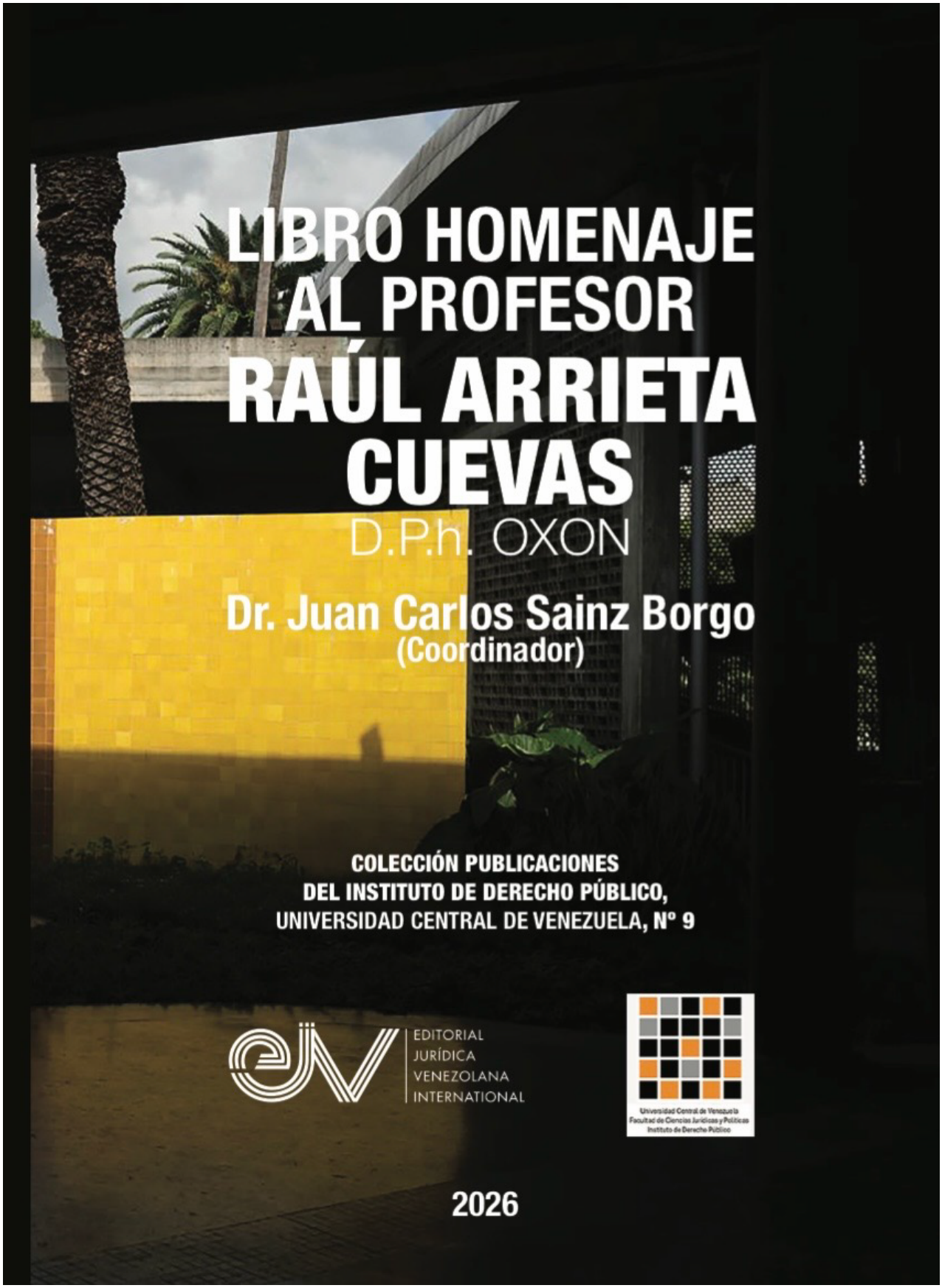

LIBRO HOMENAJE
AL PROFESOR
RAÚL ARRIETA
CUEVAS
D.P.h. OXON
Dr. Juan Carlos Sainz Borgo
(Coordinador)
COLECCIÓN PUBLICACIONES
DEL INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO,
UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA, Nº 9
EDITORIAL
JURÍDICA
VENEZOLANA
INTERNATIONAL
Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Instituto de Derecho Público
2026

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
RAÚL ARRIETA CUEVAS D.P.h. OXON

Colección ediciones conjuntas con el Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela

1. Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Siete Tomos, Caracas 1975-1979.
2. Hildegard Rondón de Sanso, *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Caracas 1981.
3. Alfredo Arismendi A., *Contribución a la Bibliografía del Derecho Constitucional y su Historia*, Caracas 2005.
4. Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional*, Caracas 2007.
5. Víctor Hernández-Mendible, Allan R. Brewer-Carías, José Ignacio Hernández y José Araujo-Juárez, Nacionalización, *Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*, Caracas 2008.
6. Carlos Luis Carrillo Artiles, *Derecho Disciplinario Judicial*, Caracas 2012.
7. Allan R. Brewer-Carías, *Estudios sobre Petróleos de Venezuela, PDVSA, y la Industria Petrolera Nacionalizada 1974-2021* (Presentación: Gustavo Urdaneta Troconis; Prólogo: Román José Duque Corredor), Caracas 2021.
8. Carlos Luis Carrillo Artiles (Coordinador), *Inhabilitación Política de Servidores Públicos en Cargos de Elección Popular*, Caracas 2025.
9. Juan Carlos Sainz Borgo (Coordinador), *Libro Homenaje al Profesor Raúl Arrieta Cuevas D.P.h. OXON*, Caracas 2025.

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR RAÚL ARRIETA CUEVAS D.P.h. OXON

Dr. Juan Carlos SAINZ BORGO

(Coordinador)

Colección Instituto de Derecho Público
Universidad Central de Venezuela

N° 9

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Instituto de Derecho Público

editorial jurídica venezolana
international
2026

© Juan Carlos Sainz Borgo (Coordinador)

ISBN: 979-8-89692- 495-1

Editado por Editorial Jurídica Venezolana
Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational@gmail.com

Portada: Alexander Cano
Foto de portada: Thais Aguerrevere
Diagramación, composición y montaje
por: Mirna Pinto, en letra Times New Roman, 12
Interlineado exacto 13.5, Mancha 13 x 19.5

RAUL ARRIETA CUEVAS

RAUL ARRIETA CUEVAS
SU FORMACIÓN, ACTIVIDAD ACADÉMICA Y PROFESIONAL

— FORMACIÓN

- Universidad Católica de Chile (1964-1973) Derecho y Filosofía.
- University of Oxford (1974-1978) D. Phil (Doctor of Philosophy) Faculty of Social Science, Sub Faculty of Politics. England.
- University of Sussex (1979) Post-doctoral Seminar on International Economics. England.
- Reválida que otorga el título de abogado por la Universidad de Carabobo, el 25 de julio de 1992.
- Miembro del Colegio de Abogados del Estado de Carabobo inscrito en 1992.
- Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela (UCV 1979).
- Director del Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (1979-1982).
- Coordinador del Postgrado en Derecho Internacional Económico y de la Integración de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. (1993 hasta su jubilación).
- Consultor Jurídico de la Universidad Central de Venezuela. (2012-2015).
- Profesor de postgrado en la UCV hasta su jubilación.

- Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello por más de diez (10) años y en la Universidad Central de Venezuela por más de treinta (30) años. Profesor de postgrado de ambas Universidades.

— LIBROS PUBLICADOS

- Estrategias Nacionales de Política Ambiental. Una Propuesta de Sistematización. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. (mayo de 1980).
- Jurisprudencia en Materia de Deuda Externa Privada. (1987) Fundación Procuraduría General de la República. Impreso en junio de 1989.
- Círculos Bolivarianos. La democracia participativa según Chávez. Veporlibertad y Fundación Konrad Adhenauer. 2003.
- Final Report. Examination of the American Convention on Human Rights in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela. Veporlibertad. 2005.

— EXPERIENCIA PROFESIONAL

- Consultor del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. (1979-1980)
- Consultor del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Cámara de Diputados de los Estados Unidos de México. (1980-1983)
- Asesor Jurídico de la Comisión Nacional de Legislación y Jurisprudencia (Ministerio de Justicia. Venezuela. (1980-1985)
- Consultor de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela. CANTV. (1984-1990)
- Secretario del Tribunal Arbitral Neptune Mining Company VS Gobierno de Nicaragua. (1986-1988)
- Consultor de la Fundación Procuraduría General de la República. 1987-1991)
- Director del Instituto Interamericano de Mercado de Capitales. Sede Venezuela (1989-1992)

- Consultor del Estado Mérida. Venezuela. (1994-1997)
- Vocal de la Comisión Antidumping. Venezuela. (1995-2003)
- Consultor Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE) (1995-2000)
- Consultor Junta de Emergencia Financiera. (1995-2000)
- Agente del Estado. República de Venezuela. República Bolivariana de Venezuela. (1997-2001)

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Juan Carlos APITZ B. 19

PREÁMBULO

Gustavo URDANETA TROCONIS 21

PRÓLOGO

Juan Carlos SAINZ BORGO 23

LOS TESOROS DE VIDA DE RAÚL ARRIETA CUEVAS

Cecilia SOSA GÓMEZ 27

LA RECEPCIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Raúl ARRIETA CUEVAS 33

REFLEXIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTADO DE DERECHO. EL PODER PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999. PROBLEMAS ACTUALES

Ana Elvira ARAUJO GARCÍA 117

EL *HABEAS CORPUS* COMO RECURSO DE PROTECCIÓN A LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS Y CONSULARES DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA APLICADO POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, SIN RENUNCIA A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMÁTICAS Y LA CONVENCIÓN DE RELACIONES CONSULARES

María Teresa BELANDRIA EXPÓSITO 139

EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SUS APORTES A LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA

Milagros BETANCOURT C. 171

ESTADO Y DEMOCRACIA EN VENEZUELA: PASADOS Y FUTUROS PRESENTES

José Javier BLANCO RIVERO 187

SOBRE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO: APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Allan R. BREWER-CARÍAS 217

LA CONSTITUCIÓN DE PAPEL

Humberto BRICEÑO LEÓN 269

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA CONTROVERSIA DEL ESEQUIBO

Héctor FAÚNDEZ LEDESMA 283

PROTECCIÓN DE MUJERES PERIODISTAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: LOS CASOS DE YOANI SÁNCHEZ Y JINETH BEDOYA

Mariateresa GARRIDO V. 319

"CÓMO UNA CLASE CON ARRIETA ME CONDUJO A MI TESIS DE GRADO"

Veronique GONZÁLEZ 339

EL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL COMO UNA HERRAMIENTA DEL DERECHO COMPARADO

Víctor Hugo GUERRA HERNÁNDEZ 345

ALGUNAS REFLEXIONES PARA VENEZUELA DEL MARCO REGULATORIO EN MATERIA DE COMPETENCIA DE LA CAN Y MERCOSUR

Litsay GUERRERO ALBORNOZ 373

"EL PROTOCOLO DE MINNESOTA SOBRE LA INVESTIGACIÓN DE MUERTES POTENCIALMENTE ILÍCITAS. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE SU CONTENIDO E IMPORTANCIA"

Valentina GUZMÁN RAMOS 383

¿ES POSIBLE UNA CONCEPTUALIZACIÓN CONSENSUADA Y UNIVERSAL DEL TERRORISMO?

Karla HERNÁNDEZ SCOTT..... 401

EL CASO VENEZOLANO Y LAS DIMENSIONES DEL NUEVO AUTORITARISMO

Miguel Ángel LATOUCHE..... 419

EL TRABAJO DEL FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA ATENCIÓN A LA SALUD Y LA SEGURIDAD DE LAS MUJERES Y NIÑAS EN VENEZUELA

Onandia MARTÍNEZ 447

LA SISTEMATICIDAD Y GENERALIDAD EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: ELEMENTOS CLAVE EN SU COMISIÓN

Thairi N. MOYA SÁNCHEZ..... 461

GUYANA BAJO LA SOMBRA DEL CRIMEN ORGANIZADO Y LA CORRUPCIÓN

Jesús OLLARVES IRAZÁBAL 485

LOS PRINCIPIOS COMO LÍMITES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL SEGÚN LA TEORÍA DE DWORKIN

Gonzalo Federico PÉREZ SALAZAR 513

EN PRINCIPIO FUE EL CONTRATO: ORIGEN DEL ESTADO, INTENCIONES Y DISCURSOS REVOLUCIONARIOS EN LA INDEPENDENCIA DE VENEZUELA

Luís Daniel PERRONE 527

CONSIDERACIONES RESPECTO AL DERECHO AL OLVIDO

Eduardo RODRÍGUEZ WEIL 547

DERECHOS HUMANOS: DE LA RUPTURA DEL CONSENSO A LA CONFRONTACIÓN. UN MAPA DE VIAJE HACIA EL FUTURO

Juan Carlos SAINZ BORGO 565

APUNTES SOBRE PRIVATIZACIÓN

Samantha SÁNCHEZ MIRALLES 597

LA RELACIÓN ENTRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS COMISIONES DE LA VERDAD

Juancarlos E. VARGAS ÁLVAREZ 613

EL TRASPLANTE LEGAL Y LOS NUEVOS DERECHOS

Rómulo VELANDIA PONCE 641

LA DIÁSPORA COMO EXPRESIÓN DE LA MIGRACIÓN GLOBAL: IMPORTANCIA, RETOS Y ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL

Sabrina VELANDIA R. 671

"SANCIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES Y EXCEPCIONES POR RAZONES HUMANITARIAS: CASO DE LAS SANCIONES ECONÓMICAS IMPUESTAS A VENEZUELA Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS BÁSICOS (AGUA Y ELECTRICIDAD)"

María del Carmen ZAMBRANO DURÁN 697

DEL RÍO ODER AL ACUERDO DE ESCAZÚ. UNA TRAVESÍA HACÍA LA GEOPOLÍTICA AMBIENTAL

Anna Karerina ZAMBRANO UZCÁTEGUI 711

PRESENTACIÓN

Juan Carlos APITZ B.*

El presente libro constituye un merecido homenaje al profesor Raúl Arrieta Cuevas, cuya trayectoria académica y humana dejó una huella profunda en el estudio y la enseñanza del Derecho en América Latina.

Nacido en Chile, el profesor Arrieta dedicó su vida a la reflexión crítica y al desarrollo de una ciencia jurídica comprometida con la integración entre estados, la justicia y la dignidad humana. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago en 1967, prosiguió su formación en la Universidad de Oxford, donde obtuvo el título de Doctor en Filosofía en 1978, y posteriormente realizó estudios posdoctorales en la Universidad de Sussex. Su sólida formación internacional le permitió integrar una perspectiva amplia y rigurosa a sus investigaciones sobre Derecho Público, Constitucional e Internacional.

En 1984, ingresó por concurso al Instituto de Derecho Público, en la sección de Derecho de la Integración, de la cual llegó a ser coordinador, impulsando una línea de pensamiento orientada al estudio del Derecho como instrumento de cooperación y desarrollo regional. Su labor docente fue igualmente ejemplar: impartió clases tanto en pregrado —en materias de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional— como en posgrado, donde destacó como coordinador del Curso de Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración.

Su compromiso con la formación de nuevas generaciones de juristas se consolidó durante su gestión como Director del Centro de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, cargo que ejerció con dedicación y excelencia desde 2011.

---

* Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.

El profesor Raúl Arrieta Cuevas falleció en 2022, dejando un legado intelectual y humano que sigue inspirando a quienes compartieron con él la pasión por el Derecho y la vocación por el servicio público.

Este libro reúne los aportes de colegas, discípulos y amigos que desean rendir tributo a su memoria. En sus páginas se reflejan las múltiples dimensiones de su pensamiento, su compromiso académico y su ejemplo ético. Más que un homenaje, estas líneas son expresión de gratitud hacia un maestro que enseñó, con su vida y su obra, que el Derecho solo cobra sentido cuando se pone al servicio de la humanidad.

Ciudad Universitaria de Caracas,
4 de noviembre de 2025.

