente sobre la transferencia internacional o transfronteriza de datos personales, su artículo 5 indica que el responsable de un banco de datos personales podrá establecer un procedimiento automatizado de transmisión, siempre que se cautele los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes.

6. Principio de tutela

Posteriormente, la sentencia *SICRI* se refirió al principio de tutela, respecto al cual sostuvo que, aparte de la necesidad de contar con el medio de tutela judicial, las personas deben contar con un medio extrajudicial, o vía administrativa, que garantice su derecho a la protección de datos personales. Ante ello, la Sala sostuvo que deben existir órganos o entes públicos que ejerzan dicha competencia, que además de conocer de las reclamaciones que les sean dirigidas por los interesados, deban tener la competencia para elaborar o implementar modelos simplificados y basados en estándares técnicos, que permitan generar y medir el nivel de eficacia de las estructuras organizativas y procedimientos vinculados al cumplimiento y al grado de protección de los datos personales. Esto es lo que se conoce globalmente como una autoridad de protección de datos o, por sus siglas en inglés, como “DPA” (*Data Protection Authority*). En ese sentido, el GDPR requiere que los Estados de la UE designen su autoridad de control. Como ejemplo de DPAs ya existentes, podemos citar los casos de la *Data Protection Commission* irlandesa o de la *Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés* francesa.

⁵⁷ Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala), asunto C-311/18, sentencia de 16 de julio de 2020. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228677&pageIndex=0&oclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9841532>, consultada en fecha 8 de febrero de 2021.

De modo similar, la LGPD establece la creación de la *Autoridade Nacional de Proteção de Dados*, mientras que Argentina cuenta con la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (PDP); Colombia con la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC); Costa Rica con la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (Prodhab); México con el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI); Perú con la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales; y Uruguay con la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP). En cambio, Chile no cuenta con una autoridad de protección de datos similar.

7. Principio de responsabilidad

Por último, la Sala Constitucional se refirió al principio de responsabilidad, respecto al cual sostuvo lacónicamente que, la violación del derecho a la protección de datos personales, debe ser objeto de sanciones de tipo civil, penal y administrativas, según sea el caso. Ese principio es contemplado en el artículo 5(2) del GDPR como “responsabilidad proactiva”, según el cual los responsables del tratamiento deben responder por el cumplimiento de los principios relativos al tratamiento de datos personales allí contemplados y, sobretodo, deben ser capaces de demostrar ese cumplimiento. Asimismo, dentro de las normas contenidas en el GDPR, destacan los artículos 79, relativo al derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado; así como el artículo 83, cuyo numeral 5 sanciona las infracciones más graves, con multas administrativas de hasta 20 millones de Euros o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente a un máximo de 4% del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior. Siguiendo la misma línea, el artículo 6(X) de la LGPD establece el principio de responsabilidad y rendición de cuentas. De acuerdo con este, el responsable o encargado del tratamiento de los datos, debe poder demostrar la adopción de medidas eficaces y capaces de comprobar la observancia y el cumplimiento de las normas de protección de datos personales e, inclusive, la eficacia de esas medidas. Del mismo modo, el artículo 52 de la LGPD contempla la posibilidad de sanciones administrativas, incluyendo multas de alta cuantía para sancionar las violaciones más graves.

Por otro lado, la Ley argentina 25.326 establece sanciones administrativas en su artículo 31, e incluso sanciones penales en su artículo 32. Sucede lo mismo con el artículo 64 de la Ley mexicana sobre Protección de Datos Personales, que establece sanciones administrativas, mientras que su Capítulo XI dispone sanciones de índole penal. Los artículos 23 de la Ley colombiana 1.581; 28 de la Ley costarricense 8.968; 35 de la Ley uruguaya 18.331; así como el Título VII de la Ley peruana 29.733, establecen sanciones administrativas con respecto a las violaciones de las normas sobre protección de datos personales. Por su parte, el artículo 23 de la Ley chilena 19.628 establece responsabilidad civil por violaciones que pueden ser ventiladas ante el poder judicial.

V. CONCLUSIONES

En sus distintas dimensiones, el derecho a una vida privada se encuentra relativamente regulado en Venezuela. Ello ocurre tanto a nivel constitucional y legal como en base a ciertos lineamientos teóricos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Por desgracia, la normativa y lineamientos judiciales en cuanto al derecho a una vida privada han sido y continúan siendo sistemáticamente irrespetados por los

propios organismos y agentes del Estado, los cuales deberían ser los llamados a hacer valer ese derecho fundamental.

Ante la falta de una ley al respecto, la Sala Constitucional ha dictado ciertos parámetros para la cabal regulación del derecho a la protección de datos personales; parte crucial del derecho a la vida privada. Ese derecho a la protección de datos personales ha sido reconocido internacionalmente (así como en Venezuela) como un derecho fundamental. Así, los principios esbozados por la Sala Constitucional en cuanto a ese derecho fundamental son consistentes con los reconocidos en otras latitudes (principalmente en Europa y en otros países de Latinoamérica), así como por ciertos organismos internacionales tales como la OCDE. Esos principios parecen orientarse al modelo europeo de regulación general, aún a pesar de ciertas referencias a un enfoque sectorial. Con todo ello, la Sala ha llenado, aunque de una forma rudimentaria, algunos vacíos que existían en nuestra legislación en cuanto a la protección de datos personales. Naturalmente las decisiones de la Sala Constitucional no pueden suplir la necesidad de una ley que regule y sistematice la protección de los datos personales y que, entre otras cosas, sirva para crear el necesario órgano administrativo (autoridad de protección de datos) encargado de velar por el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales en Venezuela.

Ante las tendencias en nuestra región, consideramos acertado el acercamiento venezolano a un modelo europeo de protección de datos personales. Por ello, hacemos votos para que algún día no muy lejano se dicte una legislación que regule la materia en Venezuela. Lamentablemente, Venezuela atraviesa actualmente unas de las circunstancias más penosas de toda su historia. De ese modo, es lógico que la regulación de la protección de datos personales no sea una prioridad en nuestro golpeado país. Sin embargo, abrigamos la esperanza de que más pronto que tarde nuestro país retorne a una situación de relativa normalidad, de manera que haya espacio para temas como el que nos atañe en este trabajo.

LA IMPERATIVIDAD DE LA PERMANENCIA DE VENEZUELA DENTRO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Nilyan Santana Longa*

SUMARIO

Exordio. I. Precisión del tema a tratar. II. Consideraciones precedentes a la denuncia formulada a la Convención Americana de Derechos Humanos. III. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. IV. La denuncia formulada a la Convención Americana de Derechos Humanos. 1. La costumbre internacional. 2. Normas del *ius cogens*. V. La opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los efectos de la denuncia. VI. Consideraciones finales.

EXORDIO

Con especial afecto me permito presentar esta contribución para honrar el paso intelectual del Dr. Pedro Nikken con quien pude compartir momentos de trabajo, aprendizaje y grata cotidianidad laboral en las oficinas, para mí también aulas, del Escritorio Baumeister & Brewer donde lo conocí después de haber leído parte de sus valiosos aportes en el derecho.

Para esta ocasión seleccioné un tema dentro de lo que el Derecho de los Derechos Humanos ofrece, esta vez conectada a la situación venezolana con respecto precisamente a un sistema de protección que contó con la notable contribución de este jurista venezolano.

Igualmente quedo agradecida con la invitación hecha por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, para contar con este artículo que llevo a bien mostrar para este libro homenaje.

* Universidad Central de Venezuela: Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Profesora de Derecho Procesal Civil y Práctica Jurídica UCV. Doctorando en Ciencias mención Derecho Universidad Central de Venezuela. Miembro de los Institutos Iberoamericano y Panamericano de Derecho Procesal. Abogado litigante.

I. PRECISIÓN DEL TEMA A TRATAR

El estado venezolano en el año 2012, dentro de los actos que en el ámbito del Derecho internacional le es permitido concretó, a través de la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos, su desconocimiento a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente, el 27 de abril de 2017, la Cancillería venezolana formalizó el retiro de Venezuela de la Organización de los Estados Americanos (OEA)¹.

Esa primera determinación, en la línea de actuaciones de Venezuela respecto a la protección de los derechos humanos parecía improbable, más aún cuando como integrante de la sociedad internacional, ha tenido aportes para el fortalecimiento del sistema interamericano.

La decisión del estado venezolano de denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por nuestro país el 23 de marzo de 1977, tiene como consecuencia directa el cese de reconocimiento a la competencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, lo que ha traído como punto de interés la necesaria revisión de la permanencia de Venezuela en el referido sistema para la integridad de los derechos humanos. Atendiendo a ello, hemos construido las siguientes consideraciones para justificar que esa desincorporación no es absoluta respecto a ese sistema.

En los términos de la propia Convención Americana de Derechos Humanos, el desapego a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo al contenido del artículo 78 del referido texto normativo, es efectivo al año siguiente de la denuncia, notificando al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien debe informar a las otras partes.

Dicha denuncia, no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esa Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido ejecutado por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto².

De entrada podemos afirmar, que si bien esa denuncia tiene varias consecuencias Venezuela no ha quedado definitivamente fuera del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos, aunque eso sea lo que haya podido ser captado en la convicción general.

En estas páginas, que sumamos al trabajo de otras plumas nacionales, daremos revisión al efecto de la denuncia a la Convención Americana de Derechos Humanos y haremos las consideraciones sobre la eficacia que para Venezuela mantiene la norma, con el enfoque particular en las fuentes del Derecho Internacional.

¹ La Carta cesa respecto al Estado denunciante, transcurridos dos años después de presentada la denuncia ante la Secretaría General de la OEA, de conformidad con el artículo 143 del convenio. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/a-41_notas_venezuela_04-28-2017.pdf. En la página de la Organización de los Estados Americanos, constan dos comunicaciones suscritas por el Presidente de la Asamblea Nacional en carácter de Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, en las que es dejada sin efecto la denuncia de la Carta de la OEA (7 de marzo de 2019). Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/a-41_notas_Juan_Guaido_03-7-2019.pdf, y ratificada la Convención (31-7-2019) respectivamente. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm (Consultados el 17 de octubre de 2020).

² Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita el 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978. Venezuela ratifica la Convención el 9 de agosto de 1977 con reserva (artículo 8 núm. 1), el 24 de junio de 1981 reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. CONSIDERACIONES PRECEDENTES A LA DENUNCIA FORMULADA A LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Previo a la atención que prestaremos a la denuncia que nos ocupa, como hechos precedentes a la misma y que han trascendido al conocimiento público, tenemos que para el ejecutivo nacional los distintos procesos tramitados para el proveimiento de decisiones en contra de Venezuela a partir de 1999, constituyeron una manifestación de abusos y parcialidad por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos³.

Se trata de providencias judiciales, mediante las cuales fue establecida la responsabilidad en la violación de los derechos humanos del Estado frente a los denunciantes y, la consecuente reparación que le fue impuesta a Venezuela.

La vinculación de Venezuela a diversos procesos ante la Comisión y la Corte fue estimado por Saltrón Negretti, Agente del Estado Venezolano para los Derechos Humanos ante el Sistema Interamericano e Internacional, como una situación en aumento a partir del año 1999, pero que en su criterio no estaba motivada por verdaderas violaciones a los derechos humanos, sino por la estrategia de la oposición venezolana, organizaciones pro defensa de los derechos humanos y los Estados Unidos de América⁴.

Configuró así, el estado venezolano una opinión respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que con posterioridad fue la principal razón esgrimida para la decisión manifestada, a lo que fue adicionada luego la supremacía del orden jurídico interno.

Para ese entonces, los actos del estado venezolano, no reflejaban esa disconformidad en cuanto al tratamiento de la instancia jurisdiccional en cada proceso, pues en fecha 13-10-1988 fue celebrado el convenio entre la CIDH y la Corte Suprema de Justicia venezolana con el objeto de contribuir al diseño y ejecución de acciones específicas destinadas a elevar la calidad y eficiencia de los sistemas de administración

³ Para esa fecha las decisiones que establecieron la responsabilidad de Venezuela, unas más conocidas que otras en la colectividad, eran caso El Amparo 18 de enero de 1995 serie C N° 19, caso El Caracazo 11 de noviembre de 1999 serie C N° 95, caso Blanco Romero y otros 28 de noviembre de 2005 serie C N° 138, caso Montero Aranguren 5 de julio de 2006 serie C N° 150, caso Apitz Barrera 5 de agosto de 2008 serie C N° 182, caso Ríos 28 de enero de 2009 serie C N° 194, caso Perozo 28 de enero de 2009 serie C N° 195, caso Reveron 30 de junio de 2009 serie C N° 197, caso Barreto Leiva 17 de noviembre de 2009 serie C N° 206, caso Uson Ramírez 20 de noviembre de 2009 serie C N° 207, caso López Mendoza 1 de septiembre de 2011 serie C N° 233, caso Familia Barrios 24 de noviembre de 2011 serie C N° 237, caso Díaz Peña 26 de junio de 2012 serie C N° 244, caso Uzcátegui 3 de septiembre de 2012 serie C N° 249, caso Castillo González 27 de noviembre de 2012 serie N° 256; con lo que era evidente que durante otros períodos ya había sido declarada la responsabilidad de Venezuela por la Corte. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm (Consultados el 17 de octubre de 2020).

⁴ “Los partidos de la oposición venezolana y las ONG’S de Derechos Humanos venezolanas y extranjeras, financiadas todas ellas, por el gobierno estadounidense, desde que el presidente Hugo Chávez Frías llegó al poder en el año 1999, vienen presentando denuncias infundadas ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos humanos, para lograr deslegitimar todas las instituciones del Estado venezolano. (...) Durante los catorce años del gobierno democrático del Presidente Chávez, donde se han respetados todos los derechos humanos de las personas, la Corte Interamericana ha condenado al Estado venezolano en trece ocasiones evidenciando la parcialidad absoluta de la Comisión y de la Corte Interamericana contra nuestro país”. Germán Saltrón Negretti, “Venezuela se retira de la Corte IDH ¿Por qué?”, en: *Diario Aporrea*, 19 de septiembre de 2013, Disponible en: <https://www.aporrea.org/ddhh/a173805.html> (Consultados el 28 de noviembre de 2020).

de justicia y contribuir a afianzar la paz y la justicia en todo el continente americano; fomentar la asistencia recíproca en la formación judicial y profesional, propiciar el intercambio de instrumentos fundamentales para la promoción y defensa de los Derechos Humanos⁵ entre otros, cuya vigencia no fue truncada sino hasta la denuncia, con lo que es posible presumir que las afinidades cambiaron y cabe también la pregunta sobre la ejecución del convenio, en caso de haber sido atendido en la orgánica interna venezolana.

Sin embargo, ya en sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, se iba configurando un marco de rechazo a la aplicación de normas internacionales ejecución de decisiones emanadas de la Corte, lo que luego serían anuncios de la salida de Venezuela del ámbito de competencia objetiva del organismo jurisdiccional interamericano. Ya el máximo tribunal de la República esgrimía opiniones que daban al traste con el respeto a las decisiones del órgano jurisdiccional interamericano, y el compromiso de Venezuela en el respeto a sus sentencias:

Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o *ad hoc* (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, solo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto este atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.

El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales, como se colige del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o el artículo 46 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o del artículo 41. 6 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscritores de los Convenios o Tratados.

Plantado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores⁶.

Expresamente para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el tema de la ejecución de sentencias dictadas por la Corte Interamericana fue una oportunidad de construir otra razón para mantenerse al margen del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos, al respecto la jurisdicción venezolana ha fijado que:

No se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República

⁵ Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1998. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_1998.pdf pp. 45 (Consultados el 17 de octubre de 2020).

⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en Sala Constitucional N° 1942 del 15 de julio de 2003. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1942-150703-01-0415.HTM> (Consultado el 27 de noviembre de 2020).

que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos y ejercer un “control de convencionalidad” respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente ratificados por Venezuela (...).

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional⁷.

No obstante, debemos afirmar que esa conducta en respaldo del sistema fue desdibujada completamente después de la denuncia, pues el desconocimiento de las sentencias dictadas por la Corte ha sido la línea judicial encabezada, como vemos, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Muestra de ello lo encontramos nuevamente en la decisión que citamos a continuación:

En ese sentido, esta Sala acude al llamado de protección que le pronuncia la Carta Magna, y luego de considerar la solicitud de control de constitucionalidad que ha planteado la Procuraduría General de la República, examinada la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se determina que resulta inaceptable que se pretenda desvirtuar la efectividad y supremacía constitucional, intentando imponer al Estado Venezolano obligaciones que no solo serían consecuencia de argumentos y conclusiones contradictorias carentes de veracidad, sino que se instituyen en enunciados total y absolutamente incompatibles con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Tal como ha sido el devenir jurisprudencial de este máximo órgano de la jurisdicción constitucional desde su creación, su misión de salvaguardar a la Constitución de toda desviación, involucra aun las pretensiones de entes extraterritoriales que revestidos de una aparente legitimidad e imagen de dominio de la función arbitral *–lato sensu–*, de estatuir obligaciones que en nada se compatibilizan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el ordenamiento jurídico que de esta se desarrolla, más aún en franca incoherencia con los postulados que la misma Convención Interamericana de Derechos Humanos consagra para el procesamiento de causas.

Ello, además de desvirtuar el objeto de algunos órganos, sin acierto alguno propinan atentados contra la integridad de las normas del ordenamiento jurídico que fue invocado y ejercido para la adopción o no de medidas que forman parte del elenco competencial del que dispone el Estado para desplegar sus atributos o facultades, con la legitimidad de significación popular y democrática con que cuentan las autoridades nacionales.

Este fallo, asimismo, expone al mundo el empleo indiscriminado y parcializado de las herramientas con que fue dotado un sistema que en teoría fue instalado para la protección de los derechos humanos, pero que en la práctica pareciera perseguir el objetivo de proporcionar cautelas y protecciones a intereses económicos espurios, alejados de las nociones del Estado social que hoy día se imponen en buena parte del concierto de naciones⁸.

⁷ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia N° 1547 del 17 de octubre 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1547-171011-2011-11-1130.HTML> (Consultado el 28 de noviembre de 2020).

⁸ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia N° 1175 del 10 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/septiembre/181181-1175-10915-2015-15-0992.HTML> (Consultado el 28 de noviembre de 2020).

Quedaba así, anunciado el camino de Venezuela de no continuar con el respeto que mantenía el sistema interamericano y especialmente, en la aceptación de la competencia de la Corte, y la eficacia de sus decisiones y la supervisión de su ejecución.

III. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El sistema interamericano de derechos humanos es conformado en el año 1948 con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre durante la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, durante ese encuentro fue creada la Organización de los Estados Americanos⁹.

Este sistema interamericano, dispone de dos organismos para vigilancia y protección, estos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰, con funciones de protección y promoción de los derechos humanos en el continente americano creada en el año 1959, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada posteriormente cuando el 21 de noviembre de 1969, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos aprobó el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada también Pacto de San José de Costa Rica.

De acuerdo al texto de la Convención Americana estos órganos son declarados competentes “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención”¹¹.

Entre ambos organismos existe una vinculación indudable sin que ello impida distinguir el ámbito de actuación de cada uno, y sin que pueda ser asumida una relación de jerarquía¹².

Para el reconocimiento por los Estados miembros de las competencias de esos dos órganos en el sistema, hay diferencias pues la competencia de la Comisión es reconocida con la ratificación de la Carta de la OEA, y en lo tocante a la Corte Interamericana dada la naturaleza de ese órgano, es requerida aceptación expresa al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos o mediante declaraciones específicas para cada caso.

En lo relativo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos toca concentrar nuestras ideas en lo que ha sido el tránsito del estado venezolano respecto a esa instancia internacional de juzgamiento, en la que el tema de juicio es la responsabilidad internacional de los estados como garantes de los derechos humanos ante las denuncias de violaciones por las presuntas víctimas.

De ahí que la vigencia del sistema interamericano de derechos humanos, para Venezuela y especialmente el reconocimiento de la competencia de la Corte, ha constituido una real instancia internacional ante cuyos órganos han sido planteados casos cuyo conocimiento y decisión en sede jurisdiccional interna han constituido violacio-

⁹ Fabián Salvioli, *El sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2020, pp. 39.

¹⁰ Faúndes Ledezma, Héctor, *El sistema de protección interamericano de Derechos Humanos*, 3ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2004, p. 34.

¹¹ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> (Consultado el 17 de diciembre de 2020).

¹² Para asegurar el respeto de los derechos consagrados en la Convención –a la cual pueden adherirse todos los Estados miembros de la OEA–, y para vigilar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados partes en la misma, se estableció una Comisión Interamericana de Derechos Humanos y una Corte Interamericana de Derechos Humanos. Héctor Faúndes Ledezma, ob. cit., pp. 54.

nes a derechos humanos, lo que implica que el estado venezolano en sus actos tiene la observancia del tema responsabilidad.

Venezuela ha escrito un camino para merecer, en momentos históricos una calificación de buen proceder en el respeto a los derechos humanos.

La valía de ese conglomerado orgánico regional que atiende el tema de derechos humanos, así como su importancia para el estado venezolano, fue indudablemente consagrado en la Constitución¹³, lo que constituyó una diferencia con el texto fundamental precedente de 1961, pues la letra de la disposición contenida en el artículo 339 amarra en forma contundente la convicción sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Igualmente, esa incorporación al ordenamiento nacional nos permite conectar con el derecho internacional en lo relativo a sus fuentes, especialmente, por lo que resultará la evaluación del comportamiento internacional en la protección de los derechos humanos que mantuvo Venezuela hasta 2012 y de allí en adelante.

IV. LA DENUNCIA FORMULADA A LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Con estos precedentes de aceptación de la competencia, cumplimiento de decisiones y hasta colaboración entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestro país, el 10 de septiembre de 2012 Venezuela denunció la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴, lo que de acuerdo con el texto normativo en el artículo 78¹⁵, se hizo efectiva a partir del 10 de septiembre de 2013, creando con ello la afirmación general de haber quedado fuera de los brazos que permiten proteger los derechos humanos en ese espacio internacional.

El gobierno nacional expresó para el momento en que fue dirigido el oficio, que

(...) el órgano de juicio interamericano no puede pretender excluir, desconocer, ni sustituir el ordenamiento constitucional de los Estados parte, pues la protección internacional que de ella se deriva es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. Sin embargo, reiteradas decisiones de la Comisión y de la Corte han violado los preceptos y principios de la Constitución de la República, como lo ha manifestado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de nuestro Estado (...)¹⁶.

Ciertamente, a través de diversas sentencias del máximo Tribunal del país, era declarada la inejecutabilidad de una providencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dándonos así una visión del camino fraguado para concretar la

¹³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario. Enmienda N° 1, 15 de febrero de 2009.

¹⁴ La nota formal de denuncia, fechada el 6 de septiembre de 2012, fue allegada al Secretario General de la OEA por parte del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Venezuela.

¹⁵ Artículo 78. 1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes. 2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

¹⁶ En: http://www.oas.org:8101/DIL/esp/Nota_Republica_Bolivariana_de_Venezuela_al_SG_OEA.PDF(Consultado el 1 de noviembre de 2020).

desvinculación de la Corte, específicamente en el dispositivo siguiente que, consideramos útil transcribir,

2) Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión¹⁷.

Resulta relevante explicar que la denuncia formulada, no solo carecía de efecto inmediato, sino que ello no hizo cesar la competencia de la Corte para los hechos acaecidos durante el lapso en que la competencia estuvo reconocida, el estado venezolano aceptó la competencia en forma general, no para casos específicos. También es competente la Corte para los procesos en desarrollo, además durante el transcurso del año a partir de la denuncia, también será competente la Corte para conocer nuevas denuncias contra Venezuela, y las que cursen ante la Comisión, es decir, para ejercer la competencia en todo su ámbito.

Y por los procesos ya en curso, el ámbito de competencia permanece para la supervisión del cumplimiento de las sentencias, competencia que también permanece vigente¹⁸.

Además de esta obvia situación que hace extensiva la competencia de la Corte, es también relevante que el texto constitucional al contener los artículos 23 y concretamente el 339¹⁹, permite desvirtuar que Venezuela esté fuera del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos por la sola denuncia, se tiene una evidente contradicción con el orden constitucional venezolano.

Si bien los argumentos expresados en su oportunidad por el Ejecutivo Nacional para la denuncia referida, más allá de una nota diplomática, fueron cuestionamientos para desconocer ese carácter supranacional de la Comisión y la Corte, además revelaba la disconformidad con el acatamiento a las sanciones que, como efecto de la responsabilidad del Estado, también ponían de bulto la desatención a la vigilancia y protección de los derechos humanos en Venezuela²⁰.

También se trata en esta presentación, otros espectros además de la referencia constitucional, para fundamentar la vigencia de lo que la conducta del Estado venezolano revela después de la denuncia.

¹⁷ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia N° 1939 del 18 de diciembre de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html> (Consultado el 28 de noviembre de 2020). El fallo contiene dos votos salvados.

¹⁸ Artículo 69 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Corte en su LXXXV período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28-11-2009. Disponible en: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf (Consultado el 17 de noviembre de 2020).

¹⁹ Carlos Ayala Corao, "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", en: *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, 131 julio-septiembre, 2012, pp. 39-73.

²⁰ El Estado venezolano se va, además, en deuda: queda aún pendiente el cumplimiento total de las 16 sentencias condenatorias emitidas por la Corte Interamericana de DDHH entre 1995 y 2012, que solo han sido acatadas parcialmente y que contemplan, entre otras medidas de reparación, el pago de unos 9.700 millones de dólares en indemnizaciones para más de 250 víctimas. Maye Primera, "Venezuela abandona el sistema de derechos humanos interamericano", en: *Diario El País*, 10 de septiembre de 2013. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2013/09/10/actualidad/1378780644_769381.html (Consultado el 28 de noviembre de 2020).

Lo anterior nos lleva a reforzar la atención sobre la contradicción de la denuncia no solo frente al texto constitucional, sino frente al proceder de Venezuela en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional. Veamos.

Para estas páginas nos circunscribiremos a la costumbre internacional y a las normas del *ius cogens*.

1. La costumbre internacional

En el derecho internacional, a tono con el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), del cual tomamos las fuentes del derecho internacional público encontramos la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

Así tenemos que la práctica asumida por el estado venezolano durante el tiempo transcurrido antes del reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con posterioridad a ello; si bien contaba con apego ya a una norma de derecho internacional; nos coloca ese antes y después, frente a una práctica reiterada y que sin duda es aceptada como derecho.

En el caso relativo a la competencia del tribunal interamericano, no pretendemos debatir que debe estar expresamente reconocida, como efectivamente lo fue por Venezuela, pero estamos ante un hecho, con el que la denuncia dejó ya sin arraigo a una norma específica de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es la no continuidad del vínculo con la Corte a partir del 10 de septiembre de 2013.

Se trata de deslindar, que podemos encontrar normas que con el mismo sustrato estén consagradas en diferentes fuentes, esto es, que el convenio internacional refleje en definitiva una práctica que trasciende al texto normativo internacional.

Y al respecto el Estado no haya hecho reserva u oposición, lo que, para el tema venezolano, sería su postura internacional en cuanto a la protección de los derechos humanos, pero más aún el de respeto a la disposición de los venezolanos de las instancias nacionales y foráneas, haciéndola obligatoria.

La reiteración y la progresividad de Venezuela en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos, ha sido notoria hasta el momento en que fue asumida una reticencia al orden interamericano vigente y se pretende dar al traste con lo que ha sido el aporte y la integración del estado venezolano a las directrices del sistema interamericano y sus órganos de vigilancia y protección²¹.

Al tratar el derecho consuetudinario, afirma Sainz Borgo que:

(...) en todo caso, esos problemas que se refieren a la eventual duplicidad de normas están justificados por aquellos estados que no han ratificado el tratado y que no han realizado

²¹ Por lo tanto, el Estado denunciante seguirá obligado a cumplir con estas obligaciones no ya por la Convención Americana, sino por la costumbre, los principios generales de derecho o el *ius cogens* como fuente del derecho internacional, incluso después de que su denuncia se haga efectiva. Es decir, que la falta de vigencia de la Convención Americana no excluye el deber del Estado de cumplir cualquier obligación en materia de derechos humanos a la que se encuentra sujeto bajo el derecho internacional general. Corte Interamericana de Derechos Humanos. La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos). Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26. Párr. 107. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm (Consultado el 17 de diciembre de 2020).

actos en contra de su eventual cumplimiento; así como para aquellos estados que habiendo sido parte del tratado, denuncien su contenido o la competencia contenciosa que forma parte del tratado. De esta forma, el estado sigue vinculado a aquellas cláusulas cuya vigencia no ha sido desvirtuada por parte del estado, ya no en forma de tratado sino a través de las obligaciones consuetudinarias. (...) La redacción de “normas” o “reglas de derecho consuetudinario” implica la idea de abandonar la flexibilidad de una costumbre, que crece y se adapta frente a diversas situaciones, frente a la rigidez de una norma. Si bien es cierto, que esta regla consuetudinaria solo es producto de un proceso de codificación y que el juez puede adoptarla y seguirla, la ausencia de suficiente estudio en la materia puede derivar en una mala interpretación de la misma²².

Si tratamos de darle entorno a esa nueva realidad, veremos que no es sencillo y menos para Venezuela, sustraerse de un sistema internacional que ya en su desarrollo ha superado esa concepción de preponderancia a ultranza de un orden interno; más aún en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente con motivos tan débiles como los expresados al manifestar la denuncia y con el impulso del primer órgano jurisdiccional del país.

2. Normas del *ius cogens*

Ha sido también punto examinado, la relación entre las denominadas normas imperativas de Derecho internacional, obligantes para todos, aunque no estén escritas y las disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos, que no siendo las primeras siempre positivizadas están integradas a los textos normativos de la materia en los distintos sistemas, específicamente en el interamericano con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es limitada la aspiración por aniquilar la protección que ofrece el sistema interamericano en pleno, resultando debilitada si esa aspiración es anudada al cese del reconocimiento a la competencia de la Corte por el estado venezolano, ya que, desde el reconocimiento a los derechos humanos, la obligación de respetarlos, garantizar las vías para su reivindicación y las reparaciones, reflejan normas imperativas de Derecho internacional.

De forma que también para lo que encontramos asimilado al *ius cogens*, reporta la fortaleza que permite conjugar la vigencia de las declaraciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, y esas mismas normas a través de la jurisprudencia y las prácticas dentro del sistema interamericano de derechos humanos.

Destaca Estrada Tanck, para distinguir la fortaleza entre las normas del *ius cogens* y las de derecho consuetudinario, que:

A ese respecto, todos los derechos humanos contenidos en estos instrumentos jurídicos, como un estándar mínimo, forman parte esencial del derecho internacional público, y algunos de ellos, como la prohibición absoluta de la tortura, incluso constituyen derechos imperativos del derecho internacional general, esto es, normas de *ius cogens*. Como es bien sabido, el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 define a la norma de *ius cogens* como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Así, dichas normas disfrutaban de un carácter absoluto, son no-

²² Juan Carlos Sainz Borgo, “El Derecho internacional consuetudinario. Una visita a partir del Estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)”, en: Joaquín González y Eloy García López (eds.), *La crisis de las fuentes del Derecho en la globalización*, Universidad Sergio Arboleda, Editorial Dike, Bogotá, 2011, p. 24.

derogables y son oponibles erga omnes, esto es, su cumplimiento puede reclamarse a toda la comunidad internacional y no solo a un Estado específico²³.

Para Fernández de Daniels, además del pronunciamiento expreso de los órganos internacionales y regionales sobre qué se debe entender por *ius cogens* a la luz de casos particulares, la doctrina ha avanzado, no muy uniformemente, en la determinación de algunos contenidos²⁴.

La preponderancia de estas normas identifica que es de interés por ser vinculantes a los estados las normas de esta categoría en materia de derechos humanos, dentro de los que está sin reserva la instancia revisiva internacional.

Por ello, como mandato superior, es insoslayable para Venezuela –en tanto integrante de la comunidad internacional– y aún después de la decisión de denuncia a la Convención, el peso de la regulación que no admite acuerdo en contrario, especialmente por los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

V. LA OPINIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS EFECTOS DE LA DENUNCIA

La Corte, en el ámbito de su competencia para atender la formulación de consultas como órgano de protección del sistema, conoció sobre los efectos de la denuncia de la Convención y del Tratado constitutivo de la Organización de los Estados Americanos²⁵.

Además de reiterar los límites de la consulta con el pronunciamiento sobre su competencia, el órgano consultado informó que en tanto el supuesto planteado implica que el Estado pertenecía al sistema interamericano previo a las denuncias de ambos instrumentos lo que corresponde es determinar los efectos de dichas decisiones estatales sobre sus obligaciones internacionales y las de los restantes Estados Miembros de la OEA.

Precisamente el objeto de la consulta podemos identificarlo con la situación de Venezuela, tanto en el hecho de la denuncia de ambos instrumentos constitutivos de la Corte y de la Comisión, como en cuanto al tema del irrespeto a los derechos humanos, que siendo llevado ante la instancia jurisdiccional interamericana ha sido declarada la responsabilidad del Estado venezolano por la violación de derechos humanos²⁶.

La opinión de la Corte puntualiza que:

Quando un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos denuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho acto tiene las siguientes consecuencias sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: (1) las obligaciones convencionales permanecen incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva; (2) la denuncia efectiva de la Convención Americana sobre Derechos

²³ Dorothy Estrada Tanck, “Seguridad Humana y Derecho Internacional Público”, en: *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 32, 2016, pp. 373-404, p. 378. En: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas> (Consultado el 20 de diciembre de 2020).

²⁴ Gloriana Fernández de Daniels, “Las Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en: *Manual de Derechos Humanos Selección de Materiales*, Centro de Estudios de Derechos Humanos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, p. 62.

²⁵ Opinión Consultiva OC-26/20 *supra*, párr. 107.

²⁶ Luego de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la responsabilidad del Estado venezolano ha sido declarada en las siguientes fallos de la Corte Interamericana.

Humanos no surte efectos retroactivos; (3) la vigencia de las obligaciones que surgen de la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos se mantiene activa; (4) la denuncia efectiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no anula la eficacia interna de los criterios derivados de la norma convencional interpretada como parámetro preventivo de violaciones a los derechos humanos; (5) las obligaciones asociadas al umbral de protección mínimo a través de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre perduran bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y (6) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al *ius cogens* continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general, (...) ²⁷.

El Estado venezolano al cuestionar la actuación de los órganos del Sistema interamericano de protección antes de presentar sendas denuncias, no queda sustraído del cumplimiento de sus obligaciones internacionales de derechos humanos, para lo que son tan necesarios esos órdenes de control externo.

En decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que declaró la responsabilidad de Venezuela, fue contundente en sus disposiciones específicamente, en cuanto que el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye, entonces, una obligación jurídica internacional y estos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva ²⁸.

Y como al denunciar también la Carta de la Organización de Estado Americanos ya la denuncia de la Convención presentada por Venezuela había generado plenos efectos, también es concerniente a su condición el segundo aspecto desarrollado en esa consulta.

Con la salida de Venezuela, en los términos de lo Convención, la sumisión a la competencia de la Comisión permitía aseverar que restaba un órgano de protección ante el cual recurrir.

Denunciada también la Carta de la OEA, el Estado ha pretendido vedar cualquier grado de conocimiento por esa Organización, respecto a su proceder como garante de los derechos humanos en Venezuela.

Al proveer la Corte sobre la consulta que nos ocupa, ha destacado lo regresivo que estas salidas del sistema implican, y es que al ingresar a un sistema de protección como en su momento lo hizo Venezuela no es admisible para la progresividad de los derechos humanos y su protección, abandonarlos por una pretendida injerencia en asuntos internos.

De acuerdo a la Corte:

(...) cuando un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos denuncia la Carta, se verifican las siguientes consecuencias sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: (1) las obligaciones de derechos humanos derivadas de la Carta de la OEA permanecen incólumes durante el periodo de transición hacia la denuncia efectiva; (2) la denuncia efectiva de la Carta de la OEA no surte efectos retroactivos; (3) el deber de cumplir con las obligaciones derivadas de las decisiones de los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano se mantiene hasta su cumplimiento total; (4) el deber de cumplir con los tratados interamericanos de derechos humanos ratificados y no denunciados conforme a sus propios procedimientos permanece vigente;

²⁷ Opinión Consultiva OC-26/20 *supra*, p. 58.

²⁸ Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C N° 348, párr. 144. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf (Consultado el 20 de diciembre de 2020).

(5) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al *ius cogens* continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general, así como subsiste el deber de cumplir con las obligaciones que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas²⁹.

El apartamiento de Venezuela de las dos principales instancias interamericanas revisivas de los actos de Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, en modo alguno la sustraen del ámbito de vigilancia internacional en el ámbito de los derechos humanos, pues el Estado

(...) continuará obligado a respetar el núcleo esencial de derechos humanos representado en las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho internacional y las pertenecientes al *ius cogens*, como fuentes autónomas del derecho internacional general que protegen de forma universal la dignidad humana, así como las obligaciones que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas³⁰.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Luego del acto unilateral de la denuncia a la Convención Americana de Derechos Humanos por Venezuela, además de sumarla al grupo de los estados que así han actuado en el Sistema interamericano, tiene como efecto concreto que, a partir del 10 de septiembre de 2013, cesó la sumisión a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a los hechos que a partir de esa fecha no hayan sido del conocimiento formal de los órganos de protección del sistema interamericano³¹.

Una vez manifestada la denuncia, quedaba para conocer de casos posteriores a la efectividad de ese acto unilateral, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pues el documento de su creación no fue la Convención, por lo que esa desincorporación pretendida y manifestada por el Estado venezolano, no daría como resultado el desabrigo de ese órgano.

Sin embargo, posterior a la terminación formal de la vinculación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la también manifestada denuncia de la Carta de la Organización de los Estados Americanos colocó a Venezuela, cada vez más alejada de los órganos del sistema interamericano, y concretamente a sus ciudadanos.

La jurisdicción venezolana, tuvo conocimiento de la nulidad por inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención, pretensión que ha sido planteada ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y si bien la imparcialidad como valor de acceso a la jurisdicción nacional se encuentra altamente cuestionada, resulta

²⁹ Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm (Consultado el 17 de diciembre de 2020).

³⁰ Opinión Consultiva OC-26/20 *supra*, p. 59.

³¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha continuado la resolución de procesos contra Venezuela, cuyo marco fáctico es anterior a la plena eficacia de la denuncia, a saber: Caso Brewer C. 26 de mayo de 2014 Serie N° 278, Caso Hermanos Landaeta Mejías 27 de agosto de 2014 Serie C N° 281, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) 22 de junio de 2015 Serie C N° 293, Caso Ortiz Hernández y otros 22 de agosto de 2017 Serie C N° 338, Caso San Miguel Sosa y otras 8 de febrero de 2018 Serie C N° 348, Caso López Soto y otros 26 de septiembre de 2018 Serie C N° 362, Caso Álvarez Ramos 30 de agosto de 2019 Serie C N° 380, Caso Díaz Loreto y otros 19 de noviembre de 2019 Serie C N° 392, Caso Olivares Muñoz y otros 10 de noviembre de 2020 Serie C N° 415, Caso Mota Abarullo y otros 18 de noviembre de 2020 Serie C N° 417; y conoce de otros procesos en curso. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm (Consultado el 17 de diciembre de 2020).

importante la iniciativa ya que, la instancia iniciada resalta como fundamento esencial la contrariedad entre la denuncia y la disposición constitucional.

Y es que al incorporar el constituyente la expresión concreta en el artículo 339, reflejó una marcada expresión que anuda la actuación del estado a los marcos de respeto a los derechos humanos y de responsabilidad en caso de violación, esto es, sigue apegado el sistema interamericano de derechos humanos, que acompaña y complementa el orden interno en el respeto y el cumplimiento de las obligaciones de los estados partes; y la interpretación que atañe es conforme a las reglas de interpretación generalmente aceptadas por el Derecho internacional.

Tanto el tema principal en los párrafos anteriores destinados a la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos, como la referencia obligatoria a la denuncia de la Carta, no dejan en desamparo las situaciones de vulneración a los derechos humanos en Venezuela, pues no pocas medidas y providencias pueden adoptar aun ambos órdenes: resolver peticiones y casos contenciosos, ordenar medidas provisionales, proveer consultas; como hemos escrito solo sobre hechos acaecidos durante la transición a la denuncia efectiva.

Por otra parte, en la revisión de las fuentes del Derecho internacional y su información para el Derecho internacional de los derechos humanos, la consideración del derecho consuetudinario alumbra lo que todavía es el nexo para Venezuela al respeto y garantía de los derechos humanos, especialmente en cuanto a la disponibilidad de la estructura judicial nacional e internacional, ya que tenemos ante nosotros una práctica seguida y aceptada como derecho, en el actuar ante los órganos de protección del sistema interamericano.

Adicionalmente como hemos incorporado un acercamiento a las normas imperativas de Derecho internacional, también a ellas va atada aún la vinculación de Venezuela a las directrices que mediante normas o decisiones ha implementado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque Venezuela se haya excluido de su competencia; pero no de otros textos convencionales del sistema.

En el ámbito regional, Venezuela como estado miembro de la Organización de los Estados Americanos y con la ratificación de los distintos instrumentos, se comprometió no solo en la aceptación de su regulación, sino en el cumplimiento de lo pactado lo que incluía a los órganos del sistema regional de protección de los derechos humanos, iniciando así voluntariamente un sendero en el que no debía volver sobre sus pasos, sino progresar en el acatamiento de las normas del *ius cogens* destinadas a proteger intereses de la humanidad.

Es conclusivo para nosotros, la vinculación de Venezuela al sistema interamericano de protección de derechos humanos, una permanencia por los casos aún en proceso y lo determinante de su vinculación a los que el sistema interamericano y el internacional le imponen en tanto miembro de la comunidad internacional, que como imperativo tiene la protección de los derechos humanos.

LA OPERAÇÃO ACOLHIDA-BRASIL: UN EJEMPLO PARA EL MUNDO EN EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES Y REFUGIADOS VENEZOLANOS

María Teresa Belandria Expósito*

SUMARIO

I. Antecedentes y contexto. II. Fundamento legal. III. La *Operação Acolhida*. 1. Puesto de recepción e identificación. 2. Puesto de atención primaria (*Triagem*). 3. Puesto de atención avanzada. 4. El proceso de interiorización. A. Reunificación familiar. B. Reunión Social. C. Por puesto de trabajo. IV. Refugio y abrigo. V. Brasil y la aplicación de la declaración de cartagena sobre refugiados. VI. Conclusiones.

I. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

La crisis de Venezuela, en todos sus órdenes: social, económica, política, humanitaria tiene una expresión real y cuantificable que afecta a los ciudadanos e involucra la protección de sus derechos humanos más allá de las fronteras del país. Nos referimos a la crisis migratoria.

Las causas de la migración, como ha identificado la oficina del Comisionado de la Organización de los Estados Americanos-OEA, son múltiples y se resumen en: “a) escasez de alimentos y medicinas; b) colapso económico; c) violación de derechos humanos-incluida la persecución política; d) colapso de los servicios públicos; y e) violencia generalizada”¹. Sin embargo, el flujo de migrantes venezolanos comenzó mucho antes de convertirse en una crisis que afecta la estabilidad regional en particular y al resto del mundo en general.

* Abogado-Especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración-Candidata a PhD en Ciencias Políticas. *Fulbright Visiting Scholar Professor* en la *National Defense University* de los Estados Unidos de América-Profesora de pregrado y post-grado de la Universidad Central de Venezuela. Embajadora de Venezuela en la República Federativa de Brasil.

¹ David Smolansky, Comisionado de la Organización de los Estados Americanos para la crisis de migrantes y refugiados venezolanos, en conferencia con la embajada de Venezuela en Brasil realizada el 5 de mayo de 2020.

Se identifican al menos cuatro oleadas desde el año 2000². La primera con la llegada al poder de Hugo Chávez y que va desde 1999 hasta 2002, fecha en la que se produjeron dos hechos relevantes: los eventos de abril y el paro petrolero. El despido masivo que alcanzó a más de 20 mil trabajadores de la estatal petrolera PDVSA dio origen a los primeros migrantes profesionales que, privados del derecho a ejercer su profesión en Venezuela, se trasladaron específicamente a aquellos países productores de petróleo donde su preparación y experiencia era altamente valorada.

En la misma época comenzaron a migrar empresarios, grandes y pequeños, quienes trasladaron a otros países sus negocios frente al escenario creciente de las estatizaciones, expropiaciones y confiscaciones ordenadas por el ejecutivo de entonces. Posteriormente y hacia los años 2005 al 2010, se produjo la migración de profesionales universitarios, estudiantes recientemente graduados y un grupo muy importante de profesionales de la medicina hacia España, Chile y los Estados Unidos de América.

Estos dos primeros flujos migratorios fueron acogidos con beneplácito en los países receptores pues, por una parte, se trasladaron negocios que producían ingresos y generaban mano de obra y, por otra, el déficit de profesionales altamente calificados se suplía con los venezolanos.

A partir de 2015, la agudización de la crisis en Venezuela origina los dos últimos movimientos migratorios que se mantienen a la fecha y se caracterizan por: migrantes profesionales (técnicos superiores y medios), migrantes con oficios sin formación profesional y los más recientes y visibles desde 2018, los más pobres, sin educación formal, sin oficios y en condiciones de extrema vulnerabilidad.

Como señala Mario Valero Martínez

El éxodo de venezolanos se visibilizó en las masivas movilidades a través de las fronteras colindantes con Brasil y Colombia que se convirtieron en destino final de una parte de los emigrantes venezolanos, pero también como puntos de referencia y lugar de paso para continuar las travesías hacia otros países de América del Sur en la búsqueda de una oportunidad en el mercado laboral. Para tratar de comprender esta inédita movilidad se han tomado como referencia algunos datos publicados por instituciones y organismos encargados de los trámites migratorios en países fronterizos³.

La crisis migratoria venezolana, considerada por ACNUR como la segunda mayor del planeta para el año 2020 detrás de la migración siria, alcanzó proporciones impensables a partir de 2017 con dos fechas tope para Brasil, en diciembre de 2018 y diciembre de 2019, al presentarse en la frontera terrestre más de 1.000 personas por día. Si comparamos esta cifra con la frontera entre Venezuela y Colombia los números parecen irrelevantes ya que, de acuerdo a cifras oficiales de Migración Colombia⁴ al cierre del año 2020, a ese país se han desplazado cerca de 1.8 millones de ciudadanos venezolanos, con una media diaria de 5.000 personas antes del cierre de fronteras del año 2020. Mientras tanto, en Brasil la media estaba entre 300 y 400

² Mario Valero Martínez, *Venezuela, migraciones y territorios fronterizos*, Ensayos. Universidad Pedagógica Experimental Libertador. Línea Imaginaria, volumen 6, número 3, año 2018, Venezuela. Disponible en: [www. http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/62/62586002/html/](http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/62/62586002/html/) consultado el 20 de diciembre de 2020.

³ Mario Valero Martínez, ob. cit., p. 12.

⁴ Datos de Migración Colombia. Disponibles en: <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/distribucion-venezolanos-en-colombia-corte-a-31-de-diciembre> consultada el 26 de enero de 2021 y que contiene los datos y los lugares donde habitan los venezolanos en Colombia al 31 de diciembre de 2020.

personas por día y para el cierre del año pasado la data ofrecida por la Policía Federal y el *Relatório Anual 2020*⁵ del *Observatório das Migrações Internacionais* señala un total de 264.890 venezolanos.

Las razones de desplazamiento de un mayor número de venezolanos hacia Colombia tienen varias explicaciones: a) cercanía; b) facilidades para ingresar; c) idioma; d) familia de origen colombiano y, e) posibilidad de continuar el viaje a otros países de la región. Brasil, en tanto, es elegido por aquellos venezolanos que viven hacia el oriente y sur del país, acortando la distancia para llegar a la línea fronteriza y más recientemente por quienes ya tienen un familiar allí. Sin embargo, hay dos barreras que explican el menor número de personas que migran hacia este país: una no física, el idioma, y otra natural que les impide desplazarse hacia otros destinos, la selva amazónica.

En ese contexto, nace en la República Federativa de Brasil, la *Força Tarefa Logística Humanitária Operação Acolhida*, Operación Bienvenida u Operación de Acogida, como la respuesta del gobierno federal a la crisis de refugiados y migrantes venezolanos en el estado Roraima.

II. FUNDAMENTO LEGAL

El gobierno de la República Federativa de Brasil, considerando que el flujo de migrantes y refugiados provenientes de Venezuela estaba compuesto por ciudadanos en condiciones de extrema vulnerabilidad y que ello demandaba una acción coordinada entre el gobierno federal y la gobernación del estado Roraima, dictó la medida provisoria N° 820 del 15 de febrero de 2018, el Decreto N° 9.258 y luego las resoluciones correspondientes, todas en el año 2018.

Se designó a la Casa Civil, lo que sería un equivalente al Ministerio de la Secretaría de la Presidencia, ejercer la coordinación de todos los entes públicos y privados encargados de la solución del tema, del cual participan 11 ministerios, y la ejecución se puso en manos del Ejército de Brasil, a través de un General de División como Coordinador de la *Força Tarefa Logística Humanitária Operação Acolhida*, en lo sucesivo *Operação Acolhida*.

Una revisión del marco legal en que la Operación se desarrolla nos permite identificar las siguientes leyes y reglamentos:

LEI N° 9.474 de 22/07/1997, reglamento del estatuto de refugiados en el país.

LEI N° 13.445 de 24/05/2017 que establece los derechos de los migrantes, visitantes y refugiados de manera general y declara la condición de igualdad entre migrantes y nacionales en todo el territorio brasileño.

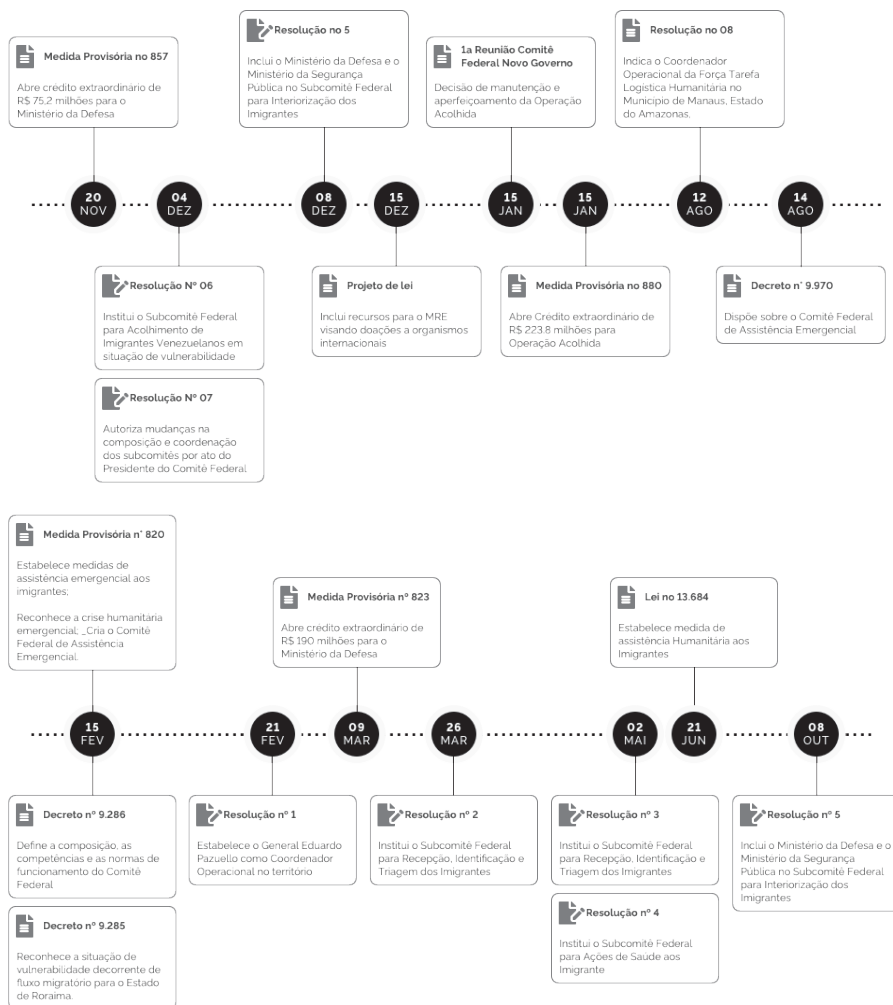
PORTARIA INTERMINISTERIAL N° 9 DE 14/03/2018 que posibilitó la regularización a través de residencia temporal a los refugiados y migrantes venezolanos.

⁵ *Observatório das Migrações Internacionais. Relatório Anual 2020.* Disponible en: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorio-anual/2020/OBMigra_RELAT%C3%93RIO_ANUAL_2020.pdf (consultada el 26 de enero de 2021). En este estudio se puede profundizar sobre las particularidades de la migración hacia Brasil desde todos los países con detalles por sexo, educación, edades, ciudades desde donde proviene el migrante y otros datos relevantes sobre migración en general.

LEI Nº 13.684 de 21/06/2018, establece medidas de asistencia de emergencia para los migrantes y refugiados venezolanos, reconoce la crisis humanitaria y crea el Comité federal de asistencia de emergencia.

PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 15 DE 28/08/2018 que dispuso a los migrantes y refugiados venezolanos de presentar el documento que demuestre la filiación (acta de nacimiento) siendo suficiente la auto-declaración. (Nombre del padre y la madre)⁶.

El recorrido legislativo que realizó Brasil y los procedimientos para la ejecución se pueden visualizar en el flujograma que sigue⁷.



Fuente: *Operação Acolhida*⁸.

⁶ Las leyes y reglamentos se encuentran disponibles en: <https://www.gov.br/acolhida/base-legal/> consultadas el 10 de noviembre de 2020 y el 27 de enero de 2021.

⁷ Página web oficial de *Operação Acolhida* <https://www.gov.br/acolhida/> consultada el 15 de diciembre de 2020.

⁸ Disponible en <https://www.gov.br/acolhida/> consultada el 26 de enero de 2021.

Una vez asignadas las responsabilidades, Brasil acordó mantener la frontera abierta pero ordenada. Inmediatamente se trasladó el 1er contingente del Ejército brasileño a cargo del General Eduardo Pazuello, primer comandante de la *Operação Acolhida* y se enviaron refuerzos de la Policía Federal –encargada de la migración–, la *Receita Federal* –institución a cargo del registro fiscal de las personas físicas y jurídicas– y las agencias internacionales que ya operaban en el área. Bajo la coordinación de la Casa Civil se encuentran los siguientes ministerios de Brasil: Defensa, Educación, Mujer, Familia y Derechos Humanos; Ciudadanía, Relaciones Exteriores, Economía y Salud como entes gubernamentales. En alianza participan también: ABEAR (Asociación Brasileña de empresas aéreas), ACNUR, ADRA (Agencia Adventista de Desarrollo de Recursos Asistenciales), AVSI (Asociación de Voluntarios para el Servicio Internacional, capítulo Brasil), la aerolínea AZUL, CARITAS, CNC (Confederación Nacional de Comercio, Bienes, Servicio y Turismo), CNI (Consejo Nacional de Industrias), CNM (Confederación Nacional de Municipios), DPU (Defensoría Pública de la Unión), FBB (Fundación Banco de Brasil), FRANPORT; GOL Líneas Aéreas; Aeropuerto de Guarulhos en São Paulo; INFRAMERICA, LATAM Líneas Aéreas, OIM (Organización Internacional para las Migraciones), ONU Mujeres, ONU, OPAS (Organización Panamericana de la Salud), PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), SEBRAE (Servicio brasileño de apoyo a la pequeña y mediana empresa), UNAIDS (Programa de las Naciones Unidas sobre HIV/AIDS), UNESCO y UNICEF, solo por mencionar algunos de los más importantes organismos y empresas.

III. LA OPERAÇÃO ACOLHIDA

La *Força Tarefa Logística Humanitaria Operação Acolhida* fundamenta su trabajo en tres ejes.

- i. Ordenamiento de la frontera – documentación, proceso de vacunación y operación de control del Ejército y la Policía Federal
- ii. Recepción de migrantes – oferta de refugio, alimentación 3 veces por día, atención médica.
- iii. Interiorización – traslado voluntario de los venezolanos desde el estado Roraima a otros estados y municipios de Brasil para su inclusión socio-económica.

Explicaremos el esquema de funcionamiento sobre el que se ejecutan los ejes para mostrar el respeto de los derechos humanos a los migrantes y refugiados venezolanos en Brasil a través del trabajo de la *Operação Acolhida*.

1. Puesto de recepción e identificación

Los migrantes son atendidos al cruzar la frontera entre Santa Elena de Uairén –estado Bolívar de Venezuela– y Pacaraima –estado Roraima de Brasil– por un equipo multidisciplinario compuesto por la Policía Federal, la Agencia Internacional de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). También se encuentran UNICEF, el CONARE (Consejo Nacional para los Refugiados) y la DPU (Defensoría Pública de la Unión), así como miembros del Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea de Brasil.

Una vez que el migrante pasa ese primer nivel, es remitido al puesto de identificación y control de entrada a cargo de la Policía Federal, que procede a la revisión de los documentos venezolanos que la persona posea. En este punto es pertinente destacar que Brasil no solicita visa, ni pasaporte vigente. El ciudadano venezolano puede ingresar con cualquier documento que tenga (cédula de identidad, licencia de con-

ducir, carnet de trabajo, partida de nacimiento). El migrante recibe una explicación sobre los derechos que posee y se le permite escoger cuál será su estatus migratorio pudiendo elegir inmediatamente entre refugio y residencia temporal.

Ante el enorme flujo de menores de edad sin documento de identidad con fotografía (cédula de identidad y/o pasaporte), las autoridades de Brasil elaboraron un documento específico para los menores en dicha condición y acordaron que todos, sin excepción, tienen el estatus de refugiados. Esta medida se extendió a aquellos menores de edad de tránsito con sus familias hacia otros países de la región y como requisito obligatorio para poder abordar cualquier modo de transporte.

Con esta medida Brasil garantiza, por un lado, el derecho a la identidad del menor al concederle un estatus migratorio legal con vigencia de dos años y, por otro, la capacidad de reconocer quiénes son los padres y/o familiares que viajaron con esos menores. Ello les permite rastrear su movilidad dentro del país. Para aquellos con otros destinos, la condición de refugio queda extinguida al salir del territorio brasileño.

Como observamos en esta primera fase de atención a los migrantes y refugiados, la República Federativa de Brasil cumple a cabalidad las previsiones del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹ conocida como el Pacto de San José, suscrita en noviembre de 1969, así como la Convención de los Derechos del Niño¹⁰ de 1990.

Artículo 9. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...).

Artículo 10. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

Concluido el proceso de registro y verificación de documentos, los migrantes y refugiados reciben de forma gratuita y obligatoria la dosis de inmunización contra la malaria, fiebre amarilla, sarampión y hepatitis. Para la fecha de este artículo, la *Operação Acolhida* había aplicado más de 400 mil dosis de vacunas y realizado 890 mil atendimientos en el puesto de recepción e identificación¹¹.

Una vez finalizado el proceso de identificación, verificación y vacunación, la Defensoría Pública de la Unión le explica a todos los migrantes y refugiados cuáles son sus derechos en Brasil. Todo este esquema cuenta con la presencia de personal bilingüe (español-portugués) para garantizar que los ciudadanos comprendan en su propio idioma sus derechos y obligaciones en el país que les acoge y de la mano de las agencias internacionales encargadas de la orientación: ACNUR, OIM, UNICEF, entre otras.

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos - Artículo 19. “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm. Consultada el 10 de diciembre de 2020.

¹⁰ Convención de los Derechos del Niño. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> consultada el 10 de diciembre de 2020.

¹¹ *Operação Acolhida*. Fuente disponible en <https://www.gov.br/acolhida/historico/> consultada y actualizada al 22 de enero de 2021.

2. Puesto de atención primaria (*Triagem*)

Aquí comienza el proceso de regularización migratoria de cada ciudadano, mediante el catastro. Se toman las huellas dactilares, incluyendo a los menores de edad. Desde finales de 2019 la OIM emplea, además, el registro del iris de los ojos como un mecanismo de control que permite rastrear al migrante hasta su destino final dentro de Brasil. Cada migrante recibe un documento que contiene datos básicos, fecha y lugar de nacimiento, nombres y apellidos de los padres. El catastro y el documento expresan su condición migratoria: refugiado o residente temporal.

En esta etapa entra la denominada *Receita Federal*, institución a cargo del registro fiscal de las personas naturales y jurídicas en Brasil. Los migrantes y refugiados, incluyendo los menores de edad, reciben el Catastro de Persona Física (CPF)¹², número y documento indispensable en todo el territorio nacional y que permite al migrante abrir una cuenta bancaria, alquilar una casa, comprar bienes y servicios, adquirir una línea de teléfono e integrarse en la economía como un brasileño más. Igualmente, se asigna el Carné de Trabajo para que el migrante o refugiado, una vez encuentre un lugar de trabajo o este sea agenciado por la propia *Operação Acolhida*, ya posea todos los documentos necesarios para iniciar sus labores de forma legal.

Así mismo, se atiende de manera especial y diferenciada a la comunidad LGBT. La *Operação Acolhida* les ofrece orientación sobre sus derechos y les guía para que puedan conectarse con sus grupos en otras partes del país. Como destaca el Manual Regional de Derechos Humanos de Personas Migrantes elaborado por la OIM y Mercosur:

Si bien no existen instrumentos jurídicos internacionales destinados específicamente a la protección del colectivo LGBTI, el Comité de Derechos Humanos estableció que los principios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplican sin discriminación a la población LGBTI interpretando que la referencia al sexo en el artículo 26 incluye la orientación sexual. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos y Sociales prohíbe la discriminación por razones de orientación sexual. Por tanto, los Estados deben garantizar la protección de todas las personas LGBTI dentro de sus territorios, tal y como se establece en ambos tratados¹³.

Brasil, como país que acepta las uniones civiles entre personas del mismo sexo, les facilita la inserción dentro del país, además de garantizarles sus derechos como migrantes dentro de ese grupo de ciudadanos cuya discriminación es un hecho inculcable. Igualmente, las personas con deficiencias, pacientes con HIV y otros casos especiales, tales como las minorías indígenas, son atendidos por equipos multidisciplinarios especializados y reciben la orientación adecuada a sus necesidades.

¹² “O Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) é um banco de dados gerenciado pela Receita Federal, que armazena informações cadastrais de contribuintes obrigados à inscrição no CPF, ou de cidadãos que se inscreveram voluntariamente. Não há idade mínima para a inscrição (recém-nascidos, por exemplo, podem ser inscritos) e é permitida a inscrição de brasileiros ou estrangeiros, residentes no Brasil ou no exterior. Cada pessoa pode se inscrever apenas uma vez, o que significa que o número do CPF é único e definitivo para cada um”. Tomado de la página oficial de la *Receita Federal* disponible en: [www. https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/meu-cpf-1](http://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/meu-cpf-1) consultado el 11 de noviembre de 2020.

¹³ Manual Regional de Derechos Humanos para personas migrantes. Elaborado por la Organización Internacional para las Migraciones OIM y el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos de Mercosur, p. 92. Disponible en: [www. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33203.pdf) consultado el 12 de diciembre de 2020.

Mención especial en este proceso lo constituye el tratamiento a los migrantes de las comunidades indígenas pemón y warao. Los primeros son una etnia venezolana proveniente del estado Bolívar y que comparten lengua, costumbres y raíces con los pemones de Brasil conocidos como Taurepang. Su integración se ha facilitado porque al desplazarse de manera forzosa cuando comenzaron a ocupar sus tierras para la explotación ilegal del oro y, especialmente luego de la masacre de Kumarakapay¹⁴, fueron recibidos en las aldeas de los taurepang tanto en Pacaraima como en la ruta a Boa Vista. Por su parte, los waraos son una etnia que viene de los estados Monagas, Delta Amacuro y Bolívar y que no era conocida en Brasil hasta su llegada en grupos familiares desde 2017.

Esta novedosa especificidad en el tipo de migrantes motivó a la *Operação Acolhida* a buscar el concurso de la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), institución del gobierno federal de Brasil a cargo de los pueblos indígenas, para comprender las características de estos migrantes, en especial de los waraos, etnia que como señalamos no existe en Brasil. Dentro de las decisiones adoptadas se encuentran: refugios (abrigo) diferenciados para cada grupo étnico, respetando la cultura y formas de vida de dichos migrantes; no interiorización obligatoria y elaboración de material informativo en ambas lenguas indígenas, además del español.

Los waraos se han desplazado por cuenta propia dentro de Brasil, encontrándose hoy en los estados de Pará, Acre, Río de Janeiro, São Paulo, Amazonas y el Distrito Federal, lugares a los cuales llegaron a ocupar terrenos baldíos y que ameritaron la intervención de las autoridades locales para encontrarles un lugar de permanencia acorde a sus necesidades socio-culturales. En este proceso han intervenido, además de las organizaciones no gubernamentales especializadas en el tratamiento a los migrantes y refugiados, la embajada de Venezuela en Brasil como articuladora de dicha solución.

3. Puesto de atención avanzada

La *Operação Acolhida* construyó, tanto en la ciudad de Pacaraima como en Boa Vista, un centro de atención médica avanzado en el cual se brinda atención inmediata al migrante que cruzó la frontera con alguna enfermedad que requiera de tratamiento urgente o su remisión a un hospital de la red de salud pública de Brasil. Así mismo, las mujeres embarazadas son examinadas y reciben de forma inmediata orientación sobre el tratamiento que ameritan, quedando registradas para que su parto sea seguro y gratuito dentro del SUS (Sistema Único de Salud).

Brasil, a través de su respuesta a la crisis, ha integrado todas las áreas que están en la primera línea de atención e instruyó a todos los involucrados en el respeto irrestricto y absoluto de los derechos humanos a los migrantes y refugiados venezolanos. Un ejemplo de buenas prácticas gubernamentales y una acción real y efectiva que coloca en primer lugar al ser humano y su vulnerabilidad al desplazarse a otro país. Este modelo se replica en la capital del estado Amazonas, Manaus, en el Centro de Atención de Corta Permanencia al cual arriban los migrantes por pocos días antes de ser interiorizados.

¹⁴ Masacre ejecutada por fuerzas militares y de policía del régimen de Venezuela los días 22 y 23 de febrero de 2019 en las aldeas indígenas pemón de Kumarakapay, donde fueron asesinados 8 indígenas y hubo más de 35 heridos, muchos de los cuales fueron atendidos en Pacaraima y Boa Vista en Brasil.



4. El proceso de interiorización

Por decisión del gobierno federal y dadas las características especiales de las condiciones geográficas y económicas de los estados Roraima y Amazonas -ausencia de un parque industrial que pueda proveer puestos de trabajo e imposibilidad de movilizarse fuera de esos estados a través de transporte terrestre- se dio inicio al traslado en forma gratuita y ordenada de los migrantes y refugiados venezolanos al interior de Brasil y es lo que se conoce como interiorización.

Este proceso de llevar a los migrantes desde Roraima al resto de Brasil se ha realizado a través de vuelos de la Fuerza Aérea de Brasil, vuelos especialmente fletados y pagados por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), vuelos fletados por empresas privadas

que contratan a los migrantes y refugiados como trabajadores con contrato firmado y con la donación de asientos vacíos de las líneas aéreas que participan en la operación. El resto de los migrantes se movilizó al interior con sus propios recursos.

Existen 3 modalidades de interiorización:

- A. Reunificación familiar
- B. Reunión social
- C. Por puesto de trabajo

A. Reunificación familiar

Si el migrante o refugiado ya tiene familia dentro de Brasil, se inscribe en el proceso de interiorización bajo esta modalidad. A través de la *Operação Acolhida* se establece el contacto con los familiares a los cuales se les entrevista para determinar sus condiciones de vida y confirmar la viabilidad que poseen para recibir a esos integrantes de su núcleo familiar. En tal sentido, deben contar con una casa o apartamento con espacios suficientes y trabajo con salario mínimo. Luego de la entrevista al núcleo familiar y la verificación de la información suministrada por los familiares receptores, entran en la lista para el próximo vuelo disponible a la ciudad de destino.

B. Reunión Social

Opera el mismo procedimiento establecido para la reunificación familiar, con la diferencia de que en este no es necesario probar un vínculo consanguíneo o de afinidad. El migrante o refugiado que tenga algún amigo y este reúna las condiciones económicas y de espacio para recibirlo puede optar por este beneficio.

C. Por puesto de trabajo

Este procedimiento se inicia cuando el proveedor del puesto de trabajo (empresas públicas o privadas) entra en contacto con la *Operação Acolhida* en la búsqueda de migrantes y refugiados que deseen interiorizarse con un carné de trabajo y contrato firmado. Las empresas se encuentran registradas en la plataforma de la operación y la entrevista de trabajo se facilita a través de video-conferencia con la intermediación

de un intérprete. Una vez que el migrante acepta, entra en la lista de interiorización a la espera del transporte que le lleve a la ciudad de acogida e interviene la OIM, que provee al migrante de una tarjeta de débito asociada a un banco de la red financiera de Brasil en la cual le depositan el equivalente a un (1) mes de salario mínimo¹⁵. Con este monto, el migrante tiene su subsistencia garantizada entre el momento del viaje y el día que cobra el primer salario de la empresa en la que fue contratado.

A la República Federativa de Brasil han ingresado aproximadamente 280.00 venezolanos desde 2016, de los cuales 46.589 han sido interiorizados hasta enero de 2021 bajo el esquema que hemos explicado anteriormente, de acuerdo a los datos de la plataforma integrada por ACNUR, OIM y la *Operação Acolhida* denominada RV4¹⁶. Una parte de estos se ha movilizado hacia el interior del país con sus propios recursos. Sin embargo, permanecen en la ciudad de Boa Vista aproximadamente 10.000 venezolanos, de los cuales 5.500 están en los 13 refugios de la *Operação Acolhida* y el restante en invasiones, llamadas “ocupaciones espontáneas” (bajo control de la Operación).

La ciudad con mayor número de migrantes y refugiados interiorizados es São Paulo, capital del estado del mismo nombre con 7.580 personas, y el Manaus, capital del estado Amazonas con 4.931. Los datos por tipo de interiorización a la fecha son: a) por reunificación social 35%; b) por reunificación familiar 17%; y c) por puesto de trabajo 7%¹⁷.



Migrantes venezolanos interiorizados en la ciudad de Guaporé, Río Grande del Sur – Por puesto de trabajo¹⁸.

¹⁵ Para la fecha de este artículo (enero de 2021) el salario mínimo en Brasil es la cantidad de un mil cien reales (R\$ 1.100,00) equivalentes a \$202,30.

¹⁶ Disponible en: <https://r4v.info/es/situations/platform/location/7509> consultada el 10 de noviembre de 2020 y consultada nuevamente el 27 de enero de 2021 para actualizar datos. En esta plataforma puede visualizarse con detalles las estadísticas por ciudades, municipios, grupos etarios y otros datos de interés.

¹⁷ Fuente disponible en <https://r4v.info/es/situations/platform/location/7509> consultada el 10 de noviembre de 2020 y el 27 de enero de 2021.

¹⁸ Fuente: <https://brazil.iom.int/> Corresponde a la llegada el 19 de enero de 2021 de 63 venezolanos interiorizados por OIM al estado Río Grande del Sur, ciudad de Guaporé, con carné de trabajo y contrato firmado.

IV. REFUGIO Y ABRIGO

A pesar de los enormes esfuerzos desplegados por Brasil en conjunto con organizaciones internacionales y no gubernamentales, hay un número muy grande de migrantes y refugiados venezolanos que no pueden optar a los beneficios de interiorización que han sido explicados y que constituyen el núcleo más vulnerable. Son aproximadamente el 24% de los que arribaron al país. Para enero de 2021, la *Operação Acolhida* registra a 5.500 migrantes y refugiados venezolanos acogidos en los 12 refugios que existen en las ciudades de Pacaraima y Boa Vista en el estado Roraima. Con el objetivo de brindar la mejor asistencia a los migrantes y refugiados se han establecido los siguientes tipos de refugios (abrigo): a) familias; b) solteros-solteras; c) indígenas (waraos, kariñas, e'ñepas y pemones).

Estos refugios son gestionados por el Ministerio de la Ciudadanía, ACNUR y las Fuerzas Armadas. Los dos primeros organismos están a cargo de la coordinación y asistencia y las Fuerzas Armadas son responsables de la logística y la atención de salud. Dentro de las acciones que se ejecutan en los refugios se encuentran: 3 comidas por día, distribución de kits de higiene y pañales para los bebés, limpieza diaria, clases de portugués y actividades para los niños, niñas y adolescentes; actividades culturales, lúdicas y recreativas; entrega de materiales y herramientas para la elaboración de artesanía en los refugios de los waraos, acceso a teléfonos e internet para la comunicación con los familiares de los migrantes y protección de los refugios 24 horas.

Este proceso se desarrolla además con el concurso de ONG brasileñas como la *Fraternidade Humanitária Universal*, experta en el tratamiento de la migración indígena; *Refúgio 343*, a cargo de interiorización de jóvenes entre 20 y 30 años; y organismos como el Comité Internacional de la Cruz Roja y su capítulo brasileño, CARITAS, el Servicio Jesuíta para Migrantes y Refugiados (SJMR) y ADRA, que forman parte del grupo de 118 organizaciones y agencias presentes en Brasil que participan en la operación. El modelo empleado es cooperativo y coordinado, lo que evita la dispersión de esfuerzos y recursos destinados al tratamiento de los migrantes y refugiados.

Todas las agencias públicas y privadas de la *Operação Acolhida* trabajan bajo el mando de su comandante, un General de División del ejército de Brasil, hoy el general Manuel Antonio Barros. Hay que destacar en forma excepcional que el comando y el estado mayor son permanentes, pero el resto de los militares que trabajan en la operación lo hacen de manera voluntaria, a través de contingentes que permanecen un máximo de tres meses en Pacaraima, Boa Vista o Manaus, siendo relevados por otros igualmente voluntarios. Este aspecto releva la importancia que Brasil asigna al tratamiento digno, profesional y humanitario a los migrantes y refugiados venezolanos, ya que si bien cumplen órdenes y tienen un esquema jerárquico propio de las fuerzas armadas, su participación estrictamente voluntaria es una muestra de servicio al más vulnerable, alejada de las prácticas de represión, extorsión y miedo de los militares al servicio del régimen de Venezuela.

Hemos registrado en nuestra delegación diplomática más de 400 ex-militares de rangos medios y bajos que cruzaron la frontera con Brasil, hoy todos con estatus de refugiados e insertados económica y socialmente en el país que les acogió.



Refúgio Rondón III, Boa Vista, estado Roraima, Brasil. Fuente: *Operação Acolhida*

V. BRASIL Y LA APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS

La crisis de migrantes y refugiados venezolanos puso a prueba la capacidad de los estados receptores para adaptarse a la nueva realidad. El flujo migratorio desde 2015, con un punto de inflexión en 2018, mostró la ausencia de planes para la atención, de marcos normativos inadecuados y de falta de preparación de las autoridades migratorias y sanitarias para responder eficazmente a la llegada de los venezolanos a sus países.

La cultura de inmigración en nuestro continente en el siglo XX está limitada a pocos países receptores a través de las diferentes oleadas provenientes de Europa y Asia, entre ellos Venezuela, Brasil y Argentina. El resto tuvo procesos inversos de migración de sus nacionales hacia otros destinos, unos empujados por la búsqueda de nuevas oportunidades económicas, otros huyendo de la violencia y algunos más escapando de la persecución política, v.g Chile, Colombia, Perú, Ecuador, por mencionar algunos. De tal suerte que el flujo migratorio proveniente desde Venezuela representa un desafío en materia de políticas públicas que ha sido abordado con respuestas individuales y que en su mayoría atienden a la presión interna más que a un tratamiento ordenado y que respete los derechos humanos de los migrantes y refugiados.

Observamos a un continente que, lejos de favorecer la integración rápida de los migrantes, comenzó a levantar barreras de acceso a través de visas y/o requisitos para su obtención e imposibles de cumplir por un migrante/refugiado que abandonó Venezuela con lo que pudo cargar, sin recursos, ni trabajo y que en su gran mayoría llega a otro país sin documentos vigentes porque el régimen, además de violarle todos sus derechos fundamentales, le impide además el derecho a la identificación.

En este aspecto nuevamente Brasil es un ejemplo que debemos resaltar, pues amén de no tener barreras de ingreso al país como ya ha sido explicado, es el único país de la región en aplicar la Convención de Cartagena sobre Refugiados¹⁹ adoptada por el

¹⁹ Convención de Cartagena sobre Refugiados. Disponible en <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf> consultada en noviembre y diciembre de 2020 y nuevamente consultada el 27 de enero de 2021.

“Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. De los 96.556 venezolanos solicitantes de refugio para el mes de diciembre de 2020, 46.343 ya han sido reconocidos con ese estatus migratorio, lo que incluye a todo el núcleo familiar y les concede todos los derechos establecidos en los pactos internacionales de protección de los derechos humanos en general y de la Convención en particular.

Siendo que en Brasil la escogencia del estatus es una decisión del migrante, de acuerdo a los datos de la plataforma RV4 para enero de 2021²⁰, 145.462 venezolanos cuentan con visto de residencia temporal o definitiva y el resto, que optó por la condición de refugio, ya tienen el reconocimiento o están en proceso de obtenerlo.

El trabajo coordinado de ACNUR, CONARE y la Policía Federal de Brasil es un ejemplo de que con una política pública orientada a la protección de los derechos humanos del migrante y el concurso de los entes especializados se generan las acciones indispensables para que se aplique tanto la ley interna del país receptor como los tratados y convenios internacionales que rigen la materia.

Brasil se constituye en un ejemplo, pues cumple a cabalidad las previsiones de la Convención Americana de los Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José, en lo referido a los derechos de circulación y residencia contenidas en el artículo 22²¹ que señala:

(...) 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

VI. CONCLUSIONES

Brasil, es un gigante formado por inmigrantes provenientes de todas partes del mundo y tiene una larga tradición de recepción y tratamiento con los extranjeros, por lo que la xenofobia no está presente y esta nueva oleada ha sido acogida por los propios brasileros como una más que viene a enriquecer su cultura y tradiciones, no como una amenaza. Así, los primeros en brindar ayuda a los desplazados fueron los habitantes de Pacaraima y Boa Vista antes de que se instalara la *Operação Acolhida*. Sin embargo, una vez que la crisis alcanzó las proporciones que hemos descrito se puso en marcha la atención del gobierno federal la cual hace honor a esa tradición histórica que busca insertar a los migrantes y refugiados a la sociedad brasileña.

En ese sentido, Brasil ha dado la respuesta más planificada, organizada y ejecutada de toda la región, no solo por dar a la crisis el tratamiento correcto, de carácter humanitario, sino por haberse adecuado rápidamente a las particularidades de la migración proveniente desde Venezuela.

²⁰ Fuente disponible en <https://r4v.info/es/situations/platform/location/7509> consultada el 10 de noviembre de 2020 y el 27 de enero de 2021.

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos- Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm consultada el 27 de enero de 2021.

La comprensión en materia de documentación y de recursos puso en marcha a todas las instituciones oficiales y no gubernamentales para fijar los criterios de atención, priorizando a la persona y su vulnerabilidad frente a la rigidez legal. Así, la creación de soluciones prácticas en la propia zona de fronteras para identificar a los menores de edad que no contarán con un documento de identidad emitido en Venezuela, por citar solo un ejemplo, es una muestra de la voluntad de Brasil para cumplir la ley y los tratados internacionales, preservar los derechos humanos y también colocar en el centro de la crisis al migrante y al refugiado.

En Brasil todos los migrantes y refugiados poseen un estatus legal. No hay venezolanos indocumentados, salvo aquellos que cruzaron irregularmente con la frontera cerrada en el último año y que en algún momento deberán regularizar su situación cuando así lo dispongan las autoridades. Todos los venezolanos tienen CPF o número de catastro fiscal que les permite abrir una cuenta bancaria, obtener una línea de teléfono y alquilar una vivienda, todo lo cual se traduce en legalidad y tributación inmediata. Todos los migrantes y refugiados poseen *Carteira de Trabalho* o carné para trabajar y, además, no hay costos de entrada para los empleadores ni requisitos excepcionales para contratar venezolanos. Los venezolanos migrantes tienen acceso al servicio público de salud de manera gratuita y los niños tienen acceso al sistema de educación pública y gratuita. Con la llegada de la pandemia del COVID-19, durante el año 2020 los migrantes y refugiados fueron beneficiados con la ayuda de emergencia que el gobierno federal aprobó para paliar los efectos de crisis que esta situación generó. Un venezolano en Brasil tiene hoy los mismos derechos y obligaciones que un nacional, con la única excepción del derecho al sufragio.

Las agencias de la ONU (ACNUR y OIM) así como más de 118 organizaciones no gubernamentales, trabajan en los mismos espacios junto a la Policía Federal, e intervienen en cada fase del proceso, aconsejando al migrante en la toma de las decisiones que le permitan residir y trabajar legalmente en Brasil, todo bajo el control del Ejército brasileño que en la frontera y los refugios hace patente su lema "*Braço forte, mão amiga*" (Brazo fuerte, mano amiga), ya que por un lado resguardan la integridad territorial de su país y por otro, son la cara visible y que da la bienvenida a los migrantes y refugiados que vienen de Venezuela.

El general de división del Ejército brasileño Eduardo Pazuello, primer comandante de la *Força Tarefa Logística Humanitaria Operação Acolhida* entre 2018 y 2020, sentó las bases de un modelo que debe ser reconocido por todas las agencias y organizaciones defensoras de los derechos humanos, y su efectividad una lección aprendida que debe estudiarse y emplearse allende las fronteras de Brasil. La *Operação Acolhida* combinó magistralmente la protección de la soberanía del Estado con la acción humanitaria, y la seguridad de sus fronteras con la atención y el respeto de los derechos humanos como norte, labor continuada por el general Antonio Barros, actual comandante de la operación.²²

La *Operação Acolhida* como respuesta de la República Federativa de Brasil a la crisis de los migrantes y refugiados de Venezuela es un ejemplo para el mundo en el respeto de los derechos humanos y en el tratamiento digno, profesional y humano que cada ciudadano merece.

²² Nuevo contingente de militares del ejército de Brasil sale desde el Palacio de Planalto para integrarse a la Fuerza de Tarea Logística y Humanitaria *Operação Acolhida*. Enero de 2021. Disponible en: https://www.eb.mil.br/web/noticias/noticiario-do-exercito/-/asset_publisher/MjaG93KcunQI/content/id/12697257 consultada el 27 de enero de 2021.

RACISMO Y VIOLENCIA POLICIAL EN VENEZUELA. UNA CONVERSACIÓN ENTRE VENEZOLANOS DESDE AFUERA Y ADENTRO DEL IMPERIO

Keymer Ávila*
Elvira Blanco Santini**
Alejandro Quryat***

Dedicado a Pedro Nikken el gran arquitecto del diálogo nacional, quien tanta falta le hace al país entero en estos duros tiempos que vivimos.

El asesinato de George Floyd a manos de la policía de Minneapolis, el 25 de mayo de 2020, reavivó todo el debate sobre el racismo y la violencia policial en los EE. UU., también le dio un nuevo aire al movimiento Black Lives Matter que ya había alcanzado un gran reconocimiento después de las muertes de Michael Brown y Eric Garner en 2014. Esto generó un gran impacto en la opinión pública a nivel global. En este contexto, Elvira Blanco (EB) y Alejandro Quryat (AQ), como venezolanos que hacemos vida en los EE. UU., tuvimos la iniciativa de hacerle una entrevista a Keymer Ávila (KA), quién lleva años investigando la violencia institucional y el sistema penal en Venezuela, para que nos explicara cuáles son las reflexiones que pueden hacerse sobre estos temas desde el país de la llamada Revolución Bolivariana. ¿Cuáles son los nexos entre el racismo y la violencia estatal en Venezuela?

Esa entrevista fue publicada originalmente en inglés el 6 de julio de 2020 en la página *No Borders News*. A continuación, se presenta la versión original en español, actualizada, revisada y editada a tres manos por quienes suscriben el preste texto.

* Investigador del Instituto de Ciencias Penales y Profesor de Criminología en pre y postgrado de la Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Red de Activismo e Investigación por la Convivencia (REACIN) y Colaborador del OSPDH de la Universitat de Barcelona. Correo electrónico: keymerguaicaipuro@gmail.com. Su actual línea de trabajo y participación en este artículo contó con el respaldo del Instituto de Educación Internacional (IIE) y REACIN.

** Investigadora y estudiante doctoral en Culturas Latinoamericanas e Ibéricas en la Universidad de Columbia, Nueva York. Correo electrónico: elvirablancos@gmail.com

*** B.A. en Literatura Comparativa por la Universidad de Columbia. Correo electrónico: alecoriat@gmail.com

EB-AQ: ¿Qué formas toma la opresión racial en Venezuela? ¿Qué grupos enfrentan discriminación sistemática racializada?

KA: Lo primero que debo aclarar es que mi área de investigación no se concentra en el tema racial sino en la violencia institucional, específicamente la del sistema penal. Los sistemas penales se caracterizan por ser selectivos, clasistas, racistas y xenófobos. Es dentro de este marco que pudiera acercarme al tema racial.

De una manera muy general lo que les puedo comentar es que el racismo en Venezuela es un problema no admitido ni asumido, es casi un tema tabú. Se trataría más de un racismo simbólico, cultural, latente¹, que se presenta en ocasiones como algo simpático o humorístico, estético, junto a un cúmulo de prejuicios, así como sutiles e indirectas formas de opresión, discriminación, estigmatización y exclusión. Esto va desde el no reconocimiento u ocultamiento de la propia herencia africana o indígena hasta la autodiscriminación. Es lo que llaman *endoracismo* –concepto desarrollado en el país por Pineda²– que es el racismo ejercido por los propios discriminados. Por ello cuesta también tanto asumirlo. No alcanza los niveles institucionalizados y extremos que tiene en EE. UU., pero sin duda alimenta un sustrato para legitimar posteriormente otras formas de violencia en contra de estos grupos.

¿Quiénes formarían estos grupos? Pobres, afrodescendientes e indígenas. Hasta hace pocos años, cuando éramos un país receptor de migrantes, en estos grupos también se encontraban los haitianos, trinitarios, colombianos, ecuatorianos y peruanos. En contraste, a los migrantes provenientes de España, Italia y Portugal se les otorgaba un trato mucho más privilegiado. No se trataba entonces solo de xenofobia, había también implícito racismo y clasismo en contra de estas personas. Ahora esa situación se revierte, ya que actualmente son los venezolanos los que sirven de chivo expiatorio en muchos países, dado el enorme éxodo de al menos el 13% de nuestra población³.

EB-AQ: ¿Cómo se entrecruzan clase y raza en Venezuela?

KA: Están íntimamente vinculadas, como lo están en la mayoría de los países coloniales que explotaron a los esclavos traídos de África entre los siglos XVI y XVIII. En el caso de Venezuela las clases altas y sus familias tradicionales –algunas que se remontan a la colonia– son predominantemente blancas y endogámicas, no se mezclan⁴. En otro nivel pudieran considerarse también a los migrantes italianos, españoles y portugueses que vinieron a mitad del siglo pasado huyendo de las guerras mundiales y que llegaron como mano de obra calificada, que luego lograron ascender en la escala social. Esta oleada migratoria europea fue promovida por el gobierno de Pérez Jiménez en un intento de “modernizar” y “blanquear” al país (“mejorar la

¹ Esther Pineda, “Discriminación racial y vida cotidiana en América Latina: Empleo, educación y medios de comunicación”, en: *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, 22(2), 2016, pp. 121-144.

² Esther Pineda, *Racismo, endoracismo y resistencia*, Editorial el Perro y la Rana, Caracas, 2017.

³ ACNUR, La UE, OIM y ACNUR expresan su solidaridad con los refugiados y migrantes venezolanos, 2019. Disponible: <https://www.acnur.org/es-es/noticias/press/2019/10/5db85e8f4/la-ue-oim-y-acnur-expresan-su-solidaridad-con-los-refugiados-y-migrantes.html> (Consultado el 19 de septiembre de 2020); Keymer Ávila, “¿Un éxodo venezolano?”, en: *North American Congress on Latin America (NACLA)*, 2018. Disponible: <https://nacla.org/news/2018/10/30/%C2%BFun-%C3%A9xodo-venezolano> (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

⁴ Angelina Pollak-Eltz, “¿Hay o no hay racismo en Venezuela?”, en: *Ibero-amerikanisches Archiv*, 19.3/4, 1993, Berlín, pp. 271-289.

raza”⁵). De este grupo algunos se mezclaron, aunque no la mayoría. Acá pudieran verse, entonces, las capas más altas de la sociedad, que serían las minoritarias, con un importante poderío económico, pero actualmente venidas a menos en lo político.

Luego vendría la mayoría del país que es fundamentalmente mestiza⁶, mezcla de indios, negros y blancos. Precisamente esta condición de asumirnos como producto de esta mezcla es lo que hace que nos cueste aceptar que tenemos problemas raciales.

En las clases populares hay mayor cantidad de afrodescendientes e indígenas que en las clases medias. Pudiéramos afirmar que el mestizaje dentro de nuestra estructura social tiene la forma de un rombo o diamante, en la medida que te acercas a la cúspide o a la base de la estructura social venezolana el mestizaje es menor, mientras más arriba menor melanina, mientras más abajo mayor melanina, en las capas medias el mestizaje es mucho mayor.

Por lo tanto, en nuestro país la segregación de clase suele estar muy vinculada a la segregación racial.

EB-AQ: ¿El Chavismo representó un avance contra el racismo?

KA: Algunos posiblemente podrían considerar la victoria de Chávez en 1998 como un éxito simbólico, al ser el primer presidente *zambo* y de extracción popular en el país. Sin embargo, esto tuvo más una impronta de clase que de raza; –como ya les comenté– los temas de raza y clase en Venezuela están íntimamente vinculados. Por parte de la oposición tradicional afloraron los discursos racistas y clasistas. Pero a dos décadas de este evento, no puede afirmarse que las clases más excluidas están mejor que antes, ni que el chavismo haya significado un empoderamiento de estos sectores. Todo lo contrario, hoy en día hay mayor pobreza, desigualdad, exclusión y represión.

EB-AQ: En el presente, bajo el régimen de Nicolás Maduro, ¿cómo interactúan las fuerzas policiales o de seguridad con grupos racializados u oprimidos por el racismo? ¿Cómo responden estas fuerzas cuando estos grupos se organizan por sus derechos?

KA: Cuando denunciarnos que en Venezuela la policía lleva una masacre por goteo en contra de jóvenes de los sectores populares, nos referimos a jóvenes pobres y racializados. En el país el sistema penal es tan clasista y racista como en otros países de la región; la diferencia podría estar en sus altos niveles de letalidad⁷.

Las llamadas fuerzas del orden, como en todas partes, están destinadas al disciplinamiento, control y represión de las clases populares a las que las élites gobernantes siempre consideran peligrosas. Esa es la razón real de su existencia, que se encubre detrás de distintos tipos de discursos, predominantemente normativos, que invocan al interés general y a la seguridad pública, pero que en esencia se reduce a la protección de los pocos que detentan el poder político y económico.

⁵ Keymer Ávila, “¿Un éxodo venezolano?”, ob. cit.; Froilán Ramos, “La inmigración en la administración de Pérez Jiménez (1952-1958)”, en: *Heurística. Revista Digital de Historia de la Educación*, N° 13, enero-diciembre, 2010.

⁶ Angelina Pollak-Eltz, ob. cit.

⁷ Keymer Ávila, *Una masacre por goteo: Venezuela y la violencia institucional*, Nueva Sociedad, 2019. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/venezuela-maduro-represion-izquierda/>; Id., “Uso de la fuerza letal en Venezuela”, en: VV.AA. *Monitor del uso de la Fuerza Letal en América Latina: un estudio comparativo de Brasil, Colombia, El Salvador, México y Venezuela*, CIDE, México, 2019. Disponible en: https://www.academia.edu/40204595/Uso_de_la_Fuerza_Letal_en_Venezuela (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

Todo esto se remonta a nuestra historia colonial. La colonia fue siempre un Estado de policía. El advenimiento del llamado Estado de Derecho que ponía límites normativos al poder en los países centrales no operaba de la misma forma en sus periferias. Los habitantes de las colonias no eran considerados ciudadanos, sino salvajes, privados de derechos y sujetos a un estado de excepción⁸. Esa idea aún se encuentra muy arraigada en nuestros países. De allí algunas de las justificaciones de los excesos de la violencia institucional y especialmente la policial.

En el caso venezolano particular, los cuerpos de seguridad desde sus orígenes venían signados por su militarización e instrumentalización político-partidista, así como por sus excesos contra las clases populares. La lógica bélica que se impuso para hacer frente a la lucha armada de las décadas de los sesenta y setenta, que dejó un saldo de miles de casos⁹ de violaciones a los derechos humanos, se trasladará en los años siguientes a las prácticas cotidianas de los organismos de seguridad.

Casos como los “pozos de la muerte”¹⁰, la masacre de “El Amparo”¹¹ o “El Caracazo”¹² serán emblemáticos para las últimas décadas de nuestro siglo XX.

⁸ Keymer Ávila, “Estado de excepción y necropolítica como marco de los operativos policiales en Venezuela”, en: *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 15, 2018, Universitat de Barcelona, 2018, pp. 180-214. Disponible en: https://www.academia.edu/37864150/Estado_de_excepci%C3%B3n_y_necropol%C3%ADtica_como_marco_de_los_operativos_policiales_en_Venezuela (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

⁹ Comisión por la Justicia y la Verdad, *Contra el silencio y el olvido. Por la Verdad y la Justicia. Informe Final*. Venezuela, 2017.

¹⁰ En 1986 este caso estuvo dentro de la agenda mediática luego de la aparición de cinco cadáveres enterrados en una fosa descubierta en las adyacencias de la ciudad de Maracaibo, la cual de acuerdo con la investigación –no realizada en primera instancia por los órganos competentes del Estado– involucraba a los funcionarios de la misma Policía Técnica Judicial (PTJ) local. Nunca se llegó a saber la conclusión de las investigaciones policiales porque la decisión del gobierno nacional y regional de entonces fue mantenerlas en secreto. Keymer Ávila, *Uso de la fuerza y derecho a la vida en Venezuela*, Provea, Caracas, 2019, p. 35. Disponible en: https://www.academia.edu/38929072/Uso_de_la_fuerza_p%C3%B3blica_y_derecho_a_la_vida_en_Venezuela (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

¹¹ En octubre de 1988, 14 pescadores, del Estado Apure (fronterizo con Colombia), fueron acribillados (fusilados por las espaldas y parte posterior de la cabeza) por el Comando Especial José Antonio Páez (CEJAP), constituido por efectivos del ejército, la policía política (DISIP hoy en día SEBIN) y la policía científica (PTJ hoy en día CICPC), encargado de custodiar la frontera y protegerla de las incursiones de la guerrilla colombiana y del narcotráfico. Los muertos supuestamente habían sido confundidos con los miembros de una columna guerrillera de cuyos planes se obtuvo la información que harían estallar el oleoducto local. El modus operandi del CEJAP para estas masacres consistía en contratar obreros y simular con ellos un enfrentamiento para justificar las erogaciones de la partida secreta del Ministerio del Interior.

Ante el “error”, las autoridades nacionales de más alto rango, en vez de rectificar, mantuvieron los argumentos esgrimidos por los funcionarios que adelantaron la operación, insistieron que se trató de un enfrentamiento, inicialmente con supuestos guerrilleros colombianos, posteriormente con personas con antecedentes delictivos. Ninguna de estas afirmaciones se comprobó. El caso fue controlado y manipulado por la jurisdicción militar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció la obligación del Estado venezolano de indemnizar a los familiares de las víctimas. Algunos miembros integrantes del CEJAP se mantuvieron muchos años después en el poder, en distintas posiciones, desde comandos, pasando por asesorías en materia de “seguridad”, hasta gobernaciones. Aún hoy unos pocos, a pesar de los aparentes cambios políticos del país, han sido parte del actual gobierno venezolano (*Ibid.*, 35-36).

¹² Fue una reacción de protesta popular en contra de las políticas neoliberales con las cuales se inauguró el gobierno de ese año. La represión del gobierno de Carlos Andrés Pérez a través de los cuerpos de seguridad fue dura y encarnizada, no existe certeza del número real de víctimas fatales y heridas, pues

El siglo XXI en Venezuela venía acompañado de la promesa de un cambio radical, de una ruptura con todo lo anterior. Sin embargo, lo que sucedió fue la continuidad y profundización de todo lo que ya venía muy mal¹³.

Según información oficial cotejada en nuestros estudios, entre los años 2010 y 2018 fallecieron a manos de las fuerzas de seguridad del Estado unas 23.688 personas. El 69% de estos casos ocurrió entre 2016 y 2018. La tasa de homicidios a manos de efectivos del Estado por cada cien mil habitantes (pccmh) se sextuplica entre 2010 y 2018, llegando a 16,6 pccmh, un registro superior a las tasas de homicidios totales de la mayoría de los países del mundo¹⁴.

Asimismo, la proporción de estos casos frente al total de homicidios se incrementa, en ese mismo período, de 4% a 33%. Es decir, actualmente uno de cada tres homicidios que ocurre en el país es consecuencia de la intervención de las fuerzas de seguridad del Estado. Esto en un país cuya tasa de homicidios es de 50 pccmh puede considerarse como una masacre: durante 2018 murieron diariamente 15 jóvenes venezolanos por estas causas¹⁵.

Para tener una idea de las dimensiones: en Brasil este tipo de casos apenas ocupan el 7 % de sus homicidios. Durante 2017, Venezuela tuvo más muertes por intervención de la fuerza pública que este país vecino, que tiene siete veces su población: Brasil 4.670 muertes, Venezuela 4.998¹⁶.

Otro contraste que puede resultar de interés para ustedes: Patrick Ball¹⁷ estima que entre 8 % y 10 % de los homicidios ocurridos en los EE. UU. son consecuencia de la intervención de sus fuerzas de seguridad. En Venezuela ese porcentaje es tres veces mayor.

Estos son algunos de los saldos que caracterizan al actual gobierno, que lejos de debilitarlo le fortalecen, porque opera con una lógica necropolítica: en la medida que se deterioran las condiciones materiales de vida, la vida misma parece también perder su valor. En ese proceso se ejercen mayores y más efectivos controles sobre la población¹⁸. Mientras más se le acusa de autoritario y dictatorial, como generador

el gobierno dijo que hubo 276, Amnistía Internacional refirió 500, mientras varias ONG aseguraron que la cantidad real alcanzaba las 3.000 víctimas. Estos saldos fatales se produjeron entre el 27 de febrero de 1989 y las semanas posteriores a éste, durante las cuales se suspendieron las garantías constitucionales relativas a la libertad y casi todos los derechos civiles y políticos. Según algunos estudiosos, este fenómeno abrió el camino para un uso más generalizado de la violencia por parte de la población (*Ídem*).

¹³ Ávila, “Estado de excepción y necropolítica”, ob. cit.; Id. “Inseguridad, el devenir del discurso y la política oficial”, en: *El Estímulo*, 2018. Disponible en: <https://web.archive.org/web/20190226165909/https://elestimulo.com/climax/inseguridad/> (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

¹⁴ Keymer Ávila, *Una masacre por goteo*, ob. cit.; Id., “Uso de la fuerza letal en Venezuela”, ob. cit.; Id. “Uso de la fuerza pública y derecho a la vida en Venezuela”, ob. cit.

¹⁵ Keymer Ávila, *Una masacre por goteo*, ob. cit.

¹⁶ Carlos Silva, Catalina Pérez, Ignacio Cano, y Keymer Ávila, “Análisis comparativo regional. Monitor Uso de la Fuerza Letal en América Latina”, en: VV.AA. *Monitor del uso de la Fuerza Letal en América Latina: un estudio comparativo de Brasil, Colombia, El Salvador, México y Venezuela*, CIDE, México, 2019. Disponible en: https://www.academia.edu/40205155/An%C3%A1lisis_comparativo_regional_Monitor_Uso_de_la_Fuerza_Letal_en_Am%C3%A9rica_Latina (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

¹⁷ Patrick Ball, *Violence in Blue*, Granta, 2016. Disponible en: <https://granta.com/violence-in-blue/> (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

¹⁸ Keymer Ávila, “Estado de excepción y necropolítica”, ob. cit.

de terror, más se envilece. Allí yace su principal capital político. Su legitimidad no se encuentra ni en los votos ni en la voluntad popular, sino en el ejercicio ilimitado del poder y de la fuerza. El miedo es una de sus principales herramientas.

Con la pandemia, esta excepcionalidad solo ha seguido extendiéndose, otorgándole más poder a quienes ya controlaban todo el aparato del Estado. Durante los primeros cinco meses de cuarentena –período en el que se esperaba que al reducirse la movilidad social se redujera también la violencia callejera– murieron a manos de las fuerzas de seguridad del Estado más de 1.171 personas. 125 de ellas eran privados de libertad que huyeron, huían o manifestaban contra las precarias condiciones en las que se encontraban en calabozos policiales o centros penitenciarios. Son ocho muertes diarias, que no escandalizan a nadie. En ese mismo lapso el COVID-19, según cifras oficiales, había acabado con la vida de 259 personas¹⁹, es decir, dos personas cada día. Para los venezolanos, las fuerzas de seguridad del Estado son cinco veces más letales que la pandemia que azota al mundo²⁰.

Es importante distinguir algo que se manipula mucho en los medios de comunicación cuando se aborda el tema Venezuela, desde los prejuicios de clase y de raza: las cifras de miles de muertes que acabo de señalar se refieren a jóvenes de los sectores populares que son masacrados bajo la excusa de la “seguridad ciudadana”. No se trata de disidentes políticos ni manifestantes. Es importante señalar estas diferencias. Esto no significa que en Venezuela la represión contra las manifestaciones no sea brutal²¹, pero la violencia institucional de carácter letal no se expresa en estos contextos de manera tan masiva como la que se aplica de manera sistemática, permanente y cotidiana contra los jóvenes de los sectores populares.

La represión del Estado siempre es política, la seguridad ciudadana solo sirve como excusa para ello. Esta represión se distribuye socialmente de manera diferenciada: en los barrios pobres es ilimitada y letal, mientras que en las manifestaciones

¹⁹ Patria Blog, *COVID-19 Estadísticas Venezuela*, 2020. Disponible en: <https://covid19.patria.org.ve/estadisticas-venezuela/> (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

²⁰ Es la cifra total del seguimiento diario que Ávila junto con su equipo realiza sobre estos casos registrados en las noticias a nivel nacional, en el que se tiene como unidad de observación a cada víctima de los eventos ocurridos entre el 13 de marzo y el 13 de agosto. La principal fuente de información fueron los portales digitales del Ministerio de Interior y Justicia y el Ministerio Público, así como 36 diarios (16 nacionales y 20 regionales). Cuando era necesario complementar información se revisaron también las páginas o redes sociales de las policías del lugar de los hechos. En los casos en los que existía información oficial ésta era priorizada ante cualquier otra fuente. Para más detalles consultar: Keymer Ávila, *¿Qué es más mortal en Venezuela: sus fuerzas de seguridad o el COVID-19? Inquietudes securitarias en tiempos de pandemia*, Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), Caracas, 2020. Disponible en: https://www.academia.edu/43997305/_Qu%C3%A9_es_m%C3%A1s_mortal_en_Venezuela_sus_fuerzas_de_seguridad_o_el_COVID_19_Inquietudes_securitarias_en_tiempos_de_pandemia (Consultado el 19 de septiembre de 2020). Con los años, Ávila ha observado que con esta fuente y metodología apenas se logra hacer un modesto subregistro, que representa entre el 20% y el 30% de los casos que llega a registrar el sistema penal. Keymer Ávila, “Funcionarios de cuerpos de seguridad víctimas de homicidio: Estudios de casos del Área Metropolitana de Caracas”, en *Desafíos*, 28 (II), Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, p. 32. Disponible en: <https://bit.ly/37AJA9L> (Consultado el 19 de septiembre de 2020); Id. *Uso de la fuerza y derecho a la vida en Venezuela*, ob. cit., p. 54.

²¹ Keymer Ávila y Natalia Gan, “Balance de muertes violentas ocurridas en el contexto de la conflictividad política en Venezuela durante abril-julio de 2017”. En: *Anuari del conflicte Social*, Nº 7, Universitat de Barcelona, 2017. Disponible en: https://www.academia.edu/37184267/Balance_de_muertes_violentas_ocurridas_en_el_contexto_de_la_conflictividad_pol%C3%ADtica_en_Venezuela_durante_abril-julio_de_2017 (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

depende de quiénes protesten. Cuando los pobres son los que protestan la represión es mayor, como se pudo observar con las protestas de finales de enero del año pasado en Venezuela, con un saldo aproximado de 50 personas fallecidas en menos de dos semanas. En contraste, cuando son jóvenes de las capas medias o estudiantes universitarios los que protestan la violencia institucional generalmente se expresa de formas menos letales, como detenciones arbitrarias, torturas, allanamientos masivos ilegales, procesamientos de civiles en jurisdicción militar, etc.²².

EB-AQ: Usted dice que hubo una profundización de lo que ya venía muy mal. ¿Qué políticas condujeron a esto? ¿Qué transformaciones se dieron en las instituciones policiales bajo el chavismo que explican este incremento de los homicidios a manos de las policías?

KA: Como señalé, las décadas de los sesenta, setenta y ochenta no eran ni un cuento de hadas ni Disneyland en Venezuela. Desde 1998 y al menos hasta la muerte del Presidente Chávez, el discurso para abordar el problema de la inseguridad tuvo un enfoque predominantemente social. A partir del año 2013 el discurso gubernamental cambió a uno más represivo, muy próximo ideológicamente al de sus supuestos adversarios ideológicos. De esta manera pueden distinguirse claramente dos etapas en el discurso y la política oficial respecto a la seguridad ciudadana en la Venezuela del siglo XXI²³.

Una primera etapa puede ubicarse entre 1998 y 2013. Inicia con el primer gobierno del Presidente Chávez, que logra capitalizar todo el descontento con un sistema político deslegitimado. Chávez transforma ese descontento en esperanza y en un proyecto político que prometía una transformación radical, de ruptura con el viejo orden. Eso pasaba por la refundación de la República, la nueva Constitución y una serie de reformas institucionales. El tema era la política y lo social. La seguridad ciudadana no estaba en la agenda y en tal caso ésta se terminaba diluyendo en el discurso de las políticas sociales. La línea era el discurso mertoniano clásico: la falta de oportunidades crea condiciones para que los más pobres cometan delitos. ¿Qué receta exige esto? Mejorar entonces sus condiciones de vida.

En consecuencia, el enfoque se concentró —en apariencia— solo en lo social, en el tema de la inclusión y no se atendieron los espacios que son propiamente securitarios: las policías, el CICPC, los fiscales, los tribunales y las cárceles. Estas instituciones permanecieron inmutables a los cambios. Venían ya muy mal, y se fueron convirtiendo progresivamente en parcelas autónomas de poder respecto al propio Estado. Esto no fue una novedad del gobierno de Chávez, solo se agudizó durante éste. Fue una especie de continuidad de un proceso de precarización y deterioro institucional²⁴.

²² Keymer Ávila, “Estado de excepción y necropolítica”, ob. cit.; Keymer Ávila, *Manifestaciones y juicios militares*. PROVEA, 2017. Disponible en: <https://www.derechos.org/ve/opinion/manifestaciones-y-juicios-militares>; Id. “Punto de Corte”, en: *Entrevista PDC Keymer Ávila “Lo que estamos viviendo actualmente en Venezuela es producto de décadas de desidia y precariedad institucional”*, 2020. Disponible en: <https://puntodecorte.com/keymer-avila-lo-que-estamos-viviendo-actualmente/> (Consultados el 19 de septiembre de 2020).

²³ La base de la respuesta a esta pregunta, así como la explicación de las etapas que se describen en la misma fueron desarrolladas antes en: Keymer Ávila, *Uso de la fuerza y derecho a la vida en Venezuela*, ob. cit., pp. 21-23.

²⁴ Ávila, “Estado de excepción y necropolítica”, ob. cit.; Id. *Uso de la fuerza pública y derecho a la vida en Venezuela*, ob. cit.

En materia legislativa también se siguió con la misma racionalidad de los gobiernos anteriores: aumento de penas, disminución de beneficios, extensión de conductas criminalizadas, etc. Lejos de contribuir al mejoramiento del sistema, todo esto lo colapsa y enlentece, haciéndolo también más arbitrario y violento.

Desde lo ideológico es importante destacar que la retórica de algunos formadores de opinión, pretendidamente progresistas, intenta trazar un vínculo causa-efecto entre pobreza-violencia. El enfoque en este vínculo inadvertidamente puede coincidir con el discurso clasista de la derecha más conservadora, y sugerir superficialmente que el Estado solo debe intervenir socialmente. Esta idea, junto a la visión romántica e idealizada del delincuente, ha sido superada por la criminología crítica —especialmente la inglesa—, desde finales de los años 70 del siglo pasado, cuando se encargó de analizar, comprender e incidir en la política criminal concreta. Desde ese tiempo se tiene la conciencia que los más afectados por el problema de la violencia y la inseguridad son los más pobres y que se tiene que hacer algo al respecto.

Sin embargo, ese fue el discurso que asumió el gobierno del Presidente Chávez desde que tomó el poder hasta el día de su despedida. En él, las causas de la violencia se entendían entonces como factores asociados a la exclusión, la desigualdad, la pobreza, la falta de oportunidades. En consecuencia, tendrían que reducirse de manera prioritaria estos factores. Más allá del tema de la seguridad, lo que habría que preguntarse en estos momentos es si hubo durante todos esos años una real satisfacción de necesidades de manera estructural, universal, institucionalizada, permanente, ininterrumpida, no coyuntural. Si ese pretendido Estado Social llegó efectivamente a ser tal y si logró ser sostenible. O, por el contrario, solo se trató de otra repartición coyuntural de la renta petrolera en tiempos de abundancia.

En términos estrictamente discursivos, la política criminal durante este período parece haberse disuelto en la política social. Esta fue una de las grandes advertencias de Baratta²⁵: una política de seguridad debe estar integrada a una política social general que la abarque. Una política de seguridad sin una política social general que le sirva de marco no tiene sentido. La política social no debe ser confundida con la política de seguridad; mucho menos debe ‘criminalizarse’ la política social utilizando lógicas securitarias para elaborarla. Este es un error común y muy seductor para enfoques pretendidamente progresistas.

Por otro lado, una política social general que no garantice la presencia institucional del Estado como mediador e interventor en conflictos y como defensor del más vulnerable en situaciones que constituyan amenazas o riesgo a su integridad física o en el disfrute de sus derechos, puede sufrir crisis internas, como en el caso venezolano²⁶.

La política concreta más emblemática en materia de seguridad ciudadana durante esta primera etapa fue el diseño en 2006 de la Comisión Nacional de Reforma Policial (CONAREPOL). Esta fue creada en el contexto de un año electoral, que coincidió con un aumento de los homicidios en el país y con casos que impactaron a la

²⁵ Alessandro Baratta, “Política criminal: entre la política de seguridad y la política social”, en: *Delito y Seguridad de los Habitantes*, Editorial Siglo XXI, ILANUD y Comisión Europea, México, 1997.

²⁶ Keymer Ávila, “Homicidios en Venezuela: principales debates y aproximaciones explicativas”, en: *Revista Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Colegio Mayor de Cundinamarca*, Vol. 10, N° 12, 2017, pp. 117-140. Disponible en: https://www.academia.edu/34865447/Homicidios_en_Venezuela_Principales_debates_y_aproximaciones_explicativas_Homicidios_in_Venezuela_Main_debates_and_explanatory_approaches_Homic%3%ADdios_na_Venezuela_Principais_debates_e_abordagens_explicativas (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

opinión pública (Kennedy²⁷, Sindoni²⁸ y Faddoul²⁹). Estos casos, instrumentalizados por la oposición con fines electorales, involucraban a funcionarios policiales y a víctimas con un alto poder de reclamo social.

¿Cuál fue la respuesta del gobierno ante esta demanda? La CONAREPOL. La creación de este espacio fue una decisión política acertada por parte del gobierno, porque ante una crisis creó consensos, además ejerció de forma racional y seria la elaboración de políticas públicas. Se diseñó un nuevo modelo policial plasmado en una legislación y en decenas de resoluciones de avanzada entre los años 2006 y 2013.

Con este impulso se inicia una nueva institucionalidad en términos normativos-formales. Sin embargo, es importante advertir que un asunto es el diseño de la política y otro su implementación. Los aparatos policiales y militares llevan su propia agenda, tienen intereses corporativos que se ven afectados con cualquier reforma que procure imponerles límites y controles legales e institucionales a sus actuaciones³⁰.

Así, mientras la reforma policial era objeto de la propaganda oficial, en la calle se llevaba realmente una “contrarreforma” por parte de las fuerzas de seguridad del Estado. Contrarreforma que, paradójicamente, se oculta detrás del nuevo modelo y de su bloque normativo que no se aplica. Ambos sirven para ser exhibidos en momentos de crisis de la policía, la maquillan, la relegitiman política, social y mediáticamente.

²⁷ El 27 de junio de 2005, seis estudiantes universitarios pasaban en un vehículo por el sector Kennedy, en Macarao, cuando se toparon con un grupo de personas armadas (policías) ubicado en una alcabala. Los estudiantes se asustaron porque pensaron que eran delincuentes y aceleraron, emprendiendo la huida. Los funcionarios comenzaron a disparar ráfagas. Luego comenzó una fuerte persecución hasta que dieron con los estudiantes y arremetieron en su contra. El Ministerio Público acusó a 24 funcionarios policiales por homicidio calificado efectuado contra tres de estos estudiantes y por lesiones causadas contra los otros tres. El juicio se inició en mayo de 2006 y culminó tres meses después con la sentencia condenatoria contra todos los acusados. Las penas oscilaron entre tres y 30 años de acuerdo al tipo de delito cometido. Keymer Ávila, “La instrumentalización del delito: política, empresas de comunicación e inseguridad. Sobre cómo la inseguridad logró posicionarse en el primer lugar de la agenda pública en Venezuela”, en: *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 2, Universitat de Barcelona, 2012, p. 45. Disponible en: https://www.academia.edu/9144202/La_instrumentalizaci%C3%B3n_del_delito_pol%C3%ADtica_empresas_de_comunicaci%C3%B3n_e_inseguridad._Sobre_c%C3%B3mo_la_inseguridad_logr%C3%B3_posicionarse_en_el_primer_lugar_de_la_agenda_p%C3%BAblica_en_Venezuela (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

²⁸ El empresario italo-venezolano Filippo Sindoni fue secuestrado el 28 de marzo de 2006 en el Estado Aragua, al día siguiente fue encontrado su cuerpo sin vida en el Estado Lara. Por el asesinato de este empresario el Ministerio Público acusó a ocho personas (siete civiles y un funcionario policial) por los delitos de homicidio calificado, secuestro, robo agravado de vehículo, uso indebido de uniformes, entre otros. Un año y medio después del suceso los acusados fueron condenados con penas que van desde los dos hasta los 29 años de prisión. *Ídem*.

²⁹ Jhon Bryan, Kevin y Jason Faddoul Diab (todos adolescentes e hijos de un empresario libanés) y su chofer Miguel Rivas, fueron secuestrados desde el 23 de febrero de 2006, casi seis semanas después, el 4 de abril sus cuerpos fueron encontrados sin vida en el Estado Miranda (a menos de una semana del caso Sindoni). Seis de los 19 implicados admitieron los hechos en la audiencia preliminar y los otros 13 fueron condenados después del juicio. Cuatro de los condenados eran de la Policía Metropolitana, quienes trabajaban en conjunto con el hampa común. Las sentencias condenatorias oscilaron entre dos y 30 años de prisión, las últimas fueron dictadas en abril de 2009. *Ibid.*, p. 46.

³⁰ Keymer Ávila, ¿Qué pasó con la reforma policial en Venezuela? Preguntas y respuestas básicas sobre el proceso en su etapa púber, Programa de Cooperación en Seguridad Regional de la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), Bogotá, 2019. Disponible en: https://www.academia.edu/38777597/_Qu%C3%A9_pas%C3%B3_con_la_reforma_policial_en_Venezuela_Preguntas_y_respuestas_b%C3%A1sicas_sobre_el_proceso_en_su_etapa_p%C3%BAber (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

te. Su uso meramente declarativo invisibilizó prácticas rutinarias de la policía que terminaron por ser cada vez más peligrosas y dañinas. Podría decirse que todo el proceso de la reforma policial, usando términos de la sociología de Merton, cumplió una función manifiesta de diseñar un nuevo modelo policial, dignificar el servicio, hacerlo congruente con la protección de derechos humanos y el discurso progresista. Pero también tuvo varias funciones latentes: encubrir lo que ocurría en la realidad, oxigenar y expandir el aparato policial, mientras se profundizaba su discrecionalidad y las lógicas militaristas. La idea de la “unión cívico-militar” nunca dejó de estar presente en la operatividad real de estas instituciones³¹.

Con la muerte del Presidente Chávez se deja de lado el enfoque y el discurso de corte social, así como las menciones al “nuevo modelo policial” de naturaleza civil y preventiva, para dar inicio a una nueva etapa que arranca en el año 2013 y se extiende hasta la actualidad. Se asume un discurso distinto y se deja de lado la perspectiva más social para enfocarse principalmente en lo represivo. El nuevo Presidente toma el tema de la seguridad como eje central de acción política.

El discurso oficial y la política criminal toman un giro radical, acercándose ideológicamente al realismo de derecha, popularizado a finales de los años ochenta por Reagan y Thatcher. Ahora, el pobre pasa de víctima a victimario, a ser una especie de desagradecido que a pesar de las políticas sociales del gobierno insiste en seguir delinquiendo. Desde una visión de la izquierda más conservadora sería el “lumpen” que obstaculiza el avance de la revolución. Estas serían las excusas ideológicas para darle un cheque en blanco a los militares y las policías para que realicen una especie de “profilaxis social”. En la que todo el que cumpla con los rasgos que los estereotipos de clase y raza promocionan como la imagen de un delincuente, debe ser sacado del juego, ya sea intimidándolo, privándolo de libertad o eliminándolo físicamente.

El gobierno cambia a sus “enemigos”. Antes, tenía a unos todopoderosos en “El Imperio”, “El Capitalismo”, “La Burguesía”. Ahora el enemigo es el pobre del barrio, el “lumpen” mal agradecido. Se pasa así de la “lucha de clases” de carácter “antiimperialista” a una lucha intraclase que criminaliza a la pobreza³².

De esta manera el gobierno ha endurecido sus políticas de control policial y militar. Contra los marginados tienen operativos policiales militarizados con consecuencias cada vez más letales, tal como ya se los describí en la respuesta a la pregunta anterior. Sus ejemplos más recientes son las Operaciones de Liberación del Pueblo (OLP) y las actividades de las Fuerzas de Acciones Especiales (FAES)³³.

Finalmente, el panorama de estas últimas dos décadas confirma la existencia de un problema estructural con la continuidad y seguimiento de políticas. En 58 años de “democracia”, Venezuela ha tenido 43 Ministros de Interior. Éstos, en promedio, no duran ni un año y medio en el cargo. No se aprecia la existencia de una política basada en acuerdos mínimos de institucionalidad y un seguimiento consistente que

³¹ *Idem*.

³² Keymer Ávila, “Las Operaciones de Liberación del Pueblo (OLP): entre las ausencias y los excesos del sistema penal en Venezuela”, en: *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 12, Universitat de Barcelona, 2017, pp. 58-86. Disponible en: https://www.academia.edu/32305070/Las_Operaciones_de_Liberaci%C3%B3n_del_Pueblo_OLP_entre_las_ausencias_y_los_excesos_del_sistema_penal_en_Venezuela (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

³³ *Idem*; La Izquierda Diario, [ENTREVISTA] Ávila: “El entrenamiento de la FAES no es de contención sino de ataque letal”, 2019. Disponible en: <https://www.laizquierdadiario.com/ve/ENTREVISTA-Avila-El-entrenamiento-de-la-FAES-no-es-de-contencion-sino-de-ataque-letal> (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

trascienda a los actores que detentan coyunturalmente el poder³⁴. La única continuidad que se puede observar es el deterioro y corrupción de las instituciones que ahora ha alcanzado otros niveles, que incrementan la vulnerabilidad e indefensión de la ciudadanía frente a la violencia institucional y delictiva, que cada vez son más difíciles de distinguir entre sí.

EB-AQ: ¿De qué manera los indicadores sociales y económicos (como acceso a educación, salud, empleo, vivienda, entre otros) evidencian discriminación contra grupos oprimidos?

KA: Los datos y estadísticas sobre Venezuela actualmente son precarios. Como comenté, el tema del racismo no se ha asumido como problema, por lo tanto, no se aborda ni se registra.

Según el Censo Nacional del 2011, en términos de auto-percepción racial, solo un 2% de la población se reconoció como “negro/a” o “afro-descendiente”, mientras que 49% se identificó como “moreno/a”³⁵. No hay conciencia de la negritud³⁶. Esto dificulta la formación de organizaciones fuertes con perspectiva de raza como ocurre en EE. UU. y Brasil. En consecuencia, los debates, movilizaciones y luchas en este sentido son escasos, de corto alcance y rigurosidad.

Además, en un contexto de crisis generalizada vinculada a la satisfacción de las necesidades más básicas de la población, la agenda de prioridades es también de otra naturaleza. En Venezuela durante los últimos años los derechos sociales han retrocedido severamente, con una escasez general de alimentos y medicinas, que tiene como correlato la aparición de enfermedades que se consideraban erradicadas, tales como: malaria, difteria, sarampión, dengue, mal de Chagas, meningitis, tétanos y tuberculosis. Durante los últimos 13 años, la moneda ha perdido más de 100 millones de veces su valor, alcanzando una tasa de inflación estimada en más de 1.000.000%, semejante a la Alemania de 1923 o al Zimbabue de la década del 2000³⁷. Según la ENCOVI (Encuesta Nacional de Condiciones de Vida) entre 2014 y 2017 se pasó de un porcentaje de pobreza por ingreso de 48% a 87%, mientras que la pobreza extrema creció de 23,6% a 61%³⁸. En el último informe anual del PNUD³⁹, solo Siria y Libia, dos países con prolongadas guerras, han perdido más puestos en el Índice de Desarrollo Humano que Venezuela, que retrocedió 25 puestos entre 2012 y 2018. El informe de la Red mundial contra las crisis alimentarias⁴⁰ nos ubica como el cuarto

³⁴ Keymer Ávila, *Uso de la fuerza y derecho a la vida en Venezuela*, ob. cit., p. 23.

³⁵ Correo del Orinoco, *¿Hay racismo en Venezuela? Incodir realiza prueba piloto sobre la discriminación racial en Venezuela, 2015*. Disponible en: <https://www.aporrea.org/actualidad/n275035.html> (Consulta del 19-9-2020).

³⁶ Angélica Pollak-Eltz, ob. cit.

³⁷ Alejandro Werner, “Perspectivas para las Américas: Una recuperación más difícil. Diálogo a Fondo”, en: *El blog del FMI sobre temas económicos de América Latina*, 2018. Disponible en: <https://blog-dialogoafondo.imf.org/?p=9669> (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

³⁸ Luis Pedro España y María G. Ponce, *Encuesta sobre condiciones de vida en Venezuela*, IIES/UCAB, Caracas, 2018.

³⁹ Programa Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2019*, 2019. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_spanish.pdf (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

⁴⁰ Red mundial contra las crisis alimentarias (Global Network Against Food Crises), *Global report on food crises 2020. Joint analysis for better decisions*, 2020. Disponible en: <https://docs.wfp.org/api/documents/WFP-0000114546/download/> (Consultado el 19 de septiembre de 2020).

país en el mundo “necesitado de ayuda urgente” con 9,3 millones de personas, el 32% de la población, sufriendo de inseguridad alimentaria.

EB-AQ: ¿Qué movimientos hay por la justicia racial en Venezuela hoy, en términos amplios? ¿Qué dinámicas adoptan, qué obstáculos enfrentan?

KA: Creo que, en el país, en términos generales, hay una mayor conciencia de clase que de raza. Sospecho que algunas de las pocas organizaciones que pudieran existir son promovidas o han sido cooptadas por el gobierno como parte de sus aparatos de propaganda oficial. Eso hace que su ámbito discursivo y de acción sea bastante limitado. Pero este tema es mejor que lo aborden con un especialista en la materia.

EB-AQ: ¿Qué conciencia hay en Venezuela sobre el racismo en EE. UU., el movimiento por las Vidas Negras (BLM), y la rebelión en curso? ¿Y qué significado toman las discusiones sobre ello en el contexto político venezolano?

KA: Agradezco esta pregunta porque permite decir varias cosas que considero importantes y que veo que no se abordan en el debate público.

Venezuela es un territorio objeto de una disputa imperial entre EE. UU., China y Rusia; lamentablemente la dirigencia nacional ha ido llevando a los venezolanos a una situación de mayor indefensión. Esto hace que el país se cosifique de distintas maneras: para las potencias y su progresía somos una especie de laboratorio, donde los venezolanos no somos más que cobayos. Es a su vez, en términos foucaultianos, una enorme institución de secuestro.

En este contexto, no es solo inútil sino además inocente tratar de reducir esta complejidad a visiones dicotómicas entre gobierno-oposición, o aún de manera más ridícula izquierda-derecha. En realidad –a pesar del enorme rechazo hacia el gobierno, que cada vez es mayor– la oposición es casi inexistente y el gobierno prácticamente juega solo en el tablero nacional. De izquierda tiene poco, más allá de la estética y la propaganda que consumen acríticamente –ya sea desde el desconocimiento o la complicidad– sectores de una izquierda conservadora, que –afortunadamente– son cada vez más reducidos.