PREÁMBULO

Gustavo URDANETA TROCONIS*

Desde la culminación de la carrera de derecho en la Universidad Católica de Santiago, en su Chile natal (1967), y hasta su lamentable desaparición física a inicios de 2022, Raúl Arrieta Cuevas desarrolló una intensa y variada actividad profesional que gravitó siempre en torno a la docencia y a la investigación. Parte fundamental de esa actividad la realizó en y desde el Instituto de Derecho Público, al cual había ingresado en 1984 y en el que permaneció hasta su jubilación, durante prácticamente tres décadas. Su actividad de investigación jurídica la compartía con otras responsabilidades académicas y profesionales; en las que pudo demostrar el profundo conocimiento adquirido en su sólida formación, que incluía el título de Doctor en Filosofía de la Universidad de Oxford (1978) y estudios posdoctorales en la Universidad de Sussex.

Su ingreso al Instituto de Derecho Público se había producido al ganar el concurso de credenciales abierto para proveer una plaza de investigador adscrito a la Sección de Integración de este Instituto, de la cual llegó a ser coordinador años después. Siendo una de las funciones de los institutos de investigación la de coadyuvar con la actividad docente, el profesor Arrieta Cuevas siempre impartió clases tanto en el pregrado como en el posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, e incluso fue Coordinador del Curso de Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración, del Centro de Estudios de Posgrado de dicha Facultad. De este último llegó a ser Director Adjunto y, desde 2011, su Director titular.

Como un homenaje a la memoria del profesor Raúl Arrieta Cuevas, el Instituto de Derecho Público se propuso editar un libro destinado a recoger trabajos escritos en las diferentes áreas jurídicas a las cuales él dedicó su

---

* Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela.

atención preferente. La propuesta tuvo una acogida inmediata y entusiasta. Fue aprobada por el Consejo de la Facultad, y de su coordinación quedó encargado el Dr. Juan Carlos Sainz Borgo, miembro también del Instituto de Derecho Público, acompañado de un Comité Académico integrado por los profesores Carlos Luis Carrillo, Jesús Ollarves y Thaís Mora.

Su labor llegó a feliz término y el resultado es la presente obra, que recoge trabajos elaborados por sus colegas, sus alumnos y sus amigos en las diversas ramas del Derecho Público dentro de las cuales el profesor Arrieta Cuevas se desempeñó con gran solvencia a lo largo de su fructífera y diversificada vida profesional. Se reúnen aquí valiosos aportes en temas diversos del Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Internacional Público, con especial atención al Derecho Internacional Económico y a los Derechos Humanos, sin olvidar algunas referencias a sus valiosas condiciones personales y humanas.

Para el Instituto de Derecho Público es verdaderamente un honor presentar esta colección de elaboraciones doctrinales que dan testimonio del afecto y la admiración que sus colegas y amigos profesaron a Raúl Arrieta Cuevas, así como de lo provechoso de su incansable labor docente en la formación de sus alumnos. La calidad de los trabajos aquí reunidos hará de este libro una obra de provechosa consulta para los estudiosos de las áreas jurídico-públicas cultivadas por él.

PRÓLOGO

Juan Carlos SAINZ BORGO*

Este es un homenaje a la vida de Raúl Arrieta Cuevas, el profesor, el académico, el amigo. Es un homenaje organizado desde su casa, el Instituto de Derecho Público, del cual fue investigador por muchas décadas. Este es un espacio de dialogo académico en honor a quien fuera un profesor, investigador, académico y sobre todo un pensador en el área del derecho público venezolano.

Desde la llegada a la Universidad Central de Venezuela, hizo del Instituto su casa, su área de influencia, su espacio. Este texto reúne 28 aportes de sus colegas, alumnos y amigos en las áreas del derecho público. El Instituto de Derecho público decidió invitar a la comunidad que la compone a un crear espacio de reflexión, al cumplirse el primer año del fallecimiento de Raúl, en Diciembre del año 2022 y a partir de esa fecha se conformó un comité coordinador, integrado por los miembros del Instituto de Derecho Público: Profesores Juan Carlos Sainz Borgo y Carlos Luis Carrillo Artiles, además de un miembro de la Catedra de Derecho Internacional Público, el Profesor Jesús Ollarves Irazábal y una alumna egresada del Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas, la Doctora Thairi Moya, actual profesora de la Universidad Complutense de Madrid.

El presente volumen reúne 28 trabajos, que podrían ser clasificados de muchas formas. Pero quizás la más simple sería desde la perspectiva dualista, 15 trabajos están dentro de la esfera del derecho internacional y 12 trabajos

---

* Editor y Coordinador del Comité Editorial. Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela. Magister en Políticas Públicas por la Universidad de Oxford en 1998 y doctor en Ciencias Jurídicas en 2006 por la Universidad Central de Venezuela. Investigador del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. En el año 2023 fue designado Vicerrector de la Universidad para la Paz con sede en San José, Costa Rica.

están en el área del derecho constitucional. Por último, aunque se encuentre como prologo al presente volumen hay un texto de la Dra. Cecilia Sosa Gómez, académica, profesora y compañera de Raúl durante toda una vida, titulado: "Los tesoros de la vida de Raúl Arrieta Cuevas". La lectura del texto de Cecilia Sosa vale la pena la edición de este libro.

La obra escrita de Raúl Arrieta Cuevas no es muy extensa. Raúl era fundamentalmente un pedagogo y un pensador. La disciplina que aparentemente más le seducía era el derecho constitucional y de allí al derecho internacional, sin apellidos. Y me atrevo a mencionar el derecho constitucional como su disciplina favorita, porque este derecho requiere un dominio de muchas disciplinas, desde la teoría del estado, la filosofía política y la historia del país al cual se dedica el análisis constitucional. Era normal el silencio que despertaba en los salones de clases, cuando Raúl preguntaba sobre el Tratado de Coche, que puso fin a la Guerra Federal del siglo XIX venezolano. También era normal el silencio cuando citaba a cualquiera de los pensadores políticos, clásicos o contemporáneos, en especial su siempre respetado profesor Isaiah Berlín.

Por todo lo anterior, hemos decidido publicar en este texto, un análisis escrito por Raul Arrieta Cuevas y nunca publicado, que presenta su pensamiento sobre la situación venezolana, desde la perspectiva de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional. El texto: "La Recepción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela" lo hemos incluido después del texto de presentación de Cecilia Sosa, como un testimonio del pensamiento y el rigor científico del homenajeado en el área de estudio que era sus pasiones: el derecho y Venezuela.

Como menciona Cecilia Sosa en su texto, Raúl adaptó para su vida, muchas máximas de la Universidad de Oxford. Muchas veces lo oí repetir: "si comienzas una investigación, si ya conoces el resultado. ¿Entonces cuál es el propósito de hacerla?" Esta máxima resume en gran medida la vida intelectual del Profesor Raúl Arrieta: cuando un tema se convertía en relevante para su vida, desde una consulta en clase, una investigación de un alumno, un tema para un artículo o una conferencia no cesaba de investigar. Buscaba el artículo, compraba el libro, llamaba a colegas para pedir fotocopias en bibliotecas extranjeras, reflexionaba en voz alta y en voz baja, hasta que conseguía la solución. Luego, producía la materialización de la idea y seguía adelante. Así era todo en su vida, encontraba un problema, lo analizaba, lo estudiaba y una vez que lo dominaba, seguía adelante.

Raúl fue mi profesor de Derecho Internacional Público en segundo año de la carrera, en la Escuela de Derecho de la UCV, en el turno vespertino, durante los años 80. En esa época terminaba su labor como asesor en el proceso de renegociación de la deuda externa venezolana frente a los grandes bancos de los Estados Unidos y además fumaba de forma impenitente en clases, como era normal en esa época. Unos pocos años después, no lo vi fumar más. Y le pregunte: ¿Raúl cuando dejaste de fumar? Y me contesto hace pocas semanas o días, no recuerdo. Y le pregunte nuevamente: ¿Así, tan fácil? Y me contesto: Si, así soy yo. Hoy tengo algo y mañana lo puedo dejar. Ese fue siempre el norte de su vida, hasta el final, cuando ya no pudo dejar a un lado su gran dolor.

Este libro es un espacio de dialogo y celebración. Son un conjunto de reflexiones que convoca a miembros de la comunidad que convivió con Raúl Arrieta Cuevas una parte importante de la construcción del derecho público en Venezuela, en el tránsito de varias décadas, desde la opulencia de los años 80 del siglo XX hasta las crisis del siglo XXI.

Deseo expresar mi agradecimiento a todos los que han hecho posible la realización del libro. A las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, así como del Instituto de Derecho Público, el Dr. Gustavo Urdaneta, Director del Instituto, Dr. Juan Carlos Apitz, Decano de la Facultad, a los y las colegas integrantes del Comité Editorial Profesor Carlos Luis Carrillo Artiles, el Profesor Jesús Ollarves Irazábal y la profesora Dra. Thairi Moya. Igualmente quiero expresar el especial agradecimiento al Profesor Juan Carlos Vargas por su apoyo en la localización de antiguos estudiantes del Doctor Raúl Arrieta. Mención especial requiere el Dr. Allan R. Brewer-Carías, por su liderazgo en la publicación final del texto. Asimismo, y de forma especial quiero agradecer a cada uno de los colaboradores en esta publicación, quienes habiendo conocido a Raúl Arrieta y habiendo compartido cada una de sus facetas, aportaron su conocimiento para conformar este volumen que retrata el derecho público que vivimos en esta segunda década del siglo XXI.

El listado extenso con sus respectivos artículo está disponible en el índice, pero no quiero dejar de expresar mi agradecimiento a cada uno, con su nombre propio y en el orden alfabético: Ana Elvira Araujo, María Teresa Belandria, Milagros Betancourt, José Javier Blanco Rivero, Allan R. Brewer-Carías, Humberto Briceño León, Héctor Faúndez Ledesma, Veronique González, Víctor Hugo Guerra Hernández, Litsay Guerrero Albornoz, Valentina Guzmán Ramos, Karla Hernández Scott, Miguel Ángel Latouche, Onandia Martínez, Jesús Ollarves Irazábal, Thairi N. Moya Sánchez, Gonzalo Federico Pérez Salazar, Luís Daniel Perrone, Eduardo Rodríguez Weil, Juan

Carlos Sainz Borgo, Samantha Sánchez Miralles, Juancarlos E. Vargas Álvarez, Rómulo Velandia Ponce, Sabrina Velandia R, María del Carmen Zambrano Durán y Anna Karenina Zambrano Uzcátegui.

El libro que tiene en las manos es un espacio de encuentro entre académicos, profesores y antiguos alumnos y alumnas que tuvimos la oportunidad de compartir con Raúl Arrieta Cuevas. Nos une un conjunto de valores en los cuales creímos y creemos. Parafraseando al gran filosofo de Raúl Arrieta Cuevas: "…la comunicación entre individuos, grupos o culturas es posible porque la diversidad de valores de los hombres no es infinita. Existe un horizonte común: los valores objetivos y a menudo incompatibles de la humanidad, entre los cuales es preciso y a menudo doloroso elegir..." (Isaiah Berlín, 1993). Nosotros los que aquí nos congregamos ya elegimos.

LOS TESOROS DE VIDA DE RAÚL ARRIETA CUEVAS

Cecilia SOSA GÓMEZ*

Fuimos pareja, compañeros y amigos durante más de cuarenta años. Vivimos todas las etapas del amor, y siempre podíamos volver a empezar. La esencia de nuestra relación fue siempre la palabra, conversar durante horas; a él las ideas le fluían una tras otra, todo lo que había leído se almacenaba en alguna parte de su cerebro y creaba redes de afinidad; por eso contaba la experiencia de los libros como si los viviera y establecía relaciones causales entre temas; mezclaba experiencias vividas con lecturas que ya con el tiempo a veces perdía la fuente. Su habilidad para ajustar a la realidad sus lecturas, era un talento personal.

Aprendí a adelantármele a sus argumentos y descripciones con una afirmación rápida o una pregunta, para intercambiar criterios, aunque él ya adivinaba el desarrollo de la idea, resultando atractivo su análisis, y guardaba siempre un final.

---

* Abogado. Graduada en la Universidad Central de Venezuela (UCV). Doctor en Derecho Universidad Paris 1, La Sorbona. Se inicia como Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, UCV; luego, director del Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesor visitante Cátedra Andrés Bello, St Antony College, Oxford, Inglaterra 1977. Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la UCV, UCAB y Universidad Arturo Michelena. Juez de la República desde 1985 hasta 1999. Magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia desde 1996 a 1999. Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. Director Académico de la organización Bloque Constitucional de Venezuela desde 2006. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Era un hombre fascinante. Aprendí mucho de la magia con la que gozaba lo que significa vivir en los espacios culturales, académicos, familiares, de amistad y con sus alumnos.

Conocí a Raúl en un lugar donde él se sentía a sus anchas, en la ciudad de *Oxford* (Inglaterra), ciudad que conocía al detalle, era su gran casa. Cuando lo observaba recorrer sus calles y lugares, anduviera a pie o en carro, se sentía importante, vestido con los siglos que caían en sus hombros, que le trasmitía el no paso del tiempo rodeado de estructuras y paisajes; todo organizado, aunque no lo pareciera, con las estrictas exigencias académicas asociadas a una arquitectura pensada para recoger el conocimiento, con normas no escritas pero que todos sus estudiantes iban descubriendo y se adaptaban a ellas sin esfuerzo. Ese misterio producía en Raúl una libertad excelsa, unida a la idea de formarse un mundo que le podía dar todo o nada, y al final decidió traerlo todo consigo. Se construyó una vida que giraba en torno al principio de cómo alcanzar más conocimiento y con ello felicidad.

Siempre recordaré una frase que él tomo para sí, dicha por Malcolm Deas, profesor del *St Antony´s College* de la Universidad de Oxford donde Raúl estudió y obtuvo el doctorado en Filosofía: "...Inglaterra es como un viejo Galeón, al que se le arreglan las velas, se le cambian los mástiles, pero navega sin importar los años que pasan, siempre está dispuesto a surcar los mares y resguardar su identidad". Así concibió Raúl su vida.

El día que le conocí me invitó con orgullo a ir de compras al mercado público de la ciudad, "*The Covered Market*", como muestra de su independencia como hombre que vivía solo; los espacios abiertos los recorría con amor, y recuerdo cómo se lució enseñándome la diferencia de las distintas aves de corral, así como los detalles de colores y formas en la variedad de frutas y vegetales. Hacía de aquello una escuela abierta, conocía las costumbres inveteradas, lo que le daban carácter único a aquel lugar, y donde parecía que él hubiese vivido siempre.

La libertad de pensar era la esencia del gozo intenso de los principios que Raúl transformó en parámetros de su conducta. El saberse libre. No tenía ataduras, pero sí bases mínimas de vida, verdad, lealtad y hacer el bien, principios que inculcó a nuestros hijos, César, Raúl y Andrés, con el toque británico de entenderlas y practicarlas, sin hacerlas visibles.

Lo atractivo de su personalidad fue siempre la manera en que creaba las expectativas en su discurso, fuera clase o conferencia, sus lecturas las transformaba en conocimiento, el aprendido, haciendo seguir la argumentación y aceptarlo como una enseñanza, y sin que siquiera, él mismo, se hubiera dado cuenta que eso pretendía.

Por eso fue un formador de curiosidad para descubrir saberes, inculcaba en sus alumnos el esfuerzo por ser los mejores en todo lo que emprendieran; no para los demás sino para sí mismos, sin olvidar estar alerta de cómo mutaba el pensamiento y el comportamiento académico cuando le agregas información, la procesas y la trasmites, siempre preguntándoles para qué.

Tenía Raúl admiración por la grandeza, expresada en ciudades, historia, política, música, ballet, en los estudios de los grandes filósofos, en los juristas abiertos que aportaran nuevos métodos de leer lo antiguo, admiraba a los genios del manejo del arte del vidrio, adoraba los cuadros u objetos que llenan el alma con sólo mirarlos; ellos generaban en su interior un vínculo que le permitía recorrer las maravillas de la cultura y lo hacía una y otra vez, para terminar diciendo: qué difícil es aportar algo nuevo. Sin embargo, esa forma de ver la belleza se trasladó también al logro de sus alumnos, ello le producía una fuerza que lo oxigenaba y más quería aprender.