Así podemos ver sectores que condenan la violencia policial en EE. UU. pero legitiman y justifican la masacre que las fuerzas de seguridad llevan a cabo en Venezuela. Éstos también tienen su reflejo inverso en el espejo: los que legitiman y justifican la violencia policial en EE. UU. pero condenan con vehemencia cuando esto ocurre en Venezuela. Al final los *fans* de Trump y Maduro, respecto a estos temas, son bastante similares, porque siguen proyectos estructuralmente autoritarios, represivos y anti-democráticos. Aunque se auto-definan como antagónicos, son más bien complementarios, y se legitiman recíprocamente. Usan los excesos del otro como propaganda oficial para así encubrir o justificar sus propios excesos.

En Venezuela, por ejemplo, el gobierno usa el terrible caso de George Floyd para sus arengas y propagandas contra el gobierno de los EE. UU., con la finalidad de engatusar a incautos de buena fe de la progresía internacional. Con ello distraen la atención para ocultar el desastre que han hecho en el país, así como las masacres que ejecutan sus propios cuerpos de seguridad.

Por parte de los sectores de la oposición más tradicional, *Black Lives Matter* no va a encontrar mayor eco porque en el fondo son conservadores, racistas y clasistas, y están de acuerdo con ese tipo de excesos en contra de sectores excluidos. Solo levantan la voz por esos casos cuando las víctimas son sus propios militantes, algún joven

de clase media en el contexto de una manifestación política o cuando le conviene a su propia agenda mediática. Los miles de jóvenes pobres y racializados que mueren por intervención de la fuerza pública en el país les importan muy poco.

Como comenté, creo que la conciencia de raza en Venezuela está aún en estado de gestación. La izquierda en el país es predominante y mayoritariamente conservadora y eurocéntrica. No se plantea estos temas, y la raza no entra bien en su cartilla de la lucha de clases. Además, gran parte de ella está actualmente en un proceso de extinción autodestructiva al haber sido cooptada por los aparatos, las lógicas y retóricas oficiales. De allí su oscilación entre las justificaciones, el negacionismo, y el silencio cómplice con los excesos gubernamentales y las violaciones a los derechos humanos en el país. Solo sectores minoritarios y con poca incidencia se mantienen en pie de lucha. Afortunadamente la izquierda internacional y sectores progresistas se hacen cada vez más conscientes de lo que realmente sucede en Venezuela y poco a poco han dejado de lado las solidaridades automáticas con el gobierno.

La violencia institucional y las violaciones a los derechos humanos deben ser siempre condenadas de manera enérgica. No existen buenos violadores de derechos humanos y sus conductas no deben justificarse de ninguna manera. Ese doble rasero para condenar a unos y justificarles a otros los mismos excesos le hace un daño enorme a las sociedades, a los Estados y a la política misma.

EL CONCEPTO DE SOBERANÍA: OBSTÁCULO PARA LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Flavia Pesci Feltri*

SUMARIO

I. Introducción. II. Aproximación a la evolución del concepto de soberanía. III. La soberanía y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. IV. La previsión del DIDH en la Constitución Venezolana y su erradicación por parte de la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con fundamento en el concepto clásico de soberanía. V. A modo de conclusión.

Los cazadores declaran:

*El espíritu de la esclavitud se ha apagado desde el día de hoy,
'de un muro al otro', de una frontera a la otra de Manden;
la razzia se ha desterrado desde hoy en Manden;*

*Las tormentas nacidas de estos horrores han acabo desde
hoy en Manden.*

*¡Qué prueba la del tormento!
Sobre todo cuando el oprimido no puede recurrir a nadie.
Al esclavo no se le tiene consideración, en ninguna parte del mundo.*

*Las gentes de antes nos dicen: "El hombre como individuo
hecho de huesos y carne, de médula y de nervios,
de piel recubierta de pelos y de cabellos,
se nutre de alimentos y de bebidas;
pero su alma, su espíritu vive de tres cosas:
ver lo que quiere ver,
decir lo que quiere decir,
hacer lo que quiere hacer.*

* Abogado de la UCV; especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y en Derechos Humanos de la Universidad Complutense, de la que obtuvo también la suficiencia investigadora de los cursos de doctorado en Derecho Administrativo; fue docente de la UNIMAR y es actual profesora de Derecho Administrativo de la UCV; Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo (REDAV); Secretaria General del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Estudios de Derecho Administrativo (AVEDA).

*Si carece de una sola de estas cosas,
Sufrirá y con seguridad se marchitará”.*

En consecuencia, los cazadores declaran:

*a partir de ahora, todos son dueños de su persona,
a partir de ahora, cada uno es libre de sus actos,
cada uno dispone de los frutos de su trabajo.*

Este es el juramento de Manden, que todo el mundo lo oiga.¹

Estas poéticas estrofas forman parte de los siete capítulos de la Carta de Manden proclamada en el siglo XIII en Kurukan Fuga (actuales Guinea y Malí) por Sundiata Keita². Se la concibe como una de las constituciones más antiguas del mundo transmitida oralmente que organizó las comunidades tribales bajo valores fundamentales dirigidos a reconocer la libertad y la diversidad de las personas; el trabajo como medio para lograr el propio sustento; y la necesaria eliminación de toda forma de dominación y esclavitud, para lo cual promovió el respeto de las tribus vecinas y declaró el cese definitivo de las guerras.

Es un texto de gran interés en nuestros días tanto por su belleza lírica como por la profundidad de su contenido y la sabiduría que expresa la voluntad de sabios y jefes de restablecer la paz después de la muerte y la miseria que la guerra había traído consigo.

Con este juramento se incorpora a la conciencia individual y colectiva que el actuar de los integrantes de la comunidad y de quienes ejercen el poder habrá de sostenerse, para lograr la paz entre las familias, en la tolerancia, el respeto, la responsabilidad personal y la libertad del hombre de manera que efectivamente cada quien pueda *ver, decir, hacer* y evitar que su alma y espíritu se marchiten.

La Carta de Manden de la que no había oído hablar, apareció mágicamente en el ciberespacio mientras reflexionaba sobre algún tema que pudiera escribir para honrar al querido Pedro Nikken, cuya ausencia todavía me es muy difícil de interiorizar.

Cuando la leí, sorprendida de este descubrimiento, la sensación que tuve fue de honda nostalgia al darme cuenta de la imposibilidad de poder compartir con Pedro su contenido, comentarlo, leerse; de preguntarle si lo conocía y propiciar con él una de las muchas conversaciones que sostuvimos en la terraza de la oficina, él con su habano y yo con mi café; o en las reuniones que de tanto en tanto hacíamos, y seguimos haciendo, en el Escritorio para compartir con el personal y llevar de la mejor manera posible estos tiempos tan desolados.

Entre lo que más añoro a más de un año de su partida son, precisamente, esas charlas que desembocaban de forma inevitable en torno a la fragilidad de la que

¹ Tomadas del libro *África al socorro de África*, de Sanou Mbaye (editorial Catarata) que contiene la Carta de Manden traducida al francés por Youssouf Tata Cissé, en *Soundjata, la gloire du Mali*, París, Karthala/Arsan, 1991. Disponible en https://elpais.com/elpais/2012/03/23/afrika_no_es_un_pais/1332521468_133252.html, consultado en fecha 10 de noviembre de 2020.

² Sundiata Keita (c. 1217 - c. 1255): Príncipe y fundador del Imperio de Mali. Para conocer algo sobre la biografía de esta leyenda de la historia africana, se recomienda la lectura de las páginas web que siguen, disponibles en <https://culturaypensamientodelospueblosnegros.com/los-sonidos-del-imperio-de-mali-i-la-leyenda-de-sundiata-keita/>; <http://www.afrocentricite.com/2009/04/soundjata-ou-la-controverse-manden/>; <https://historiadeafrica.com/sundiata-keita-fundador-del-imperio-de-mali/>, consultadas en fecha 20 de noviembre de 2020.

estamos hechos los seres humanos; la renovada constatación de nuestras miserias; y la ineludible necesidad de apostar siempre por la belleza inefable de la que también somos capaces.

Justamente esa apuesta era con la que Pedro concluía las conversaciones y la que nos llevábamos a nuestros puestos de trabajo o a nuestras casas; y lo hacía con la vehemencia sosegada de quien habla desde la experiencia, con cierto dolor antiguo, mientras buscaba en su memoria algún poema que aludiera a los temas tratados para finalmente recitarlo con sonrisa generosa y su mirada transparente y viva.

No estoy en capacidad de describir en pocas o en muchas líneas quién fue para mí Pedro; tampoco quiero llenar el espacio de palabras porque son insuficientes para abarcar a alguien que ha sido un hermano, un maestro, amigo y el padre de Claudia.

Prefiero la sencillez del silencio. Su legado todo, las amistades y las innumerables personas que lo admiran y aprecian, sin importar signo ideológico alguno, hablan mucho más apropiadamente de él de lo que yo podría hacer.

I. INTRODUCCIÓN

Comenta Pedro Nikken:

El tema de los derechos humanos domina progresivamente la relación de la persona con el poder en todos los confines de la tierra. Su reconocimiento y protección universales representa una revalorización ética y jurídica del ser humano como poblador del planeta más que como poblador del Estado. Los atributos de la dignidad de la persona humana, donde quiera que ella esté y por el hecho mismo de serlo prevalecen no solo en el plano moral sino en el legal, sobre el poder del Estado, cualquier sea el origen de ese poder y la organización del gobierno. Es esa la conquista histórica de nuestros tiempos³.

Partiendo de esta idea central de toda la obra de Nikken y de su actuar, considero oportuno proponer una discusión aún no del todo resuelta en relación al concepto y evolución del principio de soberanía a los fines de que en el foro nos replanteemos si dicho concepto debe efectivamente permanecer como institución jurídica y política o, si más bien, en función de la universalidad de los derechos humanos cuya protección atañe a la comunidad global, deba ser cambiado o eliminado del todo.

La necesidad de retomar este tema radica en el hecho de que en nuestro país, no obstante la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución de 1999, la soberanía ha sido tomada como ardid por parte de los poderes públicos venezolanos, especialmente por la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), para impedir a los órganos jurisdiccionales internacionales de protección de los derechos humanos que sus decisiones se ejecuten efectivamente.

Este tema tratado especialmente por filósofos y juristas extranjeros, es central y debe abordarse tomando en cuenta que, más temprano que tarde, la democracia y el Estado de derecho volverán a instaurarse en Venezuela, por lo que considero necesario llamar la atención de los especialistas para que ahonden en su discusión en beneficio de las futuras generaciones.

Seguidamente, y con el fin de delimitar el ámbito de lo que pudiera ser ese intercambio doctrinario, se tratará de manera breve la evolución del concepto de soberanía; para luego enmarcar la relación entre dicha figura y el Derecho Internacional

³ Pedro Nikken, *La garantía internacional de los Derechos Humanos (Estudios sobre Derecho Humanos)*. Colección Estudios Jurídicos N° 78, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006. pp. 28.

de los Derechos Humanos así como las interrogantes que han surgido en torno a la vigencia de la primera; y justificar, mediante el “ejemplo” que nos ha dado la SC del TSJ que ha eliminado la protección internacional de los derechos humanos con fundamento en la noción tradicional de soberanía, la necesidad de pensar en la supresión de dicho concepto o, en todo caso, cambiar su contenido.

II. APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA

La definición de soberanía está directamente vinculada con la idea de *poder* y surgió, en el ámbito de las organizaciones sociales, precisamente para determinar quién debía ser su titular.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española la palabra *poder* del latín *potere* expresa, “tener expeditas la facultad o potencia de hacer una cosa”, es decir, tener capacidad de actuar y de que esa actuación pueda producir efectos. Asimismo, el término trae consigo la significación de que quien detenta el poder es aquél que es más fuerte que otro, que es capaz de vencerle, de imponerle sus condiciones.

El poder surge en las relaciones entre individuos o grupos de individuos e implica la manifestación de dos voluntades: una, que expresa un mandato o disposición; y, otra voluntad que obedece. El poder, pues, no es otra cosa que el ejercicio de la autoridad y la posibilidad de imponer los intereses y voluntades de quién lo sustenta a una persona o grupo humano.

Actualmente, en Derecho Público se define al poder como la capacidad del Estado de imponer los intereses colectivos sobre los intereses particulares con el objeto de satisfacer y materializar los fines que tiene atribuidos constitucionalmente, de acuerdo a los límites que dicho texto señala.

El concepto de soberanía viene a darle un cauce racional al poder; es una noción que tiene en su haber un sentido jurídico porque determina el alcance de su ejercicio, así como los límites en el deber de obediencia por parte de los que se someten al mismo. Igualmente, tiene un sentido político en tanto establece quién es el titular de ese poder, quién es el sujeto llamado a dirigir e imponer su voluntad sobre el destino de un grupo de personas o sociedad.

En cualquier organización humana -por más simple que haya sido-, siempre ha habido alguien que ordena y alguien que obedece, de ahí que el término soberanía o la racionalización del ejercicio del poder ha existido siempre.

Es en el Imperio Romano donde se formula por primera vez la teorización de la soberanía a través del concepto de poder público (*imperium*) plasmado en la *Lex Imperio* y en virtud del cual el pueblo, titular del poder público, lo delega al emperador quien tiene la potestad de hacer todo aquello que convenga para el Estado.

Durante la Edad Media y después de la caída del Imperio Romano de Occidente, se establece una organización de poderes en la que sus titulares (señores feudales, el Rey junto a su corte y la Iglesia) lo son en virtud del concepto de posesión de tierras, premisa que determina los ámbitos del ejercicio del *imperium*.

Sin embargo, en el desarrollo de la sociedad feudal se va perfilando al Rey como el señor superior de su reino en virtud de que es el único llamado a garantizar la paz con base en la justicia. En este sentido, el jurista francés *Leon Duguit*, describe este proceso:

...(omissis)... el derecho feudal había establecido, bajo el influjo de circunstancias que no es necesario detallar, un lazo íntimo entre el poder y la posesión de cierto territorio. No

existe poder más que allí donde hay posesión de tierras, y la posesión de una tierra implica siempre, para el que la tiene, un cierto poder. Indudablemente, como ya hemos dicho, aun en los tiempos en que el régimen feudal ha llegado a su completo desarrollo y subsiste aún en su pureza, se reconoce al Rey un poder propio, personal, independiente de la tierra que tiene. Pero la concepción feudal ha penetrado demasiado profundamente en los espíritus para que no deje sentir su acción hasta en la naturaleza del poder reconocido al Rey. Este, más que el primer señor feudal, es el señor superior de su reino. Sin embargo, su poder se considerará ante todo como un derecho de señor feudal, y por tanto como un derecho de propiedad.

Combinad esta noción feudal con el recuerdo de las ideas romanas sobre el *dominium* y advertiréis muy claramente el conjunto del sistema. El poder de mandar es un derecho análogo al derecho de propiedad, del cual, el Rey, individualmente considerado, es el titular. Empleando la terminología moderna, este es un derecho subjetivo; el sujeto de derecho que lo tiene es el Rey, persona individual, que lo transmite a sus herederos por un orden de sucesión establecido según el modelo de las sucesiones privadas⁴.

Producto de la disgregación del poder del sistema feudal y debido a la necesidad de atribuir al Estado un mayor ámbito de *imperium*, surge el Estado Moderno en el cual se afirma el carácter nacional de la Monarquía y se institucionaliza y consolida la autoridad del Rey, al cual le fueron atribuidas las prerrogativas necesarias para llevar a cabo la unidad del Reino⁵.

Es Juan Bodin en 1576 el que formula un conjunto de conceptos jurídicos y políticos universales que van a permitir la reorganización que se exigía en una sociedad absolutamente en crisis por haberse socavado la autoridad y el ejercicio de la potestas.

Dicho autor aporta, por primera vez, el concepto de soberanía con el objeto de “construir una autoridad política sobre la nueva base de las colectividades nacionales independientes, y afirmar el poder del rey frente a cualquier potencia extraestatal, sea secular o eclesiástica”; y, en su obra, *Los seis libros de la República*, define la soberanía como “El poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos no sometido a las leyes”.⁶

En tal sentido, explica lo que es el poder soberano expresando que es perpetuo, ilimitado y absoluto:

...(*omissis*)...este poder es *perpetuo* puesto que puede ocurrir que se conceda poder absoluto a uno o a varios por tiempo determinado, los cuales una vez transcurrido este, no son más que súbditos. Por tanto no puede llamárseles príncipes soberanos cuando ostentan el poder, ya que son solo custodios o depositarios, hasta que place al pueblo o al príncipe revocarlos. Es este quien permanece siempre en posesión del poder...⁷.

Asimismo, asevera que la soberanía es *ilimitada* pues el Rey la recibe del pueblo por delegación y el único límite que tiene su ejercicio es la sujeción a las leyes de Dios:

La soberanía no es *limitada*, ni en poder ni en responsabilidad, ni en tiempo...el príncipe soberano (es) quien solo está obligado a dar cuenta a Dios. La razón de ello es que el uno es príncipe, el otro súbdito; el uno señor, el otro servidor; el uno propietario y poseedor de

⁴ Leon Duguit, *Las transformaciones del derecho público*. Disponible en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/soberania/soberania.html, consultado en fecha 10.10.20.

⁵ Jean Bodin, *Los seis libros de la República* (Pedro Bravo Gala). Instituto de Estudios Políticos. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1973. *Cfr.* Prólogo, pp. 30.

⁶ *Idem*, pp. 41.

⁷ *Ibidem*, pp. 141.

la soberanía, el otro no es ni propietario ni poseedor de ella, sino su depositario... ¿Que diremos de quien recibe del pueblo el poder soberano para toda su vida? En este caso es preciso hacer una distinción. Si el poder absoluto le es dado pura y simplemente, no a título de magistrado o de comisario, ni en forma de precario, es claro que aquél es y puede llamarse soberano, ya que el pueblo se ha despojado de su poder soberano para darle posesión e investirlo, poniendo en él todo su poder, prerrogativas y soberanías...⁸.

Y ese poder es *absoluto*, porque:

El pueblo o los señores de una república pueden conferir a alguien para disponer de sus bienes, de sus personas y de todo el estado a su placer, así como de su sucesión del mismo modo que el propietario puede donar sus bienes pura y simplemente, sin otra causa que su liberalidad, lo que constituye la verdadera donación...

Así, la soberanía dada a un príncipe con cargas y condiciones no constituye propiamente soberanía, ni poder absoluto, salvo si las condiciones impuestas al nombrar al príncipe derivan de las leyes divina o natural.

...Es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles; esto no puede ser hecho por quien está sujeto a las leyes o a otra persona. Por esto, se dice que el príncipe está exento de la autoridad de las leyes. El propio término latino ley implica el mandato de quien tiene la soberanía...

...En cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas, sino quieren ser culpables de lesa majestad divina, por mover guerra a Dios, bajo cuya grandeza todos los monarcas del mundo deben uncirse e inclinar la cabeza con todo temor y reverencia. Por esto, el poder absoluto de los príncipes y señores soberanos no se extiende, en modo alguno, a las leyes de Dios y de la naturaleza⁹.

Sobre la base de estas premisas, Bodin logra establecer jurídicamente la sumisión del súbdito al Rey y suprimir los distintos propietarios del poder que regían en la Edad Media para trasladar el ejercicio del mismo al Estado encarnado en el príncipe quien, al ser el titular de la soberanía, está por encima de cualquier limitación legal o social que se oponga a su propia naturaleza¹⁰.

La definición de soberanía aportada por Bodin constituyó el fundamento teórico que justificó el nacimiento del Estado Moderno o absoluto: el Rey, fuente de todo derecho, ejerce el poder supremo, concentrando de forma absoluta y permanente todos los poderes (legislativo, judicial y ejecutivo), sin estar sometido a voluntad superior o exterior alguna salvo el de las leyes divinas y naturales.

Ahora bien, con el advenimiento del Estado de Derecho a raíz de las revoluciones del siglo XVIII de Estados Unidos de América y Francia, la noción de soberanía, fundamento del Estado absolutista, sufre una radical evolución.

Bajo las ideas políticas y jurídicas del principio de división de poderes (Locke y Montesquieu); el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano; el principio de legalidad; y, el control jurisdiccional del ejercicio del poder del Estado se expresa que la soberanía (el poder) reside en el pueblo (Estados Unidos) o nación (Francia), pasando entonces de manos del Monarca absoluto a manos del pueblo, bajo la denominación de soberanía popular.

El Maestro García Pelayo nos refiere que es en Francia, mediante la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se concibe la idea de

⁸ *Ibid.*, p. 143.

⁹ *Ibid.*, pp. 145 ss.

¹⁰ *Ibid.*, p. 51.

erradicar los abusos del Monarca Absoluto francés, sometiendo el ejercicio de sus prerrogativas a la ley.

En tal sentido, la Declaración de Derechos y la Constitución francesa parten de la premisa de la soberanía nacional trasladando así la titularidad de la misma del Monarca al pueblo quien personifica la Nación. Al respecto, el profesor cita a Barthélemy para expresar la idea del traslado de titularidad de la soberanía:

Había una persona soberana que era el Rey. Era necesario encontrar otra persona soberana que se dirigiera contra él. Entonces los hombres de la Revolución han encontrado esta persona soberana en una persona moral: la nación. Han quitado la corona al rey y la han puesto en cabeza de la nación¹¹.

El pueblo¹², y con este la nación¹³, comprende al conjunto de ciudadanos libres de cuya voluntad, expresada mediante los mecanismos democráticos de participación, emanan los poderes del Estado y las normas que van a regir su comportamiento. En estos términos, el poder y su ejercicio no derivan de otro ordenamiento superior ni de la voluntad de una sola persona sino del propio pueblo quien es en definitiva el único titular de la soberanía.

¹¹ Manuel García Pelayo, “Derecho Constitucional Comparado”, en *Obras Completas*. Tomo I. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 199. pp. 603.

¹² “Pueblo, en oposición a Nación, es en realidad algo que existe por naturaleza. Los pueblos, en oposición a las naciones, han existido desde la Antigüedad como en la Edad Media y en la Edad Moderna, y verdaderamente el pueblo, en su sentido originario, tal como ese concepto se viene empleando hoy en los Estados románicos al hablar de estos de *popolo* o *pueple*, o tal como el mismo concepto viene siendo también originariamente familiar en los Estados anglosajones cuando emplean la expresión *people*, presupone siempre la presencia real de un número de personas que ha de ser en algún modo imaginable sensiblemente, ya sea de modo visual, retórico, acústico o corporal. En este sentido ya antes se venía hablando, por ejemplo, del ‘pueblo bajo’ al pretender distinguirlo de la clase dominante. En este mismo sentido, lo seguimos empleando aún hoy cuando hablamos, por ejemplo, de que se reúne el pueblo en la calle o en una plaza o en un mercado, y que al pueblo así reunido, le dirige la palabra un orador. Pueblo en ese sentido, es el que está presente, el realmente reunido; por tanto, el pueblo puede manifestar su voluntad en forma de aclamaciones, ‘votaciones’ plebiscitarias y elecciones. Pueblo en ese sentido, es el de la democracia directa, el que exterioriza su voluntad en forma de una población activa que ejercita su derecho electoral y de sufragio. Un pueblo que está presente de ese modo real no puede ser representado, a no ser que se falsee la idea de la democracia plebiscitaria como ya lo había visto Rousseau”. Gerhard Leibholz, *Pueblo, Nación y Estado en el siglo XX*. Traducción de M. Fernández Jadón. Pp. 21 y 22. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=496&IDA=8114>, consultado el 25 de noviembre de 2020.

¹³ “Qué es lo que convierte a un pueblo en una nación? Las palabras *nasci* y *natus*, de las que se deriva en sentido filológico *nación*, no debe hacernos creer erróneamente que la comunidad de nacimiento y de desarrollo convierta a un pueblo en nación. Tampoco el idioma común, aunque no haya de menospreciarse en su importancia como elemento constituyente de la nacionalidad -tal como la gran influencia de Herder puso sobre todo de manifiesto en los pueblos eslavos-, permite explicar la formación nacional de los pueblos. En realidad más bien un pueblo solo se convierte en nación porque se da cuenta conscientemente de su propio valor político cultural y afirma sensiblemente su existencia como una totalidad independiente concreta. Un pueblo se despliega en nación mediante un acto de conciencia de sí mismo y de voluntad, y no, como se ha afirmado en ocasiones, por una elaboración mística de una supuesta sustancia irracional. Por eso ya E. Renan tenía razón, al afirmar en su conocido escrito: “*Qu’est-ce qu’une nation?: L’existence d’une nation est un plébiscite de tous les jours*”. Cuando un pueblo se afirma como sujeto de la Historia, o como se ha dicho también, “como portador de una historicidad existencial” (Stavenhagen), cuando, en otros términos, se ha formado y determinado históricamente, está entonces justificado hablar de una nación.” Gerhard Leibholz, ob. cit., pp. 25-26.

La soberanía que se entiende entonces como la voz del poder supremo de un Estado, se expresa a través del denominado poder constituyente o poder originario y va a estar delimitada en el ámbito interno por la Constitución que es el marco jurídico general del ejercicio del poder de ese Estado en función del respeto y garantía de los derechos de los ciudadanos, dando lugar al Estado constitucional de derecho.

Se puede afirmar que el contenido del término soberanía que aportó Bodin en el siglo XVI sigue siendo el mismo y su única modificación reside en quién es su titular, es decir, cuál es el sujeto que la ostenta, pero sus características de que es suprema, absoluta, inalienable, intransferible, por encima de la cual no hay otro poder, siguen permaneciendo intactas.

Así, la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 establece en su artículo 3: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, individuo, pueden ejercer ninguna autoridad que no emane expresamente de ella”.

Por su parte, la Constitución francesa de 1791 en el artículo 1 del Título III que: “La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación. Ningún sector del pueblo, ningún ciudadano, puede atribuirse su ejercicio”. Y, en el capítulo 2, Sección 1, artículo 3: “En Francia, ninguna autoridad es superior a la de la ley. El Rey solo reina por ella, y solo en su nombre puede exigir obediencia.”

A su vez la Constitución americana de 1789 dispone: NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos esta CONSTITUCIÓN para los Estados Unidos de América”.

III. LA SOBERANÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Después de haber comentado muy brevemente sobre la evolución del concepto de soberanía y los rasgos que la definen, es oportuno expresar que esta se expresa en dos ámbitos:

- a) uno interno, que implica el derecho del Estado de imponer su voluntad sobre todos los ciudadanos que conforman la Nación y sobre todos aquellos que residen en el territorio nacional (*soberanía interna*); y, otro
- b) externo, que consiste en que el ejercicio del poder por parte de un Estado en relación con otros Estados igualmente soberanos, no está sometido a coerción ni subordinación de otros estados o naciones (*soberanía externa*).

En este capítulo, interesa centrarnos en el concepto de *soberanía externa* pues su vigencia desde el siglo pasado y en la actualidad ha sido fuertemente puesta en duda a raíz de los procesos de globalización y de interrelación que viven los Estados y sus ciudadanos en el mundo contemporáneo¹⁴. En efecto, si la soberanía externa implica

¹⁴ “De la primacía de la idea política ideológica frente a la del Estado nacional se infiere a continuación que el principio de que ningún Estado debe inmiscuirse en los asuntos interiores de otro requiere, asimismo, una cierta revisión en el futuro. El principio de la no intervención proviene, en el fondo, del respeto a la soberanía del Estado nacional. Por lo demás, este principio también viene reconocido en el estatuto de las Naciones Unidas, esto es, que este determina que las Naciones Unidas no tiene por qué ocuparse de lo atañente a los asuntos internos de cualesquiera de sus miembros. En una época primordialmente ideología ya no puede en el fondo sostenerse ese principio de la no intervención, por no satisfacer ya a la realidad política. Los Estados en esta época primordialmente ideológica ya no pueden permitirse el permanecer desinteresados ante la situación jurídica constitucional de otro país.

el ejercicio del poder sin estar sometido a la coerción o subordinación de otro Estado ni de ningún otro poder ¿cómo es compatible dicho principio con la necesidad de establecer un poder supraestatal que controle la arbitrariedad de los Estados en función de la protección de los derechos humanos, de la paz mundial y de la comunidad política universal?

Al respecto, conviene recalcar que mientras el concepto de soberanía interna sufrió modificaciones que marcaron, en cierto sentido, la evolución del Estado constitucional contemporáneo a favor del sometimiento del ejercicio del poder al Derecho, la soberanía externa no fue objeto de evolución alguna, sino que se mantuvo como un poder ilimitado. Afirma Ferrajoli:

Mientras el estado-nación liberal-democrático se basaba internamente en la sujeción de todos los poderes públicos al estado de derecho a la representación popular, en sus relaciones externas se mantenía libre de todo límite legal. Los dos procesos fueron simultáneos y estaban paradójicamente conectados. El estado sometido al derecho en lo interno y el estado absoluto en lo externo crecieron juntos como las dos caras de una misma moneda. Mientras más limitaba su soberanía interna y ganaba en legitimidad imponiendo sobre sí límites, más absoluta y legítima se volvía su soberanía externa con respecto a otros estados, particularmente en lo que concernía al mundo incivilizado. Mientras más se superaba el estado de naturaleza hacia adentro, más se desarrollaba hacia fuera. Y mientras el estado más se desarrollaba como ordenamiento jurídico, más se afirmaba a sí mismo como una entidad auto-suficiente, identificada con el derecho pero, precisamente por esto, no sujeta al derecho¹⁵.

Es a raíz de las dos grandes guerras del siglo XX y visto los resultados devastadores de ambas, que la comunidad internacional promulga la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945) y crea un organismo internacional (la ONU) llamado a velar por la paz mundial y a garantizar los derechos de los hombres mediante la Declaración de los derechos del hombre dictada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU¹⁶.

Tales instrumentos jurídicos van a dar una nueva dimensión al Derecho Internacional, cuyas premisas son la base para el inicio del socavamiento del concepto de soberanía externa del Estado, hasta ese momento vigente por lo que: “deja de ser una libertad absoluta y salvaje, quedando subordinada a dos normas fundamentales que son, por una parte, el imperativo de la paz, y por otra, la tutela de los derechos humanos”¹⁷.

En una época ideológica no hay ningún privilegio de derecho territorial que pueda invocar y replegarse los Estados con extrema obligatoriedad, como ocurre en un Estado nacional”. Gerhard Leibholz, ob. cit., p. 43.

¹⁵ Luigi Ferrajoli, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en *Constitutionalism, democracy and sovereignty*, editado por Richard Bellamy, Avebury, 1996. Inglaterra. pp. 175 y 176.

¹⁶ “Lo que en definitiva desencadenó la internacionalización de los derechos humanos fue la conmoción histórica de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas. La magnitud del genocidio puso en evidencia que el ejercicio del poder público constituye una actividad peligrosa para la dignidad humana, de modo que su control no debe dejarse a cargo, monopolísticamente, de las instituciones domésticas, sino que deben constituirse instancias internacionales para su protección”. Pedro Nikken, ob. cit., p. 12.

¹⁷ Humberto Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre soberanía, derechos humanos y Tribunal Penal Internacional”, en *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2000. pp. 363.

Así, dicho concepto que había dado lugar, ciertamente, a la primera y segunda guerra mundiales bajo la idea del ejercicio ilimitado del poder de un Estado nacional frente a otro, comienza a perder sentido y a vaciarse de contenido.

La prohibición de la guerra decretada en la Carta de la ONU y la consagración de los derechos humanos formulados en la Declaración de 1948 y en los distintos tratados internacionales emanados con posterioridad, produjeron, como lo señala Ferrajoli, “que estos derechos sean no solo constitucionales, sino también supraestatales, y se conviertan en límites no solo internos, sino también externos a la potestad de los Estados”¹⁸.

Partiendo entonces de un derecho supraestatal, el Derecho Internacional, que no es otra cosa que un sistema de normas de obligatorio cumplimiento tanto para los Estados miembros como para los individuos y los pueblos; y que rige las relaciones entre estos estableciendo y determinando los derechos y deberes que les corresponden; el concepto de soberanía externa se debilitó profundamente ya que entre las funciones del Derecho Internacional está el de controlar la violencia de los Estados, así como el uso de su fuerza en aras de proteger a la sociedad mundial.

A lo largo del siglo pasado y partir de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados fueron suscribiendo convenios y pactos internacionales de derechos humanos que han permitido configurar “un ordenamiento supraestatal, que ya no consiste en un simple pacto de asociación, sino en un pacto a través del cual los Estados se subordinan al bien jurídico superior de la dignidad y de los derechos humanos esenciales de las personas” y “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 en su conjunto, por encima de nacionalismos e intereses estatales cuando se afecta gravemente la dignidad y los derechos de los seres humanos”¹⁹.

Efectivamente, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁰, y las sucesivas suscripciones por parte de los Estados del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales²², los Protocolos Facultativos correspondientes²³ que conforman la Carta Internacional de Derecho Humanos²⁴, así como la ratificación de los Estados de una multiplicidad de instrumentos universales de Derechos Humanos²⁵, se ha venido configurando el llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) que ordena un

¹⁸ Luigi Ferrajoli, ob. cit., p. 145.

¹⁹ Humberto Nogueira Alcalá, ob. cit., p. 363.

²⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París.

²¹ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

²² Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor el 3 de enero de 1976.

²³ El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008, en vigor a partir del 5 de mayo de 2013.

²⁴ Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>, consultado el 30 de noviembre de 2020.

²⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/>, consultado el 2 de diciembre de 2020.

conjunto de obligaciones para los Estados que los han suscrito dirigidas a garantizar y promover la protección de la dignidad humana y con ella los derechos fundamentales de cada uno de sus ciudadanos y, en caso de que estos sean conculcados, restituirles su libre ejercicio.

Ello demanda de los Estados y sus gobiernos la incorporación en sus textos constitucionales del sistema internacional de protección de derechos humanos y la exigencia de crear las condiciones para erradicar la violación de los referidos derechos tanto de los individuos como de los grupos que conforman la sociedad sobre la cual ejercen el poder, lo que conlleva a que cuando un Estado a través de sus poderes públicos no los garantiza en el marco de sus procedimientos internos administrativos y judiciales, pueden ser activados procedimientos regionales e internacionales dirigidos a asegurar en el ámbito nacional el efectivo respeto de la dignidad humana²⁶.

Lo anterior significa que los Estados cuando ratifican los tratados internacionales y los incorporan a sus ordenamientos jurídicos internos acuerdan soberanamente someterse al DIDH y a cumplir las resoluciones y sentencias emanadas de los organismos jurisdiccionales que lo aplican, aceptando una disminución de su propia soberanía externa sobre la base de que la dignidad del hombre y sus derechos esenciales conforman un patrimonio común de la humanidad y, por tanto, su respeto²⁷ y garantía²⁸ se levantan como una obligación *erga omnes* de cada uno de los Estados respecto de sus pares.

Sin embargo, el concepto de soberanía es una de las razones de base que alegan los Estados con tendencias autoritarias para impedir a la comunidad internacional, a través de sus organismos internacionales, que logre el objetivo fundamental de pacificar la sociedad mundial.

Tal y como afirma la profesora Monique Chemillier-Gendreau, entre los aspectos más contradictorios de la soberanía en un Estado Constitucional está el hecho de que “las personas que representan el Estado se benefician de un conjunto de inmunidades que las coloca fuera de control. La comunidad puede quedar sometida a crímenes masivos cometidos en total impunidad si el titular de la soberanía se revela sanguinario.

²⁶ Cfr. Humberto Nogueira Alcalá, ob. cit., p. 365.

²⁷ “El respeto a los derechos humanos implica que la actuación de los órganos del Estado no puede traspasar los límites que le señalan los derechos humanos, como atributos inherentes a la dignidad de la persona y superiores al poder del Estado. El respeto de los derechos humanos impone la adecuación del sistema jurídico que haya de considerarse como ilícita toda acción u omisión de un órgano o de un funcionario del Estado que, en ejercicio de los atributos de los que está investido, lesione indebidamente los derechos humanos. En tales supuestos, es irrelevante que el órgano o el funcionario haya procedido en violación de la ley o fuera del ámbito de su competencia. En efecto, lo decisivo es que actúe aprovechándose de los medios o poderes de que dispone por su carácter oficial como órgano o funcionario”. Pedro Nikken, ob. cit., pp. 21-22.

²⁸ “La garantía de los derechos humanos es una obligación aún más amplia que la anterior, pues impone al Estado el deber de asegurar la efectividad de los derechos humanos con todos los medios a su alcance. Ello comporta, en primer lugar, que todo ciudadano debe disponer de medios judiciales sencillos y eficaces para la protección de sus derechos. Por obra del mismo deber, las violaciones a los derechos en dichas convenciones deben ser reputadas como ilícitas por el Derecho interno. También está a cargo del Estado prevenir razonablemente situaciones lesivas a los derechos humanos y, en el supuesto de que éstas se produzcan, a procurar, dentro de las circunstancias de cada caso, lo requerido para el restablecimiento del derecho. La garantía implica, en fin que existan medios para asegurar la reparación de los daños causados como resultado de una lesión a los derechos humanos, así como para investigar seriamente los hechos cuando ello sea preciso para establecer la verdad, identificar a los culpables y aplicarles las sanciones pertinentes, si fuere el caso”. Pedro Nikken, ob. cit., p. 22.

En efecto, hace falta recordar que la democracia y sus mecanismos de garantía son parte integrante de la soberanía”²⁹.

En tal sentido, la autora señala que la primera ofensiva contra el concepto de soberanía se produce cuando la comunidad internacional a través de la ONU pretende controlar el uso de la fuerza de los Estados imponiendo su prohibición, debido a que es el uso de esa fuerza una de las funciones que se derivan del concepto de soberanía.

Efectivamente, si los derechos humanos son “inherentes a la persona como tal, no dependen de la nacionalidad de esta o del territorio donde se encuentre: la porta en sí misma. Si ellos limitan el ejercicio del poder, no puede invocarse la actuación soberana del gobierno para violarlos o impedir su protección internacional. Los derechos humanos están por encima del Estado y su soberanía y no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se pone en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección”³⁰.

No obstante, la realidad es que las Naciones Unidas no ha podido delimitar con éxito la soberanía de los Estados y lograr sus cometidos de pacificación, en consecuencia, se hace obligatorio o bien eliminar el concepto; o bien desplazar nuevamente –en función de la evolución de las ideas políticas y jurídicas y la garantía de los derechos humanos y la paz mundial–, la titularidad de quiénes son detentadores del poder. Al respecto, afirma la citada profesora:

La soberanía es hoy en día un concepto que ya no tiene sentido. En sus orígenes expresaba la función de independencia de la sociedad a la que concernía. Los príncipes se liberaron del emperador y del Papa declarándose soberanos, los burgueses se liberaron del monarca declarándose nación soberana, los pueblos se declaran soberanos contra todas las opresiones. Pero estas persisten³¹.

Frente a este contexto en el cual el más fuerte es quien impone sus condiciones a costa de los pueblos, la autora mencionada no propone un cambio de titularidad de la soberanía, sino sustraer este concepto del sistema que regula el comportamiento de los Estados, ya que el mismo ha agotado su capacidad de tener un sentido real.

Como quiera que la sociedad humana se ha convertido vertiginosamente en una sociedad mundial, propugna la necesidad de crear nuevas bases jurídicas que definan el interés común de dicha sociedad, sometiendo la libertad económica a la realización de dichos fines que no son otros que la protección de los derechos humanos y la garantía de la paz entre los Estados.

Con esta idea, la profesora comenta que en caso de que el concepto de soberanía sobreviva este no ha de entenderse “como el atributo de un sujeto sino como la administración localizada de un interés universal, como un conjunto de valores que han de proteger a la comunidad como un todo, a la vez que garantiza a las comunidades diferenciadas sus derechos específicos”³².

La discusión sobre la vigencia o no del concepto de soberanía o la necesidad de la transformación de su contenido todavía no se ha resuelto. Sin embargo, hoy en día es clara la idea según la cual ni en el marco de un Estado constitucional de derecho, ni en el ámbito de las relaciones internacionales de los Estados cabe dicha noción, tal y

²⁹ Monique Chemillier-Gendreau, “Quel avenir pour la souveraineté?. Interrogations sur un concept en crise”, en *Les évolutions de la souveraineté*. LGDJ, Paris, 2006, Traducción del texto hecha por la Profesora Nasly Uztáriz.

³⁰ Pedro Nikken, ob. cit., p. 16.

³¹ Monique Chemillier-Gendreau, ob. cit.

³² *Idem*.

como fue transmitida desde sus orígenes y como aún se pretende seguir concibiendo en la actualidad.

En cuanto a la soberanía interna se reconoce que su denominación vigente en los textos constitucionales de los Estados democráticos no es sino una reminiscencia de la evolución del concepto tradicional de soberanía debido a que el poder y su ejercicio se encuentran limitados, en principio, por las propias Constituciones.

Por otra parte, hay profundas críticas en torno a la titularidad de la soberanía interna ya que al considerarse al pueblo como su titular, este a través del poder constituyente puede modificar o eliminar el sistema constitucional que lo rige, es decir estar por encima de la ley constitucional lo que, en última instancia, podría implicar el ejercicio del poder de forma arbitraria, extralegal y sin autorización alguna.

En cuanto a la soberanía externa, cada vez cobra mayor fuerza la necesidad de la existencia de organismos internacionales que garanticen efectivamente la vigencia de los Pactos y Acuerdos internacionales a través de organismos supraestatales cuyas decisiones debieran vincular ineludiblemente a los Estados, por lo que habría que limitar el ejercicio de su poder en función de la garantía de los derechos fundamentales y de la paz mundial o, como propone la autora Chemillier-Gendreau citada, eliminar o cambiar radicalmente el contenido de dicho concepto.

IV. LA PREVISIÓN DEL DIDH EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y SU ERRADICACIÓN POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL (SC) DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA (TSJ) CON FUNDAMENTO EN EL CONCEPTO CLÁSICO DE SOBERANÍA

Al igual que las constituciones de los Estados contemporáneos, el texto constitucional venezolano contiene la idea de soberanía y está prevista como una fórmula jurídica y política para justificar la detención del poder y la organización del mismo. En efecto, la Constitución de 1999 es promulgada por “el pueblo de Venezuela”, a través de la Asamblea Nacional Constituyente y la misma dispone en sus artículos 1 y 5 que la soberanía es un derecho irrenunciable de la Nación y que su ejercicio está en manos del pueblo venezolano, quien la delega directa o indirectamente a los órganos del Estado. Su artículo 5 expresa:

La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

La soberanía es, pues, concebida como un derecho intransferible, por cuanto no puede ser ejercida por otra persona que no sea la señalada expresamente en la Constitución, es decir, su titularidad está en manos del pueblo; y su materialización le corresponde a los Poderes Públicos, quienes deberán ejecutarla dentro de los límites que imponen el texto constitucional y las leyes correspondientes.

Por otra parte, el artículo 19 constitucional³³ consagra la protección de los derechos humanos y sus garantías, al establecer que el Estado está en la obligación de

³³ *Artículo 19 constitucional*: El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

garantizar a toda persona, de acuerdo a los principios de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y el ejercicio de los derechos humanos, por lo que tales derechos han de ser respetados de acuerdo con la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

También la Constitución venezolana incorpora el DIDH a su propio texto. Lo hace implícitamente cuando dispone en el artículo 22 que “La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”³⁴.

Y explícitamente, cuando el artículo 23³⁵ otorga a los tratados sobre derechos humanos jerarquía constitucional, es decir, tienen el mismo rango de la Constitución y prevalecen sobre el orden interno siempre que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la propia Constitución y las leyes de la República; de lo que se deriva que el contenido de los mismos es de aplicación inmediata y directa por parte de los Tribunales y los Poderes Públicos venezolanos, incluyendo naturalmente al propio TSJ.³⁶

Finalmente, el artículo 31 de la Constitución³⁷ consagra el derecho de petición de los ciudadanos de solicitar ante los organismos internacionales la protección de sus derechos humanos y constituye, como razona Nikken, un avance importantísimo y

³⁴ Nikken advierte que esta disposición al hacer mención de los instrumentos internacionales se está incluyendo dentro de la Constitución como fuente para su respeto y garantía a todos los documentos, declaraciones que conformaron el derecho que dio origen al Derecho Internacional de los derechos humanos pasando a formar parte de nuestro texto fundamental: “la noción de instrumento internacional es más amplia que de un tratado ratificado por el país, pues puede y debe entenderse comprensiva de las llamadas “declaraciones” de derechos humanos, que en más de una ocasión han sido el punto de partida para la “cristalización” del Derecho internacional consuetudinario; para ser términos de referencia para la interpretación de los tratados, como las Cartas de las Naciones Unidas o de la Organización de los Estados Americanos; o, incluso, para ser fuente de inspiración directa, o punto de partida, para la adopción de una convención interamericana sobre una materia que, en su primera expresión instrumental fue tan solo una “declaración”. Se trata, pues, de Derecho internacional embrionario, que al ser explícitamente mencionado en el artículo 22 de la Constitución de 1999 adquiere, a mi parecer, tangibilidad de Derecho constitucional vigente”. Pedro Nikken, *ob. cit.*, p. 120.

³⁵ Artículo 23 constitucional: Los tratados, pactos y convenciones relativos a los derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

³⁶ Sobre esta norma constitucional el Profesor Nikken subraya que constituye un avance fundamental para la protección de los derechos humanos y supera otras disposiciones similares de las Constituciones latinoamericanas: “su inclusión explícita en el ordenamiento constitucional significa, sin duda alguna, un progreso digno de ser destacado que debería traducirse en una más estrecha e inequívoca relación entre los derechos humanos, el Derecho internacional y el Derecho interno”. Pedro Nikken, *ob. cit.*, p. 124.

³⁷ Artículo 31 constitucional: Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones, o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los órganos internacionales previstos en este artículo.

fundamental en esta materia por cuanto además de reconocer que su protección y los procedimientos internacionales que los tutelan tienen rango constitucional y hasta supraconstitucional, “ofrece una sólida base para acudir a los tribunales nacionales para hacer efectiva la protección brindada por los órganos internacionales y que no haya sido espontáneamente ofrecida por los Poderes Públicos, especialmente si se tiene en cuenta que, la falta de ley reglamentaria de los derechos humanos (entre los cuales se encuentra el de hacer efectivo el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales de protección), no menoscaba el ejercicio de los mismos”³⁸.

No obstante la constitucionalización del DIDH en Venezuela, la SC del TSJ desde sus inicios (2000) trazó un camino que, mirado casi 21 años después, revela la materialización de un plan dirigido a sustraer sistemáticamente a los ciudadanos de la protección internacional de sus derechos fundamentales, sepultando la sólida jurisprudencia que durante años había aportado su antecesora, la extinta Corte Suprema de Justicia³⁹.

En efecto, bajo la idea superada del concepto de soberanía según el cual el Estado venezolano es titular de un poder superior sobre el cual es imposible imponer cualquier otro, la SC ha expresado que no puede reconocer la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuando, de acuerdo a su propia (y conveniente) interpretación, el contenido de las mismas contraría la Carta Magna.

Tal razonamiento le ha permitido desaplicar, y por tanto, negar el DIDH derogando la propia Constitución que, por el contrario, no duda en exigir del Estado venezolano la obligación de indemnizar íntegramente a las víctimas de violación de sus derechos humanos y prevé el derecho de todo individuo de acudir a los órganos internacionales previstos en los tratados internacionales suscritos por Venezuela y cuya naturaleza y fin son los de garantizar el ejercicio de los derechos humanos y demandar de los poderes públicos que actúen en consecuencia.

De hecho, como lo pone de relieve Meier, la Sala Constitucional ha dictado desde su instauración en el 2000 una serie de sentencias que desarrollan la tesis de un “nacionalismo constitucional” dirigido a desconocer el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sustraer del propio texto constitucional su aplicabilidad y vigencia⁴⁰.

³⁸ Pedro Nikken, ob. cit., p. 124.

³⁹ Sobre este tema se recomienda la lectura de los siguientes trabajos: Carlos Ayala, *La doctrina de la “Inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/7.pdf>; Allan R. Brewer-Carías, *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina*, Ponencia para el Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. Mérida. Disponible en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2009/04/570.-585.-Aplicación-en-el-orden-interno-tratados-DDHH.-Revista-IIDH-46..pdf>; “La interrelación entre los tribunales constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela”, en *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo 16, Año 2009 Héctor Faúndez Ledesma, “La sentencia 1942 un monumento al disparate”, en *Sentencia 1942 vs. Libertad de Expresión, Comentarios a la decisión de la Sala Constitucional referida a las leyes de desacato*. Caracas, 2003. Editorial Aequitas; Pedro Nikken, ob. cit.; Eduardo Meier García, “La “desconstitucionalización” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Venezuela”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 17, Madrid, 2013.

⁴⁰ Cfr. Eduardo Meier García, ob. cit., p. 190.

Tales decisiones sepultan el desarrollo que sobre la protección de los derechos humanos se gestó y consolidó durante el siglo pasado, con el fin de allanar el camino para la instauración progresiva de un gobierno totalitario⁴¹ que no tiene entre sus prioridades garantizar y proteger la dignidad de las personas, sino que actúa para aniquilarla mental, física y espiritualmente. Efectivamente,

A pesar de los principios y las normas de orden público de derecho internacional, a pesar de las normas expresas de los tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y a pesar de las normas expresas contenidas en la propia Constitución de Venezuela, el TSJ desde muy temprano ha venido descalificando las decisiones de los órganos de protección internacional de los derechos humanos, en nombre de la independencia, la soberanía nacional y la supremacía constitucional. Se trata de una tesis jurisprudencial que no solo representa una clara y flagrante violación del derecho internacional, sino del propio derecho constitucional venezolano, y que equivale a la denuncia de dichos tratados⁴².

Con el objeto de evidenciar las distorsiones que la SC ha venido sosteniendo en esta materia, me parece útil citar textualmente algunas de las afirmaciones que expresó en la sentencia N° 1942 de fecha 15 de julio de 2003 (Caso Rafael Chavero)⁴³, cuyo contenido fue determinante para erradicar el DIDH en nuestro país partiendo del concepto clásico de soberanía.

Veamos entonces el contenido de ciertos pasajes de la sentencia N° 1942 de fecha 15 de julio de 2003 (Caso Rafael Chavero) que como nos comenta Ayala: “convalidó en el derecho interno –entre ellos– los delitos de expresión conocidos internacionalmente como “leyes de desacato”, estableció la habilitación para la “censura previa” judicial y creó las bases para la inejecución de las sentencias internacionales mediante la creación de un exequátur de constitucionalidad. Se trata, por ello, de una de las sentencias más adversas a las libertades democráticas y a la protección internacional de los derechos humanos”⁴⁴.

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 aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país y así se declara.

Ahora bien, **si tal es la posición de la Sala, con relación a la decisión de los organismos internacionales** que por tener la competencia amparen derechos humanos, con mayor razón, **la Sala rechaza las declaraciones de esos organismos que no se corresponden a dispositivos de fallos, sentencias u otro tipo de providencia jurisdiccional, como lo son recomendaciones, advertencias y manifestaciones similares**; e igualmente, la Sala observa que los fallos o decisiones de organismos internacionales, supranacionales o transnacionales, que violen el derecho de defensa y otras garantías de naturaleza constitucional,

⁴¹ Flavia Pesci Feltri, “Venezuela: El desmantelamiento progresivo del Estado de derecho a partir de la instauración del régimen chavista”, en *Revista de Derecho Público* N° 157-158. Primer Semestre, 2019. Caracas, 2019.

⁴² Carlos Ayala Corao, ob. cit.

⁴³ Son varias las sentencias dictadas desde muy temprano por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que han tenido el fin de desconstitucionalizar el sistema de protección internacional de los derechos humanos: Sentencia N° 386/2000 (Faitha Nahmens y Ben Ami Fihman o Revista ‘Exceso’); Sentencia N° 1.013/2001 (Eliás Santana y Asociación Civil “Queremos elegir”); Sentencia N° 1.411/2004 (Ley del Ejercicio del Periodismo); Sentencia N° 1461/2006 (Pedro Colmenares Gómez o “El Caracazo”); Sentencia N° 796/2010 (Asociación Civil “Súmate”); Sentencia N° 745/2010 (Asociación Civil Espacio Público).

⁴⁴ Carlos Ayala Corao, ob. cit., p. 100.

como el debido proceso, son inaplicables en el país, a pesar de emanar de tales organismos internacionales reconocidos por la República. ...(*omissis*)...

(...*omissis*...) **la soberanía nacional no puede sufrir distensión** alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como **derechos irrenunciables de la Nación**: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la auto-determinación nacional. Dichos derechos constitucionales son **irrenunciables**, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no puede menoscabar la soberanía del país, **ni los derechos fundamentales de la República**.

Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, **las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía**.

...(*omissis*)... Afirma la Sala, como principio general, la preeminencia de la soberanía que solo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos, ya que el sistema internacional dentro del cual vivimos, desde sus orígenes en el siglo XVI, tiene como principios existenciales los siguientes:

- 1) La coexistencia en el globo terráqueo de un conjunto de Estados soberanos por definición;
- 2) La existencia de un sistema jurídico generado entre ellos, cuyas normas solo son obligatorias en la medida en que no menoscaben dicha soberanía, aun cuando hayan sido adoptadas entre ellos voluntariamente. ...(*omissis*)...

...(*omissis*)... Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, **las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes**, institucionales o *ad hoc* (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, **no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos**. Esto significa que, **para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, solo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento**. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, **aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto este atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal**.

El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales, como se colige del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, o el artículo 46 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o del artículo 41. 6 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención** a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscriptores de los Convenios o Tratados.

Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Conve-

nios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores. ...(*omissis*)...” (Resaltado nuestro)⁴⁵

Esta sentencia, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera, suprime el propio texto constitucional al resolver la inaplicabilidad de los tratados internacionales de Derechos Humanos suscritos por Venezuela.

En primer término, declara que la Constitución es la norma suprema para justificar la afirmación según la cual las sentencias de la CIDH deben someterse a dicho texto lo que, en definitiva, implica que deben pasar previamente por el control de constitucionalidad que de aquellas realice la Sala Constitucional, debido a que sobre el Tribunal Supremo de Justicia no hay órgano jurisdiccional superior alguno.

Lo anterior, contradice plenamente la propia Constitución que impone la obligación del Estado y sus poderes públicos de someterse a las decisiones emanadas de los organismos internacionales protectores de los derechos humanos.

De hecho, del razonamiento expuesto por la Sala, se deriva que si de acuerdo a su propia y provechosa interpretación, las sentencias de la CIDH en aplicación de los tratados suscritos por la República contradicen la Constitución, es obligado concluir, bajo la premisa de la soberanía, que tales decisiones son inejecutables en el derecho interno⁴⁶.

En segundo término, la Sala expresa un total desconocimiento de la jurisprudencia de la referida Corte internacional, al señalar que las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana no tienen fuerza obligatoria al no ser sentencias propiamente dichas, cuando lo cierto es que todos los Estados que han suscrito la Carta Interamericana de Derechos Humanos tienen la obligación de hacer sus mayores esfuerzos por aplicar las recomendaciones dictadas por el referido órgano supranacional⁴⁷.

Consecuentemente, como señala el Profesor Nikken:

las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque no tienen naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, sin menoscabo del recurso, por lo demás nunca utilizado hasta el presente, que tiene todo gobierno que considere infundado el informe emitido por la Comisión en aplicación del artículo 50 de la Convención, de tomar la iniciativa de la demanda ante la Corte para impugnar dicho informe y las recomendaciones en él contenidas⁴⁸.

Por otra parte, la sentencia en cuestión afirma que la soberanía es un derecho constitucional de la Nación⁴⁹, y que, como tal, es irrenunciable a menos que la propia Constitución lo permita, siendo que, en efecto, lo hace cuando deja muy claro que en materia de derechos humanos los instrumentos internacionales de protección tienen rango supraconstitucional.

Además, declara que el origen de la soberanía, se remonta al siglo XVI dando a entender que las premisas que sustentaron dicha noción casi cinco siglos atrás son las

⁴⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1942 de fecha 15 de julio de 2003.

⁴⁶ Sobre el derecho a la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos leer el trabajo citado del profesor Carlos Ayala Corao.

⁴⁷ *Cfr. Idem*, p. 102. Ver la nota a pie de página 41 en la que Ayala Corao refiere que la propia Corte Interamericana de Derechos humanos se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de los Estados de cumplir con las recomendaciones emanadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁸ Pedro Nikken, *ob. cit.*, p. 55.

⁴⁹ Y más adelante dice que el derecho constitucional es el de la República, confundiendo ambos conceptos, y atribuyéndole a una forma de organización del poder derechos constitucionales.

que han de tomarse en cuenta, afirmando entonces que ninguna norma supranacional ni las decisiones de los órganos llamados a interpretarlas pueden socavarla; ello, no obstante haya sido el propio titular originario de la soberanía quien otorgara el carácter supraconstitucional de los instrumentos internacionales y la obligatoriedad de la ejecución de las sentencias en el país así como la sumisión de los poderes públicos a sus decisiones, incluida la SC.

Por último, queremos resaltar que la idea central y transversal de la sentencia que se comenta constituye una expresión evidente de la soberbia del poder: la SC sí puede revisar la constitucionalidad de las decisiones de los tribunales internacionales que protegen derechos humanos para verificar si se adaptan o no al derecho interno, pero con fundamento en el concepto de soberanía los tribunales internacionales no tienen competencia para medir si el derecho interno o la actuación de los poderes públicos violan o no los derechos humanos protegidos internacionalmente⁵⁰.

En definitiva, es obligado concluir que los argumentos de la SC otorgan prioridad al principio de soberanía malamente entendido y relegan la protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas. Con esta sentencia reitera su postura⁵¹ de favorecer al poder mediante la exclusión de la aplicación preferente de los instrumentos internacionales suscritos por la República, en detrimento de los derechos humanos y en contra de la constitucionalización del DIDH; categóricamente crea amplios espacios para la inmunidad del poder y coloca su ejercicio fuera de cualquier control supranacional.

La sentencia devela cómo, para materializar un proyecto político cuya base contraría la Constitución, los magistrados acogen la idea de soberanía de Bodin, sin siquiera plantear o razonar sobre las interrogantes y fuertes dudas que, en torno a dicha institución jurídica y política, ha habido a partir de los años cincuenta del siglo XX.

Peor aún, eluden el retroceso que significa, para la vigencia y protección de los derechos humanos, imponer un principio como el de soberanía -caduco y anacrónico-, por encima de las premisas que fundamentan el DIDH, que no son otras, repetimos, que la garantía, protección y defensa de los derechos más esenciales de los individuos.

Queda claro que el concepto de soberanía plasmado en la decisión N° 1942 se levanta como un derecho absoluto —ni siquiera de la nación y, por tanto del pueblo,

⁵⁰ En este mismo sentido Nikken nos dice muy claramente que: “La máxima es pues simple: las instancias internacionales carecen de competencia para revisar la aplicación del Derecho interno por los tribunales nacionales, pero estos sí son competentes para revisar las decisiones de los tribunales internacionales de los derechos humanos para determinar si se adaptan al Derecho interno, fuera de lo cual no son ejecutables en Venezuela. Esto es exactamente lo contrario de lo que prescribe el Derecho internacional. Por cierto, es también contrario del mandato constitucional, según el cual los derechos humanos internacionales “prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público” (art. 23). Asimismo, la Sala Constitucional parece establecer los medios para desconocer la aplicación de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, contrariando el postulado del artículo 31 de la Constitución según el cual “el Estado adoptará, conforme a los procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”. Pedro Nikken, *ob. cit.*, p. 129.

⁵¹ Que ya había sido expresada tempranamente con la Sentencia N° 1.013 del 19 de julio de 2001. Sobre esta sentencia consultar el trabajo citado más arriba del profesor Héctor Faúndez Ledezma.

sino de la República a decir de la propia sentencia—, que solapa y anula la exigencia ética que debería fundamentar la actuación del poder, como es el reconocimiento del ejercicio de los derechos humanos para proteger la dignidad de las personas y garantizar, en consecuencia, la paz.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El siglo XX trajo dos verdades consideradas hoy día esenciales para garantizar la sobrevivencia del individuo en el planeta; dogmas que, *mutatis mutandi*, ya habían sido plasmados siete siglos atrás en la Carta de Manden y que transcribimos parcialmente al inicio de este trabajo. El primero de ellos, relativo a la necesidad de prohibir la guerra a fin de lograr la paz entre los Estados; y, el segundo, la exigencia de proteger y garantizar los derechos humanos de los individuos.

A partir de estas dos grandes premisas, el DIDH y los órganos creados para su efectiva aplicación se conciben como el marco normativo supranacional que busca la materialización de las mismas, imponiendo límites al comportamiento de los países tanto en sus relaciones con sus pares como dentro de sus propias fronteras, lo cual lleva necesariamente a un cambio de paradigma en relación al concepto clásico de soberanía (tanto interna como externa) en el sentido de que ante tales cometidos dicha institución debe necesariamente ceder.

Esta discusión es precisamente la que estimo debe ser abordada en el foro doctrinario venezolano para redimensionar el principio de soberanía que en la actualidad ha perdido toda su eficacia y vigencia y solo subsiste en las constituciones actuales como un “un homenaje verbal al carácter democrático representativo de los sistemas políticos contemporáneos”⁵².

Ahora bien, no obstante haberse vaciado de contenido, la soberanía ha sido utilizada por los gobiernos no democráticos como ardid para excluir la aplicación de los tratados internacionales, los cuales, como en el caso de Venezuela, fueron suscritos voluntariamente por el Estado aceptando que debía necesariamente transferir parte de su soberanía para proteger la dignidad de la persona humana quien es, en definitiva, la causa y el fin del poder.

Hasta aquí los planteamientos y las interrogantes que no pretenden resolver los puntos centrales ni profundizar sobre los mismos, sino proponer un estudio profundo que a mi entender es absolutamente necesario, en especial en Venezuela por los tiempos de autoritarismo que, desde hace ya dos décadas, estamos viviendo.

Finalmente, no quería concluir estas líneas sin agradecer a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y a su Comisión Coordinadora por haber tenido la gentileza de invitarme a formar parte de este Libro en Homenaje al maestro y estimado profesor Pedro Nikken.

Caracas, enero de 2021.

⁵² Luigi Ferrajoli, ob. cit., p. 174.

JUSTICIA TRANSICIONAL Y CINE

Cosimina G. Pellegrino Pacera*

SUMARIO

Introducción. I. Aspectos básicos de la justicia transicional. 1. Concepto y alcance. 2. Breve referencia a los antecedentes: los juicios de Núremberg y otros procesos. 3. Modalidades de transición judicial. A. Transiciones de regímenes dictatoriales a sistemas democráticos. a. El caso de Chile. b. Los casos de Argentina y Uruguay. B. Transiciones de guerras a la paz democrática. a. Caso El Salvador. Comentario final.

INTRODUCCIÓN

Sirvan estas líneas para rendir homenaje a la memoria del profesor Pedro Nikken, quien dedicó su vida al estudio del derecho, especialmente en materia de derecho internacional de los derechos humanos, en favor siempre de la protección de la dignidad de las personas, además de ser promotor de la paz y la resolución pacífica de los conflictos sociales y políticos.

Y es que el mismo profesor Nikken en su discurso de incorporación como Individuo de Número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en 1997, señalaba que la paz resultante de la guerra “no es apaciguamiento sino genuina conquista de la esperanza; y cuando esa conquista se edifica sobre un propósito mancomunado de recuperar para un pueblo la justicia, la libertad y, sobre todo, la dignidad, la paz es paradigma de la política”, una afirmación que partía sin duda de su experiencia como asesor jurídico *ad-hoc* del Secretario General de las Naciones Unidas (ONU) para las negociaciones de paz del conflicto armado en El Salvador y Guatemala, durante los años 90 del siglo XX.

* Universidad Central de Venezuela (UCV). Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogado, mención *Magna Cum Laude*. Especialista en Derecho Administrativo. Doctor en Ciencias, mención “Derecho”. Profesora de Derecho Administrativo II, en pregrado de la Escuela de Derecho (UCV). Profesora del Doctorado en Derecho, en el seminario sobre Derecho, Cine y Literatura, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCV). Profesora de Derecho Administrativo, en pregrado de la Escuela de Estudios Internacionales (UCV). Actualmente cursando el Diplomado Introducción a la Justicia Transicional, en Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Correo electrónico: cosiminap@yahoo.com

Nada mejor para recordar su trayectoria como jurista, defensor de los derechos humanos e impulsor del diálogo y la paz, que participar en este homenaje organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con el presente ensayo, que busca aproximarnos hacia el estudio de algunos aspectos de la denominada justicia transicional, bajo la mirada del cine.

Muchas son las películas que, directa o indirectamente, se han dedicado a retratar procesos de transición hacia la paz o la democracia de países que vivieron sometidos a conflictos armados o bajo regímenes autocráticos, especialmente sobre las transiciones a la democracia en América Latina¹, como Argentina, Chile, El Salvador y Uruguay, en la Europa central y oriental, así como en países de Asia y del continente africano (Sierra Leona, Uganda, República Democrática del Congo, Sudáfrica)².

La perspectiva cinematográfica se la puede calificar como ventana o reflejo de una época o un hecho histórico, que a la vez puede servir para denunciar el atropello al que estuvo sometido la sociedad civil ante gobiernos de corte dictatorial, como detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas y privaciones ilegítimas de libertad, a fin de alcanzar o restaurar el sistema democrático y el Estado de derecho.

Advierte, al respecto, el profesor mexicano Juan Antonio Casanovas Esquivel que "...las expresiones artísticas si bien no son la realidad, sí son un cierto reflejo de la realidad social captada de manera particular por el artista"³.

No pretendemos ser exhaustivos en el tema, solo se quiere ofrecer algunas notas introductorias acerca de la justicia transicional por intermedio de la senda del arte, en concreto del cine, sobre todo porque la justicia de transición es un campo de trabajo que abarca diferentes disciplinas (jurídica, sociológica, politóloga, entre otras) y aspectos, como la memoria y la conmemoración, la verdad y la reconciliación, los juicios de la verdad, las comisiones de la verdad, y en general cualquier medida que permita la superación del pasado.

En este sentido, cabe destacar que las películas son instrumentos idóneos que pueden ser útiles para revisar y profundizar en la comprensión de esta institución, incluso la realidad histórica del país en conflicto o sumiso a un régimen autocrático. No cabe ninguna duda que son muchos los filmes en los que se plantean el contexto político-social de las confrontaciones entre bandos enemigos, el justo reclamo de las víctimas de violaciones de derechos humanos, la reparación de las víctimas, sanción de delitos y políticas de no reiteración, además de la consecución de la verdad sobre los hechos

¹ "En los últimos años, Argentina y Chile han sentenciado a los autores de crímenes cometidos durante los regímenes militares; Colombia aprobó la legislación que asegura a las víctimas sus derechos a la verdad y a la reparación; Perú llevó a cabo juicios históricos contra el líder dictatorial Alberto Fujimori; y Guatemala recuperó millones de archivos que sacaron a la luz casos en los que la policía estuvo implicada en violaciones de derechos humanos durante el conflicto interno. Uno de los más recientes eventos de justicia transicional es la histórica aprobación en Brasil de la legislación que crea una Comisión Nacional de la Verdad habilitada para investigar los crímenes cometidos por la dictadura militar entre 1964 y 1985". Véase: F, Reátegui (ed.), *Justicia Transicional: Manual para América Latina*, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia. Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia & Nueva York, 2011. Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/12/Manual-Justicia-Transicional-esp%C3%B1ol-versi%C3%B3n-final-al-21-05-12-5-1.pdf>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

² Sobre las experiencias de procesos de justicia transicional en África, véase: <https://justiciatransicional.org.ve/experiencias/africa-experiencias/>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

³ José Antonio Casanovas Esquivel, *Derecho comparado y cine. Estudio sobre el cine como recurso pedagógico para la enseñanza del Derecho Comparado*, México, 2107, p. 90. Disponible en: <http://biblio.upmx.mx/tesis/159781.pdf>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

que hayan dado lugar a las violaciones a los derechos sufridos por las víctimas o sus familiares.

Al mismo tiempo debe advertirse que la lista de películas que presentamos en el presente ensayo tampoco busca ser una propuesta de los mejores filmes, ni mucho menos ser una lista exhaustiva; se trata de una selección personal de obras cinematográficas que hemos considerado apropiada con la intención de apoyar la enseñanza y la discusión sobre las cuestiones básicas de la justicia transicional.

Para tal fin, en las próximas páginas se hará una revisión de las notas o aspectos fundamentales que giran alrededor de la justicia transicional, y ello incluye las películas seleccionadas como medios de canales de comunicación claves que permitan contribuir en el estudio de este tema a la academia.

I. ASPECTOS BÁSICOS DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1. Concepto y alcance

Es esencial partir por definir qué es la justicia de transición, también denominada justicia transicional. Existen múltiples nociones que advierten que no se trata de un tipo de justicia, sino de un vocablo que hace referencia “a los procesos a través de los cuales se realizan transformaciones radicales de un orden social y político, bien sea por el paso de un régimen dictatorial a uno democrático, bien por la finalización de un conflicto interno armado y la consecución de la paz”⁴.

Es un mecanismo para abordar las “violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos que no pueden ser enfrentadas por mecanismos ordinarios”, y que tiene como principal objetivo la construcción democrática en países que han sido “afectados por una dictadura o un conflicto armado interno”, como advierte el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por sus siglas en inglés)⁵.

Se indica, de manera generalizada, que se trata de un “conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales”⁶.

Estos son ejemplos de criterios doctrinales que sirven de base para acercarnos a la definición, pero la noción comúnmente utilizada es, justamente, la que aparece reseñada en el reporte del Secretario General de las Naciones Unidas de 2004⁷, al declarar que:

...abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.

⁴ Rodrigo Uprimny Yepes, “Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano”, en: AA.VV., *¿Justicia transicional sin transición?: verdad, justicia y reparación para Colombia*, DeJusticia-Antropos, Bogotá, 2006. Disponible en <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Foros%20Justicia%20Transicional/LIBRO%20J.TRANS..pdf>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

⁵ Véase: Centro Internacional para la Justicia Transicional en <https://www.ictj.org/es/news/aportes-y-desafios-del-marco-jur%C3%ADdico-para-la-paz>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

⁶ Véase: https://pazactiva.org.ve/site_jt/wp-content/uploads/2017/08/Justicia-Transicional-PAZ-ACTIVA.pdf. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

⁷ Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. 6.

liación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella), así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.

A la anterior definición, debe añadirse que, en Colombia, la Ley 1.448 de 2011, también denominada “Ley de Víctimas y Restitución de Tierras”, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a favor de las personas que han sufrido las consecuencias del conflicto interno armado que vive el país colombiano, en su artículo 8° define la justicia transicional de la siguiente manera:

Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad para garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley⁸, rindan cuentas de sus

⁸ “ARTÍCULO 3°. VÍCTIMAS. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente.

De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima.

Parágrafo 1°. Cuando los miembros de la Fuerza Pública sean víctimas en los términos del presente artículo, su reparación económica corresponderá por todo concepto a la que tengan derecho de acuerdo al régimen especial que les sea aplicable. De la misma forma, tendrán derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición señaladas en la presente ley.

Parágrafo 2°. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad. Para los efectos de la presente ley, el o la cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley serán considerados como víctimas directas por el daño sufrido en sus derechos en los términos del presente artículo, pero no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos.

Parágrafo 3°. Para los efectos de la definición contenida en el presente artículo, no serán considerados como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de actos de delincuencia común.

Parágrafo 4°. Las personas que hayan sido víctimas por hechos ocurridos antes del 1° de enero de 1985 tienen derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas.

Parágrafo 5°. La definición de víctima contemplada en el presente artículo, en ningún caso podrá interpretarse o presumir reconocimiento alguno de carácter político sobre los grupos terroristas y/o armados ilegales, que hayan ocasionado el daño al que se refiere como hecho victimizante la presente ley, en el marco del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, de manera particular de lo establecido por el artículo tercero (3°) común a los Convenios de Ginebra de 1949. El ejercicio de las competencias y funciones que le corresponden en virtud de la Constitución, la ley y los reglamentos a las Fuerzas Armadas de combatir otros actores criminales, no se afectará en absoluto por las disposiciones contenidas en la presente ley”. Disponible en: <https://www.centrodememoria-historica.gov.co/micrositios/caminosParaLaMemoria/descargables/ley1448.pdf>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.

En Venezuela la autora Eglé Iturbe, advierte que los puntos clave del proceso de transición “son el cambio de actores y de régimen. Si esto no ocurre, si continúan los mismos actores o se cambian estos, pero se mantiene el mismo sistema, no se puede decir que ha habido una transición; solo ha habido un cambio de gobierno”⁹. Esta consideración, sin embargo, deja de lado el hecho de que la transición sirva de herramienta para reemplazar un estado de guerra civil por un orden social pacífico.

Puede decirse que la justicia transicional consiste en los procesos y mecanismos que una sociedad crea para enfrentar las consecuencias de períodos marcados por graves violaciones de los derechos humanos, usualmente tras situaciones de conflicto armado o autoritarismo, siendo sus principales objetivos la paz y la reconciliación, y en general, contribuir al fortalecimiento de la democracia y del Estado de derecho; aunque estos objetivos de la justicia transicional variarán en cada situación.

Es así que se trata de una herramienta que permite a las sociedades superar legados históricos de violencia, enfrentamientos ideológicos, como los que se han sucedido ininterrumpidamente durante el siglo XX y XXI, rescatando la verdad, promoviendo procesos de justicia e implementando la reparación integral para las víctimas.

2. Breve referencia a los antecedentes: los juicios de Núremberg y otros procesos

Debe admitirse que los antecedentes de la justicia transicional se ubican hacia la creación del Tribunal Internacional Militar de Núremberg¹⁰ en 1945 por los países aliados que decidieron juzgar a los principales comandantes nazis, luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, así como los juicios de Tokio¹¹,

⁹ Eglé Iturbe, “Administración Pública Nacional”, en: B. Alarcón Deza y S. Ramírez (coords.), *La consolidación de una transición democrática. El desafío venezolano III*, Universidad Católica Andrés Bello, Centro de Estudios Políticos, Caracas, 2018, p. 226. Disponible en: <https://politikaucab.files.wordpress.com/2018/11/af-libro-el-desafio-venezolano-iii.pdf> . Consultado el 22 de noviembre de 2020.

¹⁰ “El Palacio de Justicia de Núremberg había sido escogido para albergar estos juicios por tres motivos: por su simbolismo ya que fue el lugar donde el partido nazi concentró a más público durante sus mítines, por ser el lugar donde se promulgaron las Leyes Raciales contra los judíos en 1935 y por ser el único edificio de este tipo que quedó intacto en Alemania tras los bombardeos. Las instalaciones también contaban con una prisión y con hoteles que sirvieron para alojar a las delegaciones internacionales y a los periodistas”. Vid. Josep Gavalda, *Nazis en el banquillo de los acusados*. Disponible en: https://historia.nationalgeographic.com.es/a/final-juicios-nuremberg-contradirigentes-nazis_14755. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

¹¹ Es importante acotar que de forma parecida a los juicios de Núremberg, los altos responsables militares japoneses también comparecieron ante el denominado Tribunal Penal Internacional para el Lejano Oriente, tribunal encargado de llevar adelante el juicio militar para juzgar a los líderes del Imperio de Japón por conspiración para iniciar la guerra del Pacífico por crímenes contra la paz (o crímenes “Clase A”), crímenes de guerra convencionales (“Clase B”) y crímenes contra la humanidad (“Clase C”). Es el caso del general Hideki Tōjō, que había tratado de hacerse el *harakiri* en varias ocasiones, fue condenado a muerte y ahorcado el 23 de diciembre de 1948. Otros dos antiguos ministros fueron también declarados culpables y ejecutados en los meses posteriores. Sobre los juicios de Tokio, la plataforma Netflix ofrece la miniserie japonesa *Tokyo Trial* un drama histórico en cuatro capítulos, obra filmica que es analizada por Aldo García, “El juicio de Tokio y el desarrollo de la justicia penal internacional”, en: *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*. Año 3, Número 3, diciembre 2020. Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, pp. 161-166. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/Redic/article/view/10461/9936> . Consultado el 22 de noviembre de 2020.

ambos considerados como juicios políticos del régimen derrocado por parte del régimen victorioso¹².

Tras la rendición de Alemania nazi, la mayoría de los oficiales, jefes y otros altos funcionarios de cargos militares fueron arrestados para ser juzgados delante de un tribunal, entre los arrestados se encontraban Hermann Göring y Heinrich Himmler, aunque este último terminaría suicidándose con una cápsula de cianuro antes de poder ser interrogado.

En un principio, Stalin insistió en la idea de fusilar a todos los responsables supervivientes, pero los demás aliados mantuvieron firme su posición en la necesidad de juzgarlos por medio de un tribunal militar internacional. Los cargos que se presentaron contra los acusados fueron: crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad¹³.

Una versión filmica significativa de este histórico juicio que se siguió contra los funcionarios del régimen nacionalsocialista es la obra estadounidense *¿Vencedores y vencidos?* El juicio de Núremberg (Stanley Kramer, 1961), considerada un clásico del cine judicial, aparte de ser calificada como la mejor película de Kramer, que con el excelente guion de Abby Mann, la película invita a reflexionar sobre hasta qué punto la población alemana fue responsable de los crímenes y excesos de los nazis en el poder.

Esta obra maestra busca, entre otros muchos temas, examinar el conflicto entre la ley y la justicia en un régimen totalitario, aparte de las controversias que generaron estos juzgamientos frente al principio de la irretroactividad de la ley penal, dado que el tribunal fue creado con posterioridad a la ocurrencia de los hechos que entró a juzgar, al igual que los crímenes que conoció, también establecidos con posterioridad a los hechos.

No hace falta decir que para la época en que ocurre el proceso judicial no existía un derecho penal internacional que hubiese tipificado esas conductas, no obstante que el tribunal sostuvo que dichos crímenes se habían fundamentado en derechos ya reconocidos¹⁴. El filme, en general, relata el juzgamiento de cuatro jueces alemanes

¹² Existen películas que por la libertad creativa de sus directores se atreven a dar versiones ficticias de la Segunda Guerra Mundial. Es así que se destaca la obra *Bastardos sin gloria* (Quentin Tarantino, 2009), una peculiar versión ficticia que deforma absolutamente la historia de la muerte de Hitler y a la plana mayor del nazismo a manos de un grupo de soldados estadounidenses judíos, llamados “*Bastardos*” y que son comandados por Aldo “el Apache” Raine. En la película los *Bastardos* se caracterizan por asesinar brutalmente a los nazis para después quitarles el cuero cabelludo o inscribirles con un cuchillo la esvástica en la frente de aquellos a quienes permiten vivir. Vid. Arturo Serrano Álvarez, *El cine de Quentin Tarantino. Una aproximación a la estética de la violencia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, pp. 109-117.

¹³ El juicio comenzó el 14 de noviembre de 1945 y se prolongaría hasta el 1 de octubre de 1946. Para el tribunal se nombraron cuatro jueces titulares: un estadounidense, un británico, un soviético y un francés, y otros cuatro como suplentes. El fiscal principal fue el estadounidense Robert H. Jackson. Los acusados dispusieron de traducción simultánea en todo momento, dado que el idioma oficial utilizado fue el inglés. El día 16 de octubre de 1946 fue el día fijado para la ejecución de los oficiales condenados a muerte en la horca. El día antes, Göring se suicida en su celda, el resto de los condenados fueron ejecutados en un patíbulo montado en el patio del gimnasio de la cárcel de Núremberg.

¹⁴ El cargo de crímenes de guerra estuvo sustentado en la Convención de La Haya, de 18 de octubre de 1907. El cargo de crímenes contra la paz estuvo sustentado en el Tratado sobre renuncia a la guerra o Pacto Brian-Kellogg, firmado en París el 27 de agosto de 1928. Los crímenes contra la humanidad estuvieron basados en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Vid. Adelaida María Ibarra Padilla, *Justicia Transicional: la relación Derecho-Poder en los momentos de transición*. Disponible en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/7176>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

colaboracionistas del Tercer Reich (Ernst Janning, Emil Hahn, Werner Lammpe y Friedrich Hofstetler).

Entre los acusados destaca el caso de Janning, juez y profesor universitario que ocupó la jefatura del ministerio de justicia durante el régimen de Hitler y, por ende, quien daba el visto bueno para dar curso a las deportaciones, esterilizaciones forzadas, y sobre todo la aplicación de la pena capital a judíos, gitanos, comunistas, homosexuales, entre otros.

La cinta se centra en la perpetración de dos delitos contra la humanidad, la esterilización de los deficientes mentales (caso Rudolf Petersen), y la prohibición de contactos físicos entre arios y judíos (caso Irene Hoffman). Advierte, por su parte el autor venezolano Juan Carlos Oliveira, que la película “muestra cómo en esa clase de regímenes la Ley deja de ser expresión de la Justicia, y cómo en la mayoría de los casos ambas figuras plantean dicotomías antagónicas; esto sucede porque la Justicia, entendida como la virtud cardinal en torno a la cual gira la vida moral de las personas, no es un referente para el legislador”¹⁵.

La reconstrucción de este decisivo capítulo histórico también queda recogido en la película para televisión titulada *Núremberg* (Yves Simoneau, 2000). Después de cuarenta años del estreno del clásico del cine mundial *¿Vencedores o Vencidos?*, el director canadiense Simoneau decide poner de relieve la imagen y actitud de los altos jerarcas nazis que fueron enjuiciados, entre ellos, Hermann Göring.

Luego del proceso de Núremberg siguieron otros numerosos juicios para figuras de segundo orden, como jueces, policías, miembros de las SS y la Gestapo. De todos ellos, el cine ha retratado el cuestionado juicio de Adolf Eichmann, quien era líder de las SS y uno de los principales ideólogos de la llamada “Solución Final” que consistía en desaparecer a los judíos de la tierra¹⁶.

Se destaca, en este sentido, el filme titulado *Eichmann* (Robert Young, 2007) obra que refleja cómo Eichmann fue secuestrado en Argentina¹⁷ por un comando del Mossad israelí, sin respetar las normas de derecho internacional para ser procesado en Jerusalén, en un juicio profundamente cuestionado, condenado a muerte y ejecutado en la horca el 31 de mayo de 1962. Lo característico, realmente, de la película es que se centra en el interrogatorio del proceso realizado por parte de Israel contra el comandante nazi por su participación en el genocidio dirigido por la Alemania de Hitler.

Otra película que también se centra en el proceso de este funcionario nazi es la cinta alemana *Hannah Arendt* (Margharette von Trotta, 2012), una filmografía de tono histórico y biográfico que retrata el episodio cuando la periodista y filósofa alemana de origen judío Hannah Arendt, enviada a Jerusalén por la revista estadounidense *The New Yorker* a cubrir el juicio del criminal Eichmann, se dedica a escribir su libro titulado *Eichman en Jerusalén*, un estudio sobre la banalización del mal, en el que

¹⁵ Juan Carlos Oliveira, “Tensión entre la Justicia y la Ley en el filme *Judgement at Nuremberg*: a propósito del 75 aniversario del inicio de los Procesos de Nuremberg”, en: *Blog de Derecho y Sociedad*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila, 2021. Disponible en: <https://derysoc.com/tension-entre-la-justicia-y-la-ley-en-el-filme-judgement-at-nuremberg-a-proposito-del-75-aniversario-del-inicio-de-los-procesos-de-nuremberg/>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

¹⁶ Eichmann era quien sabía cuándo y cómo debían salir los trenes cargados de judíos hacia los campos de concentración.

¹⁷ Sobre la detención de Eichmann, la película alemana *El caso Fritz Bauer* (Lars Kraume, 2015), un *thriller* político, relata la participación importante que tuvo el fiscal general de la República Federal Alemana (RFA) Bauer en la captura de este criminal nazi en Argentina por parte de los israelíes, porque Bauer no se fiaba del servicio de inteligencia alemán.

describe que se trata de “...un nuevo tipo de maldad que a través de la burocracia transforma a los hombres en funcionarios y simples ruedecillas de la maquinaria administrativa[...] Hubo muchos hombres como él, y que estos hombres no fueron pervertidos ni sádicos, sino que fueron, y siguen siendo, terroríficamente normales...”¹⁸.

Más películas estrechamente vinculadas a los juicios de Núremberg, especialmente al caso de Adolf Eichmann, se encuentran el filme estadounidense *El lector* (Stephen Daldry, 2008), y *La caja de música* (Constantin Costa-Gavras, 1989), esta última cinta cuenta la historia de un hombre llamado Mikel Lazslow, emigrante de Hungría luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y su hija Anna, una reconocida abogada de Chicago durante la década de los años 60 en Estados Unidos.

La caja de música se centra en el descubrimiento de la verdad y hacer justicia, tras las sospechas de un pasado oscuro de Lazslow en los años duros de la guerra, especialmente cuando recibe una carta de la Oficina de Inmigración de Estados Unidos en la que se le notifica la apertura de una investigación por supuestas acusaciones de actos de tortura y asesinatos cometidos contra personas inocentes judías, durante el período de su pertenencia a la “Sección Especial”, grupo húngaro muy violento y colaborador de los nazis alemanes instalados en Hungría.

La película *El lector*, basada en la novela del profesor y juez Bernhard Schlink, es una cinta que relata la relación amorosa que existía entre Michael Berg, un estudiante de derecho, con una mujer que le duplicaba la edad llamada **Hanna Schmitz**, quien se desempeñaba como revisora de tranvía, que después de varios años es sometida a un juicio de crímenes de guerra, y condenada a cadena perpetua por la muerte de 300 mujeres que se encontraban encerradas en una iglesia durante un incendio.

Sin entrar a desarrollar a profundidad, el timón de esta obra fílmica, y muchas otras desde el enfoque de la justicia transicional, puede decirse que apuntala a responsabilizar a quienes obraron contra las víctimas. Adicionalmente, procura dar a conocer acerca de lo que pasó. En nuestro criterio, las películas comentadas favorecen para reflexionar, en gran medida, la implementación de la justicia como mero castigo (*¿Vencedores y vencidos? El juicio de Núremberg: Núremberg y Eichmann*)¹⁹ hacia un concepto de justicia más integral que abarca la verdad, la memoria y la garantía de no repetición (*El lector y La caja de música*), pues la justicia transicional no solo supone el deber de juzgar a los perpetradores por las graves violaciones a los derechos humanos, sino también implica la reparación a las víctimas por los daños sufridos, la no repetición de los hechos atroces, y el derecho de conocer la verdad sobre las violaciones cometidas.

¹⁸ Para la filósofa Hannah Arendt, en su obra “*Eichmann en Jerusalén*”, un reportaje que hizo sobre el proceso advierte que el principal error en el juzgamiento de Adolf Eichmann radica en que debía ser juzgado por crímenes contra la humanidad y no por crímenes contra el pueblo judío. Esta objeción desemboca en otra; la necesidad de una corte penal del internacional que tuviera legitimidad en este tipo de crimen, pues si se estaba frente a crímenes contra la humanidad, el tribunal encargado de hacer justicia debía tener representación de toda la humanidad y no solo de un pueblo, en este caso el judío. *Vid.* Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, Trad. Carlos Ribalta, 6ª ed., DeBolsillo, Barcelona, 2011.

¹⁹ La autora Ibarra Padilla, al respecto, advierte que las fuerzas estadounidenses no fueron juzgadas «aunque con la emisión de las bombas de Hiroshima y Nagasaki pudieron haber incurrido en los mismos crímenes por los cuales fueron juzgados sus adversarios de guerra». De hecho, resalta que el único proceso por crímenes de guerra contra un aliado de la Segunda Guerra Mundial fue planteado por ciudadanos japoneses contra Estados Unidos por el empleo de armas atómicas, pero el caso fue rechazado por el Tribunal Supremo del Japón por cuestiones de competencia. *Vid.* Adelaida Maria Ibarra Padilla, ob. cit.

Por otra parte, también cabe acotar como antecedentes de justicia transicional el Tribunal de La Haya para la antigua Yugoslavia en 1993 y el Tribunal de Arusha para Ruanda en 1994, ambos de naturaleza *ad hoc*, establecidos por el Consejo de Seguridad de la ONU, y que más adelante propiciarán la creación de la Corte Penal Internacional en 1998, como tribunal penal internacional de forma permanente.

Para ambos procesos de transición, existe un grupo de películas que se pueden considerar para revisar el contexto histórico que vivieron esos países. Un caso puede ser el filme bélico producido en Bosnia-Herzegovina titulado *En tierra de nadie* (Danis Tanovic, 2001) que cuenta la historia de dos soldados de bandos diferentes, uno bosnio y el otro serbio, luego de quedar atrapados en una trinchera, entre la línea serbia y la línea bosnia de batalla, durante la guerra de Bosnia de 1993.

Hay que reconocer que, tras la caída del muro de Berlín en 1989, el cambio de mayor envergadura fue el hecho de que los países de la Europa del Este se liberaron de la presencia de tropas soviéticas en 1991, año en que se disolvió el Pacto de Varsovia. Por supuesto, esto trajo un conjunto de consecuencias, entre ellas la descomposición del área balcánica que contribuyó a la disolución de la ex Yugoslavia, un país formado por la federación de repúblicas que había sido creado después de la Segunda Guerra Mundial. Estas repúblicas eran: Eslovenia, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Serbia (con las provincias autónomas de Kosovo y Voivodina), Montenegro y Macedonia.

A principios de la década de 1990, tres repúblicas de las seis que formaban parte de **Yugoslavia** decidieron **independizarse** (Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina). **Eslovenia y Croacia declararon unilateralmente su independencia** en 1991, lo que provocó una respuesta contundente de las autoridades centrales, pues no estaban dispuestas a perder dos de sus territorios. A comienzos de 1992 Eslovenia y Croacia vieron reconocida su independencia por la Europa comunitaria. Pero la guerra en la ex Yugoslavia, liderada por Serbia, estaba lejos de pacificarse.

En 1992, **Bosnia decidió** convocar un referendo y proclamó su independencia, esto desató una **guerra civil** entre los bosnios partidarios de separarse (bosnio-croatas) y los que apostaban por permanecer dentro de Yugoslavia (bosnio-serbios) que estaban vinculados al gobierno central liderado por Serbia, por intermedio de su dirigente Slobodan Milosevic, quien más adelante será juzgado ante la Corte Penal Internacional, con sede en La Haya, por crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio²⁰.

En este punto, es importante resaltar la correlación existente entre identidad étnica y religión: los bosnios son en su mayoría musulmanes, mientras que los bosnio-serbios son cristianos ortodoxos y los bosnio-croatas son católicos, es decir que en un mismo territorio convivían tres religiones diferentes²¹.

En los últimos meses de 1992 la situación se hizo cada vez más explosiva, a este conflicto se le conocería como la **“Guerra de los Balcanes”, y que llegaría a su fin en 2001**. En 1993 se creaba el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)²² con el objetivo de condenar los crímenes cometidos durante el conflicto: lo

²⁰ Milosevic se convirtió en el primer ex jefe de Estado juzgado por crímenes de guerra y contra la humanidad y genocidio ante la Corte Penal Internacional. En 2006 aparecía muerto en su celda antes de que fuera condenado.

²¹ *Vid.* Historia Universal. Siglo XX (De 1942 a 2001). Segunda Guerra Mundial. Guerra Fría. Fin de siglo. Volumen 12. Editorial Planeta DeAgostini, S.A., 2001, España, pp. 274-277.

²² “El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) fue un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, establecido en virtud de la autoridad que el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas le confiere al Consejo y de conformidad con la Resolución 827, dictada el 25 de mayo de 1993. El tribunal, cuyo mandato cesó el 31 de diciembre de 2017, tuvo como propósito enjuiciar a

sucedido en Bosnia fue calificado como un genocidio dado que las fuerzas bosnio-serbios, de religión cristiana ortodoxa, llevaron a cabo una **limpieza étnica** y mataron a decenas de miles de musulmanes.

Sería la primera vez, luego de la Segunda Guerra Mundial, que en Europa volvía hablarse de limpieza étnica, amén de que también se habían cometido otros crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. La película balcánica *En tierra de nadie* es una trama de tono bélico que, ciertamente, desnuda sin cortapisas la guerra de disolución de la antigua Yugoslavia, que trata sobre todo de una crítica que pone en tela de juicio el rol protagonista de la Organización de las Naciones Unidas en conflictos bélicos internacionales.

Otra cinta interesante, es la obra serbia *En la vía láctea* (Emir Kusturica, 2016) en la que a través de una historia romántica entre un lechero (Kosta) –interpretado por el propio Kusturica– y una refugiada italiana (Nevasta) –interpretada por Mónica Bellucci–, atravesada con un cierto tono cómico y de realismo mágico, relata la guerra de la ex Yugoslavia, sin sumergirse en los pormenores políticos del conflicto, como sí ocurre en el filme *En tierra de nadie*. En todo caso, también deja colar una crítica sobre el papel que tuvo la ONU durante el conflicto.

Otro terreno mucho más complejo es, sin duda, el conflicto fratricida en Ruanda. En este caso, debe necesariamente señalarse que la época de posguerra fría entrañó grandes dificultades para numerosos países. De hecho, luego de la guerra fría estallaron una serie de guerras civiles en el África negra, vista como “el Tercer Mundo del Tercer Mundo”, y que en buena parte eran una consecuencia de las artificiosas fronteras creadas por el colonialismo europeo²³.

Tales fronteras, que habían dividido sin ninguna consideración a tribus y grupos étnicos, dificultaron en gran manera el asentamiento de los Estados nacionales africanos, cuyos gobiernos no siempre fueron vistos como legítimos representantes de un determinado territorio.

las personas responsables de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos durante los conflictos ocurridos en Croacia (1991-1995), Bosnia y Herzegovina (1992-1995), Kosovo (1998-1999) y la ex República Yugoslava de Macedonia (2001). El artículo 4 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia rezaba que se entendía por genocidio a cualquiera de los actos allí enumerados y ‘perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso’. Dichos actos incluían: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo; y e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”. *Vid.* Ailén Nahir Chiesa y Luisa Vicentín, “‘En tierra de nadie’. Entre la responsabilidad de proteger y la inacción internacional: algunas reflexiones sobre el rol de Naciones Unidas”, en: *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*. Año 3, Número 3, diciembre 2020. Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, pp. 153-160. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/Redic/article/view/10624/9928>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

²³ “A finales del siglo XIX los países europeos se ampararon en las teorías que establecían la división de la humanidad en distintas razas y proclamaban la superioridad de la raza blanca para justificar la colonización de África. La apropiación de los recursos naturales, los genocidios y la destrucción de la organización social y las culturas locales se llevaron a cabo sin ningún tipo de escrúpulos. En 1885 Leopoldo II de Bélgica se apropió del Estado Libre del Congo; entre 1893 y 1895 Francia conquistó Tombuctú, el Reino de Dahomey y Madagascar; Gran Bretaña conquistó el Reino de Benín en 1897...”, *vid.* Amnistía Internacional. *El cine y la Declaración de los Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/pelis/dudh/es/hotelrwanda2.html>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

El conflicto en Ruanda, en tal sentido, fue considerado como el caso más espantoso de desgarramiento de los Estados africanos nacidos de la descolonización, tras el genocidio que en 1994 se perpetró contra la etnia tutsi por parte de los hutus, y que causó más de medio millón de muertos y dos millones de refugiados. Otros países también se desangraron con guerras fratricidas en los años finales del siglo XX, entre ellos, Liberia, Sierra Leona y Somalia.

Ante esta cruel matanza étnica, la ONU decide crear el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, con el objetivo de juzgar a los principales responsables del genocidio. Una de las personas juzgadas sería el cantante ruandés Simon Bikindi, condenado a 15 años de prisión por haber pronunciado un discurso en junio de 1994 en el que instaba a los hutus a matar a la minoría tutsi.

La película británica *Hotel Rwanda* (Terry George, 2004) es aconsejable para aproximarnos a conocer este trágico episodio del país africano, especialmente porque el argumento se centra en denunciar los problemas de convivencia de las etnias tutsi y hutus por medio de la historia de Paul Rusesabagina, quien es hutu y gerente del hotel Des Mille Collines, que en medio de la masacre se convierte en un espacio de refugio para los tutsis.

Debe advertirse, sin embargo, que la primera cinta en contar este capítulo de la historia ruandesa fue la película británica *100 Days* (Nick Hughes, 2001), que resume los cien días que se considera duró el exterminio de la etnia tutsi. Otra película que ofrece una mirada bastante terrible y cruel sobre el genocidio perpetrado en Ruanda en el año 1994 es la cinta francesa *El día que Dios se fue de viaje* (Philippe Van Leeuw, 2009).

Para nosotros ninguna de estas películas descontextualiza y simplifica la gravedad de los hechos. Las cintas más bien se sitúan en el contexto de la confrontación de ambas etnias, y es ahí precisamente la importancia de esta filmografía para ilustrar lo que pasó, sobre todo porque el tema del genocidio es tratado con un tono muy realista.

Y ya que estamos hablando de los antecedentes de la justicia transicional, cabe apuntar, como cierre de esta sección, que Latinoamérica durante los años 80 y 90 del siglo XX también transitó por varios procesos de paz y negociación ante conflictos armados internos o razones políticas que se consideran de justicia transicional. Concretamente, destacan, como veremos más adelante algunos de ellos, los casos de El Salvador, Guatemala, Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Perú y Paraguay, en donde la mayoría de estos países se cometieron desapariciones forzadas, torturas, detenciones arbitrarias, matanzas, entre otros delitos graves y degradantes en el marco del derecho internacional de los derechos humanos²⁴.

3. Modalidades de transición judicial

Aunque pueda parecer obvio, la justicia transicional dependerá del tipo de situación a superar por medio de este mecanismo. El colombiano Rodrigo Uprimny Yepes²⁵, al respecto, distingue entre la transición de regímenes dictatoriales a democracias, y la que busca superar guerras civiles. Es fundamental, de hecho, conocer

²⁴ Mario J. D'Andrea, "Justicia Transicional en Venezuela: Propuesta de judicialización", en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, N° 73, 2019, Caracas. Disponible en <http://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/temas/index.php/rfderecho/article/view/4575/3815>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

²⁵ Rodrigo Uprimny Yepes, ob. cit., pp. 17-44.

si se trata de transiciones de las dictaduras a los regímenes democráticos, o casos de transiciones de guerras a la paz, como es el caso de las negociaciones de Colombia, pactado entre el Gobierno colombiano con los grupos paramilitares, pues de ello dependerá el conjunto de medidas, judiciales o extrajudiciales, del proceso.

Advierte Uprimny Yepes, igualmente, que puede haber transiciones de guerra a la paz que sean tanto pactadas como impuestas por una ruptura, colapso o derrota del régimen autoritario, y en tal sentido indica que en las primeras (transiciones pactadas) hay menos demanda de castigo hacia los victimarios y el olvido por los hechos ocurridos (como sucedió en España y Centroamérica), mientras que en las segundas, es decir, en las transiciones impuestas puede haber más posibilidades y exigencia de castigo y, por ende, garantía de los derechos de las víctimas, como el esclarecimiento a la verdad, obtener justicia y la reparación por las violaciones de los derechos humanos, así, por ejemplo, la transición llevada a cabo tras la victoria de los aliados en la Segunda Guerra Mundial.

A. Transiciones de regímenes dictatoriales a sistemas democráticos

En este caso la violencia que se busca superar es asimétrica o vertical, pues el Estado no enfrenta la resistencia de un actor armado. No hay conflicto armado sino solo represión, y la distinción entre víctimas y victimarios es clara. Un rasgo distintivo de la dictadura es la negación de todos los requisitos mínimos necesarios de un régimen democrático. Precisamente, en América Latina se realizaron notables esfuerzos para deponer gobiernos despóticos y establecer regímenes democráticos, pactados o impuestos.

a. El caso de Chile

En este tipo de transiciones existen varios ejemplos. Un caso emblemático es el proceso de transición de Chile desde la dictadura militar de Augusto Pinochet (entre 1973 y 1990) hacia la democracia, el cual se realizó con un alto nivel de estabilidad social y política. Películas como *No* (Pablo Larraín, 2012) muestra con gran verosimilitud las tensiones de la campaña de los partidos políticos agrupados a la opción “No” para el plebiscito chileno de 1988 que tuvo lugar en Chile el miércoles 5 de octubre, impulsado por el propio Pinochet para legitimar internacionalmente su continuidad al frente del gobierno, pero lo perdió forzando a la convocatoria de unas elecciones democráticas al año siguiente.

De manera abierta este filme recrea las tensiones entre el jefe de una agencia de publicidad que trabaja para la opción “Sí” y su empleado publicista René Saavedra que trabaja para el “No”, especialmente la obra pone el acento en las tensiones entre el protagonista y los miembros de los partidos que forman parte del conglomerado por el “No” (coalición formada por partidos de izquierda, centroizquierda y centro), que quieren una campaña de fuerte denuncia de las violaciones cometidas por el régimen de Pinochet en el pasado, mientras que el publicista insistía con emplear una campaña electoral optimista y alegre, que levantarán el ánimo de los chilenos.

En la película se retrata cómo para los opositores a Pinochet era fundamental visonar una campaña que denunciara las barbaridades silenciadas por el dictador, ya que el gobierno había autorizado la emisión de treinta minutos diarios de transmisión de propaganda, quince minutos para el “Sí” y quince minutos para el “No”, en la franja nocturna de la televisión nacional, entre el 5 de septiembre y el 1 de octubre. Saavedra, en cambio, propone la realización de una pieza publicitaria positiva que estaría basada en el concepto de la alegría que incluye un arcoíris en su logotipo, acompañada de una melodía “Chile, la alegría ya viene”.

Más allá de este filme, es de destacar que la transición en Chile no fue inmediata, pues los jueces seguían desconociendo los derechos humanos en los primeros años pese a haberlos incorporado en su Constitución, tal como lo advierten los autores Jessica Almqvist y Carlos Espósito al señalar que “a pesar de la restauración democrática, las Cortes siguieron consagrando la impunidad... Ni siquiera la incorporación al derecho chileno –a nivel constitucional– de los instrumentos internacionales e interamericanos de derechos humanos hizo cambiar a los jueces sus convicciones nacionalistas...”²⁶, aparte de que los victimarios se otorgaron a sí mismos amnistías como condición para permitir el paso a la democracia y no ser juzgados por sus crímenes.

Ahora bien, tampoco se puede obviar que algunas películas también se han aproximado a la historia de la dictadura de Augusto Pinochet y su Junta Militar, unas desde perspectivas más ideológicas, otras menos. La cinta *Allende en su laberinto* (Miguel Littín, 2014), es una obra cinematográfica que narra las últimas horas del expresidente Salvador Allende junto a sus colaboradores más cercanos, al interior del palacio presidencial La Moneda, durante el golpe de estado del 11 de septiembre de 1973.

Otra película chilena de interés es *Machuca* (Andrés Wood, 2004) en la que se narra el contexto político, económico y social que desencadenará el golpe militar del 11 de septiembre de 1973. Este filme protagonizado por niños trae a colación las diferencias educativas existentes en Chile durante la época en que se desarrolla la acción de la obra cinematográfica; justamente, puede decirse que lo llamativo de la obra es las diferencias sociales y las dificultades que produce el encuentro de las personas de clases distintas, representado en este caso por la amistad entre los niños Gonzalo Infante y Pedro Machuca.

Aunque Pinochet no es parte del guion, salvo como voz y una imagen momentánea en el televisor del hogar de Gonzalo justificando el golpe de Estado al gobierno de Salvador Allende, la película recuerda la represión a cargo de los soldados del Ejército de Chile que insultaban y maltrataban a los habitantes del barrio donde vivía Pedro y su familia.

Colonia Dignidad (Florian Gallenberger, 2015) es una película que recrea las atrocidades que sucedieron en Colonia Dignidad, una secta liderada por el nazi Paul Schäfer que funcionó entre 1961 y 2005, y que durante la dictadura de Pinochet también sirvió como centro clandestino de detención y tortura contra los presos políticos. Por décadas en esa comunidad liderada por el pastor Schäfer se cometieron crímenes como abuso de menores, medicación forzada, trabajo esclavo, tortura y desaparición de opositores a la dictadura de Augusto Pinochet, según consta en expedientes judiciales.

La película es una construcción histórica de la represión durante el golpe militar; un filme que pone énfasis en rescatar una historia sobre un pasado del que todavía quedan cosas por decir, fundamentalmente por tratarse de una situación compleja alrededor de la Colonia Dignidad, donde funcionaba un centro de tortura. Y es que en 2017 fue creada la comisión chileno-alemana con el propósito de cooperar en la preservación de la memoria de las víctimas de violaciones a los derechos humanos. La comisión también tiene la obligación de colaborar en el esclarecimiento de los delitos cometidos en ese lugar y en adoptar medidas para integrar a las víctimas en la sociedad.

²⁶ J. Almqvist y C.D. Espósito, (coords.), *Justicia Transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 76, referencia bibliográfica citada por: Adelaida María Ibarra Padilla, ob. cit.

b. Los casos de Argentina y Uruguay

También la industria del cine ofrece memoria y testimonio del contexto histórico en las transiciones de otros países de la región. De hecho, hay películas que han ilustrado la arbitrariedad y crímenes cometidos en las dictaduras de los gobiernos militares de Argentina y Uruguay durante las décadas de 1970 y 1980.

El cine latinoamericano, ciertamente, ha manifestado explícitamente su interés por los hechos políticos de las dictaduras militares en el cono sur frente a la búsqueda de justicia por las violaciones de los derechos humanos, especialmente en investigar, juzgar, condenar y reparar el daño causado a las víctimas.

Como ejemplo de la última dictadura que vivió Argentina (1976-1983) y su proceso de transición a la democracia, que ha sido calificado como un proceso por colapso²⁷ “debido al derrumbe del régimen militar y la no negociación de condiciones de impunidad y/o permanencia en enclaves de poder para las Fuerzas Armadas”²⁸, ciertamente existe una lista de películas argentinas que rastrea la violencia del régimen dictatorial.

Entre las cintas interesantes que reproducen el contexto de represión política y las violaciones hacia los derechos humanos por parte del régimen militar de Jorge Rafael Videla, destacan especialmente *Historia oficial* (Luis Puenzo, 1984), y *La noche de los lápices* (Héctor Olivera, 1986), ambas por ser, según nuestra opinión, voces que se alzan en defensa de la verdad y la justicia, más allá del tono general que resulta bastante pesimista.

A diferencia del caso de Argentina, incluso del chileno, la historia de la dictadura cívico-militar que rigió en la República Oriental del Uruguay (1973-1985), ha contado con poca filmografía. Sin embargo, a los fines de nuestro presente estudio se ha puesto el foco sobre dos cintas que son clave para conocer más de cerca la represión que imperó en el país sureño, así como las graves violaciones de derechos humanos.

La primera película es *Zanahoria* (Enrique Buchichio, 2014), una trama que pretende revelar las pruebas de delitos cometidos durante la dictadura uruguaya, especialmente las desapariciones forzadas de personas. Y es que es no se puede desligar las desapariciones forzadas con las dictaduras que se impusieron en el cono sur, donde por cierto se dieron varias modalidades de desapariciones. Un ejemplo de la práctica de las desapariciones forzadas de personas en Uruguay es el asunto de la denominada “Operación zanahoria”.

²⁷ Marina Franco, “La ‘transición a la democracia’ en la Argentina frente a las cristalizaciones de la memoria”, en: *Caravelle*, N° 104, 2015, pp. 115-131. Disponible en: <https://journals.openedition.org/caravelle/1602>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

²⁸ Al respecto, asevera la autora argentina Franco que la “... derrota en la guerra de Malvinas en junio de 1982, en el marco de una gravísima crisis interna de la Junta Militar y de una situación económica y social crítica, se considera el inicio del fin de la dictadura. En noviembre, la Junta anunció su intención de «concertar» con los partidos políticos la salida electoral y las condiciones para el futuro «proceso de institucionalización», e indicó que estaba en estudio una amnistía. Entre las condiciones de esa concertación se establecían como innegociables el tema de los desaparecidos, la lucha contra la subversión y la presencia de las Fuerzas Armadas en el próximo gobierno. Las fuerzas políticas, que desde 1981 estaban reunidas en una Multipartidaria que agrupaba a los principales partidos en un bloque opositor, se negaron a concertar si ello implicaba acordar condicionamientos al nuevo proceso democrático. Entre sus exigencias figuraban la salida electoral no condicionada y la revisión de la política económica; sin embargo, la condena a las violaciones a los derechos humanos no ocupaba un lugar central en sus reclamos”, véase: *idem*.

Explica, al respecto, la profesora Nilyan Santana Longa, en el análisis crítico que realiza respecto a esta cinta que:

La operación zanahoria es algo no comprobado porque nunca se reconoció que haya existido, pero hay serias sospechas –y hasta evidencias de que sucedió–, de remoción de cuerpos de detenidos desaparecidos enterrados clandestinamente en predios militares y hacerlos desaparecer definitivamente. Hay una versión que dice que fueron incinerados y arrojados al mar y otra que fueron vueltos a enterrar en otros predios de pie, por eso un poco lo de la zanahoria, una cosa bastante macabra, y plantándoles arriba un árbol como para que no puedan ser encontrados nunca más²⁹.

Ahora bien, con el propósito, en la mayoría de los casos, de lograr una transición negociada hacia la democracia, se echa al olvido los crímenes cometidos por los victimarios del régimen dictatorial; es una especie de amnesia autoobligada, como un pacto del olvido, que renuncia y avala la existencia de víctimas sin victimarios, y por ende impide que el derecho a conocer la verdad sobre las violaciones cometidas sea satisfecho.

Y esto fue lo que ocurrió en Uruguay por la aplicación de la denominada “Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado”, que como también advierte Santana Longa³⁰ esta clase de legislación, “para no sancionar los delitos cometidos en el marco de la represión sistemática”, igualmente fue establecida en otros países de latinoamericanos a la salida de los regímenes militares, vale decir Argentina, Brasil, Chile o El Salvador.

En este sentido, el profesor Jesús Ollarves Irazábal subraya que “el efecto más pernicioso” de esta legislación, no solo fue desconocer el derecho sobre la verdad, “negándole al pueblo uruguayo la posibilidad de construir su memoria histórica”, sino el de impedir a las víctimas por las violaciones de derechos humanos el ejercicio “al derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes”³¹.

Otra película, en la línea de las atrocidades cometidas durante la dictadura que gobernó a Uruguay entre 1973 y 1985 se encuentra *Migas de pan* (Manane Rodríguez, 2016), un filme basado en el relato de Liliana Pereira, ex presa política de la dictadura que fue víctima de tortura y violencia sexual. A diferencia de *Zanahoria*, en *Migas de pan* se representa especialmente la experiencia carcelaria de mujeres uruguayas encerradas en el Penal de Punta de Rieles y las consecuencias posteriores de dicha experiencia.

El filme es una reconstrucción a la memoria histórica³², fundamento del derecho a la verdad, desde los testimonios de las mujeres sobrevivientes a la violencia sexual a la que fueron sometidas durante su cautiverio por el régimen militar dictatorial de

²⁹ Nilyan Santana Longa, “El delito de desaparición forzada de personas como tema jurídico en la película *Zanahoria*”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 11, 2018, Caracas, pp. 191-208. Disponible en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-191-208.pdf>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

³⁰ *Idem*.

³¹ Jesús Ollarves Irazábal, *Desaparición forzada de personas. Estudio histórico-jurídico*, Serie Trabajos de Ascenso N.º 19, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2012, pp. 76-77.

³² La recuperación de la memoria histórica en un proceso de justicia transicional tiene diversas maneras o formas de manifestaciones, las más comunes son: los monumentos, muros, estatuas, plazas o calles con nombres al cual se vincula ese evento traumático.

Uruguay. Resalta la acción colectiva de denunciar que fue emprendida por las mujeres víctimas de esta represión inhumana, y especialmente para obtener la reparación y justicia frente a sus perpetradores en el proceso de transición hacia la democracia en Uruguay, no obstante los obstáculos que se reflejan en la cinta.

B. Transiciones de guerras a la paz democrática

Explica Uprimny Yepes³³ que en las guerras internas la violencia es más simétrica u horizontal, y la distinción entre víctimas y victimarios es mucho menos clara, ya que cada actor armado es al mismo tiempo víctima, pues padece los ataques del enemigo, pero también victimario dado que infringe violencia al otro actor armado.

a. Caso El Salvador

Un ejemplo emblemático latinoamericano es el fin del conflicto fratricida en El Salvador que duró 12 años, entre el gobierno salvadoreño y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN)³⁴, que se logra luego de un acuerdo por medio de la comunidad internacional, especialmente por la ONU, y que contó con la asesoría jurídica del profesor Nikken. El 16 de enero de 1992 se firmó el Acuerdo de Paz de El Salvador, en el Castillo de Chapultepec, en México, también conocido como Acuerdo de Chapultepec. Para llegar a este acuerdo, se habían firmado anteriormente otros cuatro en Caracas, San José, México y Nueva York.

Justamente, para el profesor Nikken el proceso de paz salvadoreño sentó el precedente “de tarea hasta ese momento inéditas por parte de las Naciones Unidas, cuyo radio de acción esencialmente internacional excluyó hasta ese momento su acción diplomática en conflictos armados no internacionales”³⁵. Acota, en efecto, que este proceso de paz abrió nuevas perspectivas a la ONU para la obtención de sus fines, según la Carta que le dio origen. Asimismo, indicó que a partir de este proceso se inició, como también lo observó el ex Secretario General de la ONU Boutros Boutros-Ghali “una operación multidisciplinaria de mantenimiento de la paz, a diferencia de las operaciones anteriores de las Naciones Unidas, de corte más tradicional, que se habían encargado de la observación y supervisión de treguas”³⁶.

Como parte de los acuerdos de paz, se creó una Comisión de la Verdad cuyo objetivo fue investigar los graves hechos de violencia ocurridos desde 1980 y recomendar disposiciones de orden legal, político y administrativo. Estaría integrada por tres personas designadas por el Secretario General de la ONU, oída la opinión de las partes³⁷. Asimismo, la disolución de los entes represivos de la Fuerza Armada de El Salvador,

³³ Rodrigo Uprimny Yepes, ob. cit.

³⁴ El FMLN era el resultado de la unificación de cinco organizaciones distintas: las Fuerzas Populares de Liberación (FPL), la Resistencia Nacional (RN), el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), el Partido Comunista de El Salvador (PC) y el Partido Revolucionario de los Trabajadores Centroamericanos (PRTC).

³⁵ Pedro Nikken, “Negociando la paz nueva”, en AA.VV. *El Salvador, de la Guerra Civil, a la Paz Negociada*, Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, 2011, pp. 52-73.

³⁶ Pedro Nikken, *Los Derechos Humanos en la guerra y en la paz de Centroamérica*. Discurso de Incorporación del Dr. Pedro Nikken a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela para ocupar el Sillón número 9 de la Academia, que quedó vacante por la desaparición del doctor Andrés Aguilar Mawdsley. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06842-3.pdf>. Consultado el 22 de noviembre de 2020.

³⁷ *Vid.* Thomas Buergethal, *La Comisión de la Verdad para El Salvador*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2061/6.pdf>. Consultado el 26 de enero de 2021.

el desarme de la guerrilla y su incorporación al sistema de partidos políticos, la creación de la Policía Nacional Civil, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y el Tribunal Supremo Electoral³⁸.

El conflicto en El Salvador se produjo durante la llamada “Guerra Fría”³⁹ en donde Estados Unidos brindaba apoyo económico y militar al gobierno salvadoreño, y la alianza del grupo insurgente de izquierda (FMLN) recibía ayuda de países como Cuba, Nicaragua (sandinista), la antigua Unión Soviética y otros países del bloque países comunista, sobre todo en armamento y entrenamiento militar. La película estadounidense *American Made* (Doug Liman, 2017) retrata, justamente, los intrínquilos de la política de Estados Unidos para enfrentar el modelo soviético en Centroamérica, una historia que es contada por su protagonista, Barry Sea –interpretado por Tom Cruise.

Explica, sin embargo, el autor Román Mayorga que las causas del conflicto salvadoreño no fueron por la intervención del contexto internacional de la guerra fría, sino por factores estructurales de la sociedad salvadoreña, destacando entre otros aspectos, la extrema desigualdad socio-económica del país, la concientización de las masas, la patente ilegitimidad del sistema político y la gran debilidad de las instituciones democráticas en El Salvador⁴⁰.

De hecho, sostiene que de poner una fecha precisa al proceso de la guerra civil, se atrevería indicar que comenzó el 20 de febrero de 1972, cuando los militares salvadoreños y sus aliados civiles

hicieron un fraude burdo y masivo en las elecciones presidenciales de ese año. Mediante ese fraude le robaron las elecciones a dos civiles moderados, Napoleón Duarte y Guillermo Manuel Ungo, candidatos a presidente y vicepresidente de la República por la Unión Nacional Opositora (UNO), para evitar que terminara “el gorilato” como llamábamos a una dictadura presidida por oficiales del ejército que se extendió por 48 años consecutivos desde 1931⁴¹.

³⁸ “El proceso de diálogo entre la guerrilla y el gobierno comenzó formalmente en 1984, durante la administración del presidente Napoleón Duarte, cuando las partes en conflicto sostuvieron una serie de rondas en La Palma y Ayagualo, sin alcanzar, sin embargo, acuerdos sustanciales. Desde el inicio de este proceso y hasta 1989 –con la llegada del presidente Alfredo Cristiani al poder– sería la oficina del Arzobispado de San Salvador la que más énfasis puso en fomentar un acercamiento de las partes, cuestionando, por otra parte, y al mismo tiempo, la responsabilidad del Estado en relación con la situación de los derechos humanos durante toda la década de los 80. Sin embargo, hasta los años 90, los representantes del poder gubernamental mostraron ser inflexible en sus posiciones, según las cuales estaban dispuestos a negociar únicamente la incorporación del FMLN en el sistema electoral”, *vid.* Annette Georgina Hernández Rivas, *Ciudadanía, Memoria y Cultura de paz en El Salvador. Caja de herramientas para docentes y educadores*, Vol. 2. Memoria y Ciudadanía. Un proyecto colaboración de: el Auschwitz Institute for Peace and Reconciliation, el Ministerio de Educación de El Salvador y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador. San Salvador, 2018. Disponible en: http://www.auschwitzinstitute.org/wp-content/uploads/2019/01/AIPR_El-Salvador2_Final.pdf. Consultado el 2 de enero de 2021.

³⁹ Sobre cómo el cine retrató la “Guerra Fría”, véase: Alejandro Crespo Jusdado. *El cine y la industria de Hollywood durante la Guerra Fría 1946-1969*, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Filosofía y Letras, Madrid, 2009. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/2672/21927_crespo_jusdado_alejandro.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultado el 31 de enero de 2021.

⁴⁰ Román Mayorga, “Los orígenes de la guerra civil”, en AA.VV., *El Salvador, de la Guerra Civil, a la Paz Negociada*, Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, 2011. pp. 9-17.

⁴¹ *Idem*.

Asevera, en este sentido, que el período de gestación desembocó en la guerra civil salvadoreña el 24 de marzo de 1980, fecha en que es asesinado Monseñor Oscar Arnulfo Romero, Arzobispo de San Salvador, y que fue la gota que derramó el “vaso de la rabia acumulada en mucho tiempo. Ocho años de gestación, que unidos a los doce de la guerra propiamente dicha, sumieron al país en una honda crisis durante 20 años, es decir, de 1972 a 1992”⁴².

El cine, preponderantemente, la cinematografía estadounidense, se hizo eco de la guerra civil que estalló en El Salvador. Quizás la cinta más conocida sea la película bélica *Salvador* (Oliver Stone, 1986), que relata la historia de un reportero que se aventura como corresponsal en medio de las atrocidades de la guerra civil salvadoreña, al mismo tiempo que trata de rescatar a su novia y los hijos de esta.

Se trata de una película fuerte que desnuda la violencia que vivía el país salvadoreño por la represión militar, pero que además critica la influencia de Estados Unidos en el ejército y denuncia los asesinatos cometidos contra los eclesiásticos del país, especialmente del arzobispo Romero a manos de un escuadrón de la muerte⁴³ durante una misa.

En este punto en particular es muy gráfico la película estadounidense *Romero, el santo del pueblo* (John Duigan, 1989), en la que intenta recrear una parte de la vida del arzobispo Oscar Romero, especialmente los tres años de su arzobispado, un cargo eclesiástico que le permitió criticar la desigualdad social y la represión del gobierno salvadoreño, y que murió asesinado en el año 1980, en los comienzos de lo que sería el conflicto armado en El Salvador.

En el texto filmográfico destaca el dramático llamamiento contenido en la homilía pronunciada el 23 de marzo de 1980; al día siguiente el arzobispo Romero será asesinado durante el acto de consagración de la misa que celebraba:

Yo quisiera hacer un llamamiento de manera especial a los hombres del ejército y en concreto a las bases de la Guardia Nacional, de la policía, de los cuarteles: hermanos, son de nuestro mismo pueblo, matan a sus mismos hermanos campesinos y ante una orden de matar que dé un hombre debe prevalecer la ley de Dios que dice “No Matar”. Ningún soldado está obligado a obedecer una orden contra la ley de Dios. Una ley inmoral, nadie tiene que cumplirla. Ya es tiempo de que recuperen su conciencia y que obedezcan antes a su conciencia que a la orden del pecado. La iglesia, defensora de los derechos de Dios, de la dignidad humana, de la persona, no puede quedarse callada ante tanta abominación. Queremos que el gobierno tome en serio que de nada sirven las reformas si van teñidas con tanta sangre. En nombre de Dios, pues, y en nombre de este sufrido pueblo cuyos lamentos suben hasta el cielo cada día más tumultuosos, les suplico, les ruego, les ordeno en nombre de Dios: ¡Cese la represión!

⁴² *Idem*.

⁴³ Los escuadrones de la muerte “eran organizaciones paramilitares de extrema derecha, formados generalmente por miembros de las fuerzas de seguridad que, sin embargo, vestidos de civil, actuaban clandestinamente y ocultaban su afiliación e identidad. El surgimiento de estos grupos, que actuaban al margen de la ley y con la convivencia del Estado, en contra de opositores políticos o de personas sospechosas de ser opositores al gobierno, supuso el quebrantamiento de facto del Estado de derecho en el país. Por el alcance de sus acciones, se llegaron a convertir en un instrumento de terror. En el Informe de la Comisión de la Verdad se incluyen como casos ilustrativos sobre la actuación de los escuadrones de la muerte, entre otros, el asesinato del arzobispo Monseñor Oscar Arnulfo Romero y el del abogado Mario Zamora Rivas, quién pertenecía al Partido Demócrata Cristiano, y fue asesinado, en su propia casa, el 23 de febrero de 1980”, *vid.* Annette Georgina Hernández Rivas, *ob. cit.*, pp. 29-30. Disponible en: http://www.auschwitzinstitute.org/wp-content/uploads/2019/01/AIPR_El-Salvador2_Final.pdf. Consultado el 2 de febrero de 2021.

Mucho más interesante puede resultar la propuesta que presenta el filme mexicano *Voces inocentes* (Luis Mandoki, 2004), una película que explora la conflictividad de El Salvador desde los reclutamientos de los niños que realizaban las fuerzas armadas del gobierno salvadoreño para que lucharan en la contienda contra el FMLN. Es la historia de la guerra del país centroamericano contada desde la mirada del niño Chava, quien está a punto de cumplir 12 años, edad a partir de la cual el ejército salvadoreño reclutaba a los niños, robándoles su niñez.

El grueso del metraje se centra cómo el pueblo de Cuscatanzingo, donde vive Chava con su familia y amigos, se ve afectado cruelmente por la guerra civil; es un filme que representa la voz de denuncia sobre el destierro, la pobreza, el cierre de las escuelas públicas, aparte de la carencia de servicios públicos básicos ante los enfrentamientos de ambas fuerzas en conflicto.

COMENTARIO FINAL

Son muchas las películas en las que aparecen elementos vinculados a la justicia transicional, concebido como medio para garantizar los derechos a la justicia, la verdad, la reparación integral a las víctimas y la garantía de no repetición, pilares que son fundamentales para la resolución pacífica y democrática de los conflictos sociales y políticos, pero sobre todo para alcanzar la reconciliación entre los habitantes de un país.

En estas líneas hemos querido realizar un breve recorrido variado de procesos y mecanismos asociados a la justicia transicional, sobre todo por la necesidad de conocer, desde la mirada del cine, los factores y los diversos contextos que en el pasado han ocasionado profundos conflictos o violencias en países del mundo que implicaron a su vez graves vulneraciones a los derechos humanos.

Es un tema complejo, que solo hemos tratado de simplificar como estrategia didáctica para acercarnos a su estudio y análisis. Sigue siendo nuestro propósito abordar otros elementos sobre esta materia, especialmente por la incuestionable utilidad que tiene la justicia transicional en el contexto de países con conflictos internos.

UNIVERSIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Armando Rodríguez García*

SUMARIO

I. Prefacio. II. Apuntes básicos sobre los derechos humanos. III. La educación en el entorno de los derechos humanos. IV. Derechos humanos en perspectiva de la gestión universitaria pública.

A Pedro Nikken, *in memoriam*.

I. PREFACIO

Las líneas que siguen tienen como finalidad advertir sobre el estrecho vínculo que se forja entre la institución universitaria –a través de sus distintas actividades y funciones– y la construcción, manifestación, progresividad y expansión de los Derechos Humanos, tanto en sus expresiones conceptuales, en su difusión globalizada y en la protección debida, como en la potenciación de su ejercicio práctico, con lo cual se tiende a favorecer el fortalecimiento de la Universidad para el cumplimiento integral de sus objetivos.

Como se percibe a partir de una breve y preliminar reflexión sobre lo que se anuncia como objetivo de estos párrafos, existe un punto de contacto primario en la idea del conocimiento y su difusión como parte de las tareas esenciales de la Universidad y los derechos humanos como singular objeto del conocimiento, por ser un tema de interés trascendente en lo que hace referencia a su perfil intelectual, y además, en lo que impacta a la vida cotidiana y el desenvolvimiento de la sociedad, lo que, siendo un factor de contacto inicial, se extiende, sin embargo, como una asociación prolongada en su magnitud y permanente en su dimensión temporal.