El amor a la fotografía fue perenne en su vida, gozaba manejando la cámara y estudiando en libros todos los detalles para tomar fotos. Debo decir que el método para encontrar la perfección en este hobby le tomó demasiado tiempo y no llegó a cumplir sus auto-exigencias durante el aprendizaje. Admiraba el arte fotográfico y coleccionaba libros de los grandes genios que eran capaces de captar el alma y carácter de quien posaba, admiraba la hermosura de facciones, pose y mensaje.

El magnetismo de su personalidad estaba centrado en resolver un problema, encontrar la estrategia para lograrlo, y cuando encontraba el resultado, consideraba que no había que explicarlo dejándolo por escrito. Su oralidad en clase fue determinante, por eso dejó pocos libros escritos. No sé si ese método tan drástico lo aprendió en Chile, en Inglaterra, o en Venezuela, ya que ser graduado de doctor en Oxford hacia auto exigente en su desempeño y conocimiento.

A finales de 1978 vino por primera vez al Caribe, y su encuentro con nuestro mar, bajando del avión, fue Todasana, Distrito Federal. El primer comentario que hizo fue: estoy en un lugar completamente nuevo, cierto que esto es el nuevo mundo, inimaginable para quien vive entre la cordillera de los Andes y el océano Pacífico. Me dijo: “Esta tierra es el paraíso” y agregó “...la sensación de que el sol caliente mi piel, nunca lo había sentido” ... En su segundo viaje a Venezuela navegó el Orinoco, de Cabruta a Soledad en curiara, donde tomó las fotos más bellas de su vida. No hay duda que este país lo cautivó para siempre.

Su inicio de la actividad académica en Venezuela fue inmediato. A los pocos días de su segundo viaje, con la voluntad de quedarse en Venezuela, tuvo

una entrevista con el Decano de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Dr. Alfredo Morles Hernández, y salió de ese encuentro como Director de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), sucediendo al Profesor Hugo Mármol Marquíz, quien deseaba separarse del cargo. Ese día de 1978 comenzó su carrera académica en Venezuela. Esa confianza del Decano siempre la agradeció.

Se desempeñó como profesor, de pregrado y postgrado en la Universidad Católica, y luego también en pre y postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. En sus últimos años universitarios estuvo al frente de la Dirección de postgrado de la misma Facultad, y antes de jubilarse se desempeñó como Consultor Jurídico de la Universidad Central de Venezuela, creo que fue el cargo que menos satisfacciones le dio.

Fueron 40 años de relación muy cercana con sus alumnos a los que siempre les preguntaba para qué sirve lo que lees y aprendes, debes apreciar y escoger lo que vale y satisface el corazón, la voluntad permanente de enseñar a pensar fue su misión.

Agradezco a todos los profesores que lo recuerdan en este libro con el aporte de sus ensayos, por tener la oportunidad única de sumarme al homenaje del profesor Raúl Arrieta Cuevas, pues yo también fui su alumna y no precisamente en las aulas de clase, sino de vida y experiencias de la convivencia juntos. Nos amamos con pasión, y compartimos nuestros enfoques, en los que unas veces coincidíamos y otras no.

Hoy pienso que él ha podido ser un abogado litigante de primera línea no sólo por su preparación, sabía derecho venezolano, había cumplido la reválida de la carrera en la Facultad de Derecho en la Universidad de Carabobo, inscrito en el Colegio de la misma entidad federal, con experiencia en tribunales, nacionales y extranjeros, y sin embargo decidió dar un giro crucial y fue mutando hacia la carrera de profesor universitario a tiempo completo, principalmente en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Su vocación y dedicación universitaria fue auténtica, siempre estudiar para enseñar, siendo el trabajo que lo absorbió absolutamente.

Tanto es así que en sus muchos años de ininterrumpida docencia que dejó una estela de cabezas pensantes que siempre tendrán algún detalle que contar de sus clases, y lo recordarán.

Caracas, junio de 2025.

ESTUDIOS

LA RECEPCIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA*

Raúl ARRIETA CUEVAS

Sumario: I. Introducción: el itinerario revolucionario. II. Análisis del tratamiento de los derechos humanos en los instrumentos internacionales y en la Constitución, con especial referencia a la libertad de pensamiento y expresión. III. Régimen de recepción de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en la Constitución de 1999. IV. Carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de la Corte IDH y de CIDH para los Estados. V. Posición de la CIDH y la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión ante la situación de los derechos humanos en Venezuela. VI. Casos ante la CIDH por violación a la libertad de Expresión en Venezuela. Recuento de las acciones tomadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la situación de los derechos Humanos en Venezuela. VII. Situación de otros derechos humanos a la vida, la integridad personal, la libertad personal, a la justicia y a los derechos humanos en la frontera, entre otros. VIII. Origen de discrepancias sobre la interpretación de la Convención y ejecución de los informes y recomendaciones de la CIDH y de las resoluciones y sentencias de la Corte IDH. IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: EL ITINERARIO REVOLUCIONARIO

Dentro del ideario político de Chávez, las fuerzas populares desatadas al asumir la Presidencia de la República en 1999 sólo encontrarían su cauce democrático a través de la convocatoria del Poder Constituyente Originario que tendría un doble objetivo, de acuerdo con el principio de la soberanía popular. Por una parte, modificar y transformar el ordenamiento constitucional,

---

* Este Informe fue escrito por su autor en el año 2005, se publica por primera vez.

para así realizar los cambios que el país exige, y que implican la legitimación del marco institucional y la transformación del Estado, sobre la base de la primacía del ciudadano, y por la otra, permitir al Gobierno Nacional acometer el proceso de cambio a través de un mecanismo que implique la participación directa del ciudadano para armonizar los criterios que permitan la aprobación de una Constitución que satisfaga las expectativas del pueblo y cumpla los requerimientos técnicos del Derecho Constitucional Democrático.

La experiencia vivida durante los casi seis años de gobierno de Chávez muestra que la creación del poder popular, indispensable para la consolidación del Proyecto Revolucionario, no se genera en forma automática con la constitución de una organización política cerrada, altamente ideologizada, impermeable al mundo externo como ha resultado ser el MBR-200, sino que es indispensable la creación de un movimiento de masas en el cual la participación popular sea el corazón de cualquier corriente revolucionaria.

La carencia de un poder popular organizado y participativo es el talón de Aquiles del proyecto. Hasta ahora, Chávez ha fracasado en el desafío que significa construir un instrumento político a la altura de su Proyecto Revolucionario, que asegure la participación. No hay un espacio en que las personas que se identifican con el proceso puedan discutir hacia donde debe ir, qué se debe hacer, ni mucho menos cómo pueden participar en la construcción de la economía, o en las tareas de gobierno, ni siquiera en las locales.

Los proyectos a nivel local, originalmente diseñados para permitir la participación popular, a poco de caminar se transformaron en proyectos paternalistas, dilapidadores de dinero y focos de corrupción, entregados primero a la coordinación de la Fuerza Armada manejados totalmente a través del Plan Bolívar 2000, para ser después sustituidos por las diferentes misiones: Barrio Adentro, Vuelvan Caras, Cristo, Robinson, Rivas, Sucre y Mercal. Mediante este mecanismo se ha venido creando un aparato del Estado paralelo al que está en la Constitución y en las leyes, incluso, con presupuestos de funcionamiento que no se reflejan en el Presupuesto Nacional.

En Venezuela no se observa cómo opera en algún espacio en concreto la participación, quizás esto se deba en gran medida a que el proyecto de Chávez es uno de corte eminentemente autoritario, excesivamente vertical, en el cual los mecanismos a través de los cuales se da la participación no están siendo instrumentados en los centros de producción, ni de trabajo, ni de gobierno, y mucho menos a través de los círculos bolivarianos, originariamente fundados como el mecanismo participativo por excelencia que daría paso a las redes populares o redes de círculos bolivarianos, que en su conjunto formarían el poder popular.

La revolución se impone incluso en forma inconsulta, basta la voluntad de su líder para que sea suficiente para los Poderes Públicos. Esta es una de las fuentes de mayor confrontación política y de violación de los derechos humanos de los ciudadanos, al cerrar las formas de participación y considerar enemigo del gobierno a quienes no profesan el ideario político del líder de la revolución.

En el caso de la implementación de la Reforma Agraria, las tierras primero son ocupadas o invadidas por gente dirigida y estimulada por adeptos al chavismo y sólo después que se materializa la ocupación, se inicia la etapa propiamente de adjudicación de tierras. La Ley de Tierras, y como cuentan los símbolos para el presidente Chávez, fue promulgada en Santa Inés, localidad de los llanos de Barinas, el 10 de diciembre de 2001, en el mismo lugar que el 10 de diciembre 1859, Zamora derrota al ejército de la "oligarquía" caraqueña; "patriota revolucionario" como le llama Chávez, de quien tomara las banderas de "Tierras y hombres libres; Elección popular; Horror a la oligarquía"…Esta Ley es un punto de honor para el Presidente, y hoy constituye una de las amenazas más ciertas al derecho de propiedad, a la seguridad jurídica, a la paz en el campo y a la productividad agrícola.

A la violencia en el campo se suma el sicariato, la extorsión, y el secuestro operado por los grupos armados irregulares que actúan en la frontera, entre los que destacan los grupos guerrilleros, narcotraficantes y terroristas colombianos como ELN, FARC y Paramilitares, y otros nacionales como el FBL –Frente Bolivariano de Liberación- dedicados al secuestro, la extorsión y la vacuna en contra de los ganaderos y agricultores que viven, principalmente, en los estados Táchira, Zulia y en la Zona Sur del Lago.

En el campo jurídico, los jueces deben estar con la revolución, deben ser revolucionarios, tal como lo ha declarado el nuevo presidente del Tribunal Supremo de Justicia en entrevistas dadas a los medios de comunicación social, en la semana del 1 de febrero de 2005.

Presentada la Constitución como uno de los grandes logros revolucionarios, manejada revolucionariamente, pero conservando su apariencia formal: división de poderes, independencia del Poder Judicial, Asamblea Nacional deliberante, control de constitucionalidad de las leyes, existencia de pesos y contrapesos que permiten el control de los Poderes Públicos, ha permitido el desmantelamiento del aparato institucional y la fundación de una nueva República, como punto de partida de la Revolución Bolivariana.

El gobierno del presidente Chávez paso a paso se ha ido transformando en uno autoritario, de corte cada vez más totalitario e intolerante que no permite el desarrollo y aplicación de la forma superior y más avanzada de democracia que propuso en su Programa de Gobierno. En vez de trascender el carácter de democracia representativa para transformarse en una participativa, mediante el desmantelamiento del aparato del Estado se ha producido una concentración tal de poder del Estado en sus manos, que en la práctica ha acabado con la separación de los poderes, quedando consagrada solo en los textos constitucionales y legales.

El comienzo de la confrontación sin cuartel se inicia, según nuestro parecer y de muchos observadores políticos, cuando en el proceso excluyente de toda forma de entendimiento con la oposición y, para evitar cualquiera disidencia entre las fuerzas que lo apoyan, el presidente Chávez prefiere legislar por la vía de los decretos con fuerza de ley, dictados en virtud de dos leyes habilitantes que solicitó al Congreso Nacional en 1999 y a la Asamblea Nacional en el año 2001. Con fundamento en la delegación legislativa dictó 92 Decretos con Fuerza de Ley que cambiaron las relaciones políticas, sociales y económicas en el seno de la sociedad, sin ninguna participación, discusión u oposición a los criterios contemplados en dichos textos legales. Así se dio inicio a la transformación política de la sociedad y del Estado.

Mediante el recurso de deslegitimar a la sociedad civil, desconociéndole la capacidad para hacer valer los derechos colectivos y difusos, así como para actuar y participar en los diferentes niveles de la organización política del Estado, el Tribunal Supremo de Justicia en una serie de sentencias (Ver entre otras, Sentencia Nº 656, caso Defensoría del Pueblo, 30-06-00; Sentencia Nº 1050, caso: Red de veedores de la UCAB, 23-08-00) que han invadido incluso la reserva legal, ha dado paso franco en el desmantelamiento de la sociedad civil, limitándola más allá de lo permitido por la Constitución y la Ley. Situación que agrava la aprobación de la Reforma del Código Penal, al sancionar el financiamiento de las ONG's, cuando a juicio del gobierno, los recursos son utilizados para hacer oposición o desestabilizarlo.

El proceso de concentración del poder seguido por Chávez, necesariamente pasa por el abandono del equilibrio político y de la democracia participativa, para ser sustituidos por la democracia revolucionaria que identifica a la oligarquía y a los medios de comunicación social como los grandes enemigos de la Revolución. Para Chávez "la salvaje oligarquía depredadora" es la oposición, toda es oposición, no concibe que haya pueblo, clase trabajadora, mujeres, soldados que no sean revolucionarios.

En el acto de juramentación de los círculos bolivarianos desata su campaña contra los oligarcas, a los escuálidos, a quienes acusa de ser los mismos que traicionaron al Padre de la Patria y al héroe de la independencia el Mariscal Sucre.

En esa misma oportunidad inicia el ataque a los medios de comunicación, a los que acusa de estar al servicio de la mentira y de los oligarcas, les enrostra:

> "lo que dan es vergüenza los grandes periódicos de Venezuela como El Nacional por ejemplo al servicio de la mentira y de la oligarquía depredadora o El Universal, esos periódicos están envenenados y ustedes tienen que repetirlo por todas partes, y los canales de televisión mienten descaradamente tratando de atropellar al pueblo a la verdad y a la ética…"

A partir de ese momento la situación de los medios de comunicación social en Venezuela se hace cada vez más grave, o mejor dicho, su suerte queda echada.

El Presidente de la República, finalmente, hizo mención a lo que mucha gente reclama: "Hay que apretar la mano con los medios, hay que hacerlos entrar en vereda". "A estas alturas yo creo que el único camino que nos queda es la coerción; por supuesto entendida en el marco jurídico (…) CONATEL ha estado imponiendo multas, abriendo procedimientos administrativos que algunas veces han conducido a sanciones menores, a pesar de que ha habido más que suficientes razones para aplicar medidas severas y no las hemos aplicado. Pero es bueno que se sepa que no hemos renunciado a la posibilidad de hacerlo".

Hoy, el Presidente cuenta con la Ley de Responsabilidad Social de Radio y Televisión, hecha a su medida, por una Asamblea Nacional que dice que participó todo el mundo pero en realidad no oyó a nadie que no fuera del gobierno.

En el pensamiento político de Chávez, la instancia articuladora de las diferentes prácticas sociales emancipadoras de la nueva organización política, así como la utilización de la democracia revolucionaria como bandera, pasa por el empleo de mecanismos que le permitan hacer respetar los intereses de las mayorías, "lo que necesariamente entrará en conflicto con los intereses de una minoría hasta entonces privilegiada. Y ésta sólo se somete cuando se la presiona".

Entonces, cuando la revolución lo requiere, para asegurar los intereses de la mayoría, tomada como sinónimo de revolucionarios, el uso de la violencia está legitimado. Es el mecanismo eficiente para hacer respetar los intereses de la revolución.

Sólo así es posible entender el concepto de democracia revolucionaria que ha venido desarrollando Chávez; mientras en las democracias liberales representativas las tensiones y contradicciones que se suscitan en el seno de la sociedad se resuelven mediante la tolerancia y la negociación que culmina, normalmente, en un acuerdo político contenido en una ley; Chávez impone su voluntad directamente por un acto unilateral, que se ejecuta, incluso con el uso de la violencia: "La ley soy yo, el Estado soy yo", tal como lo afirmara en el "Discurso de Inauguración del Congreso Internacional de Derecho Agrario", el 4 de diciembre de 2001.

Para Chávez la forma de ver la realidad está determinada por su proyecto revolucionario; consecuentemente, conceptos como democracia, Estado democrático y social de derecho y justicia, independencia, soberanía, autodeterminación de los pueblos, y tantos otros del léxico de las democracias occidentales están definidos en función del proyecto revolucionario, por lo que no guardan relación con el concepto que dan las ciencias políticas y jurídicas. Estado democrático y social de derecho y justicia o democracia representativa o libertad de expresión, aunque estén consagrados en forma prácticamente igual en las constituciones de España, Alemania, Holanda y en tantas otras, no significan lo mismo para Chávez y para el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que para aquellos países y para sus tribunales constitucionales.