De este modo, entendemos que en el entorno de la Universidad, el asunto de los derechos humanos, pasa a ser mucho más que un tema que corresponde al quehacer propio de la investigación, el estudio y la docencia, de conformidad con los planes y programas de enseñanza formal, o a través de las diversas actividades de extensión,

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Director de Estudios de Posgrado en Ciencias Jurídicas y Políticas (UCV). Coordinador del Posgrado en Derecho Administrativo (UCV).

para adquirir la dimensión de un asunto de interés práctico inmediato y de soporte ético para su desempeño. Esta circunstancia reviste mayor alcance en el supuesto de las llamadas Universidades Nacionales –desde luego, nos referimos aquí a las verdaderas o genuinas “Universidades”, es decir, aquellas que actúan con apego a los postulados de la libertad de pensamiento, bajo el postulado de la autonomía, y no como apéndices subordinados al poder, dispuestos como simples centros de adoctrinamiento–, en los términos de la Ley de Universidades, por tratarse de una expresión indiscutible de Administración pública (tanto en organización como en actividad), lo que dibuja un particular entorno en cuanto a la existencia y aplicación de los derechos humanos.

En efecto, siendo los derechos humanos una categoría que apunta a la preservación y protección jurídica de las personas partiendo de su existencia y reconocimiento como elementos consustanciales a la naturaleza humana que comportan tal reconocimiento y protección en función de la dignidad del ser humano, se conciben como un dique de contención frente a las posibilidades de excesos que pueden ocurrir mediante el ejercicio arbitrario de posiciones de poder que dimanen, fundamentalmente y de manera primaria de los órganos del Estado.

Precisamente, de allí deriva el grado de interés que, a nuestro modo de ver, adquiere la observación del desenvolvimiento que puede tener la noción de los derechos humanos y su aplicación –con toda su carga de civilidad y su destacada apreciación como un valor en el haber cultural de la sociedad actual–, cuando se analiza su despliegue en el contexto de la actividad universitaria, teniendo en cuenta la naturaleza y la misión institucional que le corresponde, impregnada por el objetivo de la búsqueda de la verdad y la producción y trasmisión del conocimiento.

Sin lugar a dudas, ello impone un especial acento sobre su capacidad de actuación, que se soporta de manera inevitable en la libertad de pensamiento, lo que termina por concretarse en la autonomía, consistente, en términos simples, en una particular situación jurídica que identifica su manera de ser como entidad, y que discurre a través de sus cualidades para obrar, destacando especialmente las potencialidades que detenta la institución universitaria para organizarse y para desplegar sus funciones, pero muy particularmente –por lo que más nos interesa en esta oportunidad–, en lo que comportan sus relaciones con el Estado de cuya estructura organizativa y funcional forma parte, en tanto se trata, cabe insistir, de una forma de Administración Pública.

En este sentido uno de los puntos de apoyo, y un referente primario para este análisis, viene dado por el asunto relativo a la gestión universitaria, a la administración de las tareas que corresponde atender a la Universidad, en razón de cumplimiento de sus fines institucionales. Dentro de ese particular plexo operativo, insertado en la función administrativa pública, destaca la función de educación, que adquiere el carácter de señal de identidad institucional, en tanto comporta el suministro calificado, adecuado, oportuno y sistemático de la formación, en el ambiente que implica el nivel superior o grado más elevado dentro de la estructura general de la enseñanza, lo que conduce, en términos generales, y como nota más común y destacada, a la licenciatura, es decir, a la acreditación para el desempeño en una determinada área de actividad o campo de ejercicio profesional.

Sin embargo, en el caso de función la que atañe a la Universidad, la tarea de enseñanza no se reduce a la mera actividad de trasmisión de conocimientos en el aula, o mediante cualquiera de los métodos o técnicas de distinto perfil que se han venido diseñando y poniendo en práctica. Como se ha advertido en líneas anteriores, la educación, en el contexto universitario, lleva aparejada la investigación –incluyendo la

investigación sobre la educación y sus manifestaciones, técnicas y métodos—, la creación, discusión, comprobación, revisión y divulgación constante del conocimiento, como una práctica natural o rutina típica, atinente al hacer científico.

Y en este orden de ideas, aparece la consideración de la educación como un derecho humano, con lo cual, encontramos un contacto particularmente atractivo y con singular fortaleza a los efectos de la reflexión que nos ocupa, pues, como advertimos, la Universidad que aquí consideramos es una unidad operativa de la Administración Pública, por lo que su desempeño está atado al interés público, con todas las consecuencias que ello implica, pues se trata de un concepto abstracto, difícil de aprehender, pero cuya presencia impregna a la administración pública en toda su trayectoria. En efecto,

El interés público, con este u otro nombre, ha existido desde siempre. Desde siempre que los hombres se han organizado para la atención de asuntos comunes. Bien sea para asuntos locales, bien sea para cuestiones de orden nacional general, bien sea para la defensa de intereses de colectivos profesionales, bien para gestionar, organizar o administrar, con carácter general, intereses supraindividuales. Es más, en el debate sobre el origen del Derecho Administrativo se reconoce que, teniendo carácter científico a partir de la Revolución francesa, ha existido siempre que ha habido necesidad de regular asuntos de orden público, siempre que ha sido menester trotar desde el Derecho, desde la Justicia, los asuntos públicos¹.

Entonces, por una parte, tenemos que la educación es una tarea consustancial a la misión de la Universidad, que comporta diversas manifestaciones propias del ejercicio de sus funciones como entidad administrativa pública, por lo que es, en consecuencia, una responsabilidad institucional atinente a la gestión del interés general. Pero por otro lado, encontramos que el contenido de esa tarea se incluye en la categoría de los derechos humanos, y tal como indica el catedrático mexicano Jorge Fernández Ruiz,

los derechos humanos, llamados también fundamentales, se pueden explicar cómo los derechos subjetivos que tiene todo ser humano por el simple hecho de serlo, no derivados de pacto alguno con los órganos del poder público, sino de su propia naturaleza humana, mismos que han sido reconocidos por los depositarios del poder público desde hace siglos, en instrumentos jurídico políticos como la Carta Magna de Inglaterra, suscrita por el rey Juan sin Tierra el 15 de junio de 1215, y en muchos otros instrumentos como la Declaración de Derechos de Virginia, aprobada el 12 de junio de 1776, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, firmada en Francia por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789, las constituciones políticas decimonónicas —la mexicana de 1857, por ejemplo, dedico la sección 1 de su título primero a los derechos humanos—².

A lo anterior se debe sumar el hecho de que la actividad de educación, en lo que corresponde al nivel universitario es, por sí misma, un punto de atracción para el desempeño en el conocimiento científico en general, así como en el despliegue de la indagación, la difusión y el empuje a la cultura, asuntos estos que, en términos generales contactan con las manifestaciones fundamentales del desarrollo humano, y en consecuencia, también alcanzan reconocimiento y cualidad de derechos humanos,

¹ Cfr. Jaime Rodríguez-Arana, “El interés general como categoría central de la actuación de las administraciones públicas”, en: *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, N° 8, Buenos Aires, 2010, p. 17.

² Jorge Fernández Ruiz, “Inserción del derecho a una buena administración pública en la nómina de derechos fundamentales”, en: José Guillermo Vallarta Plata (coord.), *Paradigmas del Derecho Administrativo en el Siglo XXI*, Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios, Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, México, 2018. p. 112.

por lo que el vínculo de la Universidad con esa categoría jurídica encuentra múltiples puntos de conexión que hacen mucho más sólida y consistente la temática en cuestión, en cuanto al elenco de sus expresiones y las derivaciones que provocan.

De manera que, siendo variados los puntos de contacto entre los derechos humanos y los espacios de actuación de la institución universitaria, la posibilidad de una repasar algunas de las notas que describen atributos resaltantes de aquellos, resultará útil para comprender su influencia sobre ciertas particularidades de la Universidad como un componente de la compleja y dinámica realidad que constituye la Administración pública.

II. APUNTES BÁSICOS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ya se adelantó en párrafos anteriores, el dato de rango fundamental que subyace en la configuración intelectual de los derechos humanos como categoría ética y jurídica, se manifiesta en la noción de la dignidad del ser humano como idea fuerza, en función de lo cual se entiende que cada persona, cada individuo de la especie humana, solamente por comportar esa cualidad existencial, es poseedora de un conjunto de atributos entendidos y calificados como derechos, que se reconocen universalmente.

En este orden de ideas, los términos acuñados por el profesor Pedro Nikken resultan, no solamente precisos sino adecuadamente ilustrativos, cuando enseña que:

...Lo que en nuestros días se conoce como derechos humanos está referido al reconocimiento de que toda persona humana, por el hecho de serlo, es portadora de atributos autónomos que deben ser reconocidos y protegidos por el Estado. Ellos son inherentes al ser humano y no requieren de ningún título específico para adquirirlos. No resultan de una adjudicación o cesión del Estado, cuya función con respecto a ellos es de reconocimiento, respeto y protección. Basta con ser persona humana para ser titular de los derechos humanos y toda persona humana es titular de esos derechos. Su exigibilidad no depende de su consagración legislativa; por el contrario, históricamente aparecen como atributos que se han hecho valer contra leyes opresivas que los desconocían o menoscababan...³.

A través de esta nítida conceptualización se pone de relieve, con todo su peso conceptual, el hecho de que los derechos humanos son inherentes al ser humano, con lo cual destaca el carácter esencial y permanente que los reviste, en tanto forman parte inseparable de la entidad que representa cada persona de la especie humana, sin que su existencia y exigibilidad dependa o esté subordinada a la intervención volitiva de ningún agente externo.

Precisamente, la nota que destaca la inherencia de los derechos humanos a la naturaleza misma del individuo, a lo esencial de las personas, induce a destacar otra nota que concurre a su plena caracterización, cuál es su indivisibilidad con la concepción del hombre en tanto ser social, como entidad individual que, por su propia naturaleza, se desenvuelve en sociedad. Esto conduce a insertar la cuestión en el ámbito que incumbe a la expresión cultural, de la civilización y su constante evolución, con lo cual también se induce a orientar la mirada hacia la presencia y el nivel de incidencia que determinan aquellas cuestiones que se erigen como valores o antivalores en los escenarios de escala colectiva, con distintas magnitudes en su intensidad y diferentes alcances en su extensión temporal o espacial, de modo tal que los derechos huma-

³ Cfr. Pedro Nikken, "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", en: *Revista IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 52, julio-diciembre 2010, Costa Rica, 2010, p. 55.

nos, como elenco susceptible de expresión formal sistematizada, emergen y cobran presencia protagónica, en atención a las condiciones que presenta, la Sociedad en su conjunto, en un determinado momento y de cara a la ocurrencia de circunstancias o eventos que invitan a producir respuestas.

En efecto, la cuestión de los derechos humanos, al igual que sucede con la mayoría de los aspectos que se inscriben en el dominio de la Ciencia Jurídica, dibuja una cierta variabilidad de contenido, con claros matices en su extensión, presencia e intensidad que. Sin embargo, su estructura se construye progresivamente, bajo la forma de una línea constante en cuanto a que el sentido sostenido de su trazado es en favor de las libertades de los seres humanos y de la búsqueda de fórmulas de interdicción de la arbitrariedad que proviene del ejercicio del poder público.

Es así como, aun tratándose de atributos que entendemos integrados a la esencia misma de la naturaleza propia del ser humano, y además, vinculados a la concepción y expresión de su dignidad como tal—por lo que resultan merecedores de respeto y protección—, su consideración básica, y el acento que se pone en lo atinente al reconocimiento de su existencia, han variado en cuanto a su intensidad y profusión, así como también, en la agudeza desplegada para la procura inmediata de mecanismos disponibles para su protección y defensa efectivas. Ahora bien, esto ocurre en el entorno de circunstancias concretas, lo que conduce a identificar su evolución, sistematizada por los análisis correspondientes, mediante la puntualización de la mirada sobre el momento histórico en el que se hace manifiesta su reivindicación, lo que ha conducido a la propuesta de agrupación de esos derechos en momentos que señalan etapas de superación sostenidas y progresivas, que se identifican como “generaciones”.

De momento, y haciendo abstracción de las distintas posiciones doctrinarias sobre la procedencia o no de entender como correcta la aplicabilidad de la noción de derechos humanos para la consideración de las situaciones ocurridas en etapas históricas anteriores al advenimiento de la modernidad del mundo occidental, y desde luego, sin descartar la importancia que tales consideraciones pueden tener a los efectos de afinar los niveles de precisión de los conceptos en juego, en la oportunidad que nos brinda esta aproximación al tema, prestamos atención más inmediata, a retener las tendencias a la universalización y al tratamiento de igualdad que se predica de aquellas categorías que se conciben como atributos reconocidos al ser humano, en tanto integran lo medular, es decir, el núcleo duro de lo inherente a lo que culturalmente puede entenderse como condiciones de vida digna.

Ciertamente, en esta oportunidad resaltamos como puntos de interés directo para el enfoque que hemos seleccionado, las características de indivisibilidad e interdependencia que resultan acabadamente predicables sobre lo que comporta el espectro íntegro de los derechos humanos.

Por una parte, entendiendo que el haz compuesto por los derechos humanos encuentra su raíz común y la razón que sustenta la inclusión de cada uno de los así calificados dentro de esa categoría genérica, en la noción fundamental de la dignidad de la persona que opera, en consecuencia, como un estrecho lazo de contacto, se hace definitivamente concluyente y sólida la compactación que los cubre a todos por igual, formando una aleación generadora, por igual, de frondosidad y dureza en cuanto a su conceptualización. De otra parte, la indivisibilidad conduce a desvirtuar la hipótesis de posibles diferencias sustantivas y adjetivas derivables de la distinta naturaleza que pudiera plantearse entre los derechos civiles y políticos con respecto de los derechos sociales y culturales, o de estos y aquellos con los identificados como derechos económicos.

Es claro que, en un contexto circunstancial determinado, puede resultar prioritaria la atención a un determinado derecho humano, en comparación o contraste con otro u otros de estos derechos que resulten involucrados o afectados en un caso concreto. Esto puede obedecer a la posición destacada que en aquel acontecimiento preciso ocupe ese derecho de cara a los demás, atrayendo la mirada preferente hacia sí o disminuyendo el protagonismo de alguno o algunos de los otros, lo que puede obedecer incluso, a la concurrencia de coyunturas estratégicas que recomienden o impongan tal prioridad, atendiendo a un orden consecucional lógico o porque los mecanismos de protección indican esa prelación; sin embargo, ello no conduce a validar la existencia de una estructuración jerarquizada que derive de la naturaleza de uno u otro derecho desde la perspectiva de su condición genérica como derechos humanos, pues todos y cada uno de ellos concurren por igual, en la medida de su dimensión eficiente en el entorno del supuesto concreto que se presente, apuntalados en su origen común y en su direccionalidad vinculada a la procura de condiciones de vida digna para la persona.

Por esto, detectamos que la nota de indivisibilidad viene acompañada y reforzada por el dato de la interdependencia, que resulta igualmente útil e importante, puesto que a entender cómo, de una u otra manera, los derechos humanos se integran en forma de una red, es decir, como una sólida plataforma en la que se entrecruzan todos sus componentes, en tanto actúan –todos y cada uno de ellos– como nodos de intercambio, en los aspectos sustantivos o adjetivos de cada derecho, por lo cual, todos sirven de ingrediente y de soporte a la complementación conceptual, y junto a ello, a la aplicabilidad, exigibilidad, proyección o protección de los atributos que encierran como entidad jurídica.

En directa sintonía con este punto cabe mencionar el diverso alcance que pueden tener algunos derechos humanos en comparación con otros, atendiendo al potencial de su proyección sobre el desenvolvimiento social o en función de lo que implica su inserción más o menos directa en las expresiones de la colectividad, lo que, en ningún caso, comporta desmejorar su valoración intrínseca, sino simplemente dirigir el punto de mira hacia la capacidad efectiva que, desde el punto de vista de su contenido, tienen algunos derechos humanos en la realidad del entorno social y su evolución, tal como sucede con el derecho humano a la educación, por su vinculación con la enseñanza, con la formación de las personas, como una demanda y una práctica social que sustenta la civilización, convirtiéndose, entonces, en un valor referencial de escala universal. En consecuencia, se aprecia sin mayor dificultad la pertinencia que tiene en este tema, la referencia a la institución universitaria y sus funciones, sobre cual vamos a volver más adelante.

Otros de los apuntes destacables para el enfoque analítico en curso vienen dados por los datos que aportan las características de universalidad y progresividad de los derechos humanos. Igualmente, procede contar con todo lo que corresponde a la protección de estos derechos en el entorno jurídico general, tema este que incorpora la consideración del Estado en su posición de garante de los mismos, con el pleno respeto por su vigencia y las consecuencias que en materia de protección de los derechos humanos se abren en la jurisdicción interna, pero también en el campo de los sistemas internacionales o supranacionales de control, todo lo cual permite valorar su impacto en la concepción y aplicación actual del Estado de Derecho, pudiéndose afirmar que

...El Estado de Derecho y la sociedad democrática son indisociables de un marco jurídico y político signado por la supremacía de los derechos humanos. No tan solo porque el ejercicio del poder no debe menoscabar de manera arbitraria el efectivo goce de los derechos humanos, sino porque, dentro del constitucionalismo democrático, el norte de la actividad

gubernativa debe estar enderezado hacia la preservación de los derechos humanos de todos. El Estado es garante de los derechos humanos, tanto en la esfera doméstica como frente al derecho internacional...⁴.

De esta manera, la proyección indicada abre paso a la conformación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con todas las consecuencias que ello comporta, entre las que destacan la vigencia y aplicabilidad de los pactos relativos a la materia, así como la creación y funcionamiento de estructuras internacionales dispuestas para la promoción, difusión, protección y defensa de los derechos humanos en diferentes modalidades que incluyen las instancias de control jurisdiccional que operan en la escala mundial y regional.

Finalmente, como parte del conjunto de datos de interés que extraemos de la noción y evolución de los derechos humanos para atender a los fines previstos dentro de este ejercicio de reflexión, incluimos la mención al sentido dinámico que se observa en la tendencia de construcción constante y sostenida de los elementos fundamentales que se erigen como sus categorías jurídicas, al igual que sucede con el Derecho en su conjunto, si bien unas áreas de esta disciplina científica pueden mostrar un ritmo más rápido en sus variaciones en comparación con el registro presentado por otras ramas, lo que de ordinario bien motivado primordialmente por el tipo de contenido de los asuntos que se integran en su contenido temático y su correspondiente dinamismo, así como la manera como entendemos sus manifestaciones en diferentes momentos.

En efecto, siguiendo el enfoque planteado por el Villar Palasí, entendemos que el Derecho —y con mayores razones el Derecho administrativo y el Derecho público, en su conjunto— no es el mismo en todos los tiempos y para todas las miradas. El hombre de hoy en día no se limita, no puede limitarse, a la percepción del Derecho con la visión que se agota en el tiempo presente, sino incorporando un proceso de acumulación generador de sedimentos, de un poso sensible a la forma de vida y los valores de la sociedad a través del tiempo. En concreto, el Derecho administrativo es el producto de sedimentos superpuestos en el transcurso de la historia, de técnicas institucionales y formas de derecho que poco a poco van acumulándose para formar su total completitud⁵.

Es así como la formación del Derecho en general, esa construcción constante de los ordenamientos y de la disciplina jurídica, en tanto instrumento operativo dispuesto para procurar la justicia y saber científico que lo soporta, se nos presenta, en definitiva, como un fenómeno de aluvión que viene nutrido por el conocimiento y la experiencia, y no como un acto volitivo impuesto, predeterminado, preciso e inmutable.

De allí que, para la regulación y el cabal cumplimiento de la gobernanza administrativa, que identifican al contenido de esa función del Estado alojada como sistemática en el Derecho administrativo, las fuentes del derecho ofrecen singularidades que no guardan simetría con lo que ocurre en otras disciplinas; en efecto,

...a diferencia de otros sectores del ordenamiento, el material normativo que la Administración ha de considerar en su actividad resulta de una particular complejidad, no ya solo por el número de normas que integran el *puzzle* de cualquier régimen jurídico o que rigen cualquiera de sus actuaciones, y la complicada e intensa sucesión de normas en el espacio y en el tiempo, sino también por las dificultades interpretativas que ello entraña. No ha de olvidarse en ese contexto que la inmensa mayoría de las normas que emanan de los par-

⁴ *Ibid.*, p. 73.

⁵ Véase: José Luis Villar Palasí, *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1968.

lamentos y otros centros de producción supra o internacionales tienen por destinatario –o, por mejor decir, como “sujeto encargado”– a la Administración, en una forma que no tiene parangón o equivalente con ningún otro poder público o sujeto privado...⁶.

En este sentido, el punto indicado adquiere especial sentido, pues abordamos el asunto de los derechos humanos (en particular algunos de los que ostentan esa calificación), vinculándolos con la gobernanza administrativa que se cumple a través de la Universidad, como una institución con múltiples particularidades, organizativas y funcionales, desde la perspectiva del Derecho administrativo, que se hacen más llamativas y generosas en su potencialidad para el estudio desde la óptica de esta disciplina, cuando recalamos en la realidad acotada por la universidad pública, es decir, aquella que, institucionalmente queda insertada en el aparato general de la Administración del Estado y encargada de asumir la función administrativa, la gobernanza en el área de la educación, la ciencia y la cultura, con lo cual viene a ser uno de esos sujetos encargados de aplicar el ordenamiento jurídico-administrativo emanado del parlamento y de los otros centros de producción normativa supranacionales o internacionales, en materia de derechos humanos.

A tal efecto corresponde destacar, como un elemento proteico de particular valor para la reflexión y adecuada comprensión del asunto, las singulares condiciones de funcionalidad que, como entidad pública, acompañan y sirven de sustento a la gestión administrativa atinente a la Universidad pública, en cuanto a la responsabilidad directa por el cumplimiento de la función administrativa que el incumbe; en cuanto a las relaciones con los administrados o usuarios –los destinatarios de sus tareas y cometidos que, en una alta proporción forman parte de la entidad– derivadas de sus funciones; en cuanto a las particularidades de las relaciones jurídico administrativas con el personal docente y de investigación que la compone, como factor medular para el adecuado despliegue de su actividad; y finalmente, las relaciones con otras instancias del Poder Público, frente a las cuales, debe desplegar la posición de operador responsable por el cabal cumplimiento de los objetivos institucionales conjugando las posiciones de realización, apoyo, respaldo y colaboración institucional para el logro de objetivos generales, con las requeridas para la protección y respaldo al cabal alcance de los fines que la vinculan directa e inmediatamente, lo que impone, incluso, la actuación como agente calificado para la defensa de los derechos asociados con esos fines, frente a los posibles riesgos o efectivos quebrantamientos y lesiones a su integridad por cualquier instancia de autoridad pública, lo que vendría a ser, consecuentemente, una expresión de su propia función.

En resumen, a los efectos de la función administrativa realizada por medio de la Universidad pública el tema de los derechos humanos que puedan estar presentes en la escena, a partir de la amplia gama que configuran sus categorías, conforme a la previsión formalmente instalada en el ordenamiento jurídico y de la concepción deóntica que soporta las conductas, ofrece interesantes oportunidades para el análisis, en función de la complejidad que deriva de la conjunción de los elementos que intervienen en el asunto, partiendo del valor finalista que encierra la noción del Estado de Derecho al destacar como su sentido esencial en la idea del Derecho como inspiración que invita a su prosecución en tanto implica el ideal orientador de una sociedad más avanzada.

⁶ Javier Barnés, “Las fuentes del Derecho y las nuevas formas de regulación y gobernanza administrativa”, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Miguel Ángel Sendín García, Alejandro Pérez Hualde, Ismael Ferrando, Julio Pablo Comadira (coords.), *Fuentes de Derecho administrativo (Tratados internacionales, contratos como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo)*, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina. p. 417.

III. LA EDUCACIÓN EN EL ENTORNO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La educación opera como un incomparable motor de ascenso social. En paralelo, la educación se erige como la plataforma más sólida y resistente para afinar el mejoramiento de la calidad de vida de la población, con lo cual, también funciona como un particular arbotante que viene a servir de soporte al reconocimiento de la libertad (o tal vez mejor decir, las libertades) de la persona como uno de sus atributos esenciales, al tiempo que contribuye de manera fundamental y definitiva al profundizar un mayor despliegue y fortalecimiento de este y otros atributos propios del ser humano, que se instalan como valores respetables de la Sociedad. Estos pocos datos resultan suficientes para comprender la importancia conceptual y práctica que impregna a la educación y las nociones que orbitan en su entorno.

De otra parte, es interesante tener presente que en la base estructural de la enseñanza y la educación se encuentra la singular capacidad del ser humano para aprender, para adquirir y aplicar conocimientos, a lo largo de toda su trayectoria vital, lo que resulta una cualidad exclusiva de la especie humana.

Viene a ser esa peculiaridad de los individuos de la especie humana que la antropología identifica como “neotenia”, sobre la que se pronuncia Savater, advirtiendo que:

...Esta palabreja quiere indicar que los seres humanos nacemos aparentemente demasiado pronto, sin cuajar del todo: somos como esos condumios precocinados que para hacerse plenamente comestibles necesitan todavía diez minutos en el microondas o un cuarto de hora en el baño maría tras salir del paquete... Todos los nacimientos humanos son en cierto modo prematuros: nacemos demasiado pequeños hasta para ser crías de mamífero respetables. Comparemos un niño y un chimpancé recién nacidos. Al principio, el contaste es evidente entre las incipientes habilidades del monito y el completo desamparo del bebé. La cría de chimpancé pronto es capaz de agarrarse al pelo de la madre para ser transportado de un lado a otro, mientras que el retoño humano prefiere llorar o sonreír para que le cojan en brazos: depende absolutamente de la atención que se le preste. Según va creciendo, el pequeño antropoide multiplica rápidamente su destreza y en comparación el niño resulta lentísimo en la superación de su invalidez originaria. El mono está programado para arreglárselas solito como buen mono —es decir, para hacerse pronto adulto—, pero el bebé en cambio parece diseñado para mantenerse infantil y minusválido el mayor tiempo posible: cuanto más tiempo dependa vitalmente de su enlace orgánico con los otros, mejor...⁷.

De modo tal que la estructura genética del hombre, la naturaleza corporal de la especie humana se configura como una plataforma dispuesta para incentivar la búsqueda de información, para alcanzar el conocimiento sobre cualquier objeto susceptible de aprehensión intelectual, y junto a ello, de procurar su transformación mediante la creación de contenidos sistematizados que se transmiten a sus semejantes, con lo cual se genera el proceso formativo la enseñanza, entendida en términos generales.

Con ello, podemos percibir como una idea primaria que la actividad de enseñar en general, y la educación, en particular, se alojan en la esencia sustantiva de las capacidades propias del ser humano, por lo que concluimos admitiendo sin mayor dificultad, que esas cualidades legitiman, lógicamente, su consideración como un derecho humano.

De esta manera observamos el vínculo existente entre la inteligencia, como facultad natural del ser humano para aprender, razonar y tomar decisiones procesando información; el conocimiento como la carga o acumulación de información accesible o disponible por el individuo para la percepción y la comprensión de la naturaleza,

⁷ Fernando Savater, *El valor de educar*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 23.

cualidades y relaciones entre las cosas objeto de tal aprehensión cognitiva; y la educación como el proceso sistemático destinado a ofrecer el desarrollo de la capacidad intelectual, moral o afectiva de la persona, en sintonía con los principios o pautas de convivencia y el hábitat cultural en que se encuentra.

De su parte, cuando nos planteamos una elemental asociación del contenido de los términos inteligencia, conocimiento y educación con las ideas de libertad y de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder —que han sido mencionadas anteriormente como parámetros referenciales para elaborar la noción de los derechos humanos y entender el sentido cabal de su naturaleza y su alcance universal, progresivo e irreversible—, es forzoso admitir que proyectar la inteligencia al uso público, no solo resulta una vía útil, sino imprescindible para evitar u objetar la tiranía, lo que impone orientar la mirada hacia la ciencia, la ética y el derecho, en tanto vienen a ser, precisamente, creaciones primordiales derivadas de la educación y del uso público de la inteligencia⁸.

En este momento del trayecto toma posición destacada la Ciencia, por ser la noción que pone sobre el tapete la idea de obtención de conocimiento verificable objetivamente, logrado mediante técnicas de observación, experimentación y comprobación que vienen acompañadas por la posibilidad de ofrecer explicación razonable sobre las causas y principios de los fenómenos sometidos a observación, mediante el planteamiento de hipótesis y su correspondiente verificación, todo lo cual implica el empleo de la metodología pertinente y conduce a la sistematización de los conocimientos y, finalmente, a la posibilidad de su trasmisión.

En el fondo de todos los elementos aludidos subyace la inteligencia, entendida como esa capacidad exclusiva del ser humano para asociar o vincular componentes y producir respuestas intelectuales que sobrepasan al puro ejercicio de la memoria, es decir, del recuerdo y la reminiscencia del hecho pasado, para construir respuestas superiores, más avanzadas y eficientes, pero además, para contrastarlas, sistematizarlas y almacenarlas, con el fin de que puedan alimentar nuevas situaciones que demanden solución, o simplemente, para responder al reto de los espacios de conocimiento que no se han abordado hasta ese momento. Con lo cual, lo que admitimos como cierto o verdadero desde el punto de vista científico, es lo que hasta el momento se presenta como la posición de conocimiento mejor corroborada o sustentada; pero al mismo tiempo, esa verdad, pasa a ser un punto de arranque provocador de una nueva acometida hacia un estadio o nivel superior de conocimiento, hacia la ampliación de lo que hasta ese momento se conoce, mediante su sujeción como objeto de investigación, de donde se extrae el sentido inagotable de la búsqueda del saber.

De este modo, la sostenida evolución del conocimiento sobre lo que significan las capacidades de aprendizaje del ser humano, unido a la propensión y las posibilidades que detenta para alcanzar a sistematizar y transferir el conocimiento, lleva a reconocer el valor que tiene la educación y la significación de la enseñanza para la superación del individuo, con lo cual se fortalece a la comunidad en la cual se inserta.

De allí, la sistematización de la enseñanza, y su estructuración en una escala de niveles sucesivos, dentro de la cual se ubica en el nivel superior de la escala, a la Universidad, en tanto institución encargada de manejar la formación o enseñanza, en los estadios más avanzados del conocimiento, por lo que, además, se ocupa de la investigación, de la producción y comprobación sistemática y sostenida de ese conocimiento, es decir, de la ciencia, incluyendo el conocimiento científico sobre los

⁸ Sobre este punto, véase: José Antonio Marina, *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*, 13ª ed., Editorial Anagrama, Barcelona, 2008.

aspectos relativos a la educación y la enseñanza, con una clara vocación de procurar la inteligencia colectiva, con lo cual se concibe al egresado universitario como un agente encargado de difundir, además de los conocimientos adquiridos como profesión, los valores humanos con los que ha contactado al incorporarse a esa comunidad del saber, dentro de los cuales destaca el valor esencial de la libertad de pensamiento, de esa libertad que sirvió como fuente y soporte de actuación a la Universidad en sus orígenes, para superar los muros internos y externos de la ciudad medieval en la que surgió, y abrirse paso más allá de los poderes seculares y divinos.

También de esa valoración principal y trascendente se deriva, igualmente, la progresión sostenida e irreversible en el reconocimiento y protección de la educación como un bien de alcance individual y social, con un singular significado, lo que lleva a su reconocimiento como uno de los derechos humanos expresamente incorporados en el texto de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, votada en París, el 10 de diciembre de 1948:

Artículo 26.

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de la Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Al respecto, cabe hacer mención a la situación de ruptura e incertidumbre que, en aquel momento, cubría a la Humanidad entera, por lo cual, esta Declaración se hace presente como una baliza marcadora de una ruta de esperanza para la apertura de espacios de libertades, respeto y tolerancia para regir las relaciones entre personas y países, haciendo prevalecer la civilización como factor energético primordial para el desarrollo y la elevación de los niveles de calidad de vida de la población, y con ello, el progreso de la sociedad en su conjunto.

Se destaca, entonces, el sentido primordial de la educación, con todo su alcance y sentido transversal, en el entramado de los derechos humanos. Pues bien, siendo la educación el elemento sustantivo emblemático dentro de la función que corresponde cumplir a la Universidad, queda claramente plasmado el vínculo estable y robusto que enlaza a la institución universitaria con aquella categoría jurídica universal, con características particularmente fértiles para el análisis científico y la práctica del Derecho, cuando centramos la atención en la Universidad pública que opera bajo el principio de la autonomía, cuya actividad es, en sentido estricto, una expresión de la función administrativa del Estado. No obstante, es preciso indicar que ello no excluye el alcance que tiene sobre las otras modalidades de Universidad previstas en nuestro ordenamiento jurídico (las Universidades Privadas, y las Nacionales que no alcanzan la cualidad de autonomía en cuanto a los contenidos expresado en los términos de la Ley) la calificación de la educación como un derecho humano; lo que se pretende subrayar es la particularidad con la que los derechos humanos —y particularmente aquellos que de manera más directa e inmediata se asocian con el contenido de sus actividades—, se manifiestan en el entorno de las Universidades Nacionales efectivamente autónomas.

En este orden de ideas, son varios los modos en que se manifiesta ese vínculo y sus consecuencias, pero adicionalmente, el derecho humano a la educación no es el único derecho humano que concurre a la conformación del indicado vínculo, todo lo cual se pasa a revisar seguidamente.

IV. DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA DE LA GESTIÓN UNIVERSITARIA PÚBLICA

Las Universidades –las verdaderas Universidades– son, por su propia naturaleza, semilleros permanentes de iniciativas y de proyectos amparados en los principios científicos y avalados por los métodos científicos, con marcado sentido social y alcance colectivo. Esa es la esencia de su ser, que alcanza dimensiones de universalidad a través del cumplimiento de la tarea que se le asigna, que podemos identificar abreviadamente, apelando aquí a los términos que recoge la Ley de Universidades venezolana en su artículo primero: “buscar la verdad y afianzar los valores trascendentes del hombre”⁹.

Claro está que esa fundamental tarea que determina la trascendente misión institucional de la Universidad, encuentra un acotamiento referencial en lo que son sus contenidos sustantivos primarios, que la ubican en los dominios de la educación, la ciencia y la cultura, a cuyo efecto despliega sus actividades en función de atender a la investigación y la enseñanza en todos los posibles campos del saber; ofrecer formación en el nivel más elevado de los ciclos pedagógicos atendiendo a la instrucción en licenciatura profesional y en posgrado; mantener la producción del conocimiento científico y su divulgación; y junto a todo eso, estimular, indagar, cultivar y transmitir los valores de la cultura mediante actividades docentes y de extensión.

El vasto alcance de asuntos que comprenden los contenidos propios de la actividad que corresponde cumplir a la institución universitaria, junto a las derivaciones que estos provocan, desborda claramente el tema del derecho a la educación como único punto de contacto entre la Universidad y la noción de los derechos humanos; lo que, por otra parte, no se limita a la obligación que implica el respeto a tal derecho, a partir de las relaciones jurídicas que involucran a la Universidad como proveedora de enseñanza de nivel superior, en tanto se trata de un servicio de alcance general, colectivo o público.

En efecto, además del supuesto provisto por el tema de las relaciones jurídicas que giran en torno a la figura del derecho a la educación superior, los otros campos de la actividad universitaria también atraen atención desde la perspectiva de los derechos humanos y en razón de la trascendencia colectiva que llevan implícita, atendiendo a la extensión demográfica de su alcance, pues es en la Universidad donde la población del país recibe la enseñanza superior y su formación profesional, con indudables efectos para la vida de los individuos, pero también, en cuanto a su aporte al desenvolvimiento del medio social y las consecuencias que producen sobre la elevación de las condiciones de prosperidad de la población, lo que viene atado a la concepción de la dignidad del ser humano, a su debido respeto y su protección.

Tal es el caso concreto de la ciencia y la cultura, como campos de interés que también se integran al contenido material de la actividad universitaria, y al mismo tiempo, forman parte del elenco de los derechos humanos expresamente reconoci-

⁹ Venezuela. *Ley de Universidades*, publicada en la Gaceta Oficial N° 1429 Extraordinario de 8 de septiembre de 1970.

dos en el texto de la Declaración Universal, a tenor del contenido del aparte 1 de su artículo 27¹⁰.

En síntesis, la misión institucional de la Universidad está marcada y dirigida por asuntos que atañen a la esencia del ser humano, por lo que se encentra en plena sintonía con el sentido, el alcance y la razón de ser de los derechos humanos como categoría jurídica y como expresión clave del patrimonio cultural de la sociedad contemporánea. En tal sentido, desde la perspectiva de la gestión atinente a la administración universitaria son diversas las modalidades en que se hace presente la particular relación de correspondencia indicada.

La primera de las manifestaciones que recabamos nos ubica en el empleo del tema relativo a los Derechos Humanos como un posible contenido u objeto dentro de los planes dispuestos para las actividades de investigación y docencia; es decir, como una materia propia de la función general de la educación, en la que se integran la investigación y la docencia, como tareas complementarias entre sí, que corresponde atender a la Universidad.

En efecto, la importancia del asunto atrae su incorporación a la temática de interés para la investigación científica a través del desarrollo de proyectos de distinta factura y alcance, tanto en el ámbito estrictamente teórico, como en los espacios del conocimiento científico aplicado; y desde luego, también para la trasmisión de los conocimientos obtenidos en la formación profesional y especializada, mediante su inclusión en los programas docentes de licenciatura y de posgrado. Desde luego, esto ocurre no solo en el campo de la Ciencia Jurídica, donde sin lugar a duda, alcanza un lugar preeminente; también se hace presente, con intensidad y potencia, desde otros múltiples enfoques y disciplinas, como son la Sociología, las Ciencias de la Salud, la Historia, la Ciencia Política, las Relaciones Internacionales, la Economía, la Antropología, la Comunicación Social, etc., pues, en definitiva, viene a ser una cuestión de evidente interés y trascendencia general.

De tal modo es así, que la atención universitaria a la cuestión de los Derechos Humanos no se agota en su tratamiento dentro de los moldes acotados por los parámetros pedagógicos de la enseñanza y la investigación, puesto que también es objeto de atención mediante las distintas modalidades que aportan las actividades de extensión, desde el punto de vista de la difusión, la instrucción, la participación especializada o la información cívica abierta, en cuya realización se despliegan mecanismos de contacto y alianzas con distintas intensidades de profundidad y vocación de estabilidad o permanencia en el vínculo con instituciones u organizaciones dedicadas programas de promoción, y a la defensa directa de personas y comunidades afectadas.

De esta manera, los Derechos Humanos son, en toda la extensión de su naturaleza un tema de interés y atención inmediata dentro de la actividad universitaria, en toda su plenitud sustantiva y en sus diversas tareas científicas de formulación, actualización y trasmisión del conocimiento, por lo que configuran, igualmente, una cuestión de interés y responsabilidad sobre el cual le “corresponde colaborar en la orientación de la vida del país mediante su contribución doctrinaria”, a tenor de lo prescrito en el artículo 2 de la Ley de Universidades. Por tal motivo, esa tarea orientadora también se incorpora al complejo de los asuntos que se conjugan en lo que significa la gestión universitaria, en su amplitud diversa.

Ahora bien, como antes indicamos, el alcance de las tareas y responsabilidades que corresponden a la institución universitaria en general, a partir de su vínculo con los

¹⁰ “Artículo 27.- 1 Toda persona tiene derecho a tomar parte en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

derechos humanos, se manifiesta con diferentes matices, intensidades y consecuencias en el espectro de lo que la legislación venezolana identifica como “Universidades Nacionales”, es decir, aquellas Universidades que forman parte de la estructura del Estado. Pero el tema reviste mayor precisión e interés en el caso de las Universidades Nacionales que encajan plenamente en el espectro del principio de la autonomía, es decir, las que disfrutan de un estatuto autonómico no mediatizado, lo que permite y convoca necesariamente al empleo prioritario de la perspectiva jurídico-administrativa como enfoque, dentro del análisis que se despliega en los términos siguientes.

En primer lugar, procede recordar que, en su eje vertebral y en su trayectoria histórica, el Derecho administrativo es –y ha sido– una herramienta jurídica diseñada para fijar controles al ejercicio del poder; empleando la certera expresión nocional acuñada por el profesor González Navarro, se trata del Derecho regulador del poder para garantizar la libertad¹¹. En ese sentido, el Derecho administrativo viene a operar como un Derecho común para todas las Administraciones públicas, en sus distintas manifestaciones y formatos, por lo cual, el ordenamiento jurídico administrativo dibuja el papel que corresponde a los servidores públicos para gestionar con eficacia y con sujeción a la legalidad; pero al mismo tiempo, ese Derecho, atendiendo a la especialidad de su objeto, determina el rol que corresponde a los jueces para controlar la conducta de las Administraciones en su total dimensión, sin parcelas sustantivas excluidas, ni funcionarios, decisiones o conductas, inmunes al control jurídico. Control este en el cual, por otra parte, participa el administrado, ciudadano, usuario, o destinatario de las decisiones, omisiones o conductas debidas, en atención a la función administrativa, mediante los mecanismos previstos a tal efecto, con lo cual, dependiendo de los términos subjetivos que determinen la relación jurídico-administrativa específica, también sucede que una Administración actúe estos mecanismos de control, como legitimado activo, frente a otra Administración.

De este modo, para evitar distorsiones que conduzcan a error, es conveniente puntualizar el carácter instrumental que acompaña al Derecho en general, y que adquiere matices particulares en el caso del Derecho administrativo, por la sensibilidad que contacta su ámbito de aplicación, en tanto se ubica en el espacio propio de las interacciones entre las personas y los centros de ejercicio del poder público, concebidos como unidades o agentes que actúan bajo el postulado de una función servicial en atención al interés general, que por ser tal, escapa a la posibilidad de encontrar respuestas y soluciones desde la posición de un interés singular.

Al respecto nos resultan más que suficientes los atinados términos que acuña la profesora Barragán, cuando afirma que:

No creemos incurrir en exageración cuando afirmamos que el derecho está entre las construcciones sociales más finas, avanzadas e influyentes, al punto que no es posible concebir ninguna forma de interacción humana que no esté de alguna manera mediada por el derecho. Es el derecho el que nos ofrece el marco deóntico al cual adecuar nuestras conductas, nos provee de instituciones que hacen menos costosas las transacciones sociales, y fundamentalmente nos dota de mecanismos racionales para la resolución de los conflictos. Tampoco es exagerado señalar al derecho como un poderoso factor en la educación de los comportamientos, y un reforzador vital de la trama del tejido social¹².

¹¹ Véase, Francisco González Navarro, *Derecho administrativo español*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1995, Tomo I.

¹² Véase, Julia Barragán, *Estrategias y derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 2009, p. 15.

Insistimos en el carácter instrumental del Derecho administrativo para destacar lo erróneo del enfoque que intenta subjetivarlo, asignándole las consecuencias de los excesos históricos en el ejercicio del poder, en las manifestaciones de ineficiencia de la administración o en los injustos desequilibrios que puedan existir en las relaciones jurídico-administrativas, a consecuencia de lo cual se llega a plantear su inutilidad, dejando a las iniciativas privadas y las relaciones entre particulares el protagonismo para el despliegue de una sociedad más eficiente y justa, todo lo cual no pasa de ser una posición disruptiva con base equivocada o inexistente.

Partiendo del punto de vista que aporta la normativa constitucional, tenemos que

el Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen (artículo 19 constitucional).

De esta forma, el texto constitucional vigente que –atendiendo a la construcción doctrinaria fundamental del Derecho Constitucional como disciplina jurídica, así como a lo dispuesto en su artículo 7– se erige como “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”, funciona como un referente normativo vinculante, primario y superior para todos los órganos que ejercen el Poder público, sujetando sus actuaciones al orden jurídico.

Pero, por otra parte, además de servir como fundamento y marco regulador dispuesto para legitimar y delimitar la actuación debida de los agentes del poder, la norma constitucional se destaca porque su supremacía abarca, con el mismo sentido vinculante, la determinación de derechos fundamentales y garantías de las personas.

En este sentido, en el contexto de la normativa constitucional, existe una clara similitud, si no identidad, entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, en cuanto se trata de atributos de las personas por el hecho de su condición de seres humanos, reconocidos en atención a su dignidad, sin que medien otras circunstancias. De la misma manera, es viable reconocer la figura de los derechos sociales que se manifiestan, predominantemente, en su vertiente de acciones positivas o prestacionales inscritas en la concepción del Estado Social de Derecho y cuando, por su contenido, alcanzan al ámbito de la dignidad de la persona humana, apuntan a configurarse como derechos sociales fundamentales¹³, con lo cual, a los mecanismos de defensa y protección –que incluyen como opción valedera y eficiente las concurrencias a instancias internacionales–, se añade la progresividad, que implica, la no regresividad de los derechos en cuanto a las posiciones de reconocimiento, protección y prestación alcanzadas, y con esto, adquiere destacada importancia la nota relativa al contenido prestacional de estos derechos, como un indicador de su garantía que reclama la incorporación eficiente del principio de la buena administración que trae consigo el derecho a una buena administración y un buen gobierno.

A partir de estos datos, brevemente expresados en el contexto de un andamiaje conceptual, cobra interés revisar la armazón que se teje en torno a la educación, la ciencia y la cultura –en tanto asuntos que vienen atribuidos a la gestión universitaria– como categorías con contenido jurídico, dentro del conjunto de la normatividad positiva ubicada en el rango constitucional.

¹³ Al respecto, véase, Augusto Durán Martínez, “Derechos sociales fundamentales” en: *Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social*, IJ Editores, N° 2, Buenos Aires, 2018.

Así, en el Título III de la Constitución, que se dedica en forma integral a “los Derechos Humanos y Garantías”, viene incluido el Capítulo VI, atinente a “los Derechos Culturales y Educativos”. Ese Capítulo se inicia con la calificación de la *creación cultural* como una expresión de libertad que comprende “el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor...” (art. 98); seguidamente, en el artículo 102 se reconoce a la educación como “un derecho humano y un deber social”. En la misma disposición se advierte, además, que el Estado “asumirá [la educación] como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad”. A esto se agrega de inmediato que “la educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes de pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo...”.

De todo lo antes mencionado se concluye sin dificultad que, junto a la categoría de derecho humano fundamental que constitucionalmente identifica a la educación, se incorpora su carácter prestacional, lo que trae consigo la cualidad de derecho social. En consecuencia, la educación se configura, definitivamente, como un derecho social fundamental con trascendencia sustantiva de singular alcance colectivo, por su efecto sobre la elevación de los estándares de calidad de vida de la persona, y su potencialidad objetiva para impulsar el desarrollo de la población en general.

De otra parte, en las disposiciones subsiguientes del Texto Fundamental se apunta el perfil de alta relevancia que ostenta la educación, destacando los atributos que la acompañan, al precisar que “... Toda persona tiene derecho a una educación integral de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones...” (art. 103), para puntualizar de inmediato que “... La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal, hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas...” (art. 103).

Es claro, entonces, que la educación se entiende como una manifestación esencial para de la dotación de condiciones y oportunidades a favor de la población, con lo cual forma parte de ese mínimo vital que se registra dentro de la fórmula de la procura existencial debida, y en consecuencia, como expresión fundamental de los cometidos de la Administración pública que se inscribe dentro de la cláusula del Estado social y democrático, y trae asociada la noción del interés público que de manera permanente flota en el espectro general de la concepción del Derecho administrativo.

De modo pues que, partiendo del sentido que impregna a la normativa constitucional, se deduce que la educación no es solamente una actividad práctica globalizada, ampliamente difundida, y consistente con los hábitos culturales del ser humano, que se erige en un derecho humano desde una perspectiva individual o subjetiva; además, alcanza la cualidad de derecho social fundamental, atendiendo a la importancia de sus efectos en la elevación constante del nivel de vida de los individuos, y este es el sentido del adjetivo de obligatoriedad atribuido a la educación en la norma constitucional por lo que hace a los niveles que van desde el maternal hasta el medio diversificado, dentro del sistema formal de enseñanza, esto es, hasta la antesala del nivel superior, profesional o universitario. En efecto, no se trata de una obligación prescrita en términos estrictamente jurídicos, correlativa de un derecho o situación de poder que

permite su exigibilidad coactiva o abre la posibilidad de su satisfacción por una vía alternativa. Se trata, más bien, de la inducción de una conducta, que atañe a la persona y la sociedad, pautada en razón del beneficio que provoca en el propio individuo y en la comunidad de la cual forma parte, en el entendido de que una colectividad integrada por individuos adecuadamente educados resulta más potente, en su conjunto, por cuanto sus miembros tienen la capacidad de desplegar mayores facultades de desenvolvimiento individual en condiciones de libertad, con lo cual, la educación opera como un factor transversal de robustez y fortalecimiento para el ejercicio cabal de otros derechos humanos.

En el entorno que define este panorama, y entendido como un elemento necesario para dar soporte adecuado al logro efectivo de los objetivos de alcance social que se plantean a través de la educación, se destaca la obligación que corresponde al Estado de atender económicamente a esa actividad, con el carácter y rango de inversión prioritaria. A tales efectos se impone como un parámetro referencial, las pautas o recomendaciones emanadas de la Organización de las Naciones Unidas sobre esta materia, lo que viene acompañado de la cláusula que dispone la exigencia de una previsión legal dispuesta para garantizar la incorporación, amplio acceso y permanencia dentro del sistema educativo de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja, todo lo cual responde, sin duda, al reconocimiento del alto calibre que ostenta la educación dentro de una escala valorativa de apreciación, en el ambiente de los derechos asociados a la idea de la dignidad del ser humano.

Tanto es así que, en el acápite que inaugura el texto normativo de la Constitución, relativo a los Principios Fundamentales que la inspiran, se aloja la consideración de la educación –junto con el trabajo– como un “proceso fundamental” para alcanzar los fines esenciales del Estado, los cuales se enuncian así: “... la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución” (art. 3).

Finalmente, para completar este perfil de la educación desde el punto de mira de las normas fundamentales de su regulación jurídica, cabe observar que, en tanto se trata de un derecho, la educación se entiende en una doble vertiente, primeramente, como la facultad de acceder a la enseñanza, a la instrucción a través del sistema formal; pero, además, como el derecho a impartir educación. Ese doble alcance se mantiene como una constante en los últimos textos de la normativa constitucional patria, es decir, en las Constituciones de 1961 y de 1999, lo que pone de relieve con mucho acierto el profesor Linares Benzo, en dos diferentes investigaciones sobre esta materia¹⁴.

Pues bien, la existencia de esa doble vertiente (el derecho de acceder a la educación, a recibir educación, a ser destinatario de la función de educar, y el derecho a

¹⁴ Al respecto, véase, en primer lugar: Gustavo José Linares Benzo, *Leer la Constitución. Un ensayo de interpretación constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, donde el autor ofrece un detallado análisis de la Constitución de 1961, como un ejercicio de la técnica de interpretación constitucional, a través del cual dedica particular espacio a la educación (pp. 103 ss.), destacando esa doble vertiente del derecho. En segundo término, el mismo autor nos ofrece como un estudio monográfico el artículo: “Bases constitucionales de la educación” en: *Derecho y Sociedad. Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*, N° 2, abril 2001, Caracas, 2001, pp. 217 ss. En este trabajo reitera el enfoque analítico indicado, ahora operando la interpretación sobre el texto de la Constitución de 1999 y la inconsistencia de la Ley Orgánica de Educación con aquel, y deduciendo acertadamente su flagrante inconstitucionalidad.

educar), nos invita a hacer énfasis en el enfoque que permite identificar las notas de particularidad que, desde el punto de vista del Derecho administrativo tiene la educación, cuando es ofrecida por una Universidad Nacional, en cuanto a las derivaciones de su cualidad de derecho humano, y primordialmente por lo que implica en las relaciones jurídico-administrativas con la población estudiantil, en tanto usuarios o destinatarios de la función, y por otra parte, en lo atinente a las relaciones con otras instancias del Estado, particularmente, con otras Administraciones.

En efecto, la educación es, en uno de sus sentidos o vertientes, una actividad prestacional que debe atender el Estado a través de diferentes formas o manifestaciones para asegurar o garantizar su existencia eficiente como un derecho humano.

Así tenemos, por vía de ejemplo, la regulación oficial de lo que se entiende como estructura formal del sistema de enseñanza, distinguiendo los niveles o etapas subsecuentes que se integran para configurar el proceso general de formación; la determinación de las condiciones requeridas para el ejercicio privado de la actividad de enseñanza y su control mediante mecanismos jurídico-administrativos como sucede con la autorización para el funcionamiento de institutos privados dedicados a la tarea educativa en los diferentes niveles, dentro de los cuales se incluye el nivel universitario o de formación profesional. También, dentro de este elenco, se cuenta la prestación de la tarea educativa por parte de institutos públicos, en cuyo caso, el asunto se manifiesta como una actividad prestacional propia de la función administrativa que, en el nivel de la educación superior se aloja en las instituciones universitarias que vienen a ser, en consecuencia, una forma de Administración pública con características peculiares, atinentes a la función que le corresponde cumplir en el área educativa.

De nuevo la revisión de la normativa constitucional permite ubicar los puntos indicados en el espectro correspondiente al nivel superior del ordenamiento positivo, comenzando por el ejercicio del derecho a educar y sus controles públicos, a cuyo efecto referimos al texto del artículo 106 constitucional:

Toda persona natural o jurídica, previa demostración de su capacidad, cuando cumpla de manera permanente con los requisitos éticos, académicos, científicos, económicos, de infraestructura y los demás que la ley establezca, puede fundar y mantener instituciones educativas privadas bajo la estricta inspección y vigilancia del Estado, previa aceptación de este.

El contenido de la disposición transcrita implica claramente que se admite la práctica de la actividad de enseñanza —ejercer el derecho a educar—, en todos los niveles de la educación formal, como una iniciativa privada, lo que se encuentra en concordancia con el contenido del artículo 104¹⁵, en el cual, por lo demás, se reconocen las cualidades de la función desempeñada por los docentes dentro de la sociedad, lo que indudablemente, obedece a la valoración y trascendencia de ese oficio, tal como se ha puesto de relieve en líneas anteriores.

Finalmente, la revisión de los dispositivos constitucionales que nos interesan de manera inmediata en esta ocasión nos pone en contacto con el artículo 109, cuyo contenido se refiere a la autonomía universitaria, tema este de insoslayable presencia

¹⁵ “Artículo 104.- La educación estará a cargo de personas de reconocida moralidad y de comprobada idoneidad académica. El Estado estimulará su actualización permanente y les garantizará la estabilidad en el ejercicio de la carrera docente, bien sea pública o privada, atendiendo a esta Constitución y a la ley, en un régimen de trabajo y nivel de vida acorde con su elevada misión. El ingreso, promoción y permanencia en el sistema educativo, serán establecidos por ley y responderá a criterios de evaluación y méritos, sin injerencia partidista o de otra naturaleza no académica”.

cuando se reflexiona sobre la Universidad, y que adquiere particular alcance en la que ahora nos ocupa.

En efecto, la norma en cuestión se inicia indicando que “El Estado reconocerá la autonomía como principio y jerarquía que permite a los profesores, profesoras, estudiantes, egresados y egresadas de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación...”. La formulación hace énfasis en la esencia de la actividad que cumplen los componentes de la comunidad universitaria, en el componente sustancial de la vida académica, consistente en la ejercitación dedicada a la búsqueda del conocimiento mediante la investigación, para procurar con ello, el beneficio colectivo. Ahora bien, es incuestionable que la materialización de esa comunidad se encuentra en su institucionalización, en la institución que conjugan sus componentes y que, a su vez, los integra como unidad, esto es, la Universidad como entidad subjetiva.

De allí que, conforme al siguiente pasaje de esa norma, “...Las universidades autónomas se darán sus normas de gobierno, funcionamiento y administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. Se consagra la autónoma universitaria para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión. Las universidades nacionales experimentales alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley”; de esta forma, se desprende que, a partir —o con motivo— de la autonomía sustancialmente académica se generan distintas expresiones de ese particular status administrativo que viene a ser determinante de una particular forma de actuar, lo que lleva a evocar el planteamiento del profesor Moles: “...Cuando se crea o erige una Universidad Autónoma, la mayor garantía de acierto radica en que la autonomía conferida quede amoldada a la índole peculiar de su misión, con lo cual la especie de autonomía dominante —entre todas las antes descritas— será precisamente aquella que a las demás instituciones autónomas les falta: la autonomía académica”¹⁶.

En consecuencia, la autonomía de las Universidades nacionales autónomas (valga aquí redundar, en beneficio del argumento) incorpora una peculiaridad que resulta especialmente significativa para el enfoque que ubica el desenvolvimiento de estas instituciones desde la perspectiva de las Administraciones públicas y sus relaciones recíprocas, en cuanto a que “...la autonomía puede ser analizada también desde el punto de vista de la relación de las Universidades con la Administración Pública. En este sentido, autonomía se contrapondría a centralización...”¹⁷.

De modo tal que, validando la consistencia y racionalidad de la construcción teórica con el contenido del dispositivo constitucional y sus consecuencias lógicas en el campo de la valoración jurídica, puede afirmarse que la autonomía de las Universidades autónomas, reconocida y garantizada con rango jerárquico superior por el ordenamiento positivo, no responde a un mero objetivo instrumental para el facilitar el cumplimiento de sus funciones, como es el objetivo que opera predominantemente como soporte de la técnica de la descentralización en el campo de la organización administrativa. Ciertamente, en este específico terreno, entra en juego el objetivo de responder directamente a requerimientos de naturaleza social, de la vida en so-

¹⁶ Antonio Moles Caubet, *El concepto de autonomía universitaria*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997. p. 273.

¹⁷ José Luis Meilán Gil, “La autonomía universitaria desde la perspectiva constitucional” en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, Nº 3, Universidad de La Coruña, La Coruña, 1999. p. 375.

ciudad (para beneficio espiritual y material de la Nación), a cuyo efecto, presidida por la autonomía académica, como autonomía dominante, se consagra también, la autónoma universitaria para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión, es decir, para adelantar las tareas necesarias en el ámbito operativo, que conducen al adecuado ejercicio de su misión esencial, mediante el ejercicio de las facultades pertinentes, por las cuales estas Universidades, las autónomas, se darán sus normas de gobierno, funcionamiento y administración.

Este, y no otro, es el sentido en que las Universidades Nacionales autónomas se insertan en la estructura general de la Administración pública en Venezuela. Con la impronta dominante de un signo distintivo, que no permite igualar su perfil estructural ni sus manifestaciones de funcionamiento con lo que arroja como resultado el denominador común de los entes descentralizados dentro del paisaje que dibuja el ordenamiento jurídico administrativo nacional.

De esta manera se despliega en este caso, como seguramente ocurre, con mayor nivel de intensidad o con la presencia de variables y magnitudes diferentes en otros casos que conducen a constatar la profunda complejidad que lleva consigo la Administración pública, y por consecuencia, el Derecho administrativo. Por lo tanto, la existencia de signos determinantes de diferenciación en la Universidades que son parte de la estructura administrativa del Estado, no es óbice para que, en su desempeño y en su arquitectura, tengan plena y total presencia los principios generales aplicables a la Administración pública, y en particular, los postulados relativos a la buena administración y las buenas prácticas administrativas que cobran incluso mayor protagonismo en el entorno de la gestión universitaria atendiendo al inexcusable contacto con las manifestaciones del saber cómo el hábitat natural de su función, tal como he insistido en poner de relieve en otro momento¹⁸.

En suma, es el poso que impone como marca y que deja como huella dominante la tarea académica, lo que determina la peculiaridad de la institución universitaria, y lo que atrae a su entorno la figura de la autonomía con perfiles de singularidad, por lo que vale reconocer con el agudo genio del maestro García de Enterría que, en el caso de la Universidad, “la verdadera autonomía –que hace referencia inicialmente a la autonomía crítica y enseñante del docente, *sine qua non*–, ... no es un don gratuito, con que las Universidades cuentan en todo caso, sino un objetivo a alcanzar y que puede ser facilitado u obstruido”¹⁹. Por esto se debe concluir que el sentido de esta autonomía está en el aseguramiento de la función crítica de la Universidad, y en consecuencia, queda excluida de la relación de subordinación a órdenes superiores, como lo estaría cualquier otra dependencia de la Administración centralizada, e incluso, de los controles de tutela que aquella aplica a los entes de la Administración descentralizada o autónoma. Pero además, lo más trascendente, en aplicación del enfoque que venimos empleando, es que, para la prosecución del objetivo de preservación y aplicación efectiva de la autonomía de la Universidad, cobra fuerza la jerarquía que ostenta, como principio y jerarquía, en tanto garantía de los derechos humanos fundamentales que gestiona y ejerce, como la educación, cualidad y jerarquía que se ponen de manifiesto por su ubicación en el mapa del Texto Fundamental (Título III, Derechos Humanos y Garantías).

¹⁸ Armando Rodríguez García, “La buena administración en la gestión universitaria. La UCV como potencial caso de estudio”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 155-156 julio-diciembre 2018, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019. pp. 45 ss.

¹⁹ Eduardo García de Enterría, “La autonomía universitaria”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 117, Madrid, 1988. p. 14.

En tal sentido, la perturbación proveniente de cualquier agente administrativo del Estado sobre las tareas que educativas que le corresponde cumplir a la Universidad bajo el principio de autonomía comportaría, por una parte, la interferencia al cumplimiento de una función pública, de una función administrativa que se realiza vicarialmente atendiendo al interés general y al derecho de los destinatarios de esa función, que se cataloga como un derecho humano y un derecho social fundamental, esto es, el derecho a recibir educación. Pero de otra parte y en forma simultánea, en el supuesto indicado, además de configurarse la interferencia de tal función con el consecuente efecto lesivo sobre los sujetos destinatarios de la misma, se estará afectando, de manera directa e inmediata, el derecho a practicar la enseñanza, el derecho a educar que ostenta la Universidad contenido en su función, por lo que en este caso, la lesión penetra el espacio subjetivo de esa institución y con ello genera la condición de legitimado personal y directo.

De este modo, por ser una técnica de protección y garantía, al tiempo que comporta el ejercicio del derecho humano a la educación, la autonomía que ostentan las Universidades Nacionales autónomas, se ubica en un plano superior al que se corresponde con condición de garantía institucional dispuesta para la operación o funcionamiento de los entes descentralizados funcional o territorialmente, y en consecuencia, pasa a tener la categoría de garantía para la protección y el ejercicio pleno de un derecho humano social y fundamental, susceptible de operar como título de legitimación frente a las actuaciones, decisiones o conductas de otras instancias administrativas del Estado, junto a lo cual, admite su ejercicio directo en todos los espacios de protección de los derechos humanos, nacionales y supranacionales, atendiendo a la plenitud de su alcance.

He aquí, en un esbozo que se ofrece como aperitivo, las breves notas que dan peculiaridad al vínculo entre Derechos Humanos y Universidad, cuya exploración más profunda es, a no dudarlo, una invitación tentadora.

EL ANTINÓMICO “DERECHO DE DENUNCIA” Y LA META GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Eduardo Meier García*

SUMARIO

Presentación. I. La meta garantía del acceso a la justicia internacional. II. El “derecho de denuncia”: una amenaza latente. III. Sobre la opinión consultiva oc-26/20. IV. Inderogabilidad de los derechos humanos. V. La antinómica interpretación literal del derecho de denuncia. VI. Interpretación evolutiva del derecho de denuncia. 1. Argumento sistemático. 2. Argumento apagógico (*reductio ad absurdum*). 3. Argumento del significado actualizado (interpretación “evolutiva”). 4. Argumento *a contrario sensu*. 5. Argumento analógico (*a simili*). VII. El derecho de denuncia y la interpretación y aplicación *pro persona*. Conclusiones.

PRESENTACIÓN

Esta modesta contribución para Libro homenaje a Pedro Nikken se hace en tiempos aciagos para los derechos humanos y la democracia en Venezuela, con la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) y el pretendido retiro de la Organización de Estados Americanos (“OEA”). La figura de Pedro Nikken representa a la Venezuela democratizadora y pacificadora de la región, el país en la vanguardia de los derechos humanos; aquella Venezuela primera suscriptora y promotora de los tratados sobre derechos humanos del período democrático.

De modo tal que no hay mejor homenaje que referirnos a la denuncia de la CADH, la más grave privación presente y futura de derechos humanos en perjuicio de sujetos concretos y la frustración de la legítima expectativa de todas las personas que están bajo jurisdicción del Estado, de poner remedio procesal a actos estatales contrarios a derecho.

Así mismo, con la salida de Venezuela de la OEA se pretende interrumpir los programas y actividades dirigidos a promover los principios y prácticas democrá-

* Profesor del Doctorado en Ciencias, Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela; Doctor en Derecho. Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. emeier@dra.com.ve

ticas y fortalecer la cultura democrática, así como las acciones de promoción de la gobernabilidad, la buena gestión, los valores democráticos y el fortalecimiento de la institucionalidad política y de las organizaciones de la sociedad civil.

Al retirarse Venezuela de la OEA se compromete el *derecho a la democracia* y la obligación de promoverla y defenderla. Se deja de promover y proteger el desarrollo social, político y económico de las personas bajo jurisdicción del Estado venezolano, que se siente menos comprometido con el ejercicio de la democracia, la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales, la libertad de expresión y de información, el derecho de reunión, la libertad de asociación, o el ejercicio de los derechos políticos, por mencionar solo algunos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CorteIDH”) ha señalado en la Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020¹ que “el acceso a la justicia internacional se concibe como una meta garantía, pues permite asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos y las libertades reconocidos convencionalmente contra actos violatorios de los mismos, de forma coadyuvante y complementaria a las jurisdicciones nacionales. Más aún, constituye una herramienta emancipadora y una apuesta inclusiva y superadora para el empoderamiento de los grupos histórica o tradicionalmente desaventajados, lo cual redundará en el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, aún en aquellos países con una marcada trayectoria de observancia de los derechos humanos”.

En estas líneas insistiremos en la importancia radical de reforzar la permanencia de Venezuela en la OEA², para que las personas o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados puedan interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo, así como para la promoción de los principios y prácticas democráticas y el fortalecimiento de la cultura democrática, en especial para la integración de las organizaciones de la sociedad civil, de las comunidades, de las universidades y de los jóvenes en el fortalecimiento de la institucionalidad democrática y el Estado de derecho en consubstancialidad con el respeto y promoción de los derechos humanos.

¹ Opinión Consultiva solicitada por la República de Colombia “Sobre la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos”, (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.I), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos), párr. 54.

² Cfr. Eduardo Meier García, “El Inconstitucional e inconventional retiro de Venezuela de la OEA”, en: *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Nova Fase, 1962, N° 71, pp. 103-142, jul./dez., 2017. Estas notas derivan de ese trabajo inicial y de otro de reciente publicación, intitulado: Meier García, Eduardo, “Una aproximación al derecho de denuncia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Baker McKenzie, Caracas, 2019, Tomo II, pp. 883-911. Así mismo, contiene parte de nuestra opinión escrita presentada sobre los puntos sometidos a consulta de la Corte Interamericana de derechos Humanos por el Estado de Colombia el 6 de mayo de 2019 sobre las “obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado que denuncie la Convención Americana sobre Derechos Humanos e intente retirarse de la Organización de Estados Americanos”.

I. LA META GARANTÍA DEL ACCESO A LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Si hiciéramos un paneo rasante de la realidad sorprendería la cantidad de Estados que incumplen total o parcialmente el Derecho internacional de los derechos humanos (“DIDH”), no ejecutan las sentencias emanadas de órganos jurisdiccionales regionales, omiten las recomendaciones e incumplen las medidas cautelares o provisionales en las que es evidente la lesión inminente de derechos, cuando incluso el peligro actual de daño es la propia vida de los peticionarios e impiden la realización de visitas *in loco* de los organismos de protección.

La Corte ha puesto de relieve que existe en la actualidad una diversidad de grados de protección interamericana de los derechos humanos en el continente, lo que la doctrina ha calificado como protección “a la carta”³ para explicar una indeseable fragmentación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos entre Estados plena y voluntariamente sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH y otros que, a pesar de su reconocida condición de democracias constitucionales, no terminan de adherirse al sistema regional. Sobre el particular ha señalado:

Por un lado, hay países que han otorgado una protección plena de los derechos a las personas bajo su jurisdicción, al haber ratificado la Convención Americana y también aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Adicionalmente, existen países que, si bien se han comprometido a respetar y hacer respetar los derechos convencionales al haber ratificado la Convención, aún no han aceptado la cláusula de competencia contenciosa de la Corte, cercenando a las personas bajo su jurisdicción del acceso a la justicia interamericana. Finalmente, otro grupo de países miembros de la OEA se mantiene en un umbral de protección mínimo a través de la Declaración Americana y la Carta de la OEA bajo la supervisión de la Comisión Interamericana, al no haber ratificado aún la Convención Americana. Alcanzar la universalidad de la protección plena que brinda el sistema interamericano de derechos humanos es, pues, una aspiración legítima del propio sistema en su conjunto, de los Estados Miembros de la OEA, y de todos y cada uno de las y los habitantes del continente americano independientemente de su nacionalidad, quienes constituyen los titulares de derechos y destinatarios principales de todo el régimen de protección. Asimismo, existen otros tratados de derechos humanos de carácter regional que tienen diversos grados de ratificación (*infra* párrs. 84 y 85), los cuales refuerzan la protección de derechos humanos en el continente⁴.

³ Laurence Burgorgue-Larsen y Amaaya Úbeda de Torres, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 17-90. Por su parte, González Morales denuncia la falta de “universalidad” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entendiéndolo por tal [...] el hecho de que un número no despreciable de Estados Miembros de la OEA no haya ratificado sus principales instrumentos, en especial el Pacto de San José de Costa Rica. Se suma a ello el que cerca de un tercio de los Estados de la OEA no ha reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La situación descrita produce importantes asimetrías entre los Estados y le resta fuerza al Sistema Interamericano. Si bien en los inicios de los procesos de democratización un número importante de Estados se adhirió a los instrumentos interamericanos de derechos humanos y reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, en la última década prácticamente no se observan avances en la materia. Vid. Felipe González Morales, “Las transformaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos durante los procesos de democratización de los Estados Partes”, Tesis Doctoral dirigida por Fernando Mariño Menéndez, Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos Universidad Carlos III de Madrid, 2012, pp. 475-476.

⁴ Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020 “Sobre la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos”, (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos), párr. 57.

Sin embargo, la forma más grave de violación de la meta garantía del acceso a la justicia internacional es la denuncia de un tratado de derechos humanos, como la CÁDH, lo que “representa una regresión en el nivel de protección interamericana de los derechos humanos y en la procura de la tan mentada universalización del sistema interamericano. Por lo tanto, teniendo en cuenta el objeto y fin de los tratados de derechos humanos”, y “... en el entendido que los titulares de los derechos reconocidos en la Convención Americana, quienes quedarían al desamparo de la protección judicial interamericana, se encuentran en una posición asimétrica con relación al poder del Estado”⁵.

El rechazo al DIDH no es producto de meras reminiscencias más o menos espontáneas del Estado-Nación, sino de decisiones concretas que responden al más rancio conservadurismo, provincialismo y nacionalismo constitucional, o esconden intenciones inconfesables, de allí sustraerse del control externo y objetivo que representa el Derecho de los derechos humanos.

En el caso africano, los gobiernos de Benín, Costa de Marfil y Tanzania suprimieron el derecho de las personas y las ONG a presentar casos directamente ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Corte Africana”)⁶⁻⁷. El presidente de la Corte Africana en su mensaje anual (2021) se refirió a numerosos desafíos, “como lo demuestra el alto porcentaje de decisiones que quedan sin implementar y el frenesí de retiros de la Declaración por parte de algunos Estados, lo que sugiere el inicio de una grave crisis de confianza que, afortunadamente, se puede contener”⁸.

⁵ *Ibid.*, párr.58.

⁶ Ver: <https://www.african-court.org/wpafc/recueil-de-jurisprudence-de-la-cour-africaine/?lang=fr>. Consultado el 15 de enero de 2021.

⁷ De los 55 Estados miembros de la Unión Africana –todos excepto Marruecos– 54 han ratificado la Carta Africana, pero solamente 30 ratificaron el Protocolo que estableció la Corte Africana; y solamente 8 Estados aceptaban el acceso directo de los individuos y las ONG a la Corte: Burkina Faso, Malawi, Mali, Tanzania, Ghana, Costa de Marfil, Benín y Túnez. Ruanda incluso retiró su aceptación previa de esta posibilidad en el 2016. Manfred Nowak, “Autoridad y legitimidad de las cortes regionales. Impacto, resistencia, dificultades y retos. Autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales. Impacto, resistencia, dificultades y retos”, en: Corte Interamericana de Derechos Humanos (comp.), *Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José, 2020, p. 126. De aquellos, Tanzania, Costa de Marfil y Benín retiraron recientemente el acceso directo de los individuos y las ONG a la Corte Africana.

⁸ “*New Year’s Message 2021 from the President of the African Court on Human and Peoples’ Rights*” (...). “*The judicial work of the Court will not be effective without the input and commitment of all stakeholders, including the Member States of the African Union. On this point, the challenges are numerous, as evidenced by the high percentage of decisions that remain unimplemented and the flurry of withdrawals of the Declaration by some States, which suggest the beginnings of a serious crisis of trust that, fortunately, can be contained. The non-execution of the decisions of bodies vested with a human rights mandate by the States concerned is a threat to the human rights protection system in Africa. There is still time to initiate serious reflections on the future of our decisions in order to raise, through their effective implementation, the level of human rights protection, strengthen confidence in our institutions and to meet the challenges of our mission. This is the key to the success and credibility of our work. We must further develop a democratic culture by giving force to the law as well as to judicial and democratic institutions. Without a judicial culture, respect for human rights and for the laws that constitute the key link to the rule of law and peace will be but an illusion. We have a great responsibility in this regard, and one of the ways to foster the hope of a better future in the implementation of human rights at both the continental and national levels is cooperation and active partnership. We are called to work together, without exception, because regardless of where they are, everyone in their place is an opportunity for our humanity. The Court will continue the judicial dialogue that it has already begun with the high national courts on the one hand, and also with the*

Esto supone un riesgo para la continuidad de las jurisdicciones hemisféricas de protección de los derechos humanos. En el caso africano, son cuatro los países que restringen el acceso a esta vía fundamental para obtener justicia. Ruanda suprimió el derecho de acceso a la justicia internacional en 2016⁹. Tanzania lo hizo en noviembre de 2019, al sostener de manera engañosa que la Corte Africana había considerado cuestiones que deberían haberse abordado en los tribunales internos. Benín y Costa de Marfil retiraron la declaración de competencia Artículo 34 (6)¹⁰ de la Corte Africana¹¹ en marzo y abril de 2020, respectivamente. Benín rechazó la orden de la Corte Africana que suspendió la confiscación de los bienes de un demandante en una controversia con un banco, al considerar que la decisión atentaba contra los intereses económicos y la estabilidad política del país. Mientras que Costa de Marfil, justificó su decisión en el descontento ante un fallo de la Corte Africana de suspender una orden internacional de arresto contra el ex primer ministro Guillaume Soro y de otorgar la libertad bajo fianza a 19 miembros de la oposición política que estaban detenidos. El gobierno sostuvo que la Corte Africana vulneró su soberanía¹².

Al igual que los casos de Venezuela y de Trinidad y Tobago en el sistema interamericano, estamos ante una reacción destemplada de los gobiernos de estos países, ante decisiones que consideraban desfavorables, en un contexto de agravamiento de la intolerancia contra los defensores de los derechos humanos y de persecución contra parte de la población civil percibida como disidente, en el marco de derivas autoritarias¹³ un deterioro generalizado del respeto y garantía de los derechos humanos en esos países.

regional human rights courts on the other. The Court intends to extend this dialogue to the Member States in a closer framework and through diplomatic channels". <https://www.african-court.org/wpafc/new-years-message-2021-from-the-president-of-the-african-court-on-human-and-peoples-rights/>. Consultado el 15 de enero de 2021.

⁹ El retiro por parte de Ruanda de su declaración, que supuestamente fue provocada por el hecho de que la Corte aceptó casos presentados por individuos que el Estado demandado consideró “convictos genocidas”, y como resultado retiró su Declaración y su defensa de los casos pendientes. La Corte también fue acusada de aunar esfuerzos con las ONG, incluyendo organizaciones socias, para ofrecer una plataforma para genocidas convictos. El retiro de Ruanda y sus acciones como presidente de la Unión sin duda han disuadido a algunos otros Estados de preparar y presentar sus declaraciones. Ben Kioko, “Autoridad y legitimidad de las cortes regionales. Impacto, resistencia, dificultades y retos. Autoridad y legitimidad de las Cortes Regionales. Impacto, resistencia, dificultades y retos”, en: Corte Interamericana de Derechos Humanos (comp.), *Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José, 2020, p. 155.

¹⁰ *Article 34 Ratification 6. At the time of the ratification of this Protocol or any time thereafter, the State shall make a declaration accepting the competence of the Court to receive cases under article 5 (3) of this Protocol. The Court shall not receive any petition under article 5 (3) involving a State Party which has not made such a declaration. Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights On The Establishment Of An African Court On Human And Peoples' Rights.*

¹¹ Consultado en: <https://www.african-court.org/wpafc/african-court-judges-hold-virtual-meeting/>. Consultado el 15 de enero de 2021.

¹² Consultado en: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/10/africa-regional-human-rights-bodies-struggle-to-uphold-rights-amid-political-headwinds/>, Igualmente ver: <https://www.dw.com/fr/la-cour-africaine-cadhp-face-%C3%A0-la-d%C3%A9sob%C3%A9issance-des-etats/av-53286309>. Consultado el 15 de enero de 2021.

¹³ Consultado en: <https://www.jeuneafrique.com/934704/politique/pourquoi-le-benin-se-retire-du-protocole-de-la-cour-africaine-des-droits-de-lhomme/> y en: <https://www.jeuneafrique.com/mag/746603/politique/benin-la-tentation-autoritaire/>. Consultados el 15 de enero de 2021.

II. EL “DERECHO DE DENUNCIA”: UNA AMENAZA LATENTE

Sorprende igualmente que en muchos otros Estados se cumple con las obligaciones en materia de derechos humanos más por la amenaza latente del ejercicio de la fuerza por parte de Estados más poderosos, que porque se sopesen sus efectos más favorables o se quiera preservar su reputación internacional, hagan un cálculo interesado de una especie de mutualismo entre reconocimiento de la instancias internacionales y preservación del orden interno, y ni hablar del cumplimiento voluntario de los Estados, porque exista en su interior un auténtico proceso de “interacción, interpretación e internalización” del DIDH.

Solo por citar algunos casos, como el de República Dominicana en el que mediante Sentencia TC/0256/14 del Tribunal Constitucional de 2014, declaró inconstitucional el instrumento de aceptación de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitido por el presidente de la República Dominicana el 19 de febrero de 1999¹⁴, con posterioridad a la ratificación de la CADH, con la sola pretensión de incumplir¹⁵ las Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos

¹⁴ Señalan los jueces dominicanos que antes de adherirse a un compromiso internacional de cualquier índole, la República Dominicana debía verificar su conformidad con los procedimientos constitucionales y legales nacionales previamente establecidos, que esta verificación fue omitida en la especie respecto Instrumento de Aceptación (suscrito en 1999), que no fue sometido al Congreso Nacional como dispone el precitado artículo 55.6 de la Constitución de 2002, lo cual, a juicio del Tribunal Constitucional, genera su inconstitucionalidad. La aceptación de la competencia de la Corte IDH, para ser vinculante respecto al Estado dominicano, debió haber cumplido, pues, los requerimientos del artículo 40. Además, señalan que “... en razón de que dicha aceptación transfiere competencias jurisdiccionales que podrían lesionar la soberanía nacional, el principio de la separación de los poderes, y el de no intervención en los asuntos internos del país, normas invariables de la política internacional dominicana. No bastaba, en consecuencia, cumplir únicamente con lo establecido en los artículos 62.1 y 62.3 de la CADH. Vid. República Dominicana Tribunal Constitucional Sentencia TC/0256/14. Expediente N° TC-01-2005-0013, relativo a la acción directa de inconstitucionalidad incoada en fecha veinticinco (25) de noviembre de dos mil cinco (2005) contra el Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; consultada en: <https://tribunal-sitestorage.blob.core.windows.net/media/15760/sentencia-tc-0256-14-c.pdf#pdfjs.action=download>. Consultado el 15 de enero de 2021.

¹⁵ En la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de Marzo de 2019 sobre Supervisión De Cumplimiento De Sentencias Y Competencia en el *Caso De Las Niñas Yean y Bosico y Caso De Personas Dominicanas Y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana* el Tribunal hemisférico mantiene su competencia contenciosa sobre República Dominicana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y su facultad jurisdiccional de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, señalando que la decisión TC-256-14 del Tribunal Constitucional de República Dominicana de 4 de noviembre de 2014 no genera efectos jurídicos en el derecho internacional, así como cualquier consecuencia que se derive de ella, precisando que “...el incumplimiento de las reparaciones tiene un impacto negativo no solo en las víctimas de los casos, sino en todas aquellas personas que, ante la falta de adecuación del derecho interno a los estándares internacionales de protección de derechos humanos, se encuentran actualmente en una situación de vulneración al derecho a la nacionalidad e incluso en condición de apatridia en República Dominicana, fundamentalmente, varias generaciones de miles de personas nacidas en territorio dominicano de ascendencia haitiana. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar a las personas el goce y ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y provocarles una condición de extrema vulnerabilidad y discriminación. Ello tiene consecuencias graves en el desarrollo de aspectos básicos de la vida de las personas, tales como: la falta de documentos de identidad, imposibilidad de circular libremente dentro y fuera del país, riesgo de ser detenidos o expulsados, no poder ejercer los derechos políticos, no poder casarse o divorciarse ni registrar el nacimiento de hijos, no poder realizar contratos (por ejemplo, para comprar o transferir propiedades, contratar servicios, abrir una cuenta bancaria), falta de acceso o dificultad en acceso a educación, salud y empleo en condiciones de igualdad con las personas nacionales, entre muchas otras...”.

Humanos el 8 de septiembre de 2005 en el caso *de las Niñas Yean y Bosico* y el 28 de agosto de 2014 en el caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas* en la que se declaró la responsabilidad internacional del Estado por la violación, entre otros, a los derechos a la nacionalidad, al nombre y a la integridad, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico, dominicanas de ascendencia haitiana, así como el derecho a la integridad personal de sus madres y la hermana de una de ellas, debido a que en julio de 1998 denegó a las niñas la nacionalidad dominicana por razones discriminatorias y las mantuvo en situación de apátrida por más de cuatro años. En el caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas* la Corte determinó que el Estado era responsable, entre otros, por la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la nacionalidad, al nombre y a la identidad, en perjuicio de miembros de las familias Medina, Fils-Aimé, Gelin, Sensión y Jean y del señor Rafaelito Pérez Charles. Se constató que los hechos de este caso se insertaron en un contexto en que, en República Dominicana, las personas nacidas en territorio dominicano de ascendencia haitiana y la población haitiana, están en situación de vulnerabilidad por distintos factores, como la dificultad que enfrentan para obtener documentos personales de identificación y por el patrón sistemático de expulsión de esta población. Afortunadamente, el Poder Ejecutivo dominicano en ejercicio de sus potestades de dirección de la política internacional, no ejecutó la sentencia del Tribunal Constitucional de 2014.

Se recuerdan también los casos peruanos de la era Fujimori-Montesinos ante la Corte IDH. Caso: *Castillo Petruzzi y otro*, en respuesta a las decisiones de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú o los Casos “Loaiza Tamayo” e “Ivcher Bronstein” vs. Perú. En este último, el gobierno peruano realizó una “denuncia sobrevenida de la Convención Americana”.

Igualmente, el caso: *Medellín v. Texas* 552 U.S. 2008/5 de agosto, donde la *Supreme Court of the United States* desconoce la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia rechazando el precedente en materia de protección de los derechos humanos contenidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹⁶, hasta llegar a

¹⁶ *Medellín v. Texas* 552 U.S. (2008) (Slip Opinion) y sus secuelas: *International Court of Justice, Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico vs. United States of America), Judgment; Corte IDH: Opinión Consultiva OC-16/1999*, requested by the United Mexican States, “the right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law”. La Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Medellín vs. Texas* (*Medellín v. Texas* 552 U.S. 2008/5 de agosto. *Medellín vs. Texas*, 128 S. Ct. 1346) señala que la Carta de las Naciones Unidas no es un tratado autoejecutable y, por lo tanto, sus normas no podrán ser aplicadas en los Estados Unidos, salvo que exista una ley de implementación o de trasposición que lo permita. Sin dudas, esta sentencia contraría el *corpus iure* del orden internacional e impacta negativamente sobre el proceso de interacción, interpretación e internalización de la comunidad internacional en su conjunto, al atacar de manera directa el objeto y fin de la Carta, así como sus principios y propósitos. La Suprema Corte norteamericana sostuvo –*inter alia*– que los Estados Unidos deben dar cumplimiento a las disposiciones de un tratado del que son parte, siempre y cuando estas no sean contrarias a la Constitución. Pero el carácter más que dilemático, diríamos dramático, del Caso: *Medellín vs. Texas*, se constata al ver las consecuencias de esta interpretación propia del peor conservadurismo, provincialismo y “nacionalismo constitucional” norteamericano, cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos falló en contra de José Ernesto Medellín quien fue ejecutado por las autoridades administrativas tejanas el 5 de agosto de 2008, muy a pesar de la claridad y rotundidad del fallo previo de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el Caso: *Avena*. Si bien la CIJ en su fallo de 2004 ordenó en su resolutive número 9, que los Estados Unidos de Norteamérica se encuentran obligados a revisar y reconsiderar, “a través de los medios de su propia elección”, los procesos penales de los mexicanos condenados a pena de muerte, ello no significaba una carta blanca para los tribunales norteamericanos respecto a la forma y contenido que debía revestir dicha reconsideración.

algunos pronunciamientos judiciales sin efectos jurídicos o lo que es lo mismo, una serie de *obiter dicta* nostálgicos que apelan a conceptos tales como las “condiciones esenciales de la soberanía” o “la identidad constitucional de Francia” empleados por el Consejo Constitucional Francés, o la evocación de la cláusula “*superiorem non recognoscens*” por la Corte constitucional italiana¹⁷.

Incluso, de muy especial significación es el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 14 de febrero de 2017 (*c/Fontevicchia*¹⁸) que decide rechazar el pedido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la decisión que obliga al Estado argentino a dejar sin efecto la sentencia dictada en 2001 por la propia Corte Suprema, que había condenado por daños y perjuicios a dos periodistas (Jorge Fontevicchia y Hector D’Amico), por sus publicaciones sobre una presunta paternidad del presidente Carlos Menem, que los demandó alegando haber sufrido una invasión a su privacidad. La Corte IDH ordenó al Estado argentino devolver las sumas pagadas por los periodistas en cumplimiento del fallo judicial. Pero la Corte Suprema dio marcha atrás a su posición de apertura al DIDH, al señalar que, si bien las decisiones de la Corte Interamericana son “en principio” de cumplimiento obligatorio, no deberían ser cumplidas si el tribunal interamericano actuó en exceso de su competencia, o bien cuando la condena es de cumplimiento imposible por contradecir “principios de derecho público constitucional argentino” que funcionan como un límite para la implementación de las decisiones internacionales. Además, entendió que el tribunal interamericano no contaba con atribuciones para imponer la revocación de una sentencia, pues no era una “cuarta instancia” del sistema judicial argentino¹⁹.

Se habla de la “transformación del paradigma del derecho y de las instituciones políticas: la fundación ius-cosmopolita de una esfera pública y de un constitucionalismo supranacional, esto es, de límites y vínculos en garantía de los derechos, impuestos a los poderes supraestatales frente a las múltiples crisis –económicas, políticas, ecológicas y sociales– provocadas por su actual carácter depredador y salvaje”²⁰.

Pero si comparamos la realidad con un constitucionalismo supranacional o cosmopolitismo constitucional, como lo proponen en términos más o menos similares constitucionalismo supranacional o cosmopolitismo constitucional, como lo proponen en términos más o menos similares D. Held²¹, L. Ferrajoli²² y

¹⁷ David Ordóñez Solís, *El cosmopolitismo judicial en una sociedad global. Globalización, Derecho y Jueces*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 163.

¹⁸ CSJN, Sentencia de 14 de febrero de 2017, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, considerandos 8, 12, 17.

¹⁹ Victor Abramovich, “Comentarios sobre ‘Fontevicchia’, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, en: *Pensar en Derecho*, N° 10, Año 5, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1° edición: septiembre de 2017, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2017, pp. 9-26.

²⁰ Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 278.

²¹ David Held, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997.

²² Luigi Ferrajoli, “Más allá de la Soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, en: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 9, octubre 1998, Trad. Gerardo Pisarello. Publicado en la obra colectiva: Richard Bellamy et al., *Constitutionalism, democracy and sovereignty: American and European perspectives*, Avebury Series in Philosophy, Aldershot, Inglaterra, 1996, pp. 173-184.

J. Habermas²³, no puede negarse que la realidad es dramática, y la posibilidad del Estado cosmopolita (Habermas) o del derecho de ciudadanía mundial de Kant, puede que no estén en el horizonte y que sigan siendo una fantasía, al menos, en contextos deliberativos comunicantes, como señala Zagrebelsky, para quien, sin embargo, la interacción y la apertura de la jurisprudencia y de los múltiples niveles jurisdiccionales que tratan con los derechos, sigue siendo una exigencia enraizada en la actual vocación de la justicia nacional e internacional, parte de un proceso de múltiples caras de “universalización del derecho”, un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico²⁴.

En la desaplicación (desconstitucionalización) del Derecho internacional de los derechos humanos en Venezuela “persiste la divergencia entre principios y derechos constitucionales y realidad efectiva del derecho vigente, divergencia fisiológica pero patológica”, como advierte Ferrajoli precisando que “...la existencia de las normas se separa también, no solo de su justicia, sino de su validez jurídica, siendo perfectamente posible que adquieran existencia normas inválidas por ser incompatibles con los principios constitucional... Así, a la lucha por la justicia se añade la lucha por el derecho constitucionalmente legítimo”. “A estas dos divergencias –entre justicia y validez y entre validez constitucional y existencia–, se ha sumado hoy una tercera, seguramente la más grave y llamativa”, continúa Ferrajoli, “que concierne al derecho internacional: la divergencia...entre los derechos humanos... y la realidad efectiva de las relaciones entre los estados. Una divergencia, no fisiológica, sino patológica y estructural, en cuanto provocada por la casi total ausencia de garantías²⁵.”

III. SOBRE LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-26/20

El 6 de mayo de 2019 la República de Colombia (“Estado colombiano”) solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”), conforme al Artículo 64.1 de la CADH, opinión relativa a las “Obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado que denuncie la Convención Americana sobre Derechos Humanos e intente retirarse de la Organización de Estados Americanos”

El Estado colombiano como Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos (“OEA”), tiene por tanto el derecho y la facultad de solicitar a la Corte IDH emita opiniones consultivas acerca de la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, incluso para preservar el orden público interamericano en nombre y a favor de todas las personas bajo jurisdicción de los Estados Parte.

En tanto que la Corte IDH en ejercicio de la función consultiva puede “interpretar cualquier norma de la Convención Americana, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación”. En este sentido, es

²³ Jürgen Habermas, “¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional?”, en: *El Occidente escindido. Pequeños escritos políticos X*, trad. José Luis López de Lizaga, Trotta, Madrid, 2006.

²⁴ Gustavo Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, Discurso pronunciado frente al presidente de la república el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50º aniversario de la Corte Constitucional italiana, trad. Miguel Carbonell, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, XXXIX, septiembre-diciembre, 2006, N° 17, IIJ-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 1135-1151, Vid. <http://www.juridicas.unam.mx>. (Cfr. Sabino Cassese, *Universalità del diritto*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2005).

²⁵ Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del Estado*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 69-70.

evidente que la Corte tiene, en virtud de ser “intérprete última de la Convención Americana”, competencia amplia y no restrictiva para emitir, con plena autoridad, interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal” y sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”²⁶.

Además, siendo que la Corte IDH es “...maestra de su jurisdicción; ...órgano poseedor de competencias jurisdiccionales, tiene el *poder inherente* de determinar el alcance de su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz / compétence de la compétence*) (...), sea en materia consultiva, sea en materia contenciosa, sea en relación con medidas provisionales de protección”; como guardián y maestra de su propia jurisdicción (*jurisdictio, jus dicere*, la potestad de declarar el Derecho)” y “...órgano supremo de supervisión de la Convención Americana”, tiene “...reservado el rol de establecer las bases jurídicas para la construcción de un *ordre public* interamericano de observancia y salvaguardia de los derechos humanos”²⁷.

En este contexto, el Estado colombiano formula su solicitud partiendo de una previsible aplicación a situaciones concretas que justifican el interés de que se emita una opinión consultiva, indicando que las cuestiones planteadas son de aplicabilidad general, que pretenden un valor permanente, para orientar a todos los Estados miembros y a los órganos de la OEA, frente a la eventualidad de que algún Estado Parte se sienta en el futuro inclinado a tomar acciones encaminadas a lograr su desvinculación al Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos.

El Estado colombiano insta a la Corte Interamericana a responder las siguientes preguntas y alcances generales:

#	Pregunta	Alcance general
1	A la luz del derecho internacional, convencional y consuetudinario, y, en particular, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948: ¿Cuáles son las obligaciones en materia de derechos humanos que tiene un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos?	El alcance de las obligaciones internacionales que en materia de protección y promoción de los derechos humanos tiene un Estado miembro de la OEA que ha denunciado la Convención Americana;

²⁶ Vid. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) párrs. 16 y 17; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 124; Opinión Consultiva OC-22/16, *supra*, párr. 16, y *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C N° 312, párr. 242. *Cfr. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A N° 20, párr. 18, y Opinión Consultiva OC-22/16, *supra*, párr. 16.

²⁷ *Cfr.* Corte IDH. Resolución sobre Medidas Provisionales de Protección de 25 de mayo de 1999, caso *James et alii versus Trinidad y Tobago*, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 7-8.

Continuación cuadro...

2	En el evento de que dicho Estado denuncie además la Carta de la Organización de los Estados Americanos y busque retirarse de la Organización, ¿Cuáles son los efectos que dicha denuncia y retiro tienen sobre las obligaciones a que se refiere la primera pregunta?	Los efectos que sobre dichas obligaciones tiene el hecho de que dicho Estado, más adelante, tome la medida extrema de denunciar el instrumento constitutivo de la Organización regional y busque retirarse efectivamente de la misma; y,
3	Cuando se presenta un cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que ocurra bajo la jurisdicción de un Estado de las Américas que haya denunciado la Convención Americana y la Carta de la OEA,1. ¿Qué obligaciones en materia de derechos humanos tienen los restantes Estados miembros de la OEA? 2. ¿De qué mecanismos disponen los Estados miembros de la OEA para hacer efectivas dichas obligaciones? 3. ¿A qué mecanismos de protección internacional de derechos humanos pueden acudir las personas sujetas a la Jurisdicción del Estado denunciante?"	Los mecanismos de que disponen, de un lado la comunidad internacional y, en particular, los Estados miembros de la OEA, para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones y hacerlas efectivas, y del otro los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado denunciante, para exigir la protección de sus derechos humanos, cuando se presenta un cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los mismos.

El 9 de noviembre de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declaró competente para emitir la Opinión Consultiva en respuesta a la consulta realizada por el Estado de Colombia, concluyendo por seis votos a favor y uno en contra (Disidente el Juez E. Raúl Zaffaroni) que:

2. Cuando un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos denuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho acto tiene las siguientes consecuencias sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: (1) las obligaciones convencionales permanecen incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva; (2) la denuncia efectiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no surte efectos retroactivos; (3) la vigencia de las obligaciones que surgen de la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos se mantiene activa; (4) la denuncia efectiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no anula la eficacia interna de los criterios derivados de la norma convencional interpretada como parámetro preventivo de violaciones a los derechos humanos; (5) las obligaciones asociadas al umbral de protección mínimo a través de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre perduran bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y (6) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al ius cogens continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general. (...)

3. Cuando un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos denuncia la Carta de la Organización de los Estados Americanos, se verifican las siguientes consecuencias sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: (1) las obligaciones de derechos humanos derivadas de la Carta de la Organización de los Estados Americanos permanecen incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva; (2) la denuncia efectiva de la Carta de la Organización de los Estados Americanos no surte efectos retroactivos; (3) el deber de cumplir con las obligaciones derivadas de las decisiones de los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano se mantiene hasta su cumplimiento total; (4) el deber de cumplir con los tratados interamericanos

de derechos humanos ratificados y no denunciados conforme a sus propios procedimientos permanece vigente; (5) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al *ius cogens* continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general, así como subsiste el deber de cumplir con las obligaciones que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas. (...)

4. La noción de garantía colectiva subyacente a todo el sistema interamericano implica un deber de los Estados de actuar conjuntamente y cooperar para proteger los derechos y libertades que se han comprometido internacionalmente a garantizar a través de su pertenencia a la organización regional y, en particular, (1) exteriorizar de forma oportuna sus observaciones u objeciones ante cualquier denuncia de la Convención Americana y/o de la Carta de la Organización de los Estados Americanos que no resista un escrutinio a la luz del principio democrático y afecte el interés público interamericano; (2) asegurar que el Estado denunciante no se considere desligado de la Organización de los Estados Americanos hasta tanto no haya dado cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos adquiridas a través de los diversos mecanismos de protección en el marco de sus respectivas competencias y, en particular, aquellas que se relacionan con el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derecho Humanos hasta la conclusión del procedimiento; (3) cooperar para lograr la investigación y juzgamiento de las graves violaciones de derechos humanos y así erradicar la impunidad; (4) otorgar protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, admitiendo al territorio a potenciales solicitante de asilo, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, hasta lograr una solución duradera; y (5) realizar los esfuerzos diplomáticos bilaterales y multilaterales, así como ejercer sus buenos oficios de forma pacífica, para que aquellos Estados que hayan efectivizado su retiro de la Organización de los Estados Americanos vuelvan a incorporarse al sistema regional.

5. El Estado denunciante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que se haya desligado de la misma, continuará obligado a respetar el núcleo esencial de derechos humanos representado en las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho internacional y las pertenecientes al *ius cogens*, como fuentes autónomas del derecho internacional general que protegen de forma universal la dignidad humana, así como las obligaciones que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas...

De lo que se desprende que la Corte IDH constató que no es posible denunciar la Convención Americana con efectos inmediatos, pero luego de un período de transición de un año, es posible que una denuncia surta efectos, procurando así "...evadir de mala fe los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, disminuir o cercenar la efectiva protección de los mismos, debilitar el acceso al mecanismo jurisdiccional de carácter internacional, y dejar al ser humano al desamparo de la protección complementaria del sistema interamericano", como señaló el propio tribunal hemisférico.

A pesar de que la Corte IDH hizo hincapié en la necesidad de aplicar un escrutinio más estricto ante denuncias que se dan en situaciones que denotan una especial gravedad y pueden acarrear una afectación a la estabilidad democrática, la seguridad y la paz hemisférica, con la consiguiente afectación generalizada a los derechos humanos, como son: (1) por una disconformidad con una decisión adoptada por el órgano de protección y motivada por una voluntad manifiesta de incumplir los compromisos internacionales adoptados en la misma; (2) en el escenario de una situación de suspensión de garantías de manera indefinida o que atente contra el núcleo inderogable de derechos; (3) en un contexto de violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos; (4) en el marco de la progresiva erosión de las instituciones de-

mocráticas; (5) ante una alteración o ruptura manifiesta, irregular o inconstitucional del orden democrático, y/o (6) durante la ocurrencia de un conflicto armado; convalidó el derecho de denuncia en los términos de la de la Convención Americana y de la Carta de la OEA, sin solución de continuidad y sin imponer cortapisas o condiciones, más allá de los términos y condiciones establecidos en el propio texto de las disposiciones del tratado. De modo que los impulsos gubernamentales de desentenderse de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos, no están limitados ni siquiera por el ejercicio de la garantía colectiva.

La Corte IDH a pesar de señalar que la denuncia de la Carta de la OEA y el retiro de la Organización dejaría en total desprotección a las personas bajo la jurisdicción del Estado denunciante frente a las instancias de protección internacional regionales, determinó que puede denunciarse la Carta de la OEA, pero no con efectos inmediatos, la denuncia se hace efectiva luego de transcurrido el período de transición con lo cual cesa de aplicarse.

Así mismo, señaló que subsisten ciertas obligaciones emanadas de la misma, como aquellas que surgen de la comisión de un ilícito internacional y que fueron adquiridas a través de los mecanismos y procedimientos ante los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano, el acatamiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*, como la realización de los mejores esfuerzos para el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana.

IV. INDEROGABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

El 28 de abril de 2017 la Cancillería venezolana formalizó el retiro del gobierno de Venezuela de la OEA, con una carta fechada el día anterior, firmada por “Nicolás Maduro Moros, Presidente”, en la que se denuncia la Carta de la OEA²⁸; acto que hemos calificado de inconstitucional, inconveniente y jurídicamente inválido e ineficaz, al vulnerar incluso las cláusulas supraconstitucionales pétreas, inalienables, irrenunciables, permanentes e irreversibles; indisponibles incluso por un eventual poder constituyente.

El mismo ciudadano Nicolás Maduro Moros, en su condición de Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, denunció la CADH el 6 de septiembre de 2012. Esta denuncia de la CADH que surtió efecto a partir del 10 de septiembre de 2013, es consecuencia directa de la paulatina e ilegítima “desconstitucionalización” del Derecho internacional de los derechos humanos en Venezuela, fenómeno que tuvo su momento cúspide con las Sentencias N° 1939/2008 de 18 de diciembre y 1547/2011 de 17 de octubre de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras, que declararon “inejecutable” los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y solicitaron al Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la CADH, pretendiendo convertir el Derecho interamericano, el Derecho internacional

²⁸ Carta de la Organización de los Estados Americanos (“Carta de la OEA”) “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

de los derechos humanos, constitucionalizado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en una positivización aparente, forzando a pensarla como una de esas tantas Constituciones “fachada” e irrespetando la voluntad popular expresada en el texto constitucional, al pretender subrogarse ilegítimamente en las facultades del poder constituyente originario y así desaplicar en Venezuela el Derecho interamericano, colocándose más allá de su condición de órgano constituido, en franca violación a supremacía constitucional, que en el caso de la Constitución venezolana, es supremacía de los derechos²⁹.

Conforme al criterio explícito de la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, amparado en el artículo 78³⁰ de la CADH, como también en el artículo 143³¹ de la Carta de la OEA, ambas denuncias habrían surtido efecto.

Sin embargo, debemos precisar si esas denuncias puede reputarse como existentes, válidas y eficaces, esto es, capaces de producir los efectos o consecuencias previstas *ad litteram*, o si por el contrario existe alguna regla sobrevenida o principio de interpretación derivado que apunte la vigencia indefinida de la CADH y de la Carta de la OEA.

Bajo esta premisa, la CADH como tratado sobre derechos humanos no puede ser denunciado sin que ello signifique una vulneración grave a la constitucionalidad y convencionalidad vigentes en el Estado denunciante, un desconocimiento ilegítimo de las normas que rigen el núcleo de los derechos humanos básicos, que forman parte, como el derecho al acceso a la justicia, de las normas imperativas, inviolables e inderogables del Derecho internacional (*ius cogens*); máxime cuando la protección jurisdiccional como la que ofrece la inmediatez del Sistema Interamericano, concretamente de la Corte IDH —*mutatis mutandi* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en sus respectivos *ámbito regionales*—, es el mecanismo de protección por antonomasia, la forma más evolucionada y más eficaz para garantizar el derecho imperativo de acceso a la justicia.

Sin embargo, hoy día no es suficiente condición de legitimidad y validez de una denuncia de un tratado de derechos humanos, el solo hecho del reconocimiento del derecho de denuncia *expressis verbis*³² en el cuerpo de tratados de derechos humanos

²⁹ Cfr: Eduardo Meier García, *La eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las prácticas ilegítimas de la Sala Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 105, Caracas, 2014. En estas Observaciones también seguimos partes de este trabajo.

³⁰ Artículo 78 de la CADH: “1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”.

³¹ Artículo 143 de la Carta de la OEA: “Esta Carta regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciada por cualquiera de los Estados miembros, mediante comunicación escrita a la Secretaría General, la cual comunicará en cada caso a los demás las notificaciones de denuncia que reciba. Transcurridos dos años a partir de la fecha en que la Secretaría General reciba una notificación de denuncia, la presente Carta cesará en sus efectos respecto del Estado denunciante, y este quedará desligado de la Organización después de haber cumplido con las obligaciones emanadas de la presente Carta”.

³² La poca incidencia de las denuncias en esta materia justifica la escasa doctrina sobre el tema de la denuncia de los tratados sobre derechos humanos. En efecto, la doctrina existente señala: “*Both the*

que tienen cuando menos 50 años. En efecto, la Carta de la OEA es un tratado relativo a los derechos humanos³³ suscrito en Bogotá en 1948 mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica, el día 22 de noviembre de 1969, durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En fin, ha corrido mucha agua desde entonces, como para no tener, aunque sea una duda razonable de que la posición originalista o estática –que prima el significado literal u original– pueda conducir a resultados inadecuados, incluso a consecuencias absurdas.

Según la literalidad del ex artículo 78 cabe la posibilidad de que los Estados Partes denuncien la CADH. De allí la conveniencia de analizar este enunciado normativo no solo en el contexto del denominado *acquis conventionnel*, sino desde la metodología y la argumentación del Derecho, porque más allá del acervo convencional interamericano, una perspectiva analítica puede ayudar a despejar un tema que entraña una enorme importancia práctica, derivada de la privación presente y futura de derechos humanos en perjuicio de sujetos concretos y la frustración de la legítima expectativa de todas las personas que están bajo jurisdicción del Estado, de poner remedio procesal a actos estatales contrarios a derecho.

American Convention on Human Rights and the European Convention on Human Rights have several things in common, including the recognition of the right of denunciation expressis verbis. Like the ECHR, the ACHR has been a target of a solitary denunciation". La denuncia solitaria se refiere al caso de Trinidad y Tobago, al que se le incorpora ahora el caso de la República Bolivariana de Venezuela. Vid. Yogesh Tyagi, "The Denunciation of Human Rights Treaties", en: *British Yearbook of International Law*, Vol. 79, Issue 1, Oxford, 2008, p. 160. La denuncia de la CADH hecha por el gobierno de Trinidad y Tobago el 26 de mayo de 1998, se produjo en el momento exacto en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) iba a pronunciarse condenando ulteriormente al Estado por violación de la CADH, en virtud de la aplicación automática de la pena de muerte. Esta denuncia de la CADH ha sido enérgicamente deplorada por la doctrina, principalmente por su dosis de cinismo, al ser calificada por las autoridades estatales como una acción humanitaria, alegando que la intervención del Sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos, y permitir la revisión ulterior de una sentencia interna por la Corte IDH, irrespetaba ciertas normas de derecho interno sobre la pena de muerte, que según la jurisprudencia del *Privy Council* (Consejo privado, órgano jurisdiccional de mayor jerarquía en el país) debe ser ejecutada al ser impuesta en el plazo máximo de 18 meses, lo contrario, dilatar esta espera –sostenía el Estado– constituiría una violación a los derechos fundamentales de las personas que esperaban la ejecución, generando el "fenómeno del corredor de la muerte" (*death row phenomenon*) que es un trato cruel, inhumano y degradante, y está constituido por un periodo de detención prolongado.

Lo que en efecto querían las autoridades trinitarias era evitar el conocimiento por parte del Sistema Interamericano de ciertas normas de derecho interno relativas a la pena de muerte, y sustraerse de esta manera del control externo y objetivo que representa el DIDH. Vid. Laurence Burgogue-Larsen y Amaya Úbeda de Torres, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y Jurisprudencia*, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 23.

³³ Vid. Carlos Ayala Corao, *Inconstitucionalidades de la denuncia de la Carta de la OEA por Venezuela y sus consecuencias en el derecho internacional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 113, Caracas, 2017, p. 15. Señala Ayala que un tratado "...se entiende relativo a los derechos humanos, cuando afecta o interesa a la protección de estos. Ello es cuando en definitiva su objeto y propósito tiene que ver con el reconocimiento y la protección de los derechos de la persona humana, para lo cual es necesario ver el tratado en su conjunto conforme a los principios de interpretación en el Derecho internacional" Igualmente, en la Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de setiembre de 1982, "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte IDH hace la distinción entre tratados cuyo objeto fundamental es la protección de los derechos humanos y aquellos otros en que, aun teniendo otro propósito, incluyen disposiciones concernientes a esa materia, y cuyo ejemplo lo constituye la Carta de la OEA (párr. 34).

En su oportunidad, esta Corte IDH señaló que

...si bien la denuncia de un instrumento internacional es un derecho de los Estados Partes en él, en los tratados de derechos humanos, debido a su especial naturaleza, esa denuncia afecta como un todo al sistema internacional o regional de derechos humanos de que se trate, lo cual, en este caso particular, justifica una gestión de parte de la Asamblea General de la Organización tendiente a obtener que Trinidad y Tobago reconsidere dicha decisión³⁴.

Igualmente, la Corte IDH ha señalado que “[u]na interpretación de la Convención Americana “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, lleva a esta Corte a considerar que un Estado Parte en la Convención Americana solo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado”. Enfatizando que “...la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo... si esto ocurriera, dicha denuncia solo produciría efectos conforme al artículo 78, el cual establece un preaviso de un año”³⁵.

No obstante, a renglón seguido señaló (argumento que es perfectamente aplicable por identidad de razón, al caso de la denuncia del tratado), que

[e]l artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende hacerse en el presente caso, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional³⁶.

Observemos como en alguna ocasión, la propia Corte Interamericana ha dado por sentado que la denuncia de un instrumento internacional es un derecho de los Estados Partes. De modo que, más allá de los criterios autoritativos, el propósito de estas breves líneas es abordar analíticamente el tema del denominado derecho de denuncia o retirada de los tratados sobre derechos humanos en general y de CADH y la Carta de la OEA, en particular.

V. LA ANTINÓMICA INTERPRETACIÓN LITERAL DEL DERECHO DE DENUNCIA

Desde una aproximación literal del artículo 78 de la CADH, podría alegarse que se trata de una norma clara que otorga el derecho de denuncia a los Estados Parte de la Convención, porque lo que está claro no debería ser interpretado (*in claris non fit interpretatio*).

³⁴ Corte IDH. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1998, pp. 40-41. consultada en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_1998.pdf. Consultado el 15 de enero de 2021.

³⁵ Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional v. Perú. (Competencia). Sentencia de fecha 24 de septiembre de 1999, párr. 39: consultada en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_55_esp.pdf. Consultado el 15 de enero de 2021.

³⁶ *Ibid.*, párr. 40.

Pero más allá de una interpretación literal, desde la perspectiva del mismo ordenamiento jurídico positivo hay una razonable *contradictio in terminis*, que de entrada plantearía una inconsistencia axiológica o una aparente antinomia absoluta con la propia finalidad de los tratados sobre derechos humanos, esto es, procurar la protección sustantiva, universal, indivisible, interdependiente y progresiva (no regresiva) de los derechos humanos, a favor de las personas bajo jurisdicción del Estado Parte, frente al “derecho” del Estado a denunciar la CADH, o lo que es lo mismo, a “suprimir obligaciones *erga omnes* de protección, en sus dimensiones tanto horizontal (*vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo) así como vertical (abarcando las relaciones del individuo tanto con el poder público como con entidades no- estatales u otros individuos)”³⁷.

En efecto, utilizado la fórmula sintética de Ferrajoli, cuando nos referimos a los derechos humanos –como los reconocidos por la CADH– no estamos describiendo “...derechos del Estado o para el Estado o en interés del Estado [...] sino derechos hacia y, si es necesario contra el Estado, o sea, contra los poderes públicos, aunque sean democráticos o de mayoría”³⁸.

Esta es la posición de la Corte Interamericana cuando señala que

La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por estos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno³⁹.

Esa posición es coincidente con lo que habían dispuesto la Comisión y la Corte Europeas de Derechos Humanos. En el caso *Austria vs. Italia* (1961), la Comisión Europea declaró que las obligaciones asumidas por los Estados Partes en la Convención Europea de Derechos Humanos “son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes”⁴⁰. La Corte Europea de Derechos Humanos afirmó, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido* (1978), que a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una ‘garantía colectiva’⁴¹. En el caso *Soering vs. Reino Unido* (1989), la Corte Europea declaró que la Convención Europea “debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento

³⁷ Corte IDH. Voto Razonado de A. A. Cançado Trindade en el caso de *La Cantuta vs. Perú* (Sentencia del 29.11.2006), (párrs. 58- 60).

³⁸ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 3.

³⁹ Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional v. Perú. (Competencia). Sentencia de fecha 24 de septiembre de 1999, párr. 41.

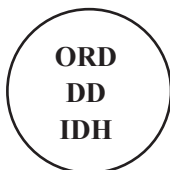
⁴⁰ European Commission of Human Rights, Decision as to the Admissibility of Application N° 788/60, *Austria vs. Italy case*, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, The Hague, M. Nijhoff, 1961, p. 140.

⁴¹ Eur. Court HR, *Ireland vs. United Kingdom case*, Judgment of 18 January 1978, Series A N° 25, p. 90, párr. 239.

de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias⁴².

Partiendo de estos argumentos es que se produce la antinomia con el *derecho de denuncia* conferido a los Estados Parte de la Convención, que se produciría de una interpretación directa o literal del artículo 78 de la CADH, que definitivamente se encuentra en contradicción con todo el *acquis conventionnel* interamericano y especialmente con los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) y 29 (Normas de Interpretación). Muy significativamente esta última, de la que se extrae el principio de inderogabilidad de los derechos humanos, ya que "...ninguna disposición de la presente Convención", incluyendo, *a fortiori* su artículo 78 (derecho de denuncia) "puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes...suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención".

Estamos ante lo que la Corte Interamericana, los Estados Parte y la dogmática jurídica podrían considerar una antinomia total o absoluta, pero de carácter aparente. Ya veremos porqué se trataría de una antinomia aparente o falso dilema. Comencemos por señalar que por antinomia se entiende "...cualquier 'incompatibilidad' entre dos 'normas' cualesquiera –que se asume que se encuentran simultáneamente vigentes, al menos *prima facie*, para un mismo ordenamiento jurídico"⁴³. Sería el caso del derecho de denuncia (DD), la Obligación de Respetar los Derechos (ORD) y la Inderogabilidad de los derechos humanos (IDH).



Como puede observarse, en este tipo de antinomia los criterios «clásicos» como los de jerarquía, de temporalidad y de especialidad no funcionan para resolver el caso concreto, ya que las normas en conflicto proceden de disposiciones normativas de un mismo texto, esto es, la CADH, y por tanto son normas de igual jerarquía normativa y que fueron aprobadas simultáneamente⁴⁴.

Como señala la doctrina, dado que no es posible resolver la contradicción apelando a los señalados criterios, el modo de resolver esta antinomia "...será a través de la modificación del sistema normativo por la vía interpretativa, dando otro significado distinto a una o varias de las disposiciones normativas, de modo que las normas resultantes ya no den lugar a la antinomia"⁴⁵.

Parece razonable pensar que no estamos ante una antinomia absoluta⁴⁶, o antinomia total-total, que se presenta "cuando los ámbitos de aplicación de las normas son coincidentes, de modo que regulan exactamente los mismos casos genéricos"⁴⁷. Las

⁴² Eur. Court H.R., *Soering Case*, decision of 26 January 1989, Series A N° 161, párr. 87.

⁴³ Pierluigi Chiassoni, *Técnicas de Interpretación Jurídica. Breviario para Juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 286.

⁴⁴ David Martínez Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 126.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Son incompatibles en modo absoluto (incompatibilidad total-total), cuando conectan al mismo supuesto de hecho abstracto consecuencias jurídicas incompatibles, de modo que los respectivos ámbitos de aplicación coinciden perfectamente.

⁴⁷ David Martínez Zorrilla, ob. cit., p. 101.

normas de Derecho de denuncia (DD) y la Inderogabilidad de los derechos humanos (IDH), serían bajo este supuesto exactamente coincidentes, de manera que siempre que sea aplicable (DD), también será aplicable (IDH) y como las soluciones son incompatibles, siempre se producirá el conflicto⁴⁸.

En efecto, no se trata de una antinomia absoluta. Más bien de

...dos normas sobre las que se produce una incompatibilidad pragmática –esto es, una relación...de incongruencia instrumental absoluta o total–, toda vez que una de las dos normas prescribe comportamientos, o constituye estados de cosas, cuya existencia sea (configurable como) condición impeditiva respecto de la realización del fin prescrito por la otra norma⁴⁹.

En este caso, la incongruencia instrumental absoluta se presenta cuando el derecho de denuncia (DD), se convierte en condición impeditiva de la Obligación de Respetar los Derechos (ORD) y de la Inderogabilidad de los derechos humanos (IDH).

Entre el derecho de denuncia (DD), la Obligación de Respetar los Derechos (ORD) y la Inderogabilidad de los derechos humanos (IDH), se produce también una

incompatibilidad axiológica, porque estas reflejan valoraciones que son comparativamente incongruentes respecto de una escala de valores comunes. Ello ocurre, en particular, cuando las consecuencias jurídicas que las normas adscriben a los respectivos supuestos de hecho abstractos no son... congruentes respecto al valor, o desvalor, relativo de los dos supuestos de hecho, tal como puede estimarse con base en la... escala de valores comunes⁵⁰.

Esta incompatibilidad debe ser establecida entre una de las dos normas, por una parte, y los principios superiores que incorporan la escala de valores comunes, por la otra, mediante un término de comparación que pone de manifiesto la incongruencia.

En el caso concreto, se trata de normas «axiológicamente incompatibles», Derecho de denuncia (DD), por un lado y la Obligación de Respetar los Derechos (ORD), por el otro, mientras que las normas superiores (Inderogabilidad de los derechos humanos (IDH), inviolabilidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad de los derechos humanos, principio *pro persona*) integran el sistema de valores presupuesto por las primeras. Se produce una antinomia pragmática compleja, dado que la incompatibilidad de una norma (DD) respecto de un sistema de valores pone de manifiesto la incongruencia⁵¹.

Al producirse incompatibilidad normativa entre el Derecho de denuncia (DD), la Obligación de Respetar los Derechos (ORD) y la Inderogabilidad de los derechos humanos (IDH), cabe eliminarla mediante interpretación.

De allí que estemos ante una antinomia aparente o falso dilema, y no ante un «auténtico» conflicto de normas. De modo que solo se puede hablar de antinomia, si un conflicto normativo se resiste a la interpretación, esto es, “solo si no existe interpretación capaz de eliminarlo (prevenirlo, hacerlo desaparecer)”⁵². En todo caso, “la inadecuación axiológica consiste en una antinomia sanable por vía interpretativa”⁵³, como veremos a continuación.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 103.

⁴⁹ Pierluigi Chiassoni, ob. cit., p. 303.

⁵⁰ Pierluigi Chiassoni, ob. cit., pp. 306-304.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Pierluigi Chiassoni, ob. cit., pp. 310-311.

⁵³ Pierluigi Chiassoni, ob. cit., p. 246.

VI. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL DERECHO DE DENUNCIA

El Derecho internacional de los derechos humanos es un sistema de principios y normas heterogéneas, dinámicas, progresivas, especiales y evolutivas, que procura el establecimiento de garantías y la consecución efectiva de la protección de los derechos y libertades reconocidos internacional y regionalmente, y que tiene como piedra angular la dignidad de la persona, la necesidad de la protección universal, interdependiente e indivisible de los derechos inherentes a la persona, dada la existencia de derechos, de un catálogo de derechos inalienables, respecto de los cuales todos los Estados están en la obligación *-erga omnes-* de protegerlos en sus territorios y más allá de ellos. De allí el carácter objetivo y la necesidad de un *estándar mínimo* como indicadores de validez del grado de democratización y respeto a los derechos en las decisiones políticas y jurídicas internas.

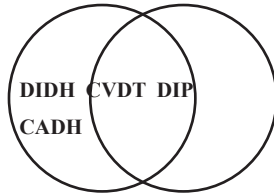
En este sentido, es pertinente recordar la Sentencia *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (España vs Bélgica)*, de 1970, en la que la Corte Internacional de Justicia subrayó la importancia de diferenciar entre las obligaciones que asumen los Estados frente a la comunidad internacional y las que asumen frente a otros Estados:

Una distinción esencial debe hacerse entre las obligaciones de los Estados hacia la Comunidad Internacional en su conjunto y las que nacen frente a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza las primeras conciernen a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos implicados, puede considerarse que todos los Estados tienen interés legal en su protección; son las obligaciones *erga omnes*. Estas obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo no solo de la prohibición de los actos de agresión y genocidio, sino también de los principios y las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial...⁵⁴.

De modo que el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) no se justifica, como sí lo hace el Derecho internacional público (DIP) y sus tratados multilaterales del tipo tradicional, en la afirmación de la igualdad soberana de los Estados, de su integridad territorial e independencia política, sino en el respeto de los derechos humanos como garantía colectiva y obligación jurídica internacional, general y frente a todos (*omnium et erga omnes*) de los Estados Parte de respetar y garantizar los derechos fundamentales de la persona y grupos humanos que se encuentren bajo su jurisdicción.

En tal sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) suscrita el 23 de mayo de 1969 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, es una norma convergente en el Derecho internacional público (DIP) y el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), pero que se aplica con matices y en su contexto, como lo puso de relieve la propia Corte IDH en la Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, sobre “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, cuya línea argumentativa sobre el “objeto y fin de la Convención” puede ser usada *a simili* para el caso de la denuncia de la CADH o de la Carta de la OEA.

⁵⁴ I.C.J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* Judgment of 5 february 1970, párrs. 33-34, disponible en el siguiente enlace: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>. Consultado el 15 de enero de 2021.



Esta es la razón por la que la CADH está orientada a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano, más que a fijar las normas de relación entre los Estados⁵⁵. Los tratados de derechos humanos no se contraen a definir el intercambio entre estos, sino sirven al fin de proteger los derechos fundamentales de los seres humanos frente a su propio Estado y ante los otros Estados contratantes⁵⁶. Se inspiran en valores comunes superiores, centrados en la protección del ser humano, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo y cuentan con mecanismos de supervisión específicos⁵⁷.

De allí que

...la solución internacional de casos de derechos humanos (confiada a tribunales como las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos), no admite analogías con la solución pacífica de controversias internacionales en el contencioso puramente interestatal (confiada a un tribunal como la Corte Internacional de Justicia); por tratarse, como es ampliamente reconocido, de contextos fundamentalmente distintos, los Estados no pueden pretender contar, en el primero de dichos contextos, con la misma discrecionalidad con que han contado tradicionalmente en el segundo⁵⁸.

De lo que resulta la obligación de los Estados Partes de garantizar la operatividad de los derechos. En tal sentido deben procurar un orden constitucional armonizado con el derecho interamericano, comenzando por suprimir las normas y prácticas de toda clase y naturaleza, que entrañen violación a los derechos y garantías de la CADH, debiendo implementar acciones de carácter positivo, tendentes a la consagración en el orden interno, de normas y prácticas conducentes a la observancia real y efectiva de las disposiciones de la CADH, lo que incluye desde luego compaginar la protección más favorable a la persona humana (*pro homine* o *pro persona*) con la existencia y preservación de una sociedad democrática.

Dentro de estas coordenadas, la Corte IDH ha reiterado⁵⁹ que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar

⁵⁵ Cfr. Corte IDH, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A Nº 1, párr. 24.

⁵⁶ Corte IDH, “El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A Nº 2, párr. 27.

⁵⁷ Cfr. Corte IDH. Caso Baena Ricardo y Otros. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C Nº 104, párr. 96.

⁵⁸ Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, Nº 54, párrs. 42 y 48.

⁵⁹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239. En el párr. 91 se señala: “Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los

la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁰.

La CADH constituye un instrumento objetivo y neutral de protección de los derechos humanos y de apertura y consolidación democrática. Sus órganos se articulan con el objeto y finalidad de proteger a los individuos, que se convierte en una alerta precoz capaz de salvar vidas humanas, advertir sobre el funcionamiento deficiente del Estado de Derecho y ordenar la reparación integral de las víctimas.

Desde este punto de vista un tratado también podría incorporar obligaciones *erga omnes*, entendidas como obligaciones cuya observancia no está sujeta a condición de reciprocidad (obligaciones *erga omnes partes*). Esta aproximación nos conduce directamente al núcleo del concepto subyacente al carácter *erga omnes* de una obligación. Si una obligación se tiene frente a *todos* y ha de cumplirse en *todo caso*, la causa ha de ser su gran importancia para el común.

La Corte Interamericana ha recordado el sujeto, el objeto y la finalidad de los tratados sobre derechos humanos, esto es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. En su Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982 (*El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana*. Artículos 74 y 75, precisaba que:

...los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (párr. 29).

En la OC OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, la Corte Interamericana señaló;

La Corte ha afirmado de forma reiterada y constante que los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana, son de una naturaleza jurídica distinta a los del derecho internacional público general. Por una parte, su objeto y fin es la protección de los derechos humanos de los individuos, por lo que la interpretación de las normas se debe desarrollar a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. Por otra parte, ello se traduce en la instauración de un orden legal en el cual los Estados asumen

estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...] la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.

⁶⁰ *Cfr.* Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134, párrs. 106. Vid. TEDH., *Caso Tyrer v. Reino Unido*, (N° 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia las personas bajo su jurisdicción. En consecuencia y de forma paralela al reconocimiento de los derechos, se creó un sistema de peticiones individuales, cuyo propósito es alcanzar la mayor protección judicial posible para la persona, en particular en aquellos Estados que se comprometen con un sistema de protección plena de los derechos, en tanto han aceptado el control judicial complementario y coadyuvante por parte de la Corte Interamericana (párr. 51).