En la concepción de Chávez, a un verdadero revolucionario no debe importarle andar desnudo o pasar hambre, si es preciso dar la vida debe hacerlo; a un revolucionario no le está permitido negociar la revolución o comprometerla, se debe avanzar sin transar, le está vedado llegar a acuerdos que signifiquen concesiones, dar algo de ella es como morir un poco. La coerción, la violencia es necesaria para acabar con los enemigos de la revolución, y enemigo de la revolución es todo aquel que no comparte su visión de la vida. La violencia tiene una significación particular en el mundo de Chávez, está presente en la manera de relacionarse con la gente, de adversar a quienes considera enemigos, incluso de dirigirse a sus compañeros de ruta, por lo demás el mismo se ha reconocido como un hombre violento.

En el curso de este proceso la violencia ejercida contra la oposición y la disidencia adopta tres expresiones: persuasión, disuasión y eliminación, las que se dan en forma sucesiva, separada o conjuntamente. En un primer

momento Chávez llama a plegarse a su revolución, a votar por él, por la Asamblea Constituyente, por sus candidatos, por la aprobación de la Constitución, por la relegitimación de su gobierno, por el NO en el proceso revocatorio, pero también considera que el movimiento revolucionario debía contar con un brazo armado que actuara en forma coercitiva y represiva de los sectores de la oposición.

La etapa de la violencia disuasiva se vive en Venezuela a partir de finales del 2001 y comienzos del año 2002, época de confrontación política que culmina con el referendo revocatorio en agosto de 2004. Es la etapa de las marchas y contramarchas, del paro de 2002-2003 que termina con un estruendoso fracaso de la oposición, y del fugaz, triste y deplorable "Carmonazo". Mediante la violencia el Gobierno controla la calle, las manifestaciones, las actividades públicas de líderes de la oposición, de la iglesia, de actividades anti-gobierno en las universidades, en fin, en cualquier escenario de acción y participación de quienes lo adversan. Es el elemento de control por excelencia y en este período los círculos bolivarianos, los "tupamaros" y demás organizaciones "paragubernamentales", son el factor decisivo en la regulación de la oposición y de los medios de comunicación social. Sólo así se explica la cantidad de medidas cautelares y provisionales otorgadas por la CIDH y por la Corte IDH, concedidas a favor de los medios de comunicación, sus propietarios, periodistas y trabajadores en general.

Sólo en el caso de la televisora Radio Caracas Televisión se dictaron más de 1600 medidas cautelares para proteger a sus trabajadores. Igualmente, severa ha sido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, al exigirle al gobierno una vez más, investigar y castigar los asesinatos, lesiones, amenazas de muerte y los atentados con explosivos contra algunos medios y sus trabajadores.

Por otra parte, en el pensamiento de Chávez las elecciones no son sino un momento del enfrentamiento, en que la confrontación va a continuar, "Y esa confrontación debe tener un fin, así como en las peleas de boxeo, debe terminar en el último round. Nadie sabe si es por decisión o es por K.O". Para Chávez ninguna vía es desechable, ni siquiera la armada. El siempre ha sido claro, le interesa la toma del poder total. Si es por elecciones o por las armas es una cuestión que depende de la coyuntura política, y la táctica que se emplee se ajustará entonces a los requerimientos del momento histórico que se viva, en la aplicación de una estrategia perfectamente planificada. Si sus adversarios políticos le creen o no es asunto de ellos, no de Chávez. Quien crea que se opone a un demócrata, desconoce la historia, la trayectoria y el pensamiento de Chávez el revolucionario.

El proceso revolucionario ha generado una fuerte oposición a través de una sociedad civil altamente politizada, principalmente en los sectores menos desposeídos y en la clase media y alta. Esta situación ha llevado a un enfrentamiento tras otro, en los cuales la oposición siempre ha salido perdiendo, en gran medida por la carencia de un liderazgo fuerte y bien formado políticamente, que entienda el tipo y forma de contienda política que se está dando. Todo hace presagiar que habrá un deterioro cada vez mayor en la calidad de democracia que se viva y un aumento del enfrentamiento, lo que necesariamente repercutirá en la situación de los derechos humanos en Venezuela, más aún cuando el gobierno se niega a aceptar las recomendaciones y decisiones del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, tal como veremos en los próximos capítulos de este Informe.

El Gobierno marcha inexorablemente hacia la consolidación de un Estado totalitario, caracterizado por el predominio del Poder Ejecutivo frente al resto de los Poderes Públicos, que se expresa en la forma en que el Gobierno ejerce sus facultades. El Poder Legislativo debe dictar leyes revolucionarias o delegar sus facultades en el Presidente, para que este lo haga en su condición de jefe máximo del Estado, intérprete de la voluntad popular, y por otra parte la Asamblea Nacional se niega a realizar las funciones de control de la Administración Pública que le exige la Constitución.

El Poder Judicial está al servicio de la revolución y es otro instrumento del Estado, los jueces deben interpretar la ley de acuerdo a la doctrina dominante en el partido o en el "Jefe": o como ha dicho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

> "… la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica…", Sentencia Nº 1309 de fecha 19 de julio de 2001, recaída en la solicitud de interpretación de los artículos 57 y 58 de la Constitución. En esta sentencia se señala, ahondando en este aspecto que "…Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° *eiusdem*."

El Poder Electoral está controlado por el oficialismo, ya que, ante la negativa de la mayoría de la Asamblea de designar a sus rectores, por no contar con los 2/3 que exige la Constitución, lo hizo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en flagrante violación de la Constitución. El Poder Ciudadano está igualmente controlado por el Ejecutivo, quien los designó con la aprobación de la Asamblea Nacional que controla.

Es muy difícil que en Venezuela vuelva a haber elecciones verdaderamente democráticas por mucho tiempo, con un Poder Electoral controlado y al servicio de la revolución, con un Registro Electoral totalmente contaminado, según declaraciones dadas a los medios de comunicación social por la única rectora no perteneciente al oficialismo, con una cedulación masiva e inscripción electoral, que según palabras del propio Presidente, le permitió ganar un referendo revocatorio que tenía perdido, y con un sistema electoral de mayoría simple absoluta en que con el 57% de los votos se controla el 97% de la Asamblea, es decir no cabe la representación de las minorías. Por otra parte, la falta de credibilidad en el Poder Electoral y en los líderes de oposición todo hacer presagiar una fuerte abstención que terminará por socavar lo que queda del sistema democrático representativo.

La participación según Chávez, en su mundo ideal de libertades, sólo es posible a través del compromiso revolucionario, expresado en la militancia revolucionaria, en la aceptación ciega de los dictados del líder, la única instancia legítima para participar en las tareas de gobierno y en las sociales es mediante la obediencia a los lineamientos revolucionarios.

El paso siguiente es la conculcación y/o violación sistemática de los derechos humanos más grave que haya vivido el pueblo venezolano en muchos años, tal como lo analizaremos a continuación.

II. ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EN LA CONSTITUCIÓN, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN

La Constitución venezolana expresamente garantiza a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos; otorga jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos y declara la prevalencia de ellos en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a los establecidos en la Constitución y en las leyes. Igualmente declara que son de aplicación

inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público, y obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales creados para tales fines.

A pesar de lo que señala el texto constitucional, la situación de los derechos humanos en Venezuela parece haber entrado en una etapa crítica en estos últimos 5 años, de ello dan cuenta no sólo la realidad cotidiana y las cifras manejadas por ONG's nacionales e inclusive por instituciones oficiales aunque de manera más parca, sino también los informes que sobre nuestro país se han visto obligados a emitir organismos de protección de los derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Durante este período son innumerables las denuncias que se han presentado ante éste y otros organismos internacionales relacionados con los derechos humanos; según fuentes dignas de crédito, sólo ante ésta instancia se han presentado más de trescientas (300) denuncias contra el Estado venezolano por violación de derechos humanos dirigidos particularmente a los derechos a la vida, la integridad personal, al debido proceso, y muy especialmente a la libertad de expresión y otros derechos civiles y políticos. Consideramos, y así lo indican cifras de los organismos oficiales, tales como Instituto Nacional de Estadísticas, Ministerio de la Salud y desarrollo Social, Nutrición y otros, que los derechos a la salud, la vivienda, la alimentación, la educación, el empleo, etc., han sido vulnerados, así la letra de la Constitución y otras leyes sugiera lo contrario.

La preocupación por la libertad de expresión y la defensa que de ella se haga constituye un elemento trascendente en el futuro de Venezuela y de su democracia. Los embates y ataques que recibe desde el año 2000 son conocidos internacionalmente, y a pesar de la protección que le presta tanto la CIDH, como la Corte IDH y la Relatoría Especial para Libertad de Expresión de la OEA, el Gobierno no cesa en su empeño de coartarla y limitarla a extremos intolerables. El retroceso que significa la aprobación, el 8 de diciembre de 2004, de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, también conocida como Ley de Contenidos, Ley Mordaza, aunque los seguidores del oficialismo prefieren denominarla "Ley Resorte", es notable y, coloca a Venezuela en situación de observación internacional.

De la aprobación de esta ley llama inmediatamente la atención que, contrario a la práctica usual, el 7 de diciembre fue aprobada por la Asamblea Nacional con los votos únicamente del sector oficial y ya al día siguiente el Presidente de la República la había leído, analizado, consultado, aprobado y publicada en la Gaceta Oficial.

La atención y cuido que se da al derecho de pensamiento y expresión es de vieja data en todo el mundo. Voltaire ya se preocupaba por ella y decía estar dispuesto a dar su vida para que quienes disentían de sus ideas pudieren expresarse libremente. La revisión de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos da fe de la enorme importancia que se le da como elemento fundamental de una sociedad verdaderamente democrática y del desarrollo intelectual, espiritual y humano en libertad de la persona. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos así lo confirma también. Entre nosotros, la OEA es un buen ejemplo de esta preocupación; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó una oficina de carácter permanente con independencia funcional y presupuesto propio, encargada de seguir la situación de los derechos a la libertad de pensamiento, expresión, de buscar y recibir información, conocida como la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

La Corte Europea de Derechos Humanos, fue el primer órgano jurisdiccional regional que fijó criterios universales en el Caso Handyside v. United Kingdom (sentencia de 12 de julio de 1976), seguidos hasta hoy, sobre la función que debe cumplir la Corte como garante del derecho de expresión e información en una sociedad democrática. La Corte al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea concluyó que:

"La funciones supervisoras de la Corte la obliga a prestar la máxima atención a los principios que caracterizan a una "sociedad democrática". La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de esta sociedad, y una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada ser humano. De acuerdo al parágrafo 2 del Artículo 10 (Artículo 10-2), es aplicable no sólo a la "información" o "ideas" que sean favorablemente recibidas o percibidas como un asunto indiferente, sino que también a aquellas que ofenden, desagradan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Estas son las exigencias de pluralismo, tolerancia, amplitud de criterio, sin las cuales no hay "sociedad democrática". Esto significa, entre otras cosas, que cada "formalidad", "condición", "restricción" o "penalidad" impuesta en esta esfera debe ser proporcional a la legitimidad del fin que se persigue."

Para completar este razonamiento la Corte Europea concluye que:

> "Desde otro punto de vista, quienquiera que ejerza su libertad de expresión asume las "obligaciones y responsabilidades" de la esfera de acción, la cual depende de su situación y de los medios técnicos de que se sirva.

> La Corte no puede examinar las "obligaciones" y "responsabilidades" cuando investiga, como en este caso, si las "restricciones" o "penalidades" eran conducentes a la "protección de la moral" lo que las hacía "necesarias" en una "sociedad democrática".

Los principios contenidos en esta sentencia se han hecho generales para el mundo libre y garantes de la existencia de una sociedad democrática: libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de este tipo de sociedad, y una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada ser humano; aplicación no sólo a la información o ideas favorables o indiferente, sino incluso a las que ofenden, desagradan o perturban al gobierno o a cualquier sector de la población; exigencias de pluralismo, tolerancia, amplitud de criterio, sin las cuales no hay sociedad democrática; introducción del concepto de necesidad como elemento necesario para la protección de la moral en una sociedad democrática; ejercicio responsable de la libertad de expresión; mecanismo subsidiario al de los nacionales para salvaguarda de los derechos humanos; poder limitado de los Estados de apreciación, ya que la Corte junto con la Comisión es responsable de asegurar la observancia de las obligaciones de los Estados; poder de la Corte para dictar la decisión final sobre si una restricción o pena es conciliable con la libertad de expresión (el margen de interpretación nacional va de la mano con la supervisión Europea); la supervisión alcanza tanto a las medidas consideradas como necesarias como a la legislación y decisiones de los tribunales; no es función de la Corte sustituirse en los tribunales competentes nacionales sino que revisar de acuerdo con la Convención las decisiones que dictan en el ejercicio de su poder.

Todos los principios señalados supra contenidos en la sentencia en comento, han sido desarrollados ampliamente en otras sentencias de la Corte Europea, en casos contenciosos sometidos a su conocimiento sobre libertad de expresión entre los que cabe destacar The Sunday Times vs. Reino Unido (1979-80), Lingens vs. Austria (1986), The Observer y The Guardian vs. Reino Unido (1991), Jersild vs. Dinamarca (1994), Ahmed y otros vs. Reino Unido (1996), Oberschlick vs. Austria (1997), Vogt vs. Alemania (1997), y Janoswky vs. Polonia (1999).

De igual manera, en nuestro continente, tanto la CIDH como la Corte IDH han adoptado y desarrollado los parámetros internacionales fijados por las sentencias señaladas, al fijar claramente y sin lugar a dudas o interpretaciones su criterio con relación a la libertad de expresión y al derecho a réplica; a la cualidad individual y colectiva de estos derechos y su condición de inherente al ser humano. Estos criterios como los contenidos en las decisiones de la

Corte Europea, están ampliamente desarrollados en las opiniones consultivas solicitadas a nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos y contenidos, particularmente en las siguientes opiniones: No. 5- Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y No. 7- Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Igualmente, en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión encontramos aportes importantes en este tema. Las últimas sentencias de la Corte en materia de libertad de expresión, casos de "La Ultima Tentación de Cristo", y "Baruch Ivcher Bronstein", contienen su doctrina y su jurisprudencia reiterada en la materia que nos ocupa.

Últimamente, en dos casos emblemáticos, la Corte IDH ha terminado por asentar definitivamente su jurisprudencia en esta materia; nos referimos a los casos del periodista Mauricio Herrera Ulloa contra Costa Rica y del ingeniero y articulista Ricardo Canese contra Paraguay. Ambos habían sido condenados en sus países en juicios por difamación en querellas presentadas por funcionarios gubernamentales vinculadas a hechos de interés público. En los dos casos, la Corte IDH exigió a los países de origen de estos ciudadanos, la adopción de medidas compensatorias que incluyen la anulación de las sanciones impuestas en las sentencias, el pago de indemnizaciones económicas, así como la adopción de todas las medidas legislativas tendientes a compatibilizar las legislaciones internas a las exigencias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso de Canese la Corte señaló que el Estado paraguayo "violó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", y en su fundamentación consagró la relevancia de que se ventilen libremente asuntos de interés público y la necesidad de establecer la "no punibilidad" de este tipo de conductas, así como el principio jurídico de que las expresiones concernientes a funcionarios o actividades públicas deben gozar de un margen de apertura en un debate público más amplio respecto a asuntos que conciernen al colectivo. Este mismo criterio se aplica a declaraciones que se hagan sobre personas vinculadas a actividades o funciones de naturaleza pública.

Así concebida la libertad de expresión, como un todo indisoluble, al cual no puede considerarse como ajenos el buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, es perfectamente plausible que la libertad de expresión

aparezca como el gran derecho garante fundamental del Estado de Derecho y de las instituciones democráticas, y como requisito indispensable para la existencia de personas y sociedades libres. Sólo así concebida la libertad de expresión es que podemos apreciar su importancia en toda su magnitud, por una parte consubstancial a la persona, en su doble dimensión individual y social y, por la otra, como piedra angular del sistema democrático.

La libertad de expresión, en los términos que venimos señalando, encuentra su más categórico apoyo y definición en los criterios fijados por la Corte IDH en las sentencias correspondientes a los Casos conocidos como "La Última Tentación de Cristo" y "Baruch Ivcher Bronstein", en los cuales desarrolla los criterios que deben llevar al Estado a cumplir con las obligaciones convencionales, desde adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas que conlleven violaciones a las garantías previstas en la Convención, a la promulgación de normas y realización de conductas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado, así como medidas efectivas en el orden interno que aseguren el cumplimiento del Artículo 13 sobre libertad de pensamiento y de expresión, en los términos contemplados en la Convención.