... la Corte hizo hincapié en la necesidad de aplicar un escrutinio más estricto ante denuncias que se dan en situaciones que denotan una especial gravedad y pueden acarrear una afectación a la estabilidad democrática, la seguridad y la paz hemisférica, con la consiguiente afectación generalizada a los derechos humanos, como son: (1) por una disconformidad con una decisión adoptada por el órgano de protección y motivada por una voluntad manifiesta de incumplir los compromisos internacionales adoptados en la misma; (2) en el escenario de una situación de suspensión de garantías de manera indefinida o que atente contra el núcleo inderogable de derechos; (3) en un contexto de violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos; (4) en el marco de la progresiva erosión de las instituciones democráticas; (5) ante una alteración o ruptura manifiesta, irregular o inconstitucional del orden democrático, y/o (6) durante la ocurrencia de un conflicto armado (párr. 113).

La consecuencia central de la denuncia efectiva de la Convención, como tratado de derechos humanos, consiste en despojar a las personas bajo la jurisdicción del Estado concernido de la protección multinivel, en concreto de la posibilidad de acudir a las instancias judiciales internacionales como la Corte Interamericana para reclamar su exigibilidad a un nivel complementario de protección judicial de sus derechos. Sin embargo, subsistirán determinadas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en tanto Estados Miembros de la OEA (párr. 114).

Además, el sistema interamericano ha ido progresivamente profundizando en la relación entre la democracia representativa y la observancia de los derechos y libertades de las personas. Si bien no existe un modelo de democracia único, el sistema interamericano en general abraza un ideal de sistema político específico: la democracia representativa. En este sentido, la Carta de la OEA establece como uno de sus propósitos esenciales “la promoción y la consolidación de la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”. En el Protocolo de Cartagena de 1985, que reformó la Carta, se robusteció el concepto de democracia representativa al incluirse en el preámbulo una referencia que la coloca como “condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”. Posteriormente, la Carta Democrática Interamericana recogió la interpretación que los propios Estados Miembros de la OEA hacen de las normas atinentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de esta. En los términos de la Carta Democrática, “el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la [OEA]”. En su artículo 3 incluye como “elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. Además, la Carta Democrática Interamericana, instrumento jurídico que forma parte del sistema interamericano, contiene obligaciones en materia del ejercicio efectivo de la democracia representativa que deben ser cumplidas por los Estados y recoge los vínculos indisolubles entre la democracia y el respeto pleno de los derechos humanos y las libertades en varios de sus artículos (3, 7, 8, 9 y 10). Se resalta, asimismo, lo dispuesto en el artículo 21 que prevé que “[e]l Estado Miembro que hubiera sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la Organización, en particular en materia de derechos humanos (párr. 139).

De modo tal que el sistema interamericano constituye un instrumento objetivo y neutral de protección de los derechos humanos y de apertura y consolidación democrática. Sus órganos se articulan con el objeto y finalidad de proteger a los individuos.

El SIDH se convierte en una alerta precoz capaz de salvar vidas humanas, advertir sobre el funcionamiento deficiente del Estado de Derecho, o del Estado *tout court* y ordenar la reparación integral de las víctimas y la garantía de no repetición.

De todo lo dicho, es evidente la inconsistencia del denominado *derecho de denuncia* de la CADH, partiendo de un:

1. Argumento sistemático

La CADH no puede ser interpretada de forma que se deduzca de sus disposiciones una norma que sea incompatible (Derecho de Denuncia) con normas obtenibles de otras de sus disposiciones. Las normas de la CADH deben ponerse en contexto con otras normas del sistema jurídico. Es lo que se conoce como argumento o razonamiento *a coherencia* “que prohíbe derivar de las disposiciones, como de sus significados correctos *all things considered* o habida cuenta de todo, normas explícitas que sean lógicamente incompatibles con otras normas –formalmente o, en todo caso, axiológicamente superiores– del derecho positivo”⁶¹. Es justamente lo que se pretende evitar con el artículo 29.a de la CADH al exigir que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Otro corolario es el argumento *sedes materiae* que exige que a la hora de interpretar un enunciado normativo se acuda al contexto o marco normativo concreto. En este caso el *acquis conventionnel* conformado por el texto convencional y la jurisprudencia.

Pero también, podemos apelar a un argumento inter-sistemático, como el que ha puesto de relieve el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en octubre de 1997, al adoptar un Comentario General⁶² refiriéndose al hecho de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles “...**no es un tratado que, por su naturaleza, entraña un derecho de denuncia... Por ello, el Pacto carece del carácter temporal propio de los tratados en que se considera admisible el derecho de denuncia...**” (Destacado nuestro).

Esto mismo puede decirse *mutatis mutandi* (argumento *a pari*) de la CADH que, por su naturaleza y finalidad no debe entrañar la posibilidad de denuncia, al carecer del carácter temporal y material propio de los tratados en que se considera admisible el derecho de denuncia. Además, el inconsistente derecho de denuncia, que intenta ser subsumido en un relativo (transformado) derecho a la soberanía del Estado, subordinado al cumplimiento de los principios democráticos y a los derechos humanos, que existen y deben ser reconocidos y protegidos, figuren o no en los textos normativos de la materia.

Porque en el caso de la preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La posición preferente de los derechos fundamentales indica que el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que dos derechos pueden entrar en colisión, debe aplicar de forma preferente algunos de ellos, siempre y cuando haya

⁶¹ Pierluigi Chiassoni, ob. cit., p. 115.

⁶² Comentario General 26(61), de 29 de octubre de 1997, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8. Fuente: Nos. 1 a 32: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I); núm. 33: A/64/40(Vol.I); N° 34: CCPR/C/GC/34; N° 35: CCPR/C/GC/35, consultada en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GE. Consultado el 15 de enero de 2021.

realizado antes un ejercicio de ponderación entre ellos. Esta preferencia interpretativa por la norma más favorable a la persona humana está expresamente señalada en el artículo 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁶³, en el artículo 5 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁴, en el artículo 53 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶⁵ y en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶⁶.

2. Argumento apagógico (*reductio ad absurdum*)

Resulta manifiestamente absurdo e irrazonable, que el Estado Parte (más concretamente, su gobierno) obligado a respetar y garantizar los derechos fundamentales de la persona y grupos humanos que se encuentren bajo su jurisdicción, sea el que *motu proprio*, sin deliberación, ni consenso o autorización de sus titulares o de sus representantes en el parlamento, quien se libere unilateralmente de esas obligaciones de tutela de los derechos humanos, sobre las que además ni siquiera puede predicarse la existencia de la forma típica de un Derecho subjetivo como lo es la facultad (*facultas agendi*), en la medida en que en propiedad el acto facultativo es un acto del sujeto de derecho, y mal puede tener facultad quien no tiene derecho.

Asimismo, en todo caso las potestades se ejercen para crear o modificar situaciones jurídicas primarias en beneficio propio o de terceros y una denuncia de la CADH o el retiro de la OEA no son precisamente actos que beneficien a los auténticos titulares de los derechos de la CADH, esto es, la persona y grupos humanos que se encuentren bajo jurisdicción del Estado.

El objeto y fin de la CADH es: “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, que imponen al Estado obligaciones a favor de la persona (su-

⁶³ PIDCP. Artículo 5. 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

⁶⁴ PIDESC. Artículo 5. 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

⁶⁵ CEDH. Artículo 53. Protección de los derechos humanos reconocidos. Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte.

⁶⁶ CADH. Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

jeto de derecho), teniendo como correlativo obligaciones para el Estado Parte y no una sujeción de los individuos. No existe una relación de poder-sujeción, ni cabe la posibilidad de que normas de autorización (competencia) priven a terceros de derechos⁶⁷ inalienables e indisponibles. De allí que resulte incomprensible las posiciones políticas de quienes, ignorando la especificidad y finalidad del Derecho internacional de los derechos humanos, consideran una camisa de fuerza la imposición de universalidad de los tratados de derechos humanos, en el caso concreto con la prohibición de denuncia de estos tratados⁶⁸.

También es preciso señalar que el Estado Parte se obliga frente a los demás Estados con lo que se conoce como “garantía colectiva”, de la que surgen intereses recíprocos incompatibles con la dudosa facultad de denuncia de la CADH.

3. Argumento del significado actualizado (interpretación “evolutiva”)

Esta sirve para acreditar interpretaciones restrictivas o extensivas, conforme a la evolución del conocimiento, de las costumbres o de las instituciones jurídicas y políticas, que pueden sugerir que los términos descriptivos utilizados se entiendan con el efecto de excluir del ámbito de aplicación de una disposición un caso que antes se encontraba pacíficamente incluido, o viceversa⁶⁹.

La interpretación evolutiva es una directiva interpretativa sistemática desde que en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su Preámbulo señala “[q]ue la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”. La Corte IDH ha señalado que la “interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”⁷⁰, porque los tratados

⁶⁷ Cfr. Riccardo Guastini, *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 94-95.

⁶⁸ Vid. Simma señala que hay una contradicción entre, por un lado, el aliento de las Naciones Unidas a la adhesión universal de los Estados a los tratados de derechos humanos concluidos bajo sus auspicios, y, por el otro, la insistencia en que una vez dentro del sistema convencional los Estados no pueden salir de él. Esta posición rígida afectaría, a decir de este autor, la futura práctica de los Estados en materia de reservas: la cantidad y calidad de las reservas probablemente aumentarán con relación a cuantas menos posibilidades existan de denunciar el tratado. Bruno Simma, “How Distinctive are Treaties Representing Collective Interest? The Case of Human Rights Treaties”, en: *Multilateral Treaty-Making the Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, Papers presented at the Forum Geneva held in Geneva, Switzerland, May 16, 1998, Edited by Vera Gowlland-Debbas, Springer-Science+Business Media, B.V., Amsterdam, 2000, pp. 83-88.

⁶⁹ Pierluigi Chiassoni, ob. cit., pp. 78-80.

⁷⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99 (El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal), párr. 114; Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, párr. 193; *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párr. 83; *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, párr. 245; Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. (Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional); párr. 55; Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador), párr. 49; *Caso Trabajadores*

de derechos humanos “son instrumentos vivos”⁷¹, actualizables, cuya interpretación debe custodiar la evolución y los cambios y muy especialmente el desarrollo en los últimos sesenta años del Derecho de los derechos humanos, que convierten a toda interpretación literal-originalista o textualista en una interpretación parcial.

En este caso, partiendo de una interpretación contextualizada, teleológica⁷² y evolutiva de las técnicas de denuncia y retiro de los tratados internacionales, debe interpretarse, en el sentido de la vigencia indefinida de la CADH, que al ser un tratado sobre derechos humanos no podrá ser denunciado sin que ello signifique una vulneración grave a la constitucionalidad y convencionalidad vigentes en el país, un desconocimiento ilegítimo de las normas que rigen el núcleo de los derechos humanos básicos, que forman parte, como el derecho al acceso a la justicia, de las normas imperativas, inviolables e inderogables del Derecho internacional (*ius cogens*).

En este sentido, la ilegítima denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 6 de septiembre de 2012, después de haberse ratificado el 9 de agosto de 1977, así como la pretendida denuncia de la Carta de la OEA, constituye una violación grave del derecho al acceso a la justicia, que forma parte de las normas inviolables e inderogables del Derecho internacional (*ius cogens*).

La Corte Interamericana, en el caso *Goiburú*⁷³ señaló que:

El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los estados de adoptar medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros estados que lo hagan o procuren hacerlo.

Con la denuncia de la Carta de la OEA el gobierno venezolano no quiere recibir observaciones o recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ni gestiones diplomáticas de parte del Consejo Permanente o del Secretario General. Ya había hecho lo propio con la competencia contenciosa de la Corte IDH, que pretende suprimir mediante la ilegítima denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También, de acuerdo al argumento del significado actualizado la evolución del *ius cogens* (derecho imperativo previsto en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969⁷⁴,

de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C N° 318, párr. 245; Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia. Medio ambiente y Derechos humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 43.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² La Corte IDH ha indicado que en una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección. Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, párr. 59, y Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C N° 257, párr. 257.

⁷³ Corte IDH. Caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 131.

⁷⁴ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force, January 27, 1980.

...incorpora valores para la comunidad internacional, valores tan importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el Derecho internacional condiciona la validez de las normas”. De allí que “no pueda ser derogado salvo por normas que tengan el mismo carácter, reconocidas como tales por la comunidad internacional en su conjunto, y de ahí que no se admita en el caso del Derecho internacional imperativo el argumento de la objeción persistente para sustraerse a la aplicación de la norma. Por otro lado, las circunstancias excluyentes de la ilicitud no operan en relación con la violación de normas imperativas, lo cual refuerza también su carácter inderogable⁷⁵.

Como señala Cançado Trindade el *ius cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo atiende a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, que debe erigirse sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético. El *ius cogens* se incorporó al universo conceptual del Derecho internacional contemporáneo a partir de la inclusión, entre las bases de nulidad y extinción de tratados, de las normas imperativas del Derecho internacional general, en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Pero, insiste Cançado Trindade, se trata de una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación. [...] La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha enfatizado el carácter absoluto de los derechos fundamentales inderogables⁷⁶.

Insiste Cançado Trindade en que

...la prohibición absoluta de las prácticas de tortura, de desaparición forzada de personas, y de las ejecuciones sumarias y extra-legales, nos hacen ingresar decididamente en la *terra-nova* del *ius cogens* internacional [...] El concepto de *ius cogens* efectivamente no se limita al derecho de los tratados, y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados [...] alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios *fundamentos* de un derecho internacional verdaderamente universal. Las manifestaciones del *ius cogens* internacional marcan presencia en la propia manera como los tratados de derechos humanos han sido interpretados y aplicados: las restricciones, en estos previstas, a los derechos humanos que consagran, son restrictivamente interpretadas, salvaguardando el Estado de Derecho, y demostrando que los derechos humanos no pertenecen al dominio del *ius dispositivum*, y no pueden ser considerados como simplemente “negociables”; todo lo contrario, permean ellos el propio orden jurídico nacional e internacional⁷⁷.

En suma y conclusión sobre el punto en examen, la emergencia y consagración del *ius cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *ius necessarium* sobre el *ius voluntarium*; el *ius cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían⁷⁸. Insiste finalmente Cançado Trindade en que “el *ius cogens* no es una categoría cerrada [...] entiendo que nadie tampoco osaría negar que [...] la denegación persistente de las más elementales ga-

⁷⁵ Alicia Cebada Romero, “Los conceptos de *obligación erga omnes*, *ius cogens* y *violación grave* a la luz del nuevo Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 4, junio, 2002, p.p. 2-14. En: www.reei.org

⁷⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 65-73.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

rantías del debido proceso legal igualmente afronta la conciencia jurídica universal, y efectivamente colisionan con las normas perentorias del *ius cogens*⁷⁹.

La concepción del Derecho internacional de los derechos humanos como normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*), apuntala la característica de los derechos fundamentales como derechos inderogables, como auténticas obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a la comunidad internacional como un todo). La consagración de estas obligaciones, apunta Cançado Trindade, “representa la superación de un patrón de conducta erigido sobre la pretensa autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio Derecho internacional buscó gradualmente liberarse al consagrar el concepto de *ius cogens*”⁸⁰.

La Corte IDH en sus sentencias estimatorias y opiniones consultivas ha conferido a una serie de derechos el reconocimiento como de *ius cogens*. Es el caso del principio de la igualdad y no discriminación; el derecho de acceso a la justicia, en que se incluye el derecho al debido proceso; también establece la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigar y sancionar a sus responsables como una norma de *ius cogens*. Además, en ocasiones, ha reiterado el reconocimiento de algunos derechos ya consolidados como de *ius cogens* en la comunidad internacional, siendo el caso del derecho a la vida y la prohibición de la tortura. También la Corte IDH tuvo ocasión de pronunciarse sobre los crímenes de lesa humanidad en el Caso Almonacid Arellano⁸¹, donde señaló que la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de las normas de *ius cogens*.

Tanto el derecho al debido proceso como el derecho de acceso a la justicia internacional y el derecho de ejecución de las sentencias internacionales forman parte indivisible del derecho al acceso a la justicia, y en consecuencia forma parte de las normas de *ius cogens*, de lo contrario sería baladí referirse a la protección integral de la persona humana. De allí que se afirme con mucha razón que “ninguno de los derechos podría existir si no hubiera sido preservado el derecho a los derechos, es decir, el derecho de acceso a los derechos...”⁸², en palabras de Cançado Trindade, “un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana”⁸³.

A la luz de los elementos disponibles, no es cuesta arriba contemplar la incompatibilidad pragmática y axiológica del derecho de denuncia (DD) de la CADH con el derecho de acceso a la justicia internacional que, como garantía de protección de los derechos fundamentales de los seres humanos y razón de ser de la CADH, estaría amparada en el carácter inderogable de las normas imperativas (*ius cogens*).

⁷⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18, cit., Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 72.

⁸⁰ Antônio Cançado Trindade, “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos Humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en: *La nueva dimensión de las necesidades del ser humano en el inicio del siglo XXI*, 2ª ed., ACNUR, Corte IDH, San José, 2002, p. 82.

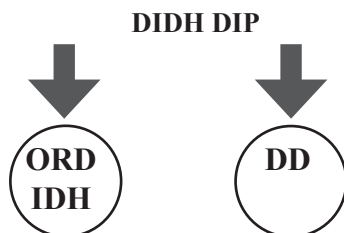
⁸¹ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 99. Criterio reiterado en el caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 402.

⁸² Laurence Burgogue-Larsen y Amaya Úbeda de Torres, ob. cit., pp. 48-49.

⁸³ En su Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade (párr. 54-55) Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 101.

En todo caso, el derecho de denuncia (DD) es aplicable a los tratados internacionales del tipo clásico, regulados por el Derecho internacional público (DIP), no a la CADH que responde a la noción de garantía colectiva, consagra obligaciones de carácter objetivo, como la Obligación de Respetar los Derechos (ORD) y la consecuente Inderogabilidad de los derechos humanos (IDH), y es regulada por el derecho de los derechos humanos, esto es, el Derecho internacional de los derechos humanos cuya especificidad dogmática, autonomía calificadora, regulativa e interpretativa, confieren al derecho de denuncia una suerte de falta de eficacia sobrevenida, por su falta de obligatoriedad y de pertenencia a un determinado sistema jurídico, como es en este caso el Derecho internacional de los derechos humanos. En cuyo caso, como consecuencia de la falta de pertenencia y de obligatoriedad de la disposición normativa del derecho de denuncia dentro del ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), habría una especie de desuetudo (falta de eficacia continuada de una norma. Kelsen) que haría que el derecho de denuncia (DD) pierda toda validez⁸⁴.

De allí la naturaleza especial de la CADH, que la diferencia de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por estos, con todas las consecuencias jurídicas y conforme al Derecho internacional público (DIP). En ese sentido, el derecho de denuncia (DD) no es aplicable a la CADH, ni a la Carta de la OEA que por su naturaleza y finalidad no debe entrañar la posibilidad de denuncia, al carecer del carácter temporal propio de los tratados en que se considera admisible el derecho de denuncia. En fin, el derecho de denuncia (DD) en general no es aplicable al Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).



4. Argumento a *contrario sensu*

Si “[u]na parte no [puede] invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (artículos 27⁸⁵ y 46⁸⁶ de la Convención de Viena), *a contrario sensu* las partes de un tratado y los órganos de la CADH, pueden invocar el derecho interno de un Estado concreto para desconocer

⁸⁴ Josep M. Vilajosana, *El Derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 185.

⁸⁵ Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁸⁶ Artículo 46. 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 manifiesto 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.

una decisión unilateral inconstitucional de denunciar un tratado derechos humanos, y *a fortiori* las personas bajo jurisdicción del Estado, pueden y deben invocar el derecho interno del Estado para desconocer la denuncia de un tratado derechos humanos, como la CADH y solicitar se restablezca el derecho quebrantado.

En efecto, la denuncia de un tratado también está sujeta a los límites previstos en el derecho interno de cada Estado. Como veremos más adelante, la Constitución vigente en Venezuela contempla que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, como la CADH, tienen jerarquía constitucional. Incluso, los tratados sobre derechos humanos prevalecen en el orden interno si contienen normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y las leyes de la República. Son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

De allí que las denuncias de la CADH y de la Carta de la OEA, son inconstitucionales, inconventionales y jurídicamente inválidas e ineficaces. Además, como se demostrará más adelante, la denuncia de la CADH y el pretendido retiro de Venezuela de la OEA, vulnera cláusulas supraconstitucionales irrenunciables e irreversibles, indisponibles incluso por un eventual poder constituyente.

Es el caso que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que desde sus normas de apertura (artículos 19⁸⁷, 22⁸⁸, 23⁸⁹, 30⁹⁰ y 31⁹¹), contempla que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela tienen jerarquía constitucional; y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y en las leyes de la República, con lo cual se interpretarán y aplicarán de forma que suponga una mayor efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución o en los tratados (efecto útil); que son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público (*self executing*); otorgan

⁸⁷ Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

⁸⁸ Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

⁸⁹ Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

⁹⁰ Artículo 30. El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a su derechohabiente, incluido el pago de daños y perjuicios.

El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.

El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados.

⁹¹ Artículo 31. Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

el derecho a dirigir peticiones ante los órganos internacionales con el objeto de solicitar protección a los derechos humanos, y a *exigir*, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley (*y a fortiori*, en los términos establecidos en la CADH, y según la interpretación y aplicación de sus órganos competentes), las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales. Incluso, el artículo 339 constitucional contempla que el Decreto que declare el estado de excepción debe cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5. Argumento analógico (*a simili*)

La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, sobre “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)” ha señalado que

...los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (párr. 29).

Más delante (párr. 37 y 38) señala la Corte IDH que las reservas expresamente autorizadas son todas las compatibles con el objeto y fin de la Convención, que no requieren aceptación de los Estados Partes, de modo que los instrumentos de ratificación o adhesión que contienen reservas entran en vigor desde el momento de su depósito. Señalando que “los Estados Partes tienen un legítimo interés en excluir reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención”.

En ese sentido, estamos en presencia de una norma que regula un caso similar, porque entre el caso a decidir y el caso regulado por la norma aplicada analógicamente existen similitudes relevantes, de modo que el objeto y fin de la Convención es un criterio perfectamente subsumible al caso del artículo 78 (derecho de denuncia), que desquiciaría de plano cualquier interpretación que pretenda que sea interpretada en el sentido de que el objeto y fin de la Convención es permitir a alguno de los Estados Partes la denuncia unilateral y total del tratado, o lo que es lo mismo, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

VII. EL DERECHO DE DENUNCIA Y LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN *PRO PERSONA*

Cuando se invoca la progresividad de los derechos humanos⁹², se apunta a principios de interpretación amplios como *pro homine*⁹³ o *pro persona*, lo que ha significa-

⁹² Sobre el principio de progresividad Vid. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, 2ª ed., Comisión Andina de Juristas, IIGH, Lima, 1989, pp. 34-35; Pedro Nikken, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos –su desarrollo progresivo–*, IIDH, Civitas, Madrid, 1987; Pedro Nikken, “Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección a los derechos humanos”, en: *Derechos humanos en las Américas. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington, CIDH, 1984, pp. 22-40.

⁹³ Sobre el principio *pro homine* Vid. Mónica Pinto, *Temas de Derechos Humanos*, 2ª reimp., Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1999, pp. 80-85; Mónica Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de

do el abandono de las imbricadas teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional, que le otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica expansiva permanente.

Se suele señalar que el canon de la interpretación conforme a la jurisprudencia internacional favorece la osmosis, esto es, la integración entre ordenamientos (intra e inter-sistemáticos), reduce su consideración de compartimientos estancos y homogeneiza las técnicas de protección en el sentido del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹⁴.

Desde el punto de vista de las reglas jurisprudenciales, también el principio *pro homine* o *pro persona* impone el criterio de preferencia de la fundamentación y de la decisión más favorable a la persona, con independencia del tribunal (nacional o internacional) del que proceda, por cuanto se trata de

[...] un método de indagación del sentido último de las disposiciones jurídicas [...], para los fines de la aplicación no jurisdiccional o jurisdiccional de aquéllas, y en este sentido es un “principio de interpretación” ampliamente acreditado, pero al mismo tiempo significa un criterio riguroso para la elaboración de las disposiciones que nacional e internacionalmente se expidan sobre [determinada] materia, y en tal virtud es también un “principio de regulación”⁹⁵.

Como principio interpretativo y criterio normativo, el principio *pro homine* da valor supremo de la persona y proscribire cualquier maniobra que intente levantar un sistema de derechos que atribuya valor al sujeto en tanto que miembro del grupo y no en tanto que individuo, en fin, busca evitar la instrumentalización, o “cosificación” de la persona humana, incompatibilidad que es también extensible a aquellos discursos reivindicativos de valores y pretensiones colectivistas, nacionalistas, en fin, neo-populistas, que atienden a entidades gregarias, abstractas y artificiales, distintas a los individuos, y que al final pretenden sustraerse del control de convencionalidad, suprimiendo cualquier control con el alegato de la supremacía de unos derechos del Estado, que por cierto, este jamás adquiere a la luz del DIDH.

Con este criterio hermenéutico predeterminado convencional⁹⁶, constitucional y consuetudinariamente, que es obligatorio para todos los órganos del Estado y establece un procedimiento para vincular al Estado internacionalmente siempre que estén en

hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: Martín Abregú y Christian Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 163-171.

⁹⁴ José Luis Cascajo Castro, “Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”, en: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, Tomo VI, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral, p. 204.

⁹⁵ Cfr: Corte IDH. Caso: *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

⁹⁶ La Corte IDH ha señalado que: “debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por [la CADH], según el principio de la norma más favorable al ser humano”. Cfr: *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 52, y Caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, N° 134, párr. 106.

juego los *derechos*, siempre que esté de por medio la persona humana, debe invocarse y aplicarse la norma más amplia, o a la interpretación con efectos más extensivos, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, se acudirá a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos, lo que ha significado el abandono de las imbricadas teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional, que le otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica expansiva permanente.

Es más que evidente que el principio interpretativo *pro homine*, es un principio de aplicación y fundamentación, que está presente en el artículo 29 (a y b) de la CADH, cuando proscribe que alguna disposición de la Convención sea interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella, o limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes y *a fortiori* en la interpretación y fundamentación de una decisión concreta debe buscarse aquella disposición que aporta la solución más beneficiosa y mejor para la persona y sus derechos, lo que desde luego en materia de derechos humanos significa un cambio cualitativo en relación con las reglas de hermenéutica clásicas, además de dejar obsoleta y completamente estéril la antigua discusión sobre la prevalencia del Derecho interno o el Derecho Internacional, la clásica disyuntiva entre “monismo” y “dualismo”, porque, en caso de conflicto, el derecho de los derechos humanos encontró una solución en la aplicación del principio *pro homine* o *pro persona*.

Como señala Bidart Campos, el derecho de los derechos humanos tiene fuente internacional y fuente interna lo que lo coloca en realimentación recíproca e implica una prelación sobre el derecho interno en todo cuanto se refiere a derechos humanos. Así, el derecho interno debe subordinación al derecho internacional de los derechos humanos, siendo que este último es un derecho mínimo y subsidiario, el derecho interno opera como un *plus*, justamente en todo cuanto amplía y mejora al sistema de derechos proveniente del derecho internacional⁹⁷.

De modo que más allá de las reglas y métodos interpretativos aplicables a los tratados internacionales previstos en la Convención de Viena y en el Derecho convencional y consuetudinario, existe una inequívoca consustancialidad entre la aplicación del principio *pro homine* y la defensa de la democracia, en efecto, el principio democrático está a medio camino entre el principio interpretativo y un conjunto de procesos técnicos que llevan a la obtención de un determinado resultado, esto es, un método, y coadyuva en el esclarecimiento teleológico e ideológico de los Convenios.

De allí la inderogabilidad de la CADH, la invalidez e ilegitimidad radical en abstracto del derecho de denuncia (DD), por su (i) contrariedad e incoherencia insalvable con las directivas interpretativas sistemáticas del Derecho internacional de los derechos humanos convencional, consuetudinario y constitucionalizado, (ii) por su incompatibilidad axiológica, teleológica, deontológica y lógica con el derecho de los derechos, el derecho de acceso. Como señala la doctrina “ninguno de los derechos

⁹⁷ Germán Bidart Campos, “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, Vol. I, p. 451-452.

podrían existir si no hubiera sido preservado el derecho a los derechos, es decir, el derecho de acceso a los derechos, escindido en la realidad interamericana en dos artículos: el 8 y el 25 de la Convención Americana”, y ello es posible gracias a la

especificidad del entramado jurídico creado en el seno del continente americano en el campo de protección regional de los derechos humanos que tiene su correspondencia en la garantía de los derechos sustantivos. Los derechos garantizados, su interpretación, la rica jurisprudencia creada tienen sin lugar a duda un lugar privilegiado en el seno del derecho internacional, dotando a los derechos individuales clásicos de una protección eficaz contra todo pronóstico y dando lugar, igualmente a una sólida dimensión social a aquellos derechos con implicaciones para la sociedad en su conjunto⁹⁸.

La CADH por su naturaleza y finalidad no debe entrañar la posibilidad de denuncia, al carecer del carácter temporal propio de los tratados en que se considera admisible el derecho de denuncia. Además, el inconsistente derecho de denuncia, que intenta ser subsumido en un relativo derecho a la soberanía del Estado, estaría en todo caso absolutamente subordinado a los derechos humanos, que existen y deben ser reconocidos y protegidos, figuren o no en los textos normativos de la materia. Porque “por ser soberanos, los Estados tienen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto”⁹⁹.

De acuerdo a la información disponible resulta razonable que una interpretación sobre el contenido y alcance del artículo 78 CADH, de acuerdo con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tomando en consideración que la CADH por su naturaleza es un tratado de derechos humanos, dispuesto para regir indefinidamente en favor de las personas bajo jurisdicción de los Estados Parte, sea concluyente en que (i) la CADH no puede ni debe entrañar la posibilidad de denuncia, al carecer del carácter temporal propio de los tratados en que se considera admisible el derecho de denuncia; (ii) toda denuncia constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, que forma parte de las normas imperativas, inviolables e inderogables del Derecho internacional (*ius cogens*), en el entendido que dicha denuncia implica la supresión definitiva de las competencias de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (iii) y toda denuncia de la CADH constituye una violación al objeto y fin de la garantía colectiva establecida que vinculan a todos los Estados de la región a colaborar de buena fe en el cumplimiento y promoción del acervo convencional interamericano.

CONCLUSIONES

Las denuncias de la CADH y de la Carta de la OEA, son inconstitucionales, inconvencionales y jurídicamente inválidas e ineficaces. Además, vulneran cláusulas supraconstitucionales¹⁰⁰ irrenunciables e irreversibles en Venezuela, indisponibles

⁹⁸ Laurence Burgogues-Larsen y Amaya Úbeda de Torres, ob. cit., pp. 48-49.

⁹⁹ Juan Antonio Carrillo Salcedo, “Prólogo”, en: Carlos Villán Duran, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2006, p. 23.

¹⁰⁰ Reforzando el argumento de la inderogabilidad de los derechos humanos en Venezuela, más concretamente, de la inderogabilidad del Derecho internacional de los derechos humanos, hay que señalar que al poder constituyente de 1999, a la Asamblea Nacional Constituyente se le impuso unos límites supraconstitucionales. Estos límites fueron impuestos por voluntad popular, de modo que en el cumplimiento de la propia misión que el pueblo le había asignado a la Asamblea Nacional Constituyente en el referendo consultivo del 25 de abril de 1999, esta no tenía poderes ilimitados, no estaba dotada

incluso por un eventual poder constituyente. Estas denuncias no han sido consultadas ni aprobadas válidamente por los órganos de representación de los individuos ni por los grupos humanos que se encuentren bajo jurisdicción del Estado venezolano. De modo que el Ejecutivo Nacional del gobierno de turno no puede ser quien *motu proprio*, sin deliberación, ni consenso o autorización de sus titulares o de sus representantes en el parlamento, se libere unilateralmente de esas obligaciones de tutela de los derechos humanos, sobre las que además ni siquiera puede predicarse la existencia de la forma típica de un derecho subjetivo como lo es la facultad (*facultas agendi*), en la medida en que en propiedad el acto facultativo es un acto del sujeto de derecho, y mal puede tener facultad quien no tiene derecho.

La CADH por su naturaleza y finalidad no debe entrañar la posibilidad de denuncia, al carecer del carácter temporal propio de los tratados en que se considera admisible el derecho de denuncia. Además, el inconsistente derecho de denuncia, que intenta ser subsumido en un relativo derecho a la soberanía del Estado, estaría en todo caso absolutamente subordinado a los derechos humanos, que existen y deben ser reconocidos y protegidos, figuren o no en los textos normativos de la materia.

La naturaleza especial de la CADH la diferencia de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por estos, con todas las consecuencias jurídicas y conforme al Derecho internacional público. En ese sentido, el pretendido derecho de denuncia no es aplicable a la CADH. En general, no es aplicable a los instrumentos jurídicos derivados de la especificidad y autonomía calificadora del Derecho internacional de los derechos humanos.

Esto mismo puede predicarse de la Carta de la OEA que, por su naturaleza y finalidad no debe suponer la posibilidad de denuncia y retiro del país de la organización hemisférica, al carecer del carácter temporal propio de los tratados en que se considera admisible el derecho de denuncia. De allí el carácter indefinido de la Carta, conforme a su artículo 143.

de poderes absolutos. Por el contrario, en su misión fundamental de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico para hacer efectiva una democracia social y participativa, estaba constreñida por un marco supraconstitucional (y supra-constituyente) representado por: (i) “los valores y principios de nuestra historia republicana”; (ii) “el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República”; (iii) “el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre”; y (iv) “las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos”.

En efecto, la Base Comicial Octava de la Asamblea Nacional Constituyente, fue consultada y aprobada por el pueblo de Venezuela, mediante el referéndum consultivo celebrado el 25 de abril de 1999, en el que el 81.74% de los electores aprobó la convocatoria a una Asamblea Nacional que expresamente dispuso: “teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos que: “Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento”. Vid. Resultados oficiales del Consejo Nacional Electoral de dicho referendo en ESDATA, *Referéndum Constituyente de 1999*, disponible en: http://esdata.info/static/constituyente_1999. Consultado el 15 de enero de 2021. La Asamblea Nacional Constituyente sancionó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual igualmente resultó aprobada por el pueblo mediante el referendo celebrado el 15 de diciembre de 1999, lo que refleja algo más que una simple deferencia del Estado para con el Derecho internacional de los derechos humanos, en fin, recoge nítidamente los valores y principios de los tratados, acuerdos y compromisos sobre derechos humanos y el cumplimiento de las obligaciones de resultado propias del DIDH, lo que incluye la inequívoca aceptación del Derecho interamericano, como un *corpus iuris* inderogable, lo que incluye como es obvio la incolumidad de la Carta de la OEA.

En este sentido, como hemos demostrado suficientemente, las denuncias de la CADH y de la Carta de la OEA hechas por el gobierno venezolano, son inconstitucionales, inconventionales y jurídicamente inválidas e ineficaces, por lo que resulta razonable y coherente pensar, a la luz de los elementos disponibles, que los órganos de la OEA y en especial los Estados Partes de la CADH y/o Estados miembros de la OEA, en obsequio y cumplimiento de la obligación general de protección, de la garantía colectiva, de interés directo de cada Estado Parte, y de todos ellos en conjunto, deben desconocer las denuncias hechas por el Estado Venezolano a la CADH y a la Carta de la OEA.

La Corte Interamericana señaló en la Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020 que

el acceso a la justicia internacional se concibe como una meta garantía, pues permite asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos y las libertades reconocidos convencionalmente contra actos violatorios de los mismos, de forma coadyuvante y complementaria a las jurisdicciones nacionales. Más aún, constituye una herramienta emancipadora y una apuesta inclusiva y superadora para el empoderamiento de los grupos histórica o tradicionalmente desaventajados, lo cual redundaría en el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, aún en aquellos países con una marcada trayectoria de observancia de los derechos humanos.

En este sentido, en función de proteger esa meta garantía del acceso a la justicia internacional, como un auténtico de derecho a tener derechos, una garantía transversal, instrumental e institucional, sin la cual todo lo demás pierde sentido, en esa Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, la Corte Interamericana debía establecer, cuando menos, que no son eficaces las denuncias de tratados de derechos humanos, como la CADH y la Carta de la OEA,

en situaciones que denotan una especial gravedad y pueden acarrear una afectación a la estabilidad democrática, la seguridad y la paz hemisférica, con la consiguiente afectación generalizada a los derechos humanos, como son: (1) por una disconformidad con una decisión adoptada por el órgano de protección y motivada por una voluntad manifiesta de incumplir los compromisos internacionales adoptados en la misma; (2) en el escenario de una situación de suspensión de garantías de manera indefinida o que atente contra el núcleo inderogable de derechos; (3) en un contexto de violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos; (4) en el marco de la progresiva erosión de las instituciones democráticas; (5) ante una alteración o ruptura manifiesta, irregular o inconstitucional del orden democrático, y/o (6) durante la ocurrencia de un conflicto armado¹⁰¹.

Las ideas expresadas en estas conclusiones y a lo largo de estas líneas hubieran sido mi voto disidente de ser magistrado de Corte Interamericana. Muy apartado del voto disidente del Juez Eugenio Raúl Zaffaroni, que al señalar que, mediante la Opinión Consultiva, se invita a la Corte Interamericana a pronunciarse en una materia que es parte del conflicto político internacional de mayor volumen y gravedad en el presente momento regional que pertenece al ámbito de la política “pura” y en los que no habría un contexto de violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos, ni víctimas concretas, ni denuncia de tratados de derechos humanos, ni retiro de la OEA, sino intereses o bandos en pugna (párrs. 6, 30 y 31); nos está dando el mismo consejo que dio el dictador Francisco Franco, a un atónito confidente: “Haga como yo, no se meta en política”¹⁰².

¹⁰¹ Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, párr. 73.

¹⁰² Fernando Savater, *El valor de elegir*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 138 y 150.

¿PUEDEN LOS PADRES Y TUTORES REVISAR LA CORRESPONDENCIA DE SUS HIJOS O PUPUILOS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, E INMISCUIRSE EN SU INTIMIDAD?

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez*

SUMARIO

Introducción. I. ¿Qué es la vida privada? II. ¿Qué es la intimidad? III. ¿Qué son las comunicaciones privadas? IV. ¿Qué es la patria potestad? 1. Consecuencias que se derivan de la patria potestad. 2. Los deberes de los hijos. 3. El deber de vigilar a los hijos. 4. El derecho a la privacidad de las comunicaciones, intimidad, honor y reputación de los niños y adolescentes. 5. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de los niños y adolescentes. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Un área que ha sido muy sensible en la interpretación jurídica es la concerniente a los derechos que le corresponden a los niños y a los adolescentes, por lo que autores como McCormick, citado por Alba Newman¹, afirma que “los derechos del niño son una prueba de fuego para la Teoría del Derecho. La particularidad hermenéutica de esta área del derecho radica en la imperatividad establecida en la Convención de los Derechos del Niño y en la LOPNNA, para interpretar las normas y aplicar la Ley, considerando en cada caso concreto, el principio general del derecho del interés superior del niño, que impone al intérprete, el deber de asegurar el desarrollo integral y el disfrute pleno y efectivo de los derechos y garantías de los niños o adolescentes, cuyos intereses se ventilen”. Es decir, que en materia que incumba a niños o adolescentes, de acuerdo a lo expresado, una misma norma puede ser interpretada de manera diferente al examinar el problema que se someta a la consideración del exégeta,

* Profesor de las asignaturas Prácticas de III Nivel (UCAB), Teoría General de la Prueba y Pruebas en el Proceso (UCAB - UCV). Jefe del Departamento de Derecho Privado y Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Jefe de Catedra de las asignaturas Teoría General de la Prueba, Pruebas en el Proceso y Prácticas. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Alba Marina Newman Sánchez, “El interés superior y los derechos y deberes de los niños y adolescentes. Consideraciones hermenéuticas”, en: *Anuario de Derecho*, Año 33 N° 33, enero-diciembre 2016. Mérida. Tomado de: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ANUARIOULA/33/ANUARIOULA_2016_33_219-240.pdf. Consulta realizada el 7 de septiembre de 2020.

porque deben considerarse elementos propios de cada caso, por lo que se ingresa en el mundo de la casuística, sin que una decisión puede constituir un precedente, por las propias circunstancias que debieron considerarse para producir la disposición.

En el presente trabajo se pretende abordar un tema muy sensible como lo son los derechos consagrados constitucionalmente, para todas las personas, como lo es el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, también instituidos en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en protección de los niños y de los adolescentes, por lo que se prohíben las injerencias arbitrarias e ilegales tanto en su intimidad como en sus comunicaciones privadas; derechos contrastados con el deber que incumbe a los progenitores o tutores, según sea el caso, igualmente establecido en la citada ley, como lo es la responsabilidad de crianza, que entre otros aspectos les impone el deber de formar, educar, custodiar, vigilar y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos, y la facultad de aplicar correctivos adecuados que si bien no debe vulnerar sus derechos y garantías, deben propender al desarrollo integral del hijo o pupilo.

Por ello, se revisará el alcance de la vida privada, la intimidad, la correspondencia, la patria potestad y sus atributos, en particular la facultad de supervisión de las actividades de los hijos o pupilos, así como los deberes que incumben a los niños y adolescentes nominados en la ley, y determinar si las restricciones aplican a los progenitores y representantes, con vista –como se indicó precedentemente– de la obligación prevista en la citada Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como lo es la responsabilidad de crianza, y lo que esta comporta.

I. ¿QUÉ ES LA VIDA PRIVADA?

Todos los seres humanos de manera paralela tenemos tres formas de vida que, si bien no están desarticuladas entre sí, cada una de ellas tiene sus particularidades e independencia, aunque en muchos casos coexisten externamente, sin que los terceros puedan visualizarlas, por resaltar solamente una de ellas, a la que se le presta más atención, que es la que usualmente exteriorizamos ante la colectividad en que nos desenvolvemos. En ese sentido, podemos distinguir la existencia de una vida secreta, de una vida privada y de una vida pública.

La primera de ellas, es decir, la vida secreta, es la que existe en las fantasías personales de cada ser humano, es decir es una vida idealizada por un grado superior de la imaginación, que produce, inventa o transforma determinados acontecimientos de los que nos sentimos o creemos que somos partícipes y nos convierte en el centro de atención de esa ilusión mental; pero, al estar solamente en nuestra mente, no logra ser del conocimiento de ninguna otra persona, y nadie consigue acceder a esa existencia, salvo que el fantaseador lo revele, con lo cual deja de ser un secreto absoluto, y por su revelación puede pasar al dominio del colectivo, salvo que su revelación se haga a un profesional en ejercicio de su carrera, que por esa circunstancia, legalmente debe guardar el sigilo de la información que reciba de sus pacientes o clientes. Por ello, en la medida en que el soñador no lo permita, nadie tendrá acceso a esa existencia oculta o vida secreta.

La existencia privada está referida al “ámbito reservado de la vida de las personas”, como lo define el Diccionario panhispánico del español jurídico²; es decir, que hace referencia a aquellos acontecimientos que se desean mantener con discreción, y que están solamente al alcance de un grupo reducido de personas, pero que eventual-

² Tomado de la página web <https://dpej.rae.es/>. Consulta realizada el 1 de septiembre de 2020.

mente podrían ser accesibles o del conocimiento de grupos grandes de individuos, porque el interesado desea revelar el suceso o porque un tercero, por razones personales, lo puso al descubierto. Sin embargo, podemos aseverar que la vida privada corresponde a aquella zona en la que el sujeto excluye la irrupción no deseada de otros, para gozar de una libertad sin restricciones. Esto puede ocurrir en sentido positivo o negativo, es decir, en el primer supuesto, una persona se dedica a realizar acciones en beneficio de terceros, y no tiene interés en que la humanidad se entere, como podría ser el caso de aquellos que realizan obras de caridad o compasivas, y no quieren que se publiciten³; en el segundo supuesto, alguien realiza actividades que son reprochables o censurables a los ojos de la población, de acuerdo a los estándares de conducta de la sociedad, y obviamente quieren mantenerlas ocultas a los fines de preservar su imagen pública⁴.

Duby, citado por José Martínez de Pisón, al referirse a la vida privada afirma que

hay un área particular netamente delimitada, asignada a esa parte de la existencia que todos los idiomas denominan como privada, una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que conviene hallarse provisto cuando se aventura al espacio público, donde uno se distiende, donde uno se encuentra a gusto, “en zapatillas”, libre del caparazón con que nos mostramos y protegemos hacia el exterior. Es un lugar familiar, doméstico, secreto, también. En lo privado se encuentra encerrado lo que poseemos de más precioso, lo que solo le pertenece a uno mismo, lo que no concierne a los demás, lo que no cabe divulgar, ni mostrar, porque es algo demasiado diferente de las apariencias cuya salvaguarda pública exige el honor⁵.

Aunque lo expuesto por Duby es muy revelador, estimamos que no es sencillo referirse a la conceptualización de la vida privada, noción que está intrínsecamente ligada a la intimidad, y son elementos que no corresponden a conceptos actuales, sino que atañen a percepciones mutantes en el tiempo, por una parte; y, por la otra, están indisolublemente relacionados con el entorno social en el que les corresponda vivir a las personas. Son conceptos que se encuentran conectados de manera directa con el acontecer cultural, religioso o ideológico de una comunidad determinada, cuya utilización tiene o puede tener un significado determinado⁶.

Es de acotar que muchas personas en su vida privada adoptan regulaciones, simbologías, forma de expresarse o mantienen costumbres que han ido adoptando a través del tiempo, o que han establecido por tradición familiar, que pueden estar condiciona-

³ Cabe recordar la Fundación que anónimamente creó el tenor Plácido Domingo, a fin de costear los gastos de la enfermedad del también tenor José Carreras; aunque posteriormente este último lo reveló.

⁴ En este aspecto se puede traer a colación el escándalo producido en la sociedad británica, con derivaciones a nivel mundial, de la relación amistosa del príncipe Andrés de Inglaterra con el millonario Jeffrey Epstein, relacionadas con el tráfico sexual, que conllevó a que aquel se retirase de la vida pública.

⁵ José Martínez de Pisón, “Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. XIV, 1997, Universidad de La Rioja. Tomado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142345.pdf>. Consulta realizada el 1ero. de septiembre de 2020.

⁶ Un ejemplo de lo que históricamente se puede utilizar sobre la vida de alguien de trascendencia para la humanidad, es el caso de Jesucristo, quien tuvo una vida privada (oculta) y una vida pública. De la primera, se sabe muy poco, solo que vivió en Nazaret con sus padres, sin que se tengan detalles de la existencia diaria, salvo el acontecimiento relatado en la Biblia, de cuando se perdió y fue hallado en el Templo cuando tenía unos doce años de edad. Durante ese tiempo, en apariencia, ejerció el oficio de carpintero. En cambio, en la vida pública, se tiene asentado lo que fue realizando, desde el bautismo en el río Jordán, el ayuno en el desierto, reclutar a sus discípulos, el primer y los subsiguientes milagros, los sermones, hasta su crucifixión y resurrección.

dos por razones culturales, religiosas, o por usos sociales adquiridos y no desean que ello trascienda fuera ámbito familiar, al estimar que no les concierne a los terceros. Si la vida privada se refiere a personas que no tienen una gran proyección social, posiblemente las acciones que realicen no tienen relevancia o no atañen a los terceros; pero si se trata de aquellas personas notorias⁷, la colectividad estará pendiente de sus actividades particulares, y de no tener acceso a ellas, simplemente se crearán conjeturas sobre los posibles acontecimientos en las que estas personas se han visto envueltas, por lo que usualmente se publicitan aquellos sucesos que realizan dentro de su hogar, que para la generalidad de las personas son usuales, pero que la manera como lo llevan a cabo “los notorios” tienen una importancia general, como lo es la celebración de sus efemérides, los alimentos que consumen, la forma de vestir, la decoración de su hogar, los sitios que frecuentan, dónde vacacionan, etc.

Mientras que la vida pública es aquella en la que nos desenvolvemos en nuestras actividades educativas, culturales, profesionales, deportivas, políticas, lo que expresamos de viva voz y aquello que transmitimos por las redes sociales o publicamos; es decir, que nuestros actos o acciones están dirigidos a los terceros, y si no es la intención su proyección a la colectividad, por la misma naturaleza del acto el tercero puede enterarse de nuestra acción o de nuestro pensamiento⁸. Entramos en el mundo de las relaciones sociales y con nuestro entorno, por lo que todas las actividades que desplegamos se realizan de manera abierta y por ello pueden ser conocidas por la colectividad.

La vida que protege la Constitución es la vida privada de las personas, ya que a la vida secreta nadie tiene acceso y en la vida pública están expuestas nuestras acciones, actividades y expresiones.

II. ¿QUÉ ES LA INTIMIDAD?

Definir la intimidad es algo muy complejo, porque podemos aseverar que es un concepto individualizado, ya que cada persona lo asume de una manera distinta en su percepción y alcance; pero existe un hilo conductor común y es que todos consideramos que existen sucesos, emociones, acontecimientos, pasiones y sentimientos que se desean mantener en un ámbito cerrado, a fin de que los terceros no tengan acceso a ellos, por razones que solamente nos atañen a nosotros mismos o a un grupo de personas que se encuentran muy ligadas a nuestro entorno.

⁷ Hildegard Rondón de Sansó, citada por Salvador Yannuzzi, (“La prueba ilegítima en Venezuela”, en: *III Jornadas Anibal Dominici. Homenaje al Dr. Ricardo Henríquez La Roche. Derecho Probatorio*, FUNEDA, Caracas 2011), expresa que las personas notorias son aquellos sujetos que entran en una zona más iluminada que el común de la gente, a quienes se denominan personas célebres y que por alguna razón pertenecen a la historia contemporánea. Por ello, considera que esta categoría de personas se enfrenta a diario con el interés legítimo del público de recibir informaciones a su respecto, y han de aceptar ser objeto del mismo, aun en los aspectos que tocan su vida privada, sobre todo cuando tal notoriedad no es casual o accidental, es decir, la que se deriva de hechos fortuitos o infortunios graves, sino que implica un status que se consustancia con su propia identidad. De allí, que, para esas personas, aunque no busquen deliberadamente la publicidad, el umbral de su vida privada es de menor densidad que el de los restante seres humanos.

⁸ Ejemplo de ello lo constituyen los documentos autorizados en Notarías y en Oficinas de Registro Inmobiliario, a los que cualquier persona tiene acceso, por los que puede imponerse de su contenido, razón por la cual el negocio o declaración contenida en ellos no puede incluirse en la vida privada de una persona, sino que se encuentra a la disposición de la colectividad, aunque la intención del declarante sea mantenerlo con cierta reserva, como sería otorgar un acto de última voluntad, como puede ser un testamento; obviamente, si en este caso de quisiera mantener la confidencialidad de las disposiciones el testador otorgaría un testamento cerrado.

Por tanto, cuando se hace referencia a la intimidad, enseguida nos ubicamos en aquella zona que los individuos reservan para sí, para su familia o para grupos muy compactos de personas. Es decir, se alude a aquello que es cercano a los sujetos, bien porque tiene que ver con su vida secreta, bien porque corresponde a algo muy personal o bien porque se refiere a alguien muy próximo, por lo que no interesa su divulgación y se desea mantener fuera del alcance de terceros, con lo cual se evita perder el control de un escenario determinado; por ende, se dará acceso a esa zona, en la medida en que se necesite que alguien ingrese a la totalidad o a parte de ella, porque corresponde al coto particular de cada individuo.

Para algunos, la intimidad es un concepto abstracto, indiferenciado, a veces demasiado genérico, aunque lo cierto es que comprenderlo no resulta fácil, si podemos descubrir su importancia en lo que se refiere a las relaciones personales. Muchos definen la intimidad como un **límite entre lo público y lo privado**, entre lo que es confidencial y aquello que puede mostrarse; sin embargo, se afirma que en numerosas ocasiones el concepto de intimidad se sobrepone al de privacidad y resaltan que la intimidad es algo más que lo meramente privado, porque aquel es un término que lleva implícito otro término: **profundidad**, e indican que normalmente algo íntimo es algo profundo, no superficial, ni vago, sino algo que recobra **importancia**. Por ello, afirman que la intimidad es un concepto más psicológico, más imbricado en aspectos profundos, de la **identidad personal**⁹.

Sin embargo, la intimidad está absolutamente vinculada a la vida privada, es decir, se encuentran totalmente interrelacionados, aunque corresponden a espacios conceptuales bien delimitados y separados; pero, no es posible tener intimidad sin vida privada y esta usualmente se desarrolla o se desenvuelve dentro de las paredes del hogar, y para disfrutar de la vida privada, es necesario tener algo de intimidad. Por ello, se afirma que los conceptos de privacidad e intimidad se reenvían recíprocamente el uno al otro y no pueden ser comprendidos sin esta autorreferencia.

Es por esa razón que en muchos países se ha considerado a la intimidad como un derecho fundamental e inviolable, motivo por el que se ha incluido como una garantía que es amparada constitucionalmente. En Venezuela, la Carta Magna tutela la protección del honor, de la vida privada, de la intimidad¹⁰, de la propia imagen, de la confidencialidad y de la reputación de las personas¹¹, lo cual se conecta de manera directa con el secreto de las comunicaciones, en cualquiera de sus formas, bien sean escritas (de cualquier manera), verbales (personales físicamente, personales a distancia o telefónicas), así como la inviolabilidad del domicilio, salvo que medie la orden de un tribunal competente, lo que responde a la consideración de que se debe respetar al espacio en que se desenvuelve la vida privada personal y familiar, por lo que expresamente se excluye de las intromisiones de los terceros¹².

Adicionalmente, se debe acotar que Venezuela es signataria del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre De-

⁹ Tomado de la página web <https://psicoafirma.com/blog/parejas/que-es-la-intimidad/>. Consulta realizada el 2 de septiembre de 2020.

¹⁰ Debe notarse que se distinguen como derechos independientes el de la intimidad y el de la vida privada.

¹¹ El artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone: “Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

¹² Ver artículos 47 y 48 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

rechos Humanos, instrumentos estos que en virtud de la materia que regulan, por mandato del artículo 23 de la Carta Magna venezolana¹³, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y las leyes de la República. En ese orden debe indicarse que el artículo 17 del referido Pacto¹⁴, establece que

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación;
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Por su parte, el artículo 11 de la citada Convención¹⁵ dispone que

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Es decir, que ambas normas, no solo reafirman la garantía constitucional prevista en nuestra Carta Magna en protección a la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, a la honra y reputación, sino que ratifican la protección legal a que están sujetos dichos derechos.

En consecuencia, todas las personas gozan de una total protección a su vida privada y a su intimidad, y en el caso específico de los niños y adolescentes, estas garantías están reforzadas por disponerlo, de manera expresa, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, como veremos *infra*.

III. ¿QUÉ SON LAS COMUNICACIONES PRIVADAS?

El artículo 48 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza el secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas¹⁶, lo que constituye una manera de preservar el derecho a la intimidad, al honor y a la reputación de las personas, garantías estas también tuteladas por la Carta Magna en el artículo 60¹⁷, y

¹³ El artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es del tenor siguiente: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. Tomado de la página web https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Consulta realizada el 2 de septiembre de 2020.

¹⁴ Tomado de la página web <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Consulta efectuada el 2 de septiembre de 2020.

¹⁵ Tomado de la página web https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm. Consulta efectuada el 2 de septiembre de 2020.

¹⁶ El artículo 48 constitucional es del tenor siguiente: “Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de lo privado que no guarde relación con el correspondiente proceso”. Tomado de la página web https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Consulta efectuada el día 1 de septiembre de 2020.

¹⁷ El artículo 60 de la Carta Magna, prescribe que “toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación”. Tomado de la página

se extiende hasta el amparo de la confidencialidad y reputación que incumbe a toda persona.

Ahora bien ¿Qué es una comunicación privada? Para tratar de determinar el concepto que encierra dicha expresión, que corresponde al bien protegido constitucionalmente, consideramos necesario definir previamente que es la comunicación, palabra que de acuerdo al Diccionario de la lengua española significa “acción y efecto de comunicar o comunicarse”¹⁸, y, a su vez, comunicar, de acuerdo al mismo Diccionario, en sus primeras cuatro acepciones, las conceptualiza como “hacer a una persona partícipe de lo que se tiene”¹⁹; “descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo”²⁰; “conversar, tratar con alguien de palabra o por escrito”²¹; y “transmitir señales mediante un código común al emisor y al receptor”²²; mientras que el vocablo privacidad, el cual, en una primera acepción, el Diccionario de la lengua española lo define con referencia a la “cualidad de privado”²³, en la segunda acepción, lo refiere al “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”²⁴. El mismo texto a la palabra “privado” la conceptualiza, en una primera acepción, como lo “que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna”²⁵; y, en la segunda acepción, señala aquello que es “particular y personal de cada individuo”²⁶. Es decir, que el Diccionario indica que las palabras “privado” y “privacidad” se refiere a un entorno limitado en el que se desenvuelve una persona para una actividad específica o aquello que algún individuo desea mantener en un ámbito propio, sin trascendencia alguna. Por tanto, cada persona está en libertad de seleccionar a aquel o a aquellos a quienes desea hacer llegar una información determinada; es decir, en otras palabras, las comunicaciones privadas pueden conceptualizarse como el compartir con alguien o con varios, que deseamos, las ideas, los pensamientos, las opiniones o las investigaciones, que no se quieren hacer públicas temporal o definitivamente.

En consecuencia, la comunicación privada es la acción expresiva mediante la cual dos o más individuos entablan una conversación presencial o la realizan por cualquier medio técnico para intercambiar opiniones o ideas sobre un tema concreto, o de sus vivencias o proyectos personales; la que se desenvuelve en un círculo restringido, bien sea de palabra, por escrito o mediante señales o símbolos.

Por ello, no toda comunicación que tenga dos o más personas, así sea en un espacio delimitado, o por medio de la tecnología, se considera una comunicación privada, ya que se pueden dar esos elementos, pero el tema tratado –en la conversación o en el intercambio– no se refiere al ámbito personal de ninguno de ellos, por lo que no habría que preservar su secreto o confidencialidad, en los términos de la normativa

web https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Consulta efectuada el día 1 de septiembre de 2020.

¹⁸ Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/>. Consulta realizada el 1 de septiembre de 2020.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

constitucional. Por tanto, para identificar a la comunicación privada, se han venido considerando algunos aspectos que la vuelven única y especial, a saber²⁷:

1. Se necesita la participación de dos o más personas, y que una de ellas comunique a las otras o lo hagan recíprocamente información reservada, que no sea una comunicación interpersonal²⁸.
2. Los temas tratados son particulares y únicos, es decir pertenecen al ámbito personal de quien suministra la información²⁹, por lo que no son del interés de la colectividad, salvo que el tema corresponda a una persona notoria³⁰.
3. La interacción se realiza mediante un intercambio de mensajes en el cual los participantes suelen manejar un mismo código, es decir, la información transmitida es inteligible para todos los participantes.
4. **La interacción suele presentarse en un mismo espacio físico**, si se realiza de manera presencial-física, caso en el cual todos los participantes se reúnen en un sitio determinado; sin embargo, puede llevarse a cabo mediante dispositivos tecnológicos que permitan la comunicación de todos los participantes³¹; también puede ser mixta en virtud de que algunos de los participantes se encuentren presentes físicamente y otros estén presentes, pero a distancia, y la comunicación con estos, se realiza por medios mecánicos o telemáticos. Sin embargo, no necesariamente debe ser simultánea, puede ser que la comunicación se produzca mediante el intercambio de misivas o por medio de la mensajería instantánea.
5. No queda registro de la información suministrada, es decir, quienes reciben la información, no la dejan asentada en ningún sitio, salvo que la comunicación haya sido remitida por escrito, bien sea en un idioma, en un dialecto o mediante simbología³².

²⁷ Tomado de la página web <https://todosobrecomunicacion.com/tipos/comunicacion-privada/>. Consulta realizada el día 1 de septiembre de 2020.

²⁸ La comunicación interpersonal es el intercambio de información que suele darse entre personas que comparten un espacio físico, es decir, que cohabitan y por ende se ven en la necesidad de emitir y recibir mensajes para normar u organizar la convivencia. Esto puede referirse a ámbitos diversos, como el hogar, el trabajo, la calle, etc. Cuando se habla de la comunicación interpersonal, sin embargo, no solo se alude a la verbal, es decir, a la protagonizada por el lenguaje, que es la forma usual de comunicación del ser humano. En efecto el vocablo lenguaje, en su primera acepción, se conceptualiza como la “Facultad del ser humano de expresarse y comunicarse con los demás a través del sonido articulado o de otros sistemas de signos”, en su segunda acepción se refiere a la “lengua” como “el sistema de comunicación verbal” (Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es>. Consultada el 1 de septiembre de 2020). En ese orden tenemos que el humano, entre otras maneras, puede comunicarse mediante el lenguaje corporal, mediante el cual dos personas comparten ciertos sentidos y significados. Por ello, puede definirse la comunicación interpersonal como el conjunto de relaciones de transmisión y codificación de información que se da entre dos o más personas, que no tenga carácter reservado. Ver página web <https://concepto.de/comunicacion-interpersonal/> Consultada el 1 de septiembre de 2020.

²⁹ Podría asimilarse al secreto, vocablo que es definido por el Diccionario de la lengua española como aquella “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta” o “reserva, sigilo”. Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es>. Consultada el 1 de septiembre de 2020.

³⁰ En relación a las personas notorias, ver nota 7.

³¹ Ejemplo de ello, hoy en día, es el uso de la plataforma zoom o de otras similares para llevar a cabo reuniones.

³² Puede ser que se remita un mensaje en criptografía; es decir, un mensaje cifrado, que corresponde a un procedimiento que utiliza un algoritmo de cifrado con cierta clave (clave de cifrado) para transfor-

Consecuencialmente, las comunicaciones privadas pueden ser verbales o escritas, mediante el uso de sistemas tradicionales (papel) o medios informáticos, necesariamente entre dos o más personas, que tengan contacto presencial físico o a distancia; no es indispensable que sea sincrónica, por lo que pueden utilizarse dispositivos técnicos para llevarlas a cabo, cuyo contenido es reservado.

Estas comunicaciones privadas son las que gozan de la protección legal, en el sentido de preservar su confidencialidad y su inviolabilidad³³, salvo que exista una orden emitida por un tribunal competente, para lo cual es necesario cumplir con las formalidades establecidas en la ley³⁴. En efecto, el artículo 204 del Código Orgánico Procesal Penal, dispone que el Ministerio Público, en el curso de la investigación de un hecho delictivo, con autorización del juez de control, puede incautar la correspondencia y otros documentos que se presuman emanados del autor del hecho punible o que le hayan sido dirigidos, pero debe existir una relación de ellos con los hechos que se investigan. De manera excepcional se permite que el órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad o urgencia³⁵, pueda solicitar directamente al juez de control la orden para realizar la incautación, pero requiere la previa autorización del Ministerio Público remitida por cualquier medio³⁶. Es de observar, que la incautación de la correspondencia se puede extender a aquella emanada de terceros cuyo destinatario sea el autor del hecho punible, pero necesariamente debe existir la relación de causalidad entre lo remitido y el hecho investigado.