El Gobierno venezolano en su afán de justificar la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, ha venido sosteniendo que los medios privados tenían que hacer frente a su responsabilidad frente a la sociedad. En principio, o por lo menos así lo manifestaban las autoridades relacionadas con el tema, particularmente CONATEL, sostenían que la ley básicamente respondía a darle cuerpo a una serie de derechos de los infantes contenidos en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y, afirmaba que tenía por finalidad preservar la programación y los horarios infantiles, para salvaguardar a los menores de los excesos que ciertamente comenten las televisoras, sin embargo, la versión que finalmente entró en el debate parlamentario, incluía sanciones adicionales y más severas, y se le dio un tinte político a lo que inicialmente era la loable protección de un sector débil de la comunidad. Esta ley está definitivamente orientada a burocratizar y crear instancias de control gubernamental en la existencia, manejo, dirección y producción de contenido de los medios radioeléctricos.

Venezuela, lejos de adecuar su legislación y jurisprudencia a lo que ordena la Convención y otros tratados ratificados por el Estado en materia de libertad de pensamiento e información, a seguir los criterios y parámetros universales expuestos precedentemente, se empeña en adoptar una conducta diametralmente opuesta, que necesariamente conculca y viola estos derechos, tal como lo han hecho dos sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal

Supremo de Justicia , que sirvieron de base doctrinal para la aprobación de la Ley de Contenido; sentencias que desafortunadamente establecieron criterios vinculantes (verdaderas normas jurídicas) respecto a la libertad de expresión, al derecho a réplica y sus alcances. Estos criterios no son solamente más desfavorables que los asentados por la Corte Interamericana, sino que contraviene disposiciones expresas contenidas tanto en la Convención Americana y demás tratados de derechos humanos y contraría la doctrina y jurisprudencia aceptadas universalmente.

Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión es igualmente un contra sentido y una violación grave no solo en lo referente a la libertad de pensamiento y expresión, sino a la forma en que tipifica y penaliza conductas que considera atentatorias a la información veraz, cómo las hace extensivas no solo a quien la emite, sino incluso al medio que la transmite y al patrocinante; determina que programas se pueden transmitir y cuales no, en que horarios; consagra mecanismos de control popular mediante organizaciones de ciudadanos, las que tienen facultades, entre otras, para denunciar a los medios e intentar acciones de reclamo; crea mecanismos de control orgánico institucional (censura) que entrega a CONATEL y al Directorio de Responsabilidad Social, y otros de control popular constituido en Comité de Usuarios.

Entre las sanciones se contempla el cierre hasta por 48 horas para las televisoras y radioemisoras que difundan contenidos que promuevan, apologicen o inciten a la guerra, a las alteraciones del orden público, al delito o que sean contrarios a la seguridad nacional. La Ley califica como “infracciones muy graves” la difusión de contenidos que “promuevan, apologicen o inciten al irrespeto a las instituciones y autoridades legítimas” como diputados, magistrados, jefe de Estado, ministros, autoridades electorales o militares. En esta sección se establecen multas absolutamente desproporcionadas, para el contexto venezolano, que podrían sumar hasta 350.000 dólares estado unidenses.

También será castigada, por ser una “infracción muy grave”, la difusión de contenidos que inciten a “la violencia o la agresión como una solución fácil o apropiada a los problemas o conflictos humanos”. Las sanciones incluyen, tras una serie de castigos progresivos, la revocatoria de la concesión otorgada por el Estado. Igualmente, la Ley de Contenido penaliza severamente aquellas conductas conocidas como “delitos de desacato”.

La Ley ignora que la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo; que dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población

En síntesis no podemos dejar de señalar que el gobierno revolucionario del presidente Chávez, al negarse a aceptar que el sistema de los derechos humanos y sus garantías es sólo dable en sociedades democráticas, en las cuales la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos más importantes, tal como está definido en el sistema europeo y americano de protección de los derechos humanos, no hace más que poner en evidencia que su concepción de democracia, libertad de pensamiento y de expresión, de derechos fundamentales, soberanía y demás derechos protegidos por la Convención difieren en esencia de la que tienen las democracias representativas.

La jurisprudencia de la Corte Europea y de la Corte IDH citada y los criterios doctrinales expresados, consideramos que fijan principios fundamentales que los Estados deben seguir para que cumplan objetiva y efectivamente con la obligación que la Convención les impone en el respeto de la libertad de pensamiento y expresión y, para garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin ningún tipo de discriminaciones, incluyendo el origen nacional, social, posiciones religiosas o políticas o de cualesquiera otra índole.

III. RÉGIMEN DE RECEPCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge el principio jurídico de derecho internacional de la incorporación al ordenamiento constitucional y legal nacional de los tratados en materia de derechos humanos, siguiendo así una de las tendencias y características más marcadas de la mayoría de las Naciones en esta área, al dar rango constitucional a normas convencionales propias del derecho internacional público. En la Constitución es frecuente encontrar referencias a las convenciones de derechos humanos como partes integrantes del derecho nacional, así como disposiciones que ordenan a los tribunales su aplicación inmediata y preferente sobre el derecho patrio.

El Artículo 23 de la Constitución señala:

> "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 que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público." De esta manera la Constitución incorpora al ordenamiento constitucional, entre otros instrumentos internacionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dándoles la misma categoría que la Constitución, pero con una ventaja: prevalecen las normas convencionales, en materia de goce y ejercicio de derechos humanos, sobre las del ordenamiento jurídico interno en la medida que sean más favorables para las personas.

De acuerdo a esta norma constitucional, no sólo los Artículo N° 13. 'Libertad de Pensamiento y Expresión' y N° 14. 'Derecho de Rectificación o Respuesta, sino toda la Convención Americana sobre Derechos Humanos' tiene jerarquía constitucional y prevalece en el orden interno, en todo lo referente al goce y ejercicio de los derechos que sean más favorables a los contemplados en la legislación interna, debiendo aplicarse en forma inmediata y directa por los tribunales de la República. Así, por ejemplo, las limitaciones a la libertad de pensamiento y de expresión sólo pueden ser las señaladas en el artículo 13 de la Convención y estar reguladas en la ley. Igualmente, el derecho de rectificación o respuesta debe estar regulado de la misma forma, es decir por medio de una ley.

En el sistema constitucional venezolano no hay dudas que los tratados, en materia de derechos humanos y en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son auto ejecutables por mandato constitucional, sin necesidad de ningún otro trámite legislativo, ya que como hemos señalado la discusión teórica se resolvió al darles la Constitución carácter de aplicación inmediata y directa. Confirma esta apreciación la disposición contenida, además de la señalada, la consagrada en el Artículo 339 del Texto Constitucional al señalar que el decreto que declare el estado de excepción "(...) cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (...)."

El texto constitucional venezolano, en su Artículo 31 consagra el derecho de petición ante organismos internacionales y la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales, en los siguientes términos:

> "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 amparo a sus derechos humanos.
>
> El Estado adoptará, conforme a 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."

Lo que ha hecho el constituyente venezolano no es ajeno al comportamiento asumido por países con largas y profundas tradiciones democráticas; en efecto las numerosas sentencias de la Corte Europea de Justicia de la Unión Europea que declaran que las disposiciones de los Tratados de la Unión son de aplicación directa e inmediata en los Estados Miembros, refuerzan la intención primigenia de las Altas Partes contratantes en el sentido de que, había sido su propósito que la normativa comunitaria fuera directamente aplicables en los Estados miembros, así como los fallos de la Corte. Es así como, estas decisiones han forzado a los tribunales nacionales a reexaminar sus propias doctrinas sobre tratados auto-ejecutables.

En el caso específico de Venezuela no hay duda que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para sus tribunales, ya que es la propia Constitución en su Artículo 23 la que auto vincula la Constitución a las convenciones sobre derechos humanos, entre las que se encuentra la Convención Americana, la cual otorga a la Corte Interamericana, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 64.1, la facultad para emitir, con plena autoridad, interpretaciones sobre disposiciones de la Convención, incluso aquellas relativas a su entrada en vigencia, tal como lo señala en la Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 3. Igualmente, de acuerdo al Artículo 64.2, amplía esta competencia a la interpretación de otros tratados y la compatibilidad de la legislación interna con la Convención. El Artículo 23 del Reglamento de la CIDH contempla una disposición similar que le permite conocer y aplicar otros tratados de protección de derechos humanos.

El informe previsto en el Artículo 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es obligatorio tanto para la CIDH como para el Estado, en cuanto tiene el deber de dar cumplimiento a las recomendaciones contenidas en dicho informe. La Corte ha venido reiterando su jurisprudencia en este sentido al señalar que el Informe que se trasmite al Estado, con carácter reservado, "para que cumpla una serie de recomendaciones y solucione el asunto".

Las sentencias de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento. De acuerdo al Artículo 68 Nº 1 de la Convención, los Estados partes han asumido el compromiso de cumplir las decisiones de la Corte IDH, en todos los casos en que sean partes. La conducta generalizada de los Estados ha sido cumplir y ejecutar las decisiones de la Corte IDH, aun cuando en muchos casos haya habido retardos. Perú, durante el gobierno de Alberto Fujimori contendió las decisiones negándose a cumplirlas. Es cierto que la Convención no prevé un mecanismo coactivo para el acatamiento de las decisiones de la Corte en caso de incumplimiento, sin embargo se ha contemplado la intervención de un órgano político, ya que en el informe que la Corte debe someter anualmente a la Asamblea General de la OEA debe señalar, de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, los casos en que un Estado no haya cumplido sus fallos.

Sería absurdo, en vista de todo lo expuesto, considerar que la interpretación y la jurisprudencia de la Corte, así como las recomendaciones de la CIDH no son vinculantes para los Estados o carezca de todo efecto interno, o que signifique en nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales, que los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante una declaración de la instancia interamericana de violación de un derecho reconocido en la Convención o de una interpretación que haga de ella, ya que la única consecuencia de una conducta tal sería la declaratoria de la responsabilidad internacional del Estado por parte de la Corte, su denuncia ante la Asamblea General de la OEA, y el acumular méritos para eventual sanción política y económica de la comunidad internacional.

Sin embargo, esta posición que parece inobjetable, doctrina pacífica y reiterada de la antigua Corte Suprema de Justicia, a través de una laboriosa interpretación de la Constitución de 1961, que no tenía ni la claridad, ni la precisión de la actual Constitución, ha sido rechazada de plano por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien se atribuye por mandato Constitucional, al ser el máximo y único interprete de la Constitución y al considerar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados sobre la materia es parte integrante de la Constitución, ser la

única a la que compete interpretarlos, para garantizar su uniforme interpretación y aplicación, siendo además estas interpretaciones vinculantes para las demás salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

De esta argumentación surge, según esta Sala, la exigencia de que las sentencias de la Corte IDH estén sometidas al control de constitucionalidad por parte de los tribunales nacionales, y las decisiones de la CIDH deban ser consideradas como meras recomendaciones sin fuerza obligatoria para el Estado, tal como lo veremos en los próximos capítulos.

IV. CARÁCTER VINCULANTE Y OBLIGATORIO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE IDH Y DE CIDH PARA LOS ESTADOS

El Artículo 22 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala que la falta de ley reglamentaria de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no menoscaba el ejercicio de los mismos. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.

La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las normas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su comportamiento a la normativa de protección de la Convención.

Tanto la CIDH como la CDH son los órganos de supervisión y protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Originalmente, la Comisión fue concebida como una entidad autónoma de la Organización de Estados Americanos, de carácter no convencional, cuyo mandato se limitaba a promover entre los Estados partes el respeto de los derechos humanos, entendiendo por tales los consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pero careciendo de competencias explícitas para asegurar su protección.

Sin embargo, debe tenerse presente que con la reforma de la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires, la CIDH adquirió el carácter de órgano convencional, con competencias específicas en el área de derechos humanos, cuyas funciones pasaron a comprender tanto la promoción como la protección de los derechos humanos, además de servir de órgano consultivo de la OEA en estos asuntos. Pero, no sería hasta la aprobación y ratificación del Pacto de San José en 1969, que la estructura, competencia y procedimientos que aplica la CIDH serían vinculantes para los Estados Partes, incluso para los Estados miembros de la OEA que no lo ratificaron. Venezuela, el 9 de agosto de 1977 reconoció de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 de la Convención, la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte, por su parte, es el órgano de mayor relevancia creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y su competencia contenciosa está sujeta a la aceptación expresa de la misma, mediante una declaración especial que los Estados deben hacer en este sentido. Venezuela reconoció el 24 de junio de 1981 la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 62 de la Convención. Esta declaración expresa de reconocimiento y aceptación de la competencia de la CDH tiene consecuencias jurídicas vinculantes para el Estado en el plano nacional e internacional, que mal puede pretender ahora, después de más de 20 años, desconocer, limitar o someter a un control de constitucionalidad que es inconcebible en un sistema de legalidad internacional.

Es un principio general de derecho internacional bien establecido, el que los Estados deben cumplir sus obligaciones de buena fe y que no les es permitido alegar disposiciones de orden interno para excusar su cumplimiento. Es así como, de acuerdo al derecho de gentes, ningún Estado puede unilateralmente desconocer las obligaciones contraídas internacionalmente.

La Corte IDH está concebida como "una institución del sistema interamericano" en su integridad. "[…] es justamente en su función consultiva, que se pone de relieve el papel de este tribunal, no solo dentro de la Convención, sino también dentro del sistema en su conjunto. Ese papel se manifiesta *ratione materiae*, en la competencia que se le reconoce a la Corte para interpretar por vía consultiva otros tratados internacionales diferentes de la Convención; y, además, *ratione personae*, en la facultad de consulta, que no se extiende solamente a la totalidad de los órganos mencionados en el Capítulo X de la Carta de la OEA, sino asimismo a todo Estado miembro de ésta, "aunque no sea parte de la Convención."

Mientras las sentencias que pronuncie la Corte, de conformidad con el artículo 67 de la Convención, tienen carácter definitivo e inapelable, y sólo procede contra ellas el recurso que interponga cualquiera de las Altas Partes para que se aclare el sentido y alcance del fallo y el recurso de revisión ante el mismo tribunal, la Comisión está subordinada a las decisiones de la Corte, la que ejerce su jurisdicción in toto con respecto a la Comisión. En este sentido la Corte ejerce su jurisdicción plena para considerar y revisar lo precedentemente actuado y decidido por la Comisión, precisamente en su carácter de único órgano jurisdiccional de la materia y que, en este sentido, al mismo tiempo que asegura una más completa protección judicial de los derechos humanos reconocidos por la Convención, garantizará a los Estados que han aceptado la competencia de la Corte el estricto respeto de las normas de la Convención.

No se discute el derecho que asiste a un Estado e incluso la obligación de interpretar los tratados para determinar su sentido y alcance. Por ello se distingue la interpretación hecha en el plano interno, es decir unilateralmente, por una de las Partes (sin obligatoriedad en el plano internacional), de la auténtica que se realiza en el plano internacional ya sea por las Partes, por medio de un tribunal internacional, o por las organizaciones internacionales, cuando de acuerdo a su estatuto constitutivo están dotadas de esta capacidad interpretativa.

A este respecto el derecho está perfectamente establecido; un Estado no puede alegar provisiones de su propia ley en respuesta a una denuncia o reclamo por incumplimiento de sus obligaciones de acuerdo al Derecho Internacional. A un Estado no le está permitido aducir los actos de su Poder Legislativo, o sus decisiones judiciales o administrativas, ni siquiera de su Poder Constituyente, para justificar su irresponsabilidad internacional. Las normas de derecho interno no pueden prevalecer sobre las de los tratados, así por lo demás lo estableció la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva, en el caso de las Comunidades Greco-Búlgaras cuando señaló "es un principio generalmente aceptado de Derecho Internacional que, en relación a las Potencias que son las Partes contratantes en un Tratado, las provisiones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las del tratado".

El mismo principio se aplica cuando las previsiones de una Constitución se pretenden hacer valer sobre las normas internacionales; en palabras de la Corte Permanente "Debería observarse que… un Estado no puede aducir en contra de otro Estado su propia Constitución con el objetivo de evadir las obligaciones que le incumben de acuerdo al Derecho Internacional o de tratados vigentes. Al aplicarse estos principios al presente caso, resulta que el

asunto del tratamiento de los nacionales polacos u otras personas de origen o habla polaca debe resolverse sobre las bases del Derecho Internacional y de las previsiones vinculantes entre Polonia y Danzing".

En este orden de ideas, no se discute la capacidad de los tribunales nacionales para interpretar la Convención y cualquier otro instrumento internacional, pero no hay duda que debe hacerlo de acuerdo a los criterios contenidos en las recomendaciones de la CIDH, en la doctrina desarrollada por los órganos de protección y por la jurisprudencia de la Corte IDH. No hay dudas, y así sucede en Venezuela con frecuencia, que una decisión judicial interna puede dar una interpretación incorrecta a una norma convencional, o que el Estado deje de cumplir una obligación internacional. En este supuesto es cuando se configura la responsabilidad internacional del Estado.

Los órganos de supervisión internacional no están obligados a conocer el derecho interno de los Estados, y sólo conocen de él como elemento de prueba durante el proceso, para verificar la conformidad de los actos internos de los Estados con las obligaciones contraídas en el plano internacional. Sin embargo, los Estados sí están obligados a conocer y a aplicar las normas internacionales por sus órganos, ya sean judiciales, legislativos, administrativos, así como a no incurrir en omisiones cuando el orden internacional les ordena actuar. "El examen de la aplicación del derecho interno es de cierto modo *incidenter tantum*, como parte esencial o integral de la función de supervisión internacional y elemento probatorio para el examen del comportamiento estatal interno de relevancia internacional. En esta óptica es el propio derecho interno que asume importancia en el proceso legal internacional.

Con todo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en diferentes decisiones, ha ignorado el efecto directo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno, al olvidar, desaplicar o interpretar la norma constitucional del Artículo 23, que señala que los tratados en materia de derechos humanos adquieren automáticamente el estatus de derecho interno al ser ratificados, siendo de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. La importancia de esta disposición constitucional cobra especial relieve en el plano interno, ya que puso fin a la discusión de si la auto-ejecutabilidad de un tratado depende de las consideraciones del lenguaje específico del tratado, de la intención de las partes o de si necesitan de otras medidas legislativas para su aplicación.

En el sistema constitucional venezolano no hay dudas que los tratados en materia de derechos humanos y en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como lo hemos venido señalando, son auto

ejecutables por mandato constitucional, sin necesidad de ningún otro trámite legislativo, ya que como también hemos señalado la discusión teórica se resolvió al darles la Constitución carácter de aplicación inmediata y directa. Confirma esta apreciación la disposición contenida, además de la señalada, en el Artículo 339 del Texto Constitucional al señalar que el decreto que declare el estado de excepción "(...) cumplirá con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (...)."

En el caso específico de Venezuela no hay duda que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para sus tribunales, ya que es la propia Constitución en su Artículo 23 la que auto vincula la Constitución a las convenciones sobre derechos humanos, entre las que se encuentra la Convención Americana, la cual otorga a la Corte Interamericana, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 64.1, la facultad para emitir, con plena autoridad, interpretaciones sobre disposiciones de la Convención, incluso aquellas relativas a su entrada en vigencia, tal como lo señala en la Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 3. Igualmente, de acuerdo al Artículo 64.2, amplía esta competencia a la interpretación de otros tratados y a la compatibilidad de la legislación interna de los países con la Convención.

Sería absurdo, en vista de todo lo expuesto, considerar que la interpretación y la jurisprudencia de la Corte Interamericana no sean vinculantes para los Estados o carezca de todo efecto interno, o que signifique en nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales, que los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante una declaración de la instancia interamericana de violación de un derecho reconocido en la Convención o de una interpretación que haga de ella, ya que la única consecuencia de una conducta tal, sería la declaratoria de la responsabilidad internacional del Estado por parte de la Corte.

En el plano nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoció a los tratados sobre derechos humanos, y en especial a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a otros instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la categoría de "…instrumentos formales de derecho, ratificados por Venezuela y que forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano". Posteriormente, la misma Corte, le otorgó la condición de "parámetros de constitucionalidad", con la finalidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes en los recursos sometidos a su conocimiento, cuando sostuvo que: "…la Convención Americana de Derechos

Humanos (Pacto de San José) se ha incorporado a nuestro Derecho interno como norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad. Ello entraña la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales".

Igualmente, la Corte Suprema de Venezuela reconoció la fuerza vinculante de las recomendaciones formuladas al Estado por los órganos de control internacional, al citarlas como fuente de derecho en sus decisiones.

Como conclusión de lo que venimos desarrollando, no podemos dejar de advertir que la CDH tiene jurisdicción para conocer de los casos que se le sometan, de acuerdo a la Convención, en función a la voluntad de las partes, y de acuerdo al consentimiento prestado por las mismas, en el caso de Venezuela a partir del 24 de junio de 1981. Es así como las decisiones de la CDH dependen de la voluntad de las partes, descansan en la práctica internacional de los Estados, y constituye el corolario de la igualdad soberana de los Estados.

En el caso Wimbledon la Corte rechazó firmemente el argumento de que las disposiciones de un tratado no pueden privar a un Estado del derecho soberano de aplicar su derecho interno.

Sin embargo, tal como veremos a continuación, a partir del año 1999, a través de una serie de decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, actuando en Sala Constitucional, se cambiaron drásticamente estos criterios y el Tribunal ha venido sosteniendo que con fundamento en la soberanía nacional y en el principio de la autodeterminación de los pueblos, que las decisiones de los organismos de supervisión, control y jurisdicción internacional en materia de protección de los derechos humanos, son o meras recomendaciones no vinculantes para los Estados o bien están sometidas al control de constitucionalidad por parte de los tribunales nacionales, por cuanto los jueces nacionales en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional son los únicos que pueden tomar medidas, ya que de otra manera la conducta de la CIDH implica una crasa intromisión en la funciones de los órganos jurisdiccionales del país.

La antigua Corte Suprema de Justicia, integrada a partir de agosto de 1999 con una mayoría favorable al gobierno, al declarar improcedente la acción de nulidad interpuesta en contra de varios Decretos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente, sostuvo que:

> "La invocación de los acuerdos internacionales no es plausible sólo conforme a los principios del Derecho Internacional y el tópico *pacta sunt servanda*, sino también de acuerdo con la tradición de cultura del pueblo venezolano (Base Comicial Octava y la Pregunta Nº 1 del Referendo del 25 de abril de 1999), que fundamenta loa convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente… Una interpretación correcta de las Bases del Referendo exigirá no convalidar 'tratados internacionales, acuerdos o compromisos válidamente suscritos por la República' solo en virtud del principio del *pacta sunt servanda* sino cuando satisfagan las exigencias las exigencias de Democracia Participativa y Justicia Social para los cuales la Asamblea Nacional Constituyente ha sido convocada y elegida".

Esta sentencia deja sentado tres principios que serán ampliamente desarrollados posteriormente, en primer lugar que el principio de la buena fe en los tratados internacionales está sometido a los intereses del Estado y se aplica siempre y cuando no colida con los intereses superiores de la República, y por ende, los compromisos internacionales están sometidos, cuando a juicio del intérprete así lo determine, a las necesidades del derecho interno; en segundo lugar que en ejercicio de su soberanía el Estado puede perfectamente excusarse de cumplir los tratados internacionales válidamente suscritos por la República y; en tercer lugar, que todo principio internacional está sometido a los criterios de democracia participativa, que tal como lo hemos vista supra Capítulo 1, hoy es democracia revolucionaria. Con esta sentencia la Corte Suprema dejó sentado que Venezuela no acepta limitaciones a su soberanía, aunque sea impuestas por el derecho internacional convencional.

El paso siguiente lo da la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia que resolvió el caso de Faitha Marina Nahmens Larrazábal y Ben Ami Fihman Z, cuando sostuvo:

> "… las funciones jurisdiccionales de este Alto Tribunal, que de acuerdo con el artículo 254 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es independiente y le está atribuido el ejercicio exclusivo de la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII eiusdem. Igualmente considera inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que implican una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país, como la suspensión del procedimiento judicial en contra de los accionantes, medidas que solo pueden tomar los jueces en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional, según lo

> dispone la Carta Fundamental y las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, aparte lo previsto en el artículo 46, aparte b) de la Convención Americana de (sic) Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica), que dispone que la petición sobre denuncias o quejas de violación de dicha Convención por un Estado parte, requerirá que 'se haya interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos', lo cual fue pretermitido en el caso de autos, por no haber retardo judicial imputable a esta Sala según lo indicado en la parte narrativa de este fallo".

Con esta sentencia, la Sala Constitucional, por una parte, deja férreamente asentado su no aceptación de la jurisdicción y la competencia de la CIDH, cuya solicitud de adopción de medidas cautelares califica de "crasa intromisión" en la funciones de los órganos jurisdiccionales, y por la otra, demuestra el desconocimiento más absoluto de la importancia y la obligatoriedad que tiene un Estado de someterse a la supervisión y control de los organismos internacionales creados con la concurrencia de su consentimiento. Con su argumentación, también, demuestra su desprecio por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la que ni siquiera cita correctamente, así como la errada referencia que hace del artículo 46.b , por cuanto esta disposición trata, entre los requisitos de admisibilidad de la denuncia, que esta sea presentada dentro de los seis meses siguientes, y no se refiere al agotamiento de los recursos internos como lo señala, además de ignorar que en el caso de solicitudes de medidas cautelares no se requiere haber agotado la instancia nacional.

En el año 2000, la Sala Constitucional, al resolver dos recursos de interpretación constitucional, sostuvo en idénticos términos que "…cuando las normas constitucionales chocan con los principios y valores jerárquicamente superiores, es la interpretación, mediante la acción para ello, la vía principal para resolver la contradicción." Esta máxima la hace extensiva a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, a la legislación que dictan los organismos internacionales para revisar su constitucionalidad y determinar su vigencia como derecho interno, a la revisión de las decisiones de los organismos internacionales para determinar su cumplimiento. De esta manera la Sala Constitucional determina como doctrina vinculante que es ella la única que puede interpretar la Constitución y los tratados y demás fuentes del derecho internacional general que puedan obligar a Venezuela, incluso las que están vigentes, para mantener la supeditación de toda la legislación nacional, incluyendo a la Constitución,

así como la internacional a "principios y valores jerárquicamente superiores". ¿Cuáles son ellos?, los que determine la propia Sala Constitucional de acuerdo a la mejor doctrina política disponible en un momento determinado, tal como lo establecerá en otra de sus decisiones.

Al fundamentar los caracteres de la "acción de interpretación" en ambas sentencias sostuvo:

> "…
>
> 2.- Igual necesidad de interpretación existe, cuando la Constitución se remite como principios que la rigen, a doctrinas en general, sin precisar en qué consisten, o cuál sector de ellas es aplicable; o cuando ella se refiere a derechos humanos que no aparecen en la Carta Fundamental; o a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia, requieren de aclaratoria (artículo 22 de la vigente Constitución).
>
> 3. Pero muchas veces, dos o más normas constitucionales, pueden chocar entre sí, absoluta o aparentemente, haciéndose necesario que tal situación endoconstitucional sea aclarada…". Esta situación se agrava, desde el momento en que el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, expresa que los tratados, pactos y convenios relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y pueden prevalecer en el orden interno.

Muchas veces estos tratados, pactos y convenios tienen normas que pudieran en apariencia contradecir normas constitucionales, lo que hace necesario dilucidar cuáles entre esas normas de igual rango, es la que priva.

> 4.- Pero entre los Tratados y Convenios Internacionales, hay algunos que se remiten a organismos multi-estatales que producen normas aplicables en los Estados suscritores, surgiendo discusiones si ellas se convierten en fuente del derecho interno a pesar de no ser aprobadas por la Asamblea Nacional, o no haberlo sido por el antiguo Congreso de la República. En lo que respecta a la constitucionalidad de tales normas surge una discusión casuística, que debe ser aclarada por algún organismo, siendo esta Sala la máxima autoridad para reconocer su vigencia en el Derecho Interno.

> 5.- También se hace necesaria la interpretación a un nivel general, para establecer los mecanismos procesales que permitan el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de la vigente Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos…"

Como podemos apreciar, la Sala Constitucional, aprovechando las solicitudes de interpretación constitucional de que conoce, a pesar de que la mayoría de los casos las declara improcedentes o inadmisibles, sentencia tras sentencia va configurando una jurisprudencia vinculante para todos los tribunales de la República, mediante la cual subordina las obligaciones internacionales a la interpretación de la Sala, ya sea subordinando el derecho internacional a la interpretación que de él se haga en función de "principios y valores jerárquicamente superiores", o bien al subordinarlo al derecho interno, o bien lisa y llanamente por considerar que las actuaciones de organismos internacionales son una grosera interferencia en los asuntos internos. El planteamiento es simple, tal como lo formulara el ex-presidente del Tribunal Supremo, al advertir a los jueces que "los tratados internacionales en Venezuela no son supraconstitucionales, sino constitucionales, es decir, no están por encima de la Constitución, sino a su mismo nivel … No obstante, podrían privilegiar a los primeros, siempre y cuando estos fueran más proteccionistas." En la misma oportunidad, el presidente de la Sala Electoral, al disertar sobre el Derecho Internacional Humanitario, les recordó a los jueces el contenido de la sentencia 1.942 de la Sala Constitucional, en la cual se estableció que los tratados de derechos humanos sólo se benefician a personas naturales y que no son vinculantes para Venezuela las decisiones o resoluciones de los organismos internacionales encargados de promoverlos y protegerlos.

La sentencia que resolvió el recurso de interpretación respecto al alcance, interpretación uniforme y aplicación de las normas contenidas en los artículos 57 y 58 de la Carta Magna, referidos s los derechos a la libre expresión, a la información, de réplica y de rectificación, la Sala Constitucional señaló:

> "…El esfuerzo por controlar la corrección de la adjudicación o decisión, desde el reconocimiento que identifica las reglas conforme a las cuales la decisión se produce, exige el cumplimiento de una doble justificación, a saber, la interna o coherencia con el sistema jurídico, y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica. La justificación externa permite distinguir las reglas de los principios y determina la caducidad histórica del positivismo legal que había sido

renuente a la consideración de los principios. Dworkin reconoce explícitamente la supra legalidad de los principios y afirma el carácter sistemático del derecho en términos de nomodinámica (Stufenbau) y de contextualizad jurídico política…

"…Como la interpretación está condicionada material e ideológicamente, una teoría descriptiva de ella es algo muy distinto de las ideologías interpretativas. Para aproximarnos a un tratamiento lo más objetivamente posible del asunto, es necesario hacer una teoría normativa de la interpretación jurídica y de sus métodos. Ello significa que una tal teoría normativa ofrece opciones hermenéuticas que la decisión política maneja para decidir…".

"..Aunque haya una tipología consistente de esas opciones, la dimensión política (la opción por la mejor teoría política inmanente al sistema como dice Dworkin) del escogimiento es un compromiso pragmático y axiológico. Los intereses y los valores forjan la decisión dentro de su marco de posibilidades técnicas y es necesario hacer valer buenas razones para justificarla. En el juego hermenéutico, por supuesto, la ideología es importante, pese a que la oportunidad de poder juzgar y el juego de fuerzas que opera tras el conflicto, restringe el impacto del elemento ideológico. Por eso, hablar de interpretación estática (segura y predictiva) o dinámica (variable y progresiva) tendientes, respectivamente, a la seguridad y a la justicia, no forma parte de la teoría normativa de la interpretación sino de una teoría ideológica de la función judicial…"

"…Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*). En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del derecho ha quitado al Estado

el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual la formulación de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ella, como dice Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (Reine Rechtslehre, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (art. 23), desde el punto de vista sistemático, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela…"

"…La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (ver-fassungskonfome Auslegung von Gesetze). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. *Les Forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo…"

"…Esto quiere decir, por tanto, que no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y supra histórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta. Desde este punto de vista habrá que negar cualquier teoría que postule derechos o fines absolutos y, aunque no se

> excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre éstas y los principios jurídicos (verfassungswidrige Ver- fassungsnormen) [normas constitucionales inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse ohne Naturrecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° eiusdem…"

Hemos de pedir excusas al lector por esta extensa cita que hacemos de la Sentencia Nº 1.309, pero valga como explicación el hecho de que sirve de soporte ideológico-político a todas las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, las pasadas y las que se dictarían a partir de ella. El proceso revolucionario necesitaba legitimarse nacional e internacionalmente desde el punto de vista jurídico, aunque fuera una legitimación formal, más allá del desacuerdo que puedan producir sus decisiones. Chávez necesita de un Poder Judicial que de la apariencia de legalidad a su actuar; no hay mejor explicación que decir "el Tribunal Supremo así lo decidió". Esta decisión constituye el puente que une la ideología en que descansa el gobierno del presidente Chávez y su conducta externa. Es lo que jurídicamente Ceresole llamaba "una democracia posmoderna".