Por otra parte, en Venezuela, también es posible la interceptación o grabación de las comunicaciones privadas, de acuerdo a lo previsto en el Código Orgánico Procesal Penal, bien se refieran a las telefónicas o las realizadas de manera personal o

mar un mensaje, sin atender a su estructura lingüística o significado, de tal forma que sea incomprendible o, al menos, difícil de comprender a toda persona que no tenga la clave secreta. Tomado de la página web <https://www.google.com/search?q=mensaje+cifrado&coq=mensaje+cifrado&aqs=chrome..69i57j46j0l6.3290270j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Consulta realizada el 11 de septiembre de 2020.

³³ De conformidad con lo establecido en los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley sobre protección a la privacidad de las comunicaciones, publicada en la Gaceta Oficial No. 34.863, de fecha 16 de diciembre de 1991, tipifican como delito la grabación, interrupción o impedir alguna comunicación; el que instale aparatos para grabar o impida comunicaciones; el forjamiento o alteración de alguna comunicación, para obtener una utilidad; y el que perturbe la tranquilidad de otra persona mediante el uso de información obtenida por los procedimientos condenados por dicha ley.

³⁴ El Código Orgánico de Procedimiento Penal, modificó el procedimiento establecido en la Ley sobre protección a la privacidad de las comunicaciones, publicada en la Gaceta Oficial N° 34.863, 16 de diciembre de 1991.

³⁵ Esto es absolutamente casuístico.

³⁶ El artículo 204 del Código Orgánico Procesal Penal es del tenor siguiente: “En el curso de la investigación de un hecho delictivo, el Ministerio Público, con autorización del Juez o Jueza de Control, podrá incautar la correspondencia y otros documentos que se presuman emanados del autor o autora del hecho punible o dirigidos por él o ella, y que puedan guardar relación con los hechos investigados. De igual modo, podrá imponer la incautación de documentos, títulos, valores y cantidades de dinero, disponibles en cuentas bancarias o en cajas de seguridad de los bancos o en poder de terceros, cuando existan fundamentos razonables para deducir que ellos guardan relación con el hecho delictivo investigado. En los supuestos previstos en este artículo, el órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, podrá solicitar directamente al Juez o Jueza de Control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, la cual deberá constar en la solicitud”. Tomado de la página web https://www.unodc.org/res/cld/document/ven/2012/codigo-organico-procesal-penal_html/CODIGO_ORGANICO_PROCESAL_PENAL_2012.pdf. Consulta realizada el 1 de septiembre de 2020.

directa³⁷. Ello podrá hacerse con la autorización del juez de control, para lo cual el Ministerio Público debe hacer una solicitud razonada, indicando el sitio en que se llevará a efecto la intervención, pero debe señalarse el delito que se investiga, y el lapso por el cual puede hacerse la interceptación³⁸, así como los medios técnicos que se emplearán. Esta autorización puede prorrogarse de manera sucesiva. También, en este caso, y excepcionalmente, se permite que el órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad o urgencia puede solicitar directamente al juez de control la orden para realizar la incautación, pero requiere la previa autorización del Ministerio Público remitida por cualquier medio. En ambos supuestos, la decisión del Juez que acuerde la intervención debe ser motivada y en ella se harán constar todos los extremos que indica la normativa respectiva. Las grabaciones obtenidas de acuerdo a la autorización expedida por la autoridad competente, de conformidad a las previsiones del citado Código Orgánico Procesal Penal, o en leyes especiales, será de uso exclusivo de las autoridades encargadas de la investigación y enjuiciamiento, quedando en consecuencia prohibido divulgar la información obtenida³⁹. Es decir, se respeta el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas, en consonancia con la normativa constitucional, y solamente podrá utilizarse para los efectos de dilucidar los hechos delictivos investigados.

De lo anteriormente expresado, se desprende que los únicos que tienen la potestad para intervenir cualquier comunicación privada, es el Ministerio Público y sucedáneamente, en caso de urgencia, la policía de investigación penal, siempre que tenga la anuencia del Ministerio Público, y en ambos casos deben contar con la autorización del tribunal de control. Estimamos que la interceptación de las comunicaciones además de realizarse en tiempo real, de acuerdo a la solicitud que al efecto se haya formulado, puede consistir en la entrega de datos conservados en equipos de comunicación que estén asociados a una línea determinada, o contenidos en archivos

³⁷ El artículo 17 de las Normas sobre Actividades de Intermediación de Corretaje y Bolsa, le imponen a las Sociedades de Corretaje la obligación de recabar la totalidad de las órdenes recibidas de sus clientes por medio de grabaciones, magnetofónicas u otros medios electrónicos, así como de las conformaciones. En este caso no sería una interceptación, sino una grabación directa.

³⁸ La interceptación no puede exceder de treinta días, aunque es prorrogable.

³⁹ La normativa aludida es del tenor siguiente: “Interceptación o Grabación de Comunicaciones Privadas. Artículo 205. Podrá disponerse igualmente, conforme a la ley, la interceptación o grabación de comunicaciones privadas, sean éstas ambientales, telefónicas o realizadas por cualquier otro medio, cuyo contenido se transcribirá y agregará a las actuaciones. Se conservarán las fuentes originales de grabación, asegurando su inalterabilidad y su posterior identificación. A los efectos del presente artículo, se entienden por comunicaciones ambientales aquellas que se realizan personalmente o en forma directa, sin ningún instrumento o dispositivo de que se valgan los interlocutores o interlocutoras”. “Autorización. Artículo 206. En los casos señalados en el artículo anterior, el Ministerio Público, solicitará razonadamente al Juez o Jueza de Control del lugar donde se realizará la intervención, la correspondiente autorización con expreso señalamiento del delito que se investiga, el tiempo de duración, que no excederá de treinta días, los medios técnicos a ser empleados y el sitio o lugar desde donde se efectuará. Podrán acordarse prórrogas sucesivas mediante el mismo procedimiento y por lapsos iguales, medios, lugares y demás extremos pertinentes. El órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, que deberán ser debidamente justificados, podrá solicitar directamente al Juez o Jueza de Control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud, en la cual, además, se harán los señalamientos a que se contrae el aparte anterior. La decisión del Juez o Jueza que acuerde la intervención, deberá ser motivada y en la misma se harán constar todos los extremos de este artículo”. “Uso de la Grabación. Artículo 207. Toda grabación autorizada conforme a lo previsto en este Código y en leyes especiales, será de uso exclusivo de las autoridades encargadas de la investigación y enjuiciamiento, quedando en consecuencia prohibido divulgar la información obtenida”.

informáticos, lo que se infiere de la disposición que ordena que la decisión del Juez que acuerde la intervención, debe ser motivada y en ella se harán constar todos los extremos que indica la correspondiente normativa. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud; expresando, además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración.

De acuerdo a lo estipulado en las normas de referencia, solamente se otorgará la interceptación de la correspondencia en investigaciones en asuntos penales, por ello se exige –n la normativa– el señalamiento del delito que se investiga al presentar la solicitud ante el juez de control, por lo que no sería posible que se expidiera una orden de esa naturaleza para temas que correspondan a materia civil. También pensamos que no podrían ser objeto de intervención las comunicaciones intercambiadas entre el imputado y su defensor, porque ello atentaría contra el derecho a la defensa, garantizado por el texto constitucional⁴⁰.

Se debe acotar que la ley no hace señalamiento alguno sobre los delitos en los que podrían efectuarse la intervención de las comunicaciones privadas; sin embargo, estimamos que deben estar tipificados por la ley general o especial de que se trate, como delitos⁴¹; por lo que no podría otorgarse una orden de incautación de la correspondencia privada en caso de que se haya cometido una falta⁴². Este señalamiento lo hacemos dado que como constituye algo excepcional acordar la interceptación de las comunicaciones privadas, en virtud de la existencia de una garantía constitucional que las tutela, necesariamente debe tratarse de algún delito de gravedad, y que existan, al menos, suficientes indicios que justifiquen el otorgamiento de la autorización.

IV. ¿QUÉ ES LA PATRIA POTESTAD?

La patria potestad es una institución jurídica muy antigua, que ha sufrido ajustes a través del tiempo. Su origen se remonta a Roma, y era la manera de regular las relaciones entre el padre y los hijos, y pasó a integrarse al poder de control que ya –el

⁴⁰ En efecto, el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus partes pertinentes, es del tenor siguiente: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. ... 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza”. Tomado de la página web https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Consulta efectuada el día 3 de septiembre de 2020.

⁴¹ El artículo 206 del Código Orgánico Procesal Penal, al referirse a las autorizaciones para intervenir las comunicaciones privadas, indica que la solicitud debe efectuarse “con expreso señalamiento del delito que se investiga”. Por otra parte, no puede perderse de vista el aforismo latino propio del Derecho Penal “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, a fin de calificar una conducta determinada como delito, por lo que previamente debe estar establecida en un supuesto normativo, es decir, con anterioridad a que se realice esa conducta.

⁴² La falta se trata de una conducta típica, por lo que debe aparecer tipificada en la ley, al igual que los delitos; conducta que debe ser antijurídica, es decir, contraria a derecho. En la legislación una conducta dada, se califica o tipifica como falta en virtud de que es de menor gravedad, por lo que las consecuencias que de ella se derivan no son las mismas de un delito. Por otra parte, la ley a esas conductas le impone penas mucho menores que las que impone a los delitos.

padre—ejercía sobre la familia (*pater familiae*), y sobre aquellos que se le asimilaran, es decir, la esposa, los agnados y los esclavos⁴³. Los romanos en su expansión geográfica y cultural fueron imponiendo esta institución, por lo que no escapó la Península Ibérica (Hispania)⁴⁴, y a través de la colonización española pasó a los territorios americanos, por lo que fue implantada esta figura en estas regiones, que se mantuvo una vez que las colonias españolas obtuvieron su independencia. La rigidez de la institución se ha ido morigerando, en virtud de los cambios de concepción social, que han conllevado a la modificación de las costumbres y a la visualización de las instituciones familiares con más equilibrio y controles⁴⁵, por lo que en muchas legislaciones se ha asumido como pilar fundamental o principio rector, el interés superior del niño⁴⁶, a fin de interpretar la normativa que corresponda a la patria potestad, con sujeción al mencionado principio.

⁴³ En el Derecho Romano la patria potestad era un derecho sin límites y vitalicio sobre los hijos y sus bienes. El *pater familiae* tenía derecho, inclusive, sobre la vida del hijo, y los bienes que este adquiriera ingresaban al patrimonio del *pater familiae*, salvo que el hijo se emancipara, caso en el cual cesaba la patria potestad para el *pater familiae*. El *pater familiae* podía ser alguien distinto al progenitor, por ejemplo, el abuelo, pero necesariamente debía ser varón.

⁴⁴ Los romanos permanecieron en la Península Ibérica hasta principios del siglo V.

⁴⁵ En la Edad Media, se concebía a la patria potestad no como un poder absoluto, sino de protección y de corrección rigurosa que incumbía a ambos padres, pero que ese poder podía ser sometido a un control del juez; así mismo, no era ilimitado en el tiempo, y concluía con la mayoría de edad del hijo. A diferencia de la época romana, el hijo era titular de su patrimonio, pero le correspondía al padre el derecho de administrarlo, mientras estuviera sometido a su patria potestad. Es decir, se atempera la autoridad paterna y se crean controles para supervisar su conducta. En la época Napoleónica, el concepto se modifica y se considera que la patria potestad más que un dominio de los padres hacia los hijos, correspondía al poder o facultad de protección de aquellos hacia estos. Posteriormente, se determinó que la patria potestad engendraba deberes de los padres hacia los hijos, por lo que su grave incumplimiento podía derivar en su privación a aquel de los progenitores que hubiese incurrido en la falta, por lo que se aumenta el control judicial sobre la conducta de los padres, para la defensa de los intereses de los hijos.

⁴⁶ El artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prescribe: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”. Tomada de la página web https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Consultada el 3 de septiembre de 2020. Por su parte, el encabezamiento del artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, es del tenor siguiente: “Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes. El Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías”. Tomado de la página web <https://enplural.org/files/vigente/leyorganica/lopnaa.pdf>. Consulta realizada el 3 de septiembre de 2020.

Newman, al referirse al interés superior del niño afirma que “hoy día se traduce el interés superior de los niños en una visión infanticéntrica o puero céntrica, lo que lleva consigo, que todas las normas e interpretaciones de las mismas, se construyan y fundamenten a través del principio del interés superior de los niños y niñas”. Continúa afirmando, que “el interés superior de niños y adolescentes, como principio, es un concepto dinámico, pues se construye para cada caso concreto sea este, particular o colectivo. Este principio se ha calificado como un concepto indeterminado en lo general, que se define en cada situación que debe ser resuelta”. Alba Marina Newman Sánchez, ob. cit. Estamos de

Como consecuencia de la procreación, corresponde al padre y a la madre, de manera conjunta, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes habidos durante el matrimonio y uniones estables de hecho que cumplan con los requisitos legales;⁴⁷ sin embargo, esta institución no podía escapar a las nuevas realidades, como lo son los cada vez más frecuentes divorcios⁴⁸, por lo que —en este supuesto— se deben regular las relaciones entre los padres y los hijos; el aumento de madres sin vínculos conyugales o de pareja estable, que si bien no exime a los progenitores de sus obligaciones, impone la necesidad de respetar los derechos que incumben al padre, si este los reclama, o de exigir —de ser el caso— los deberes que se derivan de dicha situación⁴⁹, lo que a su vez comporta el derecho que tiene el hijo, a vivir, ser criado y a desarrollarse en el seno de su familia de origen⁵⁰, por corresponder a un derecho humano, tutelado por la Constitución de la República⁵¹, al igual del derecho que le corresponde de conocer quién es su padre. Por ello, dispone la ley, que, en caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o de residencias separadas, todos los contenidos de la responsabilidad de crianza seguirán siendo ejercidos conjuntamente por el padre y la madre⁵².

Si bien, la patria potestad, como institución jurídica, se encuentra en revisión a nivel mundial, en el sentido de establecer el derecho a la coparentalidad de los hijos y la corresponsabilidad de los progenitores; en Venezuela ha sido establecida, por lo que pervive y se regulan las relaciones entre los padres y los hijos que no hayan alcanzado la mayoría de edad, y se establecen los deberes y derechos que corresponden a cada uno; a menos que no habiendo llegado a la mayoría de edad, el hijo se hubiese emancipado.

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en el artículo 347 define la patria potestad como “el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos, de manera que comprende: La guarda, representación y administración de los bienes de los hijos sometidos a ella”.

acuerdo con esta interpretación, habida cuenta de que las realidades pueden ser absolutamente distintas para cada niño o adolescente, incluso siendo hermanos que se estén criando en un mismo ambiente; por tanto, debe tenerse presente desde el entorno en que se desenvuelva la crianza del niño, sus condiciones psicológicas, la madurez que demuestre, su facilidad de aprendizaje, entre otras, a fin de tomar una determinación con respecto a lo planteado. Sin embargo, debe acotarse que, en el supuesto de enfrentamiento entre el interés individual frente al colectivo, la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha inclinado en favorecer al colectivo, con lo que mostramos nuestro desacuerdo, y nos inclinamos porque las decisiones deben atender al caso en concreto.

⁴⁷ Véase artículo 349 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁴⁸ Este aspecto se regula de conformidad a lo establecido en el artículo 351 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁴⁹ Véase artículo 350 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁵⁰ Véase artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Se ha considerado a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, por constituir la entidad que debe contribuir con el desarrollo integral de la persona. Usualmente, la familia está compuesta por los padres y los hijos, si los hubiese, o por alguno de los progenitores e hijos, si alguno de los padres hubiese fallecido o desaparecido.

⁵¹ En efecto, el artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es del tenor siguiente: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”. Tomada de la página web https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Consultada el 3 de septiembre de 2020.

⁵² Véase artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

De acuerdo con dicho enunciado, tenemos que el ejercicio de la patria potestad incumbe de manera paritaria a ambos progenitores, bien hayan sido procreados durante el matrimonio o en una unión estable de hecho⁵³, o en cualquier clase de relación, quienes deben ejercerla parejamente, por lo que a ambos les corresponden iguales derechos e iguales deberes derivados de su titularidad y ejercicio; sin embargo, es conveniente acotar, que en caso de que alguno de ellos no quiera o no pueda ejercerla, corresponde al otro padre ejercitarla a plenitud, aunque ello no exima al otro progenitor de los deberes derivados de la paternidad o maternidad.

1. Consecuencias que se derivan de la patria potestad

De conformidad con lo establecido en la citada Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el ejercicio de la patria potestad comprende la responsabilidad de crianza, la representación y la administración de los bienes de los hijos sometidos a ella⁵⁴. Posiblemente el más importante de los compromisos que le impone la ley a los progenitores⁵⁵, es el de la responsabilidad de crianza⁵⁶, el que la ley cataloga como un deber-derecho, que debe ser compartido por los padres, deber que tiene fuente constitucional, y en ese sentido el artículo 76 de la Carta Magna estipula que “el padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas”; y por ser de orden público, es irrenunciable, lo que recoge de manera expresa el texto de la Constitución que se ha citado, así como la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes⁵⁷. Este encargo, aunque es de derecho natural, la ley lo reglamenta, y le impone a los padres, amar a los hijos⁵⁸, criarlos⁵⁹, formarlos⁶⁰,

⁵³ Para que sea considerada “unión estable de hecho”, debe cumplir con los requerimientos exigidos por la Ley Orgánica de Registro Civil.

⁵⁴ Esto corresponde a la concepción medioeval. Véase artículo 348 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁵⁵ El compromiso también alcanzaría al tutor, de ser este el supuesto en que se encuentre el niño o el adolescente.

⁵⁶ La responsabilidad de crianza está regulada en los artículos 358 y 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁵⁷ Ver artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁵⁸ De acuerdo al Diccionario de la lengua española, el vocablo “amor”, en su tercera acepción, lo describe como el “Sentimiento de afecto, inclinación y entrega a alguien o algo”. Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/>. Consulta realizada el 9 de septiembre de 2020. Aunque ese sentimiento debe ser natural, desde el momento del nacimiento del hijo, es obvio que en la medida en que crece, lo usual es que los vínculos se fortalezcan, pero pueden suceder desviaciones que son las que deben corregirse, en interés del niño o del adolescente.

⁵⁹ De acuerdo al Diccionario de la lengua española, el vocablo “criar”, en la quinta y en la décima tercera acepciones, respectivamente, significan “instruir, educar y dirigir” y al referirse a un ser vivo, indica que es “desarrollarse, crecer”. Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/>. Consulta realizada el 9 de septiembre de 2020. Obviamente, que el sentido de la ley es que los padres deben proveer lo necesario para la alimentación, vivienda, sanidad, seguridad, protección, educación, cultura, espiritualidad, valores sociales y recreación de los hijos, aunque ello la ley lo enumera de manera adicional.

⁶⁰ De acuerdo al Diccionario de la lengua española, el vocablo “formar”, en su quinta acepción, significa “preparar intelectual, moral o profesionalmente a una persona o a un grupo de personas”. Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/>. Consulta realizada el 9 de septiembre de 2020. Consideramos que ese es el sentido al que se refiere la norma.

educarlos⁶¹, custodiarlos, vigilarlos, mantenerlos⁶² y asistirlos material, moral y afectivamente⁶³.

Aunque la patria potestad es un derecho personal e intransmisible, por lo que su ejercicio corresponde con exclusividad a los padres o tutores, hay atributos que pueden ser delegados o cedidos de manera temporal, como podría ser la custodia del hijo, la que está expresamente regulada, conforme a lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la que va aparejada con la vigilancia de los hijos y con la convivencia; sin embargo, por razones circunstanciales –la custodia– puede ser cedida por periodos cortos o más o menos largos, de acuerdo a las necesidades personales o familiares que puedan surgir con motivo de la formación del hijo o representado. Así tenemos, que la custodia del hijo puede ser cedida temporalmente si los padres tuviesen una enfermedad contagiosa⁶⁴, o que el hijo fuera el afectado del padecimiento infeccioso, que hiciera imperiosa la necesidad de trasladar al hijo a otro lugar, al cuidado de otras personas, familiares o no, o por razones educativas o recreacionales⁶⁵, el niño o adolescente se traslade a un sitio distinto del que usualmente resida. Igualmente, puede ser cedida en los casos de convivencia familiar, al padre que no tenga la custodia, en los términos en que haya sido establecida dicha convivencia⁶⁶. También es el supuesto previsto en el artículo 1190 del Código Civil, que estipula la responsabilidad de los preceptores y artesanos, por el daño ocasionado por el hecho ilícito de sus alumnos y aprendices, mientras permanezcan bajo su vigilancia. En esta hipótesis la custodia está cedida temporalmente, mientras el niño o el adolescente se educa o aprende un oficio, bien sea por un lapso prestablecido o que sea inter diaria, por el tiempo que se pacte. La razón de ello es que los preceptores o artesanos tienen la custodia temporal de los niños o de los adolescentes porque los padres así lo han dispuesto, por la naturaleza de la relación, por lo que, durante el lapso de permanencia bajo la vigilancia del preceptor o artesano, les corresponde a estos la custodia del niño o del adolescente. Puede ser asumida la custodia por necesidad, en los casos de los niños o adolescentes que no puedan ubicarse en el seno de una familia sustituta, se les coloca en una entidad de atención que se considere sea la más apropiada a las características y condiciones del

⁶¹ De acuerdo al Diccionario de la lengua española, el vocablo “educar”, en su primera acepción, significa “dirigir, encaminar, doctrinar”. Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/>. Consulta realizada el 9 de septiembre de 2020. Estimamos que en sentido se encamina la norma, ya que es lo que deben hacer los padres al seleccionar el colegio en el que van a cursar estudios los hijos, de acuerdo a las creencias o confesión que profesen los padres.

⁶² De acuerdo al Diccionario de la lengua española, el vocablo “mantener”, en la acepción que consideramos se refiere la ley, significa “costear las necesidades económicas de alguien”. Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/>. Consulta realizada el 9 de septiembre de 2020. Es decir, que va asociado a los gastos de vida que puedan ocasionarse con motivo de la crianza del hijo o del pupilo.

⁶³ De acuerdo al Diccionario de la lengua española, el vocablo “asistir”, en su cuarta acepción, significa “socorrer, favorecer, ayudar”. Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/>. Consulta realizada el 9 de septiembre de 2020. Estimamos que esta acepción engloba la intención del legislador.

⁶⁴ Un ejemplo de ello, pudiera ser que estuvieren infectados de la COVID-19, y es necesario separar al hijo para evitar contagiarlo.

⁶⁵ Por ejemplo, cuando el niño es enviado a un campamento vacacional o va de visita a la casa de parientes que viven en una ciudad distinta.

⁶⁶ Ver artículo 385 y siguientes de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

respectivo niño o adolescente, por lo que corresponderá a quienes la dirigen el deber de custodiar al niño o al adolescente que les haya sido confiado.

Consideramos que en los casos en que se cede la custodia del niño o del adolescente, de manera temporal, a terceros, con vista de necesidades médicas, educativas, de recreación o por cualquier otra circunstancia, o por colocación familiar, o por encontrarse el niño o el adolescente en una situación en la que no sea posible la colocación familiar y se le sitúe en una entidad de atención; el custodio, necesariamente, asume el deber de vigilancia, por lo que puede supervisar y controlar sus acciones y hasta reprenderlo, pero la corrección debe producirse con anuencia de los padres, en los casos de cesión voluntaria de la custodia. Es obvio, que la supervisión implica que este tercero (guardián) pueda imponerse de las actividades del niño o adolescente bajo su custodia, sin que deba considerarse que las diligencias que despliegue, como un acto inadecuado o ilegal, salvo que exista abuso de derecho por parte del custodio, o algún otro exceso, con la carga implícita de dar aviso inmediato a los representantes, en la medida de que las circunstancias lo permitan, de enterarse de una acción incorrecta del niño o del adolescente bajo su cuidado, que deba ser objeto de corrección.

Es obvio, que dada la naturaleza humana, las vicisitudes del entorno, la influencia de los medios de comunicación masivos, el uso de redes sociales, la conexión informática y telemática, la interrelación en los centros educativos, entre otros, pueden conllevar a que el niño o adolescente se desenfoque de la formación educativa y moral que está recibiendo, no obstante el cuidado que puedan prestar los progenitores o los representantes, por lo que es necesario que los padres apliquen las amonestaciones, castigos o reparos necesarios para ello, y es por eso que la misma norma que le impone los deberes a los progenitores, los faculta para emplear los correctivos que sean adecuados, siempre y cuando no vulneren la dignidad, derechos, garantías o desarrollo integral del niño o del adolescente⁶⁷. Sin embargo, veremos que esto no puede ser absoluto porque hay casos en los que para conocer la realidad en la que está inmerso el niño o el adolescente bajo su resguardo, es necesario que los padres, representantes o preceptores —cuando les corresponda— deban transgredir algún derecho otorgado al niño o al adolescente, como podría ser, tener acceso a sus comunicaciones privadas y en consecuencia a su intimidad, que como veremos son derechos consagrados constitucional y legalmente en favor de los niños y adolescentes. De allí, surgen las preguntas: ¿Podrán hacerlo? o ¿ello vulnera los derechos del niño o del adolescente y en consecuencia deben abstenerse? Estas preguntas son las que

⁶⁷ El artículo 32-A de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, prohíbe los castigos físicos y humillantes para los niños y adolescentes, los que define la norma, cuyo texto es el siguiente: “Derecho al buen trato. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al buen trato. Este derecho comprende una crianza y educación no violenta, basada en el amor, el afecto, la comprensión mutua, el respeto recíproco y la solidaridad. El padre, la madre, representantes, responsables, tutores, tutoras, familiares, educadores y educadoras deberán emplear métodos no violentos en la crianza, formación, educación y corrección de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de castigo físico o humillante. El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe garantizar políticas, programas y medidas de protección dirigidas a la abolición de toda forma de castigo físico o humillante de los niños, niñas y adolescentes. Se entiende por castigo físico el uso de la fuerza, en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con la intención de causar algún grado de dolor o incomodidad corporal con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituyan un hecho punible. Se entiende por castigo humillante cualquier trato ofensivo, denigrante, desvalorizador, estigmatizante o ridiculizador, realizado en ejercicio de las potestades de crianza o educación, con el fin de corregir, controlar o cambiar el comportamiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que no constituyan un hecho punible”.

trataremos de contestar, es decir, si en ejercicio de ese deber de vigilar y supervisar es posible que dichos responsables del bienestar del niño o del adolescente procedan a hurgar en su vida privada, intimidad y correspondencia.

Se debe acotar que la normativa prohíbe las sanciones físicas, o aquellas que comporten violencia psicológica o que puedan conllevar un trato humillante, lo que consideramos no es posible generalizar porque para un niño o un adolescente, de acuerdo a sus condiciones particulares, el que sus representantes se enteren de una situación determinada puede constituir un bochorno, aunque la intencionalidad para penetrar en el campo de la intimidad –solamente– haya sido la protección del representado. Estimamos que, en estos supuestos, ingresamos al mundo de la casuística, por lo que no es posible generalizarlos, porque, por ejemplo, para algún niño una reprimenda verbal puede tener un efecto negativo, mientras que para otro prohibirle –como castigo– participar en un evento con sus compañeros de curso, podría ser intrascendente.

Como apuntamos precedentemente, y no se puede perder de vista, la responsabilidad de crianza de los hijos, corresponde de manera igualada a ambos progenitores, por mandato constitucional⁶⁸, la que debe ser compartida, sin que signifique que se deban parcelar o distribuir esos compromisos, salvo en los casos de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o de residencias separadas, en los que deben repartirse ese deber, que desarrolla la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la que a su vez instituye la responsabilidad civil, administrativa y penal de los padres, en caso del inadecuado cumplimiento de sus obligaciones, lo que dependerá de la conducta desplegada por el padre o por la madre, de acuerdo a las circunstancias.

En consecuencia, los padres y representantes por una parte tienen el compromiso estipulado en la Constitución y en la ley de criar al hijo o representado, y de no hacerlo o realizarlo inadecuadamente está comprometida su responsabilidad, la que legalmente se puede exigir; pero, por otra parte, deben respetar los derechos de sus representados. Ante el conflicto o la colisión que pudiere existir entre el cumplimiento del deber y el respeto del derecho ¿qué debe prevalecer? o, insistimos, podrían escudarse los progenitores y representantes en la estipulación legal y aducir que el incumplimiento de algún deber se derivó del respeto a los derechos del representado, de conformidad con las disposiciones legales; o ¿será que la garantía establecida en la ley para que se respeten los derechos que ella especifica para los niños y adolescentes, está dirigida a los terceros que no los representan y que no tienen asignada ninguna obligación con respecto a ellos? Estas interrogantes son las que trataremos de despejar.

2. Los deberes de los hijos

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes les impone a los niños y adolescentes un grupo de deberes que los cataloga en el artículo 93 y los enumera de manera específica, aunque deja abierta la posibilidad de establecer otros deberes en el futuro. En efecto, vemos que algunos de estas obligaciones son principios del derecho natural que fueron convertidos en derecho positivo. Así tenemos que los deberes indicados en la citada norma, son los siguientes: 1) Honrar a la patria y sus símbolos; 2) Respetar, cumplir y obedecer todas las disposiciones del ordenamiento jurídico y las órdenes legítimas que, en la esfera de sus atribuciones, dicten los órganos del poder público; 3) Respetar los derechos y garantías de las demás personas; 4) Honrar, respetar y obedecer a su padre, madre, representantes o responsables, siempre que sus órdenes no violen sus derechos y garantías o contravengan al

⁶⁸ Ver artículos 75 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

ordenamiento jurídico; 5) Ejercer y defender activamente sus derechos; 6) Cumplir sus obligaciones en materia de educación; 7) Respetar la diversidad de conciencia, pensamiento, religión y culturas; 8) Conservar el medio ambiente; y 9) Cualquier otro deber que sea establecido en la ley. Es decir, que legalmente se podrían instituir nuevas obligaciones para los niños y adolescentes.

Es llamativo que el legislador le asignó a los niños y adolescentes como obligación el cumplimiento de la ley y la defensa de sus derechos, al indicar la norma que deben “respetar, cumplir y obedecer todas las disposiciones del ordenamiento jurídico”, y “defender activamente sus derechos” y le impone como límite del deber de “honrar, respetar y obedecer a su padre, madre, representantes o responsables”, siempre que sus órdenes no violen sus derechos y garantías o contravengan al ordenamiento jurídico, lo que pudiera ser un obstáculo para que los padres o quien ejerza la patria potestad puedan cumplir su cometido, de acuerdo a las disposiciones legales, específicamente a la custodia y vigilancia que mandatoriamente les impone la ley. De allí, es que la interrogante precedentemente formulada debemos repetirla, es decir, ante el conflicto o la colisión que pudiere existir entre el cumplimiento del deber que a los representantes les impone la ley, con las secuelas administrativas, civiles y penales que su incumplimiento pudiera conllevar, y el respeto de los derechos del niño o del adolescente, ¿qué debe prevalecer?

Por ello, de seguidas, vamos a referirnos al alcance del deber que incumbe a los padres o al representante de vigilar al hijo o al pupilo, y si de su ejercicio podrían derivarse algunas facultades o poderes para que permitan cumplir cabalmente con la responsabilidad de crianza y los otros compromisos que les impone la legislación o cómo debe interpretarse la normativa para conciliar las regulaciones previstas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, con respecto a la responsabilidad de crianza y las prerrogativas asignadas a los niños y adolescentes.

3. El deber de vigilar a los hijos

El significado del verbo vigilar, de acuerdo a la definición del Diccionario de la lengua española es “observar algo o a alguien atenta y cuidadosamente”⁶⁹, es decir, que el compromiso por mandato legal que incumbe a los padres o al representante del niño o del adolescente, está focalizado en el deber de prestar atención a las actividades que realice el hijo o el pupilo en todos los ámbitos. Consideramos que esta vigilancia va a depender de las condiciones de vida de las personas de que se trate, en correlación con el carácter y disposición del niño o adolescente, por lo que ingresamos también al mundo de la casuística, porque es muy diferente la vigilancia que se debe tener a un niño que viva en una zona rural de otro que viva en una ciudad como Caracas, y en esta dependiendo de la zona en la que resida y en la condición socio económica de la familia; sin embargo, independientemente de las circunstancias propias de cada niño o adolescente, pensamos que esto implica una supervisión constante y adecuada de las acciones desplegadas por el hijo o el pupilo, en el sentido de estar pendiente, entre otras, del aseo personal del niño o adolescente, de su alimentación, de su salubridad, de su puntualidad en cumplir con los deberes escolares, de su espiritualidad, del vocabulario que utilice, de sus interrelaciones personales y familiares, de la manera de comportarse en general, de sus modales, del respeto a sus educadores, compañeros y mayores, de la interrelación familiar, de su vinculación con los valores patrios, el respeto a la naturaleza, de la realización de actividades deportivas, de los entretenimientos en general, etc.; todo lo cual implica mantener una

⁶⁹ Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/>. Consulta realizada el 10 de septiembre de 2020.

relación constante y fluida con el hijo o el pupilo, con lo cual se pueden percatar si su ritmo de vida es adecuado a sus condiciones personales o, si por el contrario, hay algo fuera de contexto, que pueda derivar en una inspección y control de las actividades del representado; o podrían ser controles rutinarios, como supervisar que mantengan ordenados y limpios los armarios o roperos, que la habitación esté organizada, que haya ingerido los medicamentos que le han prescrito, que esté cumpliendo con sus deberes estudiantiles, que mantenga en buen estado sus útiles escolares, que los implementos deportivos se encuentren en el sitio destinado para ello, el respeto a la naturaleza, el adecuado trato y cuidado de las mascotas, que el ocio esté dirigido hacia diversiones sanas y con un límite temporal, que las lecturas sean las adecuadas para su edad; de presentarse una situación anómala, por ejemplo, descenso en su rendimiento como estudiante, indagar los motivos de ello, es decir, si son razones atinentes a problemas orgánicos, psicológicos o de otra índole, y averiguar la causa de haberse originado, etc., pero, ¿eso es posible?, ¿hasta dónde alcanza ese deber-facultad de los padres, representantes o responsables?, ¿eso conllevaría inmiscuirse en la vida privada o intimidad del niño o del adolescente? Derechos, como hemos indicado, expresamente establecidos en favor de los niños y adolescentes, en virtud de ello, ¿el niño o el adolescente podría oponerse a esa inspección o a la indagación, en ejercicio del deber de defender activamente sus derechos, previsto en la ley?

Pensamos que los padres, representantes o responsables (en su caso), tienen la potestad de realizar los controles y averiguaciones que estimen necesarios a los fines de cumplir cabalmente con las obligaciones que les impone la ley, no solo en la responsabilidad de crianza, sino con los demás deberes que les asigna la legislación, especialmente el deber de vigilancia. De presentar el hijo o pupilo algún desajuste a nivel psicológico o anímico, o de exteriorizar conductas inestables, es necesaria la intervención del representante o responsable, quien estaría cumpliendo con su deber al llevarlo a que sea evaluado por un profesional que pueda determinar las causas del comportamiento o actitud asumida por el niño o por el adolescente. Igualmente, si observaren desorden o desorganización en el cumplimiento de sus actividades escolares, que repercutan en su rendimiento, podrían aplicar los correctivos que estimen necesarios para encauzar la conducta y encaminarlo para optimizar su aprendizaje. Consideramos, que, en los ejemplos propuestos, no existiría ninguna intromisión o injerencia inicuá en la intimidad o vida privada del niño o del adolescente, por el contrario, es una necesidad que el representante o responsable lo haga, a fin de cumplir con sus obligaciones naturales y legales, que de otra manera no sería posible que llevara a cabo el desempeño que le ha sido asignado.

4. El derecho a la privacidad de las comunicaciones, intimidad, honor y reputación de los niños y adolescentes

Debemos recordar —como se apuntó precedentemente—, que la Constitución de la República establece una protección general que corresponde a toda persona, obviamente que están incluidos niños y adolescentes, referentes a la reserva de las comunicaciones privadas, a la intimidad, al honor y reputación, de conformidad con los artículos 48 y 60 del señalado texto; pero en el caso de los niños y adolescentes dichos derechos aparecen consolidados por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, debido a que en el artículo 65⁷⁰, se establece que todos

⁷⁰ El artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, es del tenor siguiente: “Derecho al honor, reputación, propia imagen, vida privada e intimidad familiar. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al honor, reputación y propia imagen. Asimismo, tienen derecho a la vida privada e intimidad de la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de inje-

los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al honor, reputación y propia imagen. Asimismo, les consagra el derecho a la vida privada e intimidad de la vida familiar; para determinar que dichos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales; por su parte, el artículo 66 de dicha ley⁷¹, ampara la inviolabilidad de su hogar y de su correspondencia. A lo anterior, debe sumarse que Venezuela es signataria de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷², que como tratado internacional que es relacionado con los derechos humanos, tiene jerarquía constitucional en los términos que establece el artículo 23 de la Carta Magna, que refuerza el derecho del niño o del adolescente a la inviolabilidad de la correspondencia y al derecho que tienen a la no injerencia arbitraria o ilegal en ella.

Ahora bien, ¿podrían el padre, madre, tutor o responsable de un niño o adolescente, en ejercicio de la patria potestad, con fundamento en el deber de vigilancia y la responsabilidad de crianza, imponerse de la correspondencia de su hijo, pupilo o representado?, ¿pueden hurgar en sus bultos, en su ordenador o teléfonos móviles?, ¿pueden ingresar en la intimidad del hijo, pupilo o representado, a fin de indagar sobre sus actividades? Pareciera, a primera vista, que la respuesta fuera negativa con fundamento a la normativa antes indicada; pero ¿cómo podrían ejercer cabalmente la responsabilidad de crianza que les ordena la ley, y en particular la de vigilancia, si no pueden ejercer un control cabal de las actividades del hijo, pupilo o representado?, ¿cómo podrían prestarle asistencia moral, si no logran conocer con exactitud sus acciones? No se puede perder de vista, por lo que cabe recordar, que la propia Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece la responsabilidad civil, administrativa y penal de los progenitores o del representante legal del niño o del adolescente, por el inadecuado cumplimiento de la responsabilidad de crianza, y como parte de ella, la de vigilancia, o ¿es que los padres, tutores o responsables podrían invocar la restricción legal de inspeccionar la correspondencia, los armarios, bultos o pertenencias del hijo o pupilo sometido a su patria potestad o a su custodia y vigilancia?, y con ello eludir el compromiso legal correspondiente a la responsabilidad de crianza, o la que le haya sido delegada, que mandatoriamente les impone la ley.

Es más que evidente que el espíritu de la ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, por indicarlo su cognomento, está encaminada a la defensa y

rencias arbitrarias o ilegales. Parágrafo Primero. Se prohíbe exponer o divulgar, a través de cualquier medio, la imagen de los niños, niñas y adolescentes contra su voluntad o la de su padre, madre, representantes o responsables. Asimismo, se prohíbe exponer o divulgar datos, imágenes o informaciones, a través de cualquier medio, que lesionen el honor o la reputación de los niños, niñas y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar. Parágrafo Segundo. Está prohibido exponer o divulgar, por cualquier medio, datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente, a los niños, niñas y adolescentes que hayan sido sujetos activos o pasivos de hechos punibles, salvo autorización judicial fundada en razones de seguridad u orden público”.

71 El artículo 66 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, es del tenor siguiente: “Derecho a la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la inviolabilidad de su hogar y de su correspondencia de conformidad con la ley”.

72 El artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 dispone lo siguiente: “*Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias*”. Tomado de la página web https://www.acnur.org/es-es/prot/instr/5b6ca1e54/convencion-sobre-los-derechos-del-nino.html?gclid=Cj0KCCQ-jwqfz6BRD8ARIsAIXQCf3Q7QCGLyXeSMWIN0rexiVdr40ybBxrkFFIzeT3F-I8wXzwIlyTTQUa-AlxZELw_wcB. Consulta realizada el 11 de septiembre de 2020.

protección integral del niño o del adolescente; ampararlos en sus derechos y permitir una crianza exhaustiva, es por ese motivo que dicha ley está orientada –como se indicó *supra*– por el principio del interés superior del niño, el que debe prevalecer en cualquier decisión que se vincule con el niño o con el adolescente. En consecuencia, al interpretar la ley y su alcance, debe hacerse con miras al mayor beneficio del niño o del adolescente en el ámbito espiritual, moral o material, lo que redundaría en su favor y en su resguardo.

Si se analiza la normativa en la que se catalogan los derechos de protección a los niños y a los adolescentes, tenemos que se les otorga derecho al honor, a la reputación, a la propia imagen, a la vida privada e intimidad familiar, y en amparo a ellos, la ley determina, repetimos, que “no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales”, y pensamos que esta estipulación señalada en la ley, en defensa de esos privilegios, es la clave para entender cuál fue la intención del legislador al establecerla, lo que trataremos de desentrañar seguidamente.

Si se examina el alcance del dispositivo legal, en el sentido de que la protección de los derechos consagrados en la ley para los niños y adolescentes, “no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales”, pensamos que ello está conectado, exclusivamente, con terceros a los que la ley no les otorga derechos y deberes con respecto a los hijos o pupilos de otros, salvo cuando exista delegación de algún atributo de la patria potestad, como podría ser la custodia del niño o adolescente, en razón del cual el custodio tiene la obligación de supervisar las acciones de aquel que le ha sido confiado.

Por ello, es indispensable revisar el significado del vocablo injerencia, el cual es definido por el Diccionario de la lengua española, en su tercera acepción, al referirse a la persona como “meterse donde no la llaman. Inmiscuirse en lo que no le toca”⁷³, lo que consideramos no puede aplicarse a los padres o representantes, habida cuenta de la existencia de un mandato legal que les asigna diversos deberes con respecto al hijo, al pupilo o al representado, derivados del ejercicio de la patria potestad o de uno de sus atributos que le haya sido delegado, y en especial el correspondiente a la responsabilidad de crianza del hijo o del pupilo, del que se deriva la custodia y vigilancia del representado; por tanto, es la misma ley la que les impone a los padres y representantes interferir en las actividades y acciones de sus representados, para que puedan cumplir con las obligaciones que dicha normativa les atribuye. Por otra parte, la palabra “arbitraria”, de acuerdo al citado Diccionario, es aquello que está “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”; si observamos la situación usual en las relaciones de los padres e hijos o de los tutores con los pupilos, tenemos en primer término, que los que poseen un interés supremo de preservar el honor, la reputación, la imagen, intimidad y el bienestar del hijo o del pupilo son los propios padres o los representantes, que, si bien podrían existir excepciones que desnaturalizan las relaciones, la ley contempla mecanismos que los niños y adolescentes pueden activar, para que se les mantenga la protección de esos derechos⁷⁴, y

⁷³ Diccionario de la Lengua española. Edición del Tricentenario. Tomado de la página web <https://dle.rae.es/>. Consulta realizada el 11 de septiembre de 2020.

⁷⁴ Los artículos 86, 87 y 451 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, facultan a los niños y adolescentes para solicitar la protección de sus derechos. Dichas normas son del tenor siguiente:

Artículo 86 Derecho a defender sus derechos. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a defender sus derechos por sí mismos. Se debe garantizar a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, ante cualquier persona, instancia, entidad u organismo.

recordamos lo expuesto al tratar lo referente a las obligaciones asignadas a los niños y adolescentes, como lo es el deber de ejercer y defender activamente sus derechos⁷⁵. Por ello, creemos que esto debe ser totalmente casuístico, porque lo normal es que los progenitores y el tutor, en su caso, velen por la ventura de su representado. Si hubiese alguna arbitrariedad o desviación, por parte de alguno de los padres, el otro está legitimado para intervenir y corregirla, y en caso de que no pueda, tiene la posibilidad de recurrir a los órganos previstos en la ley a fin de enderezar el entuerto, y de no hacerlo, el propio interesado –niño o adolescente– tiene el derecho de ejercer las acciones que correspondan⁷⁶.

Al hacer referencia a una conducta ilegal, obviamente se refiere la disposición, a aquella que es violatoria o contraria a la ley, lo que se determina al hacer la subsumición de la conducta con el supuesto de hecho establecido en la norma; y para ello, es la misma ley la que indica la forma como debe actuarse o los privilegios que corresponden a los niños y adolescentes, o las facultades otorgadas a los padres o representantes, y hemos visto que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establece los mecanismos para que se respete el derecho del niño o del adolescente que haya sido conculcado.

Por tanto, pensamos, que la patria potestad está concebida para que los padres o representantes, amparen y defiendan a sus representados de cualquier peligro o riesgo, por lo que no es ni lógico ni correcto que los padres o los representantes, por una interpretación equivocada de la ley, se retraigan y no empleen todos los recursos a su alcance a fin cumplir con el deber de protección general que les ha estipulado la legislación; por lo que sería contradictorio que, por una parte, la normativa les imponga a los representantes de los niños y adolescentes un cúmulo de obligaciones, con consecuencias por su incumplimiento; y, por la otra, cree trabas que les impida realizar con presteza ese cometido.

Si nos detenemos en el derecho catalogado en la ley en beneficio de los niños y de los adolescentes, como es el correspondiente a la vida privada e intimidad familiar, es obvio que esta se desenvuelve en el hogar, donde conviven los padres o representantes con los hijos o pupilos, y en su caso a aquellos a quienes se les ha delegado la custodia del niño o del adolescente, por lo que la norma no puede estar dirigida a ellos, salvo en aquellos casos en los que los padres estén separados, divorciados, se haya anulado el matrimonio o tengan residencias separadas o de colocación familiar, o de convivencia familiar sin responsabilidad de custodia; lo anteriormente expresado, por sus fundamentos, también es aplicable al derecho a la inviolabilidad del hogar, ya que no sería posible que alguien violara su propio hogar, aunque podrían haber conductas que mancillaran la sacralidad que representa o debe representar para todas las personas, el sitio en que desenvuelven su vida familiar, lo que puede ser rectifica-

Artículo 87 Derecho a la justicia. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de acudir ante un tribunal competente, independiente e imparcial, para la defensa de sus derechos e intereses y a que éste decida sobre su petición dentro de los lapsos legales. Todos los y las adolescentes tienen plena capacidad de ejercer directa y personalmente este derecho.

Artículo 451 Capacidad procesal de adolescentes. Los y las adolescentes tienen plena capacidad en todos los procesos para ejercer las acciones dirigidas a la defensa de aquellos derechos e intereses en los cuales la ley les reconoce capacidad de ejercicio, en consecuencia, pueden realizar de forma personal y directa actos procesales válidos, incluyendo el otorgamiento del mandato para su representación judicial. En aquellos procesos iniciados por los y las adolescentes, sus padres, madres, representantes o responsables pueden intervenir como terceros interesados.

⁷⁵ Ver artículo 93 de la Ley para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁷⁶ Ver nota 74.

do con los mecanismos previstos en la legislación general y en la ley de referencia. Por ello, la restricción no puede alcanzar a aquellos que tienen la responsabilidad de custodia del niño o del adolescente.

Así mismo, la ley le reitera a los niños y adolescentes el Derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, de manera general⁷⁷, y contrasta con otras legislaciones en las que expresamente le ordena a los padres o tutores, extensivo a los poderes públicos, respetar estos derechos y protegerlos frente a posibles ataques de terceros⁷⁸, lo que no es el caso de nuestra legislación, en la que no se hace referencia ni a los progenitores ni a los tutores, a fin de asignarles la obligación de no imponerse del contenido de las comunicaciones de sus representados, pero estimamos que la interpretación de la ley está orientada a la protección frente a los terceros que no tengan alguna responsabilidad con el niño o el adolescente. Evidentemente, que, por orden judicial, podría interceptarse las comunicaciones de niños o adolescentes, si estuvieren implicados en la comisión de un hecho punible, que la ley tipifique de delito, de acuerdo a lo expresado con anterioridad; pero, en este caso la legitimidad para incautarla procedería por solicitud del Ministerio Público o de la policía de investigación penal, tal como se expuso *supra*, y no por solicitud de los progenitores, representantes o responsables.

Por lo expuesto, con vista a la responsabilidad de crianza asignada a los padres y tutores, consideramos que la norma que impide las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad de los niños y adolescentes está dirigida a los terceros, bien sean

⁷⁷ María Candelaria Domínguez, “La educación del menor como contenido esencial de la guarda”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 116, 2000. Consulta efectuada el 7 de septiembre de 2020, sostiene que “Los padres, pues, deben supervisar igualmente las lecturas de los menores a los fines de controlar si estas son acordes con su edad; así como deben iniciar al menor en ciertos temas según su desarrollo y propiciar lecturas y actividades educativas en ese sentido tales como temas sexuales. Es obligación de los padres mantener las lecturas y películas de adultos alejados del alcance de los niños”. Posteriormente agrega “Nos preguntamos: ¿Los padres pueden realmente interceptar la correspondencia del menor? En sentido afirmativo puede verse: Planiol y Ripert; en la doctrina nacional, a Marín Echeverría, quien indica que los padres pueden revisar y examinar su correspondencia, pues en tales casos no opera la inviolabilidad constitucional”. Y continúa expresando que “En nuestra opinión el derecho de los padres de vigilar la correspondencia de sus hijos no puede extenderse a la posibilidad de interferir en la intimidad de estos. Ciertos derechos esenciales del menor no pueden ser desconocidos con base a la autoridad paterna. Ello en virtud de que el artículo 63 de la Constitución, la correspondencia es inviolable ...”. Concluye en que, de acuerdo a su óptica, los padres solo pueden controlar al remitente.

⁷⁸ Ver el ordinal 5 del artículo 4 de la ley de protección jurídica del menor, cuyo texto es el siguiente: “Artículo 4. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. 1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones. 2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. 3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. 4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública. 5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”. Tomado de la página web <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>. Consulta realizada el 11 de septiembre de 2020.

personas naturales o jurídicas, salvo que se les haya delegado la custodia del niño o del adolescente, quienes mientras ejerzan la custodia, tienen los mismos derechos y deberes, en cuanto a la vigilancia, de los padres y representantes, en cuanto a la supervisión de las actividades y acciones de sus representados, cuya finalidad es la de protegerlos física y moralmente.

5. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de los niños y adolescentes

Cada vez el mundo de las comunicaciones se ha venido complejizando, y se observa que la correspondencia escrita en papel es cada vez más escasa, por lo que las vías de comunicación están dominadas por dispositivos tecnológicos, que pueden almacenar información casi que de manera ilimitada, y por dichos receptores se pueden captar mensajes personalizados o dirigidos al público en general, cuyo remitente puede ser conocido e individualizado, pero puede esconderse detrás de una fachada creada tecnológicamente, por lo que si la intención es convertirse en alguien anónimo para el destinatario, lo conseguirá sin mayores inconvenientes.

Todos los avances tecnológicos pueden servir para facilitar la educación de los niños y de los adolescentes por la versatilidad de las comunicaciones para la obtención de la información, y cada vez se abre más el abanico de las ofertas existentes para acceder a las tecnologías, por las que se obtienen datos, se indaga o se investiga; plataformas que se actualizan vertiginosamente, y permiten a los usuarios de cualquier edad insertarse en el uso de las redes mediante los diversos conectores como pueden ser las tabletas o los smartphones, bien sean estos de uso familiar o personal, por lo que de acuerdo a la dinámica del mundo actual, es necesario que el niño desde su más tierna edad se relacione con esos instrumentos emisores y receptores de datos, pero con la supervisión y control de los padres o representantes, quienes deben estar totalmente involucrados con la formación intelectual y moral del hijo o del representado, no solo por el interés personal que pueden tener en ello, para potenciar sus habilidades o talento, sino que la ley los obliga a involucrarse, por lo que es necesaria la supervisión y control de las actividades desplegadas por el representado, lo que puede extenderse hacia los preceptores en la medida en que por delegación temporal de la custodia, asumen la responsabilidad de vigilar las acciones del niño y del adolescente mientras está a su cuidado, tal y como ha sido reseñado *supra*.

Es evidente que el uso de la herramienta internet, cada día, se ha hecho más necesaria, casi que indispensable, lo que se ha demostrado a raíz de la obligatoriedad del encierro colectivo con motivo de la pandemia de la COVID-19, y ello ha permitido que el internet se convierta en un instrumento de creación, ya que por su intermedio la humanidad ha podido transmitir, de manera inmediata, las ideas que ha ido generando, la opinión sobre los más diversos tópicos, y se ha constituido en intermediario del proceso educativo entre enseñantes y estudiantes, o para la difusión del conocimiento, por lo que su utilización se ha convertido en la gran alternativa de comunicación colectiva.

Así mismo, el internet ha sido la plataforma por medio de la cual se reciben las noticias que suceden en el mundo, permite acceder a datos personales, realizar contratos, pagar servicios, intercambiar correos, estar al tanto de las actividades que los terceros publican, mantener contacto con grupos de los que formamos parte, por medio de la mensajería instantánea y estar actualizados sobre los progresos y avances del saber. Por ello, el manejo de internet es la opción más avanzada para promover y proveer educación y cultura, por lo que es importante su uso por parte de niños y

adolescentes, ya que ello logra estimular su vocación hacia el estudio, hacia la creatividad, para la generación de ideas y de contenido, para acceder a gran cantidad de información para realizar investigaciones; sin embargo, paralelamente a ello, internet también es utilizado con fines perversos, por personas cuya identidad es desconocida y se enmascaran detrás de un seudónimo, y por este medio seducen y corrompen a niños y adolescentes, conduciéndolos por los vericuetos de la pornografía o por el camino de los estupefacientes, y es allí en donde se requiere la presencia de los padres o representantes (o de los preceptores, cuando están a cargo de los niños o adolescentes), en el seguimiento que deben hacer a las acciones de sus representados y de la intervención en sus comunicaciones o intimidad, en los casos en que tengan razones para pensar que alguna situación no se ajusta a los parámetros de la normalidad para la edad del niño o del adolescente, al constatar cambios en sus patrones de conducta, y eludir cualquier consideración o comentario sobre lo que se les pregunta, relativo a la modificación de sus hábitos.

Es conocido por todos los usuarios, que existen un número importante de ofertas para bajar en los equipos aplicaciones que aparecen como gratuitas, aunque posteriormente, después de un tiempo de uso, el proveedor carga un costo por su utilización; pero lo grave de ello, no es que se deba asumir el pago por el manejo de la aplicación, ya que si no existe un interés en continuar con ella, se puede desactivar, sino que descargarla lleva aparejado la recopilación y almacenamiento de datos personales del consumidor, que en muchos casos son niños y adolescentes, con lo cual —el proveedor— puede acceder a los mensajes que envían y reciben los usuarios, a las fotografías que publican o a las que remiten o reciben, a la lista de sus contactos y a la información que de estos está guardada, así como la geolocalización del equipo y en consecuencia de su usufructuario, sin que se pueda conocer quién o quiénes procesan esa información obtenida y cuál es la finalidad que se persigue. Obviamente, que el acceso a dicha información es con la aquiescencia del beneficiario de la aplicación, quien, al manifestar su conformidad con las normas para la descarga y uso de ella, están prestando su consentimiento —al proveedor— para la obtención de la información del interesado y su uso posterior, sin que el niño o adolescente que la ha autorizado tenga la capacidad legal para celebrar ese contrato y en muchos casos ni siquiera se han leído las condiciones impuestas por el prestador del servicio o, si se las leyeron, posiblemente no llegaron a entender el alcance o sentido del texto. De allí podrían derivarse situaciones complicadas que pueden perjudicar la imagen, la honra o la reputación del niño o del adolescente, o una intervención en su vida íntima o familiar, que podrían poner en peligro su integridad física o psicológica, o ambas, y esto, precisamente, es lo que trata de evitar la ley, es decir, que terceros, sin vinculaciones personales o afectivas con el niño o el adolescente, tengan algún tipo de intrusión en su intimidad o vida familiar; por lo que consideramos que en estos supuestos, ante la sospecha de alguna alteración en la normalidad de la vida de los representados, los padres, tutores o preceptores (con vista de la situación en que estén comprendidos) pueden intervenir, sin que el representado los autorice y sin que ello traiga consecuencia para los representantes o preceptores, salvo que se compruebe abuso de derecho.⁷⁹ Por tanto, en este caso, es decir, cuando el niño o el adolescente

⁷⁹ La Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo de España, en Sentencia proferida el 10 de diciembre de 2015 (SP/SENT/840818), consideró válidas las pruebas obtenidas a través al acceso por una madre a la cuenta de Facebook de su hija, aunque lo hubiese realizado sin su consentimiento expreso, puesto que existían indicios claros de que la menor estaba siendo víctima de acoso sexual a través de dicha red, “(...) estamos hablando de la madre —y no cualquier otro particular—. Es titular de la patria potestad concebida no como poder, sino como función tuitiva respecto de la menor. Es

acepta que un tercero recopile o almacene sus datos, o sean recopilados por medio de contactos que lo hayan permitido, al bajar alguna aplicación, o que con fines perversos se le hagan ofrecimientos a menores o adolescentes; pensamos, en los términos de la disposición legal, que estamos en presencia de una injerencia arbitraria e ilegal en la imagen, en la vida privada o intimidad familiar del niño o del adolescente, y es cuando se activaría la aplicación de la normativa de protección prevista en la ley.

Como se expresó *supra*, las comunicaciones de los niños o adolescentes, además de los padres o representantes en cumplimiento de su deber de vigilancia, protección y crianza, pueden ser intervenidas con la autorización judicial, de conformidad con las disposiciones a las que se han hecho referencia, porque están comprendidas en la excepción que dispone la ley.

CONCLUSIONES

Como corolario de lo expuesto debemos expresar lo siguiente:

1. Si bien el ser humano tiene paralelamente tres tipos de vida, como lo son la vida secreta, la vida privada y la vida pública, la que se protege constitucionalmente es la vida privada.
2. La intimidad es un concepto individualizado, absolutamente conectado con la privacidad, por lo que se afirma que las nociones de privacidad e intimidad se reenvían recíprocamente la una a la otra y no pueden ser comprendidos sin esta autorreferencia.
3. La intimidad está garantizada por la Constitución de la República, por considerarse un derecho fundamental e inviolable; tutela que se extiende a la protección del honor, de la vida privada, de la propia imagen, de la confidencialidad y de la reputación de las personas.
4. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza el secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas, lo que constituye una manera de preservar el derecho a la intimidad, al honor y a la reputación de las personas.
5. La comunicación privada es la acción expresiva mediante la cual dos o más individuos entablan una conversación presencial o la realizan por cualquier medio técnico para intercambiar opiniones o ideas sobre un tema concreto, o de sus vivencias o proyectos personales; la que se desenvuelve en un círculo restringido, bien sea de palabra, por escrito o mediante señales o símbolos.

ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad pre-suntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil. Se trataba además de actividad delictiva no agotada, sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar. Tienen componentes muy distintos las valoraciones y ponderación a efectuar cuando se trata de investigar una actividad delictiva ya sucedida, que cuando se trata además de impedir que se perpetúe, más en una materia tan sensible como esta en que las víctimas son menores (...)⁹. Tomado de la página web <https://www.legalgestion21abogados.com/post/2016/11/02/-puedo-controlar-el-m%C3%B3vil-de-mi-hijo>. Consulta realizada el 14 de septiembre de 2020. Dentro de otro contexto, esas pruebas se hubieran podido considerar ilegítimas, al conculcar el derecho a la intimidad de la persona, en este caso la hija menor de edad; sin embargo, estimamos que el tribunal procedió con buen tino, habida cuenta del peligro en que estaba inmersa la niña, solución que estimo podría aplicarse en Venezuela.

6. Las comunicaciones privadas pueden ser verbales o escritas, mediante el uso de sistemas tradicionales (papel) o informáticos, necesariamente entre dos o más personas, que tengan contacto presencial físico o a distancia, no es indispensable que sea sincrónica, por lo que pueden utilizarse dispositivos técnicos para llevarlas a cabo, cuyo contenido es reservado.
7. Las indicadas comunicaciones privadas son las que gozan de la protección legal, en el sentido de preservar su confidencialidad y su inviolabilidad, salvo que medie autorización judicial para su interceptación o grabación.
8. La interceptación solamente puede efectuarse en investigaciones de asuntos penales, por lo que no sería posible que se expidiera una orden de esa naturaleza para temas que correspondan a materia civil.
9. La patria potestad es una institución que genera deberes y derechos para padres e hijos, y aquellos deben ejercerla de manera conjunta, en los términos indicados en la ley.
10. Uno de los deberes más relevantes que le impone la ley a los padres y representantes es el de la responsabilidad de crianza.
11. La Constitución de la República y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, le imponen a los progenitores y representantes, derivado del ejercicio de la patria potestad el compromiso compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos.
12. Consecuencia de la responsabilidad que se le asigna a los padres y representantes se les otorga la facultad de corrección a los hijos y representados, siempre que no se vulneren sus derechos, entre los que se encuentran la inviolabilidad de la correspondencia y la intimidad.
13. Por su parte los hijos, por mandato de la ley, deben honrar, respetar y obedecer a sus padres, representantes o responsables, condicionado a que sus órdenes no violen sus derechos y garantías o contravengan al ordenamiento jurídico; además, tienen el deber de ejercer y defender activamente sus derechos.
14. De acuerdo con el dispositivo legal, los padres o representantes deben vigilar a sus hijos o pupilos, lo que en nuestro concepto implica una supervisión constante y adecuada de las acciones desplegadas por el hijo o el pupilo; pero, al contrastar esta obligación con el deber del representado de ejercer y defender activamente sus derechos; ¿el hijo o el pupilo podrían oponerse en virtud de que el representante está vulnerando su derecho a la intimidad?
15. Constitucional y legalmente, todos los niños y adolescentes tienen derecho al honor, reputación y propia imagen. Asimismo, se les consagra el derecho a la vida privada e intimidad de la vida familiar; derechos que no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales. Igualmente, la Constitución y la ley, les ampara la inviolabilidad de su hogar y de su correspondencia.
16. Los padres y representantes tienen la facultad de supervisar ordinariamente, con miras a la formación del hijo o del pupilo, que estos cumplan con todas las actividades que le han sido asignadas.
17. En los casos en que se ha delegado la custodia del niño o del adolescente, el custodio asume las facultades y deberes de los representantes para la supervisión de los niños o adolescentes que les hayan confiado, pero la corrección, de ser el caso, debe ser autorizada por los padres o el tutor.
18. En razón de que la ley le asigna a los padres y tutores, la responsabilidad de crianza, consideramos que la norma que impide las injerencias arbitrarias o

ilegales en la intimidad de los niños y adolescentes está dirigida a los terceros, bien sean personas naturales o jurídicas, salvo que se les haya delegado la custodia del niño o del adolescente, quienes mientras ejerzan la custodia, tienen los mismos derechos y deberes, en cuanto a la vigilancia, de los padres y representantes, en cuanto a la supervisión de las actividades y acciones de sus representados, cuya finalidad es la de protegerlos física y moralmente.

19. La autoridad judicial, a solicitud del Ministerio Público o de la policía de investigación penal, con la anuencia de aquel, puede ordenar la incautación o interceptación de las comunicaciones de los niños y adolescentes.