Esta sentencia debe leerse y entenderse, consecuentemente, dentro de la lógica del proceso revolucionario: Una nueva teoría de la interpretación permite resolver cualesquiera problemas de interpretación mediante la identificación del criterio con que deba resolverse el problema según el proyecto axiológico de la Constitución. ¿Cómo determino el proyecto?, de acuerdo con la mejor teoría política que subyazca en la Constitución, por ello, para dirimir el conflicto entre los principios y las normas los estándares deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución, y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto las elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía popular.

Con esta argumentación, justifica el rechazo que tanto el Gobierno como las sentencias citadas supra hacen de las obligaciones emanadas del derecho internacional. Todo derecho, toda obligación del Estado está supeditada a la interpretación que hagan los jueces nacionales en función del proyecto político

establecido en la Constitución, incluyendo las provenientes del derecho internacional, hacerlo de otra manera es menoscabar la soberanía popular, solo así se entienden, además, las palabras del ex–presidente del Tribunal Supremo de Justicia y del presidente de la Sala Electoral, a que hemos hecho referencia. Para el sentenciador, la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. Así justifica, igualmente la lucha de Chávez contra lo que ha llamado el capitalismo salvaje, la globalización, el imperialismo o nuevo imperio, ya que esta nueva teoría interpretativa "…es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".

Esta sentencia permite entender en toda su magnitud el proyecto revolucionario de Chávez, esa es la mejor teoría política disponible para interpretar y entender la Constitución. Esta es la razón por la cual los principios axiológicos que subyacen en ella prevalecen sobre cualesquier formalismo, sobre la norma constitucional, legal, internacional, todo está sometido a la ideología del proceso, quizás por ello, como un extraordinario recurso histriónico el Presidente siempre lleva la Constitución en el bolsillo, la saca y la muestra a todo el mundo, para probar su apego a ella. ¿Qué gobernante puede negarse a aceptar una Constitución como la de Chávez? Desgraciadamente, no es la misma que se aplica a los demás ciudadanos. No es de extrañar entonces que, la forma de interpretar y permitir el ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Constitución difieran notablemente de los parámetros internacionales.

V. POSICIÓN DE LA CIDH Y LA RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN ANTE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA

Cronológicamente, la CIDH ha manifestado de manera repetida su preocupación por la situación de los derechos humanos en Venezuela, particularmente lo relacionado con la libertad de expresión, que como ellos mismos insisten en recordar es pilar fundamental de la democracia, si la libertad de expresión está cuestionada las demás señales de democracia no pasan de ser apariencias. De esta manera desde los informes emanados por la CIDH a partir del año 2000, que reiteradamente hagan las mismas críticas al gobierno venezolano por su tratamiento a los derechos humanos indica, a lo menos, que las recomendaciones dadas por este organismo internacional han sido ignoradas.

Pero vayamos por parte y hagamos un recuento sucinto de las observaciones y recomendaciones que la Comisión ha hecho al Estado venezolano, desde el año 2000, cuando el actual gobierno de Venezuela ya tenía un año de ejercicio, y la repuesta a ellas.

Como antesala a lo que posteriormente serían las relaciones entre el gobierno venezolano y el Sistema interamericano de Protección de los Derechos Humanos, durante el primer año de mandato del Presidente Chávez hubo un acercamiento de la administración chavista particularmente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, fue así como el 22 de septiembre de 1999 el Presidente Chávez Frías, solicitó una reunión con la Comisión en la sede de la CIDH, en Washington, D.C, en ese sentido la Comisión recibió al Presidente de Venezuela y a su comitiva.

En un comunicado de prensa de esa misma fecha la CIDH expresó que la reunión con el Presidente de la República de Venezuela le permitió compenetrarse de la visión actual y futura del mismo sobre Venezuela. El jefe de estado venezolano por su parte, expresó su respaldo a la labor de la Comisión y transmitió el interés de su gobierno de respetar y observar los derechos humanos durante el proceso de reforma constitucional.

En esta oportunidad el Presidente Chávez, invitó a la Comisión a realizar una visita in loco a Venezuela, invitación que fue aceptada por la Comisión.

AÑO 2000:

En este trabajo se ha dado especial lugar a la libertad de expresión porque es hasta ahora el derecho humano más palpablemente violado por el gobierno, aun cuando en apariencia hay libertad plena para los medios de comunicación, sin embargo este ha sido el sector de la sociedad más perseguido y amedrentado de diversas formas por parte del actual gobierno, y tomando en cuenta, como se ha señalado repetidamente, que la libertad de expresión es pilar fundamental de la democracia, cuando este derecho se ve amenazado indica un peligro inminente para el sistema democrático.

Es así como, durante el año 2000, el informe sobre Venezuela emanado de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, comienza a dar cuenta del peligro que se cernía sobre las libertades en Venezuela, particularmente sobre la libertad de expresión, así calificó como alarmantes los siguientes hechos:

1- Violaciones al derecho a la libertad de expresión mediante el uso de leyes de desacato y difamación en Venezuela. El abogado y profesor universitario Pablo Aure fue detenido por las autoridades militares el 8 de

enero de 2001, por la publicación de un artículo en el que se expresaba sobre la actitud supuestamente sumisa de los militares frente al presidente Hugo Chávez. Fue dejado en libertad el 10 de enero, pero enfrentando cargos bajo la jurisdicción militar por violar el Artículo 505 del Código de Justicia Militar.

2- El 7 de diciembre de 2000, Arturo Francis, periodista de La Prensa, fue obligado a pagar 800 millones de bolívares (US$ 1,1 millón) por comentarios efectuados acerca del empresario Tobías Carrero en algunas de sus columnas periodísticas. En ese entonces Carrero era considerado el gran financista de Chávez.

3- En septiembre de 1999 Tobías Carrero también presentó cargos de difamación contra La Razón y su editor, Pablo López Ulacio, por la publicación de un artículo en el que se alegaba favoritismo en la adjudicación de contratos del gobierno a la compañía de seguros de Carrero, y en la subasta de estaciones estatales de radio a una empresa controlada por él mismo.

4- El 4 de agosto de 2000 un juez ordenó el arresto domiciliario de López Ulacio por no haber comparecido. López Ulacio abandonó el país y actualmente reside en Costa Rica.

5- En el 2000 se resolvió finalmente el caso de los periodistas Faitha Nahmens y Ben Ami Fihman, periodista y director de la revista Exceso. Estos fueron acusados de difamación por un artículo sobre el asesinato de un hombre de negocios por criminales pagados. El Estado continuó la acción judicial por más de dos años, a pesar de las numerosas deficiencias sustantivas y de procedimiento del caso. La CIDH intervino y en abril de 2000 emitió medidas cautelares en el caso, que fue finalmente abandonado. Si hubieran sido condenados, Nahmens y Fihman podrían haber recibido condenas de seis a treinta meses de prisión y multas de 100 millones de bolívares (alrededor de US$ 143.000).

En la evaluación sobre el estado de la libertad de expresión en el hemisferio el Relator Especial expresa su preocupación por algunas expresiones emitidas durante el año 2000 por el presidente de Venezuela Hugo Chávez hacia la prensa. Al respecto expresó: “Los funcionarios públicos, como es el caso del presidente Chávez, deben defender, promover y garantizar una libertad de expresión plena.”

En este Informe, Venezuela ocupó igualmente un sitio dentro de los Estados miembros que ameritaron especial atención, en cuanto a libertad de expresión se refiere.

En este sentido reiteraron que:

1- Durante el año 2000 el presidente Chávez emitió expresiones que podrían considerarse amedrentadoras a los medios de comunicación y periodistas, y emitidas desde la posición de autoridad que ocupa como primer mandatario, podría contribuir a crear un ambiente de intimidación hacia la prensa que no facilita el debate público e intercambio de opiniones e ideas, necesarios para la convivencia en democracia.

2- La Relatoría considera que en algunas circunstancias, las expresiones de los funcionarios públicos pueden contribuir a crear un ambiente contra-producente para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Asimismo, consideró que las actitudes hostiles hacia los comunicadores sociales puede provocar en el tiempo la autocensura.

3- De la misma manera aludieron al programa dominical "Aló Presidente", en el cual se ha hostigado a los periodistas y dueños de medio de comunicación por largas horas. En este sentido la Relatoría sentía preocupación por la posibilidad de que tal actitud se convirtiera en modelo a seguir por parte de funcionarios de menor jerarquía, alentados por el comportamiento del superior.

4- El 20 de octubre de 2000 el presidente emitió a través de cadena nacional un discurso en el que insultó a Andrés Mata Osorio, editor del diario El Universal, calificándolo de "caudillo", "tirano", "corrupto", "canalla" y "enemigo del régimen del proceso y enemigo del pueblo." El 7 de noviembre de 2000 convocó a una rueda de prensa con corresponsales extranjeros durante la cual desacreditó a algunas revistas y periódicos venezolanos y a un grupo de periodistas del país. Asimismo, agredió a las revistas colombianas Semana y Cambio 16 calificándolas como "oprobiosa oligarquía colombiana y continental."

5- En febrero de 2001 durante una celebración para el noveno aniversario del golpe de Estado de 1992, el Presidente Chávez desprestigió a los periodistas con la frase: "Abajo los periodistas y el capitalismo" e incitó a los ciudadanos a que "griten consignas a cualquier periodista que vean en la calle."

6- El 4 de agosto de 2000 la jueza Graudi Villegas ordenó arresto domiciliario contra el periodista Pablo López Ulacio, director del seminario La Razón, por negarse a comparecer a una audiencia convocada para ese mismo día. El 7 de febrero de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó medidas cautelares en favor del periodista.

7- El 8 de enero de 2001 Pablo Aure Sánchez, profesor de Derecho de la Universidad de Carabobo fue detenido por fuerzas de inteligencia militar.

4- la Relatoría confiaba en que el Presidente de la República y otros funcionarios públicos moderarían sus expresiones en contra de algunos medios de comunicación y periodistas, sin embargo, a la fecha sabemos que eso no ocurrió.

AÑO 2001

Con motivo de una visita in loco que la Relatoría para la libertad de expresión relazaría al país a principios del 2002, este órgano de la CIDH manifestó su preocupación por el incremento registrado de actos de violencia física y hostigamiento dirigidos a periodistas y algunos medios de comunicación. Durante los acercamientos preparativos para la visita, la Relatoría pudo comprobar la existencia de un ambiente de intolerancia y polarización política que de mantenerse, consideraban, amenazaría el pleno y responsable ejercicio de la libertad de expresión, como así también la subsistencia de un estado de derecho dirigido a salvaguardar las instituciones democráticas.

En ese sentido, la Relatoría recibió información documentada de numerosos periodistas, camarógrafos y fotógrafos objeto de agresiones físicas y verbales. Estos comunicadores sociales manifestaron su temor a identificarse como tales cuando cubren algunos actos de gobierno por temor a ser agredidos o recibir represalia.

La Relatoría señaló que los medios de comunicación privados no pueden estar sujetos a la exigencia de la información veraz, imparcial y oportuna puesto que constituiría censura previa, la cual está prohibida en la Convención Americana.

1- <u>Acciones Judiciales</u>

1.1- La Relatoría dio cuenta de los procedimientos sumarios administrativos iniciados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones Venezolana (CONATEL), relacionados con los contenidos programáticos y publicitarios de diversas emisoras televisivas, así como procedimientos de control fiscal con el fin de intimar a algunos medios de comunicación. Según esta información, entre el año 2001 y enero de 2002, el canal de televisión Venevisión había recibido más de cien oficios relacionados con contenidos informativos por parte CONATEL.

1.2- El 17 de mayo del 2001 CONATEL notificó a Vale TV la apertura de un procedimiento administrativo ante la posibilidad de vicios de nulidad absoluta en la autorización que se le otorgó a Vale TV para el inicio del período de transmisiones.

1.3- El 18 de octubre del 2001 se inició un proceso en contra de Globovisión, después de transmitiera la declaración de un taxista sobre el asesinato de nueve colegas cuando en realidad había sido uno, información que posteriormente fue rectificada por Globovisión. Supuestamente por transmitir "noticias falsas, engañosas o tendenciosas".

1.4- Anteriormente, el 4 de octubre, durante un acto público, el presidente Chávez Frías acusó a Globovisión por oponerse a la "revolución pacífica y democrática" en Venezuela. Al respecto dijo: "No les extrañe que, por razones de interés nacional, revise esas concesiones."

2- Intimidaciones

2.1- En mayo del 2001 un incendio destruyó las instalaciones del diario La Opinión del Estado Cojedes. La familia Oviedo, propietaria del diario responsabiliza al Gobernador de este estado, Jhony Yánez Rangel quien a su vez acusa a la familia de haber provocado el incendio.

2.2- La Relatoría recibió información sobre la utilización del otorgamiento de pautas publicitarias del sector público con el objetivo de perjudicar o influenciar la línea editorial de algunos medios de comunicación, entre otros los diarios El Universal, El Nacional, Tal Cual y La Razón.

3- Legislación

3.1- El 12 de junio del 2001 el Tribunal Supremo emitió una sentencia que priva a los periodistas y demás comunicadores del derecho a réplica y condena la tendencia ideológica de los columnistas. Esta resolución fue resultado del rechazo del recurso presentado por el periodista Elías Santana quien reclamó el derecho de réplica en el programa de radio del presidente Hugo Chávez, Alo Presidente.

3.2- Asimismo, la Relatoría fue informada sobre la falta de mecanismos que faciliten el acceso a información en poder del Estado a la sociedad venezolana. El artículo 28 de la Constitución venezolana prevé el acceso a la información sobre datos personales que se encuentran tanto en registros del Estado como de privados y el acceso a todo tipo de documentos de interés de la comunidad. Sin embargo, en la práctica este derecho se ha visto limitado.

3.3- La Relatoría fue informada sobre la existencia de un proyecto de ley de "contenidos" que podría incluir disposiciones que afecten el ejercicio del derecho de libertad de expresión, está ley ya fue aprobada.

AÑO 2002

En febrero del 2002 la Relatoría participó en la visita que hizo la CIDH a Venezuela, para llevar adelante una evaluación preliminar de la situación sobre el ejercicio de la libertad de expresión en ese país. Durante el año 2002 esta Relatoría realizó dos visitas a nuestro país. Esta observación arrojó los siguientes resultados:

1- Un aumento de amenazas y ataques contra los periodistas y particularmente contra aquellos que cubren eventos y concentraciones políticas. Durante y después de la visita in loco, realizada en el mes de mayo de 2002, se informó a la Relatoría que los periodistas eran blanco directo de agresiones y hostigamiento. Los incidentes registrados abarcan el asesinato de un periodista; ataques a la integridad física incluidos heridos de bala; amenazas; y explosivos en medios de comunicación. La situación descrita tiene un efecto amedrentador sobre los comunicadores sociales que temen identificarse como periodistas debido a las represalias que pueden sufrir.

2- Estas circunstancias han dado lugar a que, durante el año 2002, la CIDH haya solicitado al Estado Venezolano siete medidas cautelares y prorrogado muchas de éstas con el fin de proteger la vida, integridad personal y la libertad de expresión de periodistas, camarógrafos y fotógrafos atacados. Asimismo, la CIDH ha solicitado una medida provisional a la Corte Interamericana de Derechos Humanos dado que el caso particular de las personas amparadas bajo la solicitud promovida no había surtido el efecto buscado y que las agresiones contra ellos se habrían mantenido en el tiempo.

3- Sumado a estos hechos, la Relatoría ha sido informada sobre la falta de una investigación completa y exhaustiva sobre estos ataques dirigidos a periodistas y medios de comunicación.

La Comisión ha sostenido que la omisión de un Estado de efectuar una investigación efectiva y completa del asesinato, desaparición u otros ataques dirigidos hacia periodistas y la falta de sanción penal de los autores materiales e intelectuales resulta especialmente grave por el impacto que tiene sobre la sociedad, entre otras cosas, genera miedo de denunciar los atropellos, abusos e ilícitos de todo tipo. El efecto solamente puede ser evitado mediante la acción decisiva de los Estados de castigar a todos los perpetradores de asesinatos contra los comunicadores sociales.

4- Durante y después de la visita in loco de la CIDH a Venezuela, la Relatoría tomó conocimiento de la falta de acceso a información de la sociedad venezolana durante los sucesos de abril de 2002, como así también la utilización de algunos medios de comunicación como herramienta política dentro de la crisis venezolana.

Hechos de violencia denunciados a la Relatoría durante el año 2002 contra comunicadores sociales y medios de comunicación.

-Diario "El Nacional"

1- El día 7 de enero de 2002 un grupo de ciudadanos, auto identificados como integrantes del Movimiento Bolivariano 2000 y de los "Círculos Bolivarianos", se presentaron frente a la sede del diario El Nacional para manifestarse en contra de la línea editorial del diario. Durante el suceso los manifestantes blandían objetos como palos, tubos y piezas metálicas de gran tamaño, tomaron fotos a los periodistas de diario presentes, y gritaron improperios y otras ofensas, asimismo impidieron la libre entrada y salida de los trabajadores del periódico.

Ante estos hechos, el 11 de enero de 2002, la CIDH solicitó medidas cautelares en favor los periodistas, trabajadores y directivos del diario El Nacional.

- Diario "El Universal"

1- Durante ruedas de prensa, ya citadas, el Presidente Chávez advirtió: 'No te va a salvar nadie Andrés Mata'; e igualmente señaló que 'El Diario El Universal de Andrés Mata, el oligarca, atropella al pueblo'. De la misma manera 17 de diciembre [de 2001], en acto público, el Presidente acusó al 'El Universal, es decir, a Andrés Mata Osorio, de estar fraguando una conspiración y me anuncia que el año 2002 va a ser el gran año de la ofensiva…marcado por una serie de eventos que van a ocurrir'. El 13 de enero de 2002, el primer mandatario mostró una foto de Mata Osorio para que "sus seguidores lo reconocieran como oligarca, atropellador del pueblo, etc.". A partir de esta identificación pública Mata dijo haber recibido amenazas de muerte telefónicas contra él y su familia. En este caso, también la CIDH solicitó medidas cautelares a favor Andrés Mata Osorio.

2- La periodista Alicia La Rotta Morán del diario El Universal, fue agredida por un funcionario del gobierno encubierto el día 20 de junio de 2002.

4- El 23 de julio de 2001, la CIDH concedió una solicitud de prórroga a las medidas cautelares en virtud de que el Estado no había dado cumplimiento cabal a las medidas originales, tanto al Director del diario como a la periodista La Rotta.

- Globovisión Y RCTV

1- El día 20 de enero de 2002 las periodistas Luisiana Ríos, de RCTV, y Mayela León, de GLOBOVISIÓN, con sus respectivos equipos técnicos, cubrían el programa "Aló Presidente" en el Observatorio Cajigal, situado en una colina de la parroquia 23 de enero, al oeste de Caracas. A la llegada de los vehículos, identificados con los logos de las televisoras" un grupo de aproximadamente cincuenta (50) personas rodearon los vehículos, balanceándolos y pateándolos mientras gritaban: "los vamos a linchar si salen". Salieron del apuro escoltados por la Casa militar, a fin de que pudieran abandonar la zona. La CIDH solicitó medidas cautelares a favor de las periodistas y el equipo que las acompañaba.

- Radio Caracas Televisión

1- El 27 de noviembre de 2002 la Comisión decidió solicitar a la Corte IDH medidas provisionales a favor de periodistas y técnicos de ese canal.

- Venevisión

1- El día 3 de febrero de 2002, los periodistas de Venevisión intentaban cubrir una gira del Presidente Chávez Frías, y fueron atacados física y verbalmente por simpatizantes del chavismo identificados como tales, días después, durante la cobertura de un hecho público, dos autobuses desplazándose a alta velocidad envistieron contra el lugar donde estaban concentrados periodistas y camarógrafos.

2- El 21 de febrero de 2002, en la Ciudad Universitaria de Caracas, un grupo de personas habría destrozaron los cristales de una unidad móvil del departamento de prensa de Venevisión.

3- Sobre esta base, la CIDH solicitó al Estado de Venezuela la adopción de medidas cautelares para proteger a trabajadores y/o periodistas de la estación de televisión VENEVISIÓN, solicitud que fue prorrogada.

- Ibéyise Pacheco, Patricia Poleo, Marta Colomina y Marianela Salazar

1-Las periodistas Ibéyise Pacheco, Marta Colomina, Patricia Poleo y Marianella Salazar mostraron un video en el cual se revelaban conversaciones entre el Ejército venezolano y la guerrilla colombiana en fecha 30 de enero de

2002. A raíz de esto la periodista Ibéyise Pacheco empezó a recibir llamadas amenazantes, igualmente fue colocado un artefacto explosivo en el diario que dirige la periodista que hizo explosión causando daños al edificio.

2-Esta situación obligó a la CIDH a solicitar medidas cautelares a favor las mencionadas periodistas.

- Dubraska Romero, Vespertino "Tal Cual"

1- A esta periodista le fue entregado por un oficial de la Guardia Nacional un Manual de Golpe de Estado, días antes del 11 de abril, el mismo fue publicado en el diario, posteriormente la periodista Romero recibió llamadas telefónicas amenazantes en su contra y de su familia, las cuales correspondían a la central telefónica de la Guardia Nacional, igualmente recibió llamadas similares del mismísimo Comandante General de la Guardia Nacional, Gral. Belisario Landis. La CIDH, solicitó medidas cautelares para la comunicadora y su familia.

- José Ángel Ocanto, Jefe de información del diario El Impulso de Barquisimeto

1- Este periodista, el 5 de agosto de 2002, recibió amenazas telefónicas dirigidas a él y a su familia y actos de hostigamiento en su contra, como resultado de sus artículos de opinión relacionadas con hechos de corrupción administrativa. En ese sentido, su automóvil fue incendiado, en las amenazas telefónicas le advirtieron que, si seguía escribiendo sus artículos, sería asesinado y su mujer e hijas violadas, igualmente era víctima de una querella penal por calumnias e injurias como resultado de la publicación de una denuncia en el parlamento venezolano.

2- El 5 de noviembre de 2002, la CIDH solicitó al Estado Venezolano la adopción de medidas cautelares a favor del señor Ocanto.

- Otros

1.-Durante las dos visitas de la CIDH a Venezuela en el año 2002, la Relatoría mostró preocupación por la gran cantidad de cadenas nacionales oficiales en los medios de comunicación, obligándolos a cancelar su programación habitual para transmitir información impuesta por el gobierno. Además de su duración y frecuencia que podrían considerarse abusivas, tomando en cuenta que los temas tratados en las mismas no siempre son de interés público. La CIDH emitió un comunicado de prensa condenando el uso abusivo e innecesario de este mecanismo, que podría constituir una forma de censura.

Mención aparte merece la posición de la OEA a través de su Secretario, César Gaviria, con motivo de los sucesos del 11 de abril y días posteriores que se sucedieron en este convulsionado año para la historia política nacional, el Secretario, encabezó la Misión de la Organización de Estados Americanos que visitó al país para observar in situ la situación, igualmente presentó un Informe en cumplimiento de la "Resolución cp/res. 811 (1315/02) Situación en Venezuela", el 18 de abril de 2002.

En su Informe, el Secretario General, asentó que durante su visita esa Misión recibió numerosas quejas sobre la responsabilidad en estos hechos (los del 11 de abril) de los círculos bolivarianos, grupos de ciudadanos u organizaciones de base que apoyan el proyecto político del Presidente. Igualmente precisó que después de los acontecimientos, se han incrementado las denuncias de violación de los derechos humanos, intimidación, vandalismo y saqueos, de pérdidas de vidas y personas heridas; lo que ha ocurrido antes, durante y después de la reciente crisis. "Nosotros (dice Gaviria) enviamos estas denuncias a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en algunos casos a la Relatoría para la Libertad de Expresión".

Asimismo, deja constancia de que "Los representantes de los dueños de los medios de comunicación y un grupo de periodistas consideran que los círculos bolivarianos son la mayor amenaza a la libertad de prensa y expresión". Aclaró expresamente en su escrito que la Comisión está en conocimiento de muchos de estos casos. Finalmente recomendó al gobierno "trabajar en estos aspectos y disipar muchas de las graves preocupaciones que han surgido."

Después de la presentación del Informe por el Sr. César Gaviria ante la OEA, intervino el Canciller venezolano, para ese momento, Luis Alfonso Dávila, quien ante la mención del Secretario de la posible existencia de grupos armados, respondió airadamente que esos grupos no están armados, asimismo resaltó el carácter comunitario de estas organizaciones y descartó cualquier posibilidad de tomar acciones en su contra.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una visita in loco del 6 al 10 de mayo, durante la cual se reunió tanto con el sector oficial como con la oposición y otros grupos de la llamada "sociedad civil", de esta visita surgió un Comunicado de Prensa el 10 de mayo, que fue ratificado en todas sus partes en el Informe 2002.

El Informe resultado de esta visita, le precisa al gobierno que "es una obligación internacional del Estado investigar y juzgar a los responsables de los hechos de abril, de conformidad con las reglas del debido proceso y

asegurar que no queden en la impunidad". Además de señalar su preocupación por la polarización de la sociedad venezolana que tuvo su más trágica y grave expresión en los hechos de abril, y presentar sus recomendaciones con respecto a la situación social y política de Venezuela, al pronunciarse sobre los distintos tópicos sometidos a su consideración, en cuanto a los círculos bolivarianos, la Comisión planteó lo siguiente:

> "56. Durante su visita in loco, e incluso antes, la CIDH ha recibido múltiples manifestaciones de preocupación por la creación, capacitación, organización y financiamiento con fondos del erario público, de los llamados "círculos bolivarianos", cuyo principal propósito sería sostener políticamente al régimen del Presidente Chávez. Se imputa a algunos de dichos círculos actuar como grupos de choque para agredir verbal y físicamente a quienes identifican como enemigos del proceso político, en particular a dirigentes de la oposición política, incluyendo miembros de la Asamblea Nacional y autoridades municipales, periodistas y trabajadores de la comunicación social y a líderes sociales, especialmente en los movimientos sindical y universitario. Se afirma igualmente que algunos de estos círculos están en posesión de armamentos. El Gobierno rechaza estos cargos y afirma que los "círculos bolivarianos" son meros instrumentos de acción y solidaridad social.
>
> 57... "La Comisión recuerda al Gobierno que es responsabilidad del Estado garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de todos los habitantes de Venezuela. El Estado compromete su responsabilidad internacional si grupos de civiles actúan libremente violando derechos, con el apoyo o la aquiescencia del Gobierno. Por ello, la Comisión llama al Gobierno a investigar seriamente los hechos de violencia atribuidos a algunos círculos bolivarianos y a adoptar de la manera más urgente posible todas las acciones que sean necesarias para prevenir que estos hechos se repitan en el futuro. En particular, es indispensable que el monopolio de la fuerza sea mantenido exclusivamente por la fuerza de seguridad pública, de inmediato, debe asegurarse el más completo desarme de cualquier grupo de civiles".

Dado el agravamiento de la situación política en Venezuela, un grupo de trabajo tripartito, conformado por miembros de la OEA, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Centro Carter, también visitó el país en septiembre de 2002, atendiendo la invitación del gobierno nacional, así como de la Coordinadora Democrática. Luego de reuniones con diversos factores del oficialismo y la oposición, concluyeron entre otras cosas, que

parte de la salida a la crisis política de la nación pasaba por "la determinación de los hechos de abril último y el imperativo deslinde de responsabilidades, con la posible participación internacional. El desarme de la población civil tanto de organizaciones como de individuos".

Igualmente, este Comité tripartito, encabezado por el Secretario General de la OEA, César Gaviria, presentó una declaración de principios por la Paz en Venezuela, para la consideración y firma del gobierno y la oposición, en el mismo se solicitaba el desarme de la población civil y se trató recurrentemente sobre el uso ilegal de armas por parte de esta población. Incluso ofrecieron contribuir con expertos internacionales para implementar la Ley de Desarme, aprobada por la Asamblea Nacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en la necesidad de desarmar los grupos violentos y en ese sentido relacionarlos con los ataques a los medios de comunicación y factores de la oposición, lo que constituye un reconocimiento tácito de la existencia de estos grupos y su carácter armado, por parte de organismos internacionales.

Uno de los últimos llamamientos de la Comisión al gobierno venezolano respecto a la urgencia de desarmar los círculos bolivarianos y poner fin a los ataques en contra de periodistas y personajes de la oposición, lo encontramos en un comunicado de prensa de la CIDH, en el que urge a la OEA a colaborar para detener el progresivo deterioro del Estado de Derecho en Venezuela, igualmente señala que este organismo:

> "…ha registrado un aumento progresivo de ataques contra medios de comunicación y periodistas, particularmente contra aquellos que cubren eventos y concentraciones políticas. Los periodistas, camarógrafos, fotógrafos y demás trabajadores de la prensa han sido blanco directo de agresiones y hostigamiento. Los incidentes registrados abarcan, entre otros, el asesinato de un periodista; ataques a la integridad física, incluidos heridos de bala; amenazas; la toma, saqueos y destrozos de las instalaciones de medios de comunicación, tales como los realizados el pasado 9 de diciembre por grupos adeptos al Gobierno en Caracas e importantes ciudades del interior. (…)"

De la misma manera, a través de este comunicado la Comisión condena el uso de la violencia contra diferentes sectores de la sociedad mediante disparos indiscriminados sobre manifestantes, y solicita al Estado venezolano una investigación inmediata, imparcial y exhaustiva de los sucesos de la Plaza Altamira en el que murieron 3 personas, entre ellas una menor de edad y se registraron más de 20 heridos.

En cuanto a los círculos bolivarianos, la Comisión expresa su preocupación no sólo por la existencia de grupos civiles armados que ejercen la violencia política, sino por la impunidad con la que operan, situación que pudimos constatar con los ya mencionados "pistoleros de Puente Llaguno". El comunicado agrega que algunos de estos grupos parecen gozar de protección por parte de ciertas autoridades.

Esta inquietud también ha llegado al Departamento de Estado de los EEUU, que en diversas oportunidades se ha referido a la conveniencia de desarmar a los grupos armados que operan en Venezuela, incluyendo a los círculos bolivarianos; el propio Secretario de Estado, Colin Powell, ha señalado con preocupación la existencia de estos grupos armados y el embajador Otto Reich, en su condición de Secretario Adjunto del Departamento de Estado para el Hemisferio Occidental, se refirió, en su presentación ante The Heritage Foundation, el 31 de octubre de 2002, a este asunto en los siguientes términos:

> "En Venezuela es ahora tiempo para los verdaderos demócratas, tanto en el gobierno como en la oposición, demostrar liderazgo. Como Jefe de Estado, el Presidente Chávez tiene la obligación especial de asegurar condiciones favorables para el diálogo y debería avalar la oportunidad presentado por la misión que encabeza el Secretario General de la OEA para desactivar las tensiones políticas, bajando el nivel de su retórica, desarmar a los grupos irregulares, incluyendo a los círculos bolivarianos y proveer un ambiente seguro para el diálogo libre de acoso, intimidación y violencia".

Es indudable que una misma preocupación recorre a quienes no militan en la Revolución Bolivariana del Presidente Chávez, así lo han manifestado ya se trate de la oposición, o de organismos internacionales especializados en la protección de los derechos humanos, o de otros gobiernos como el de los Estados Unidos de Norteamérica. Lo cierto es que la discusión sobre si el modelo político que está tratando de implantar Chávez en Venezuela es de corte comunista, castrista, o fascista es bastante inútil, lo cierto es que todos estos modelos son totalitarios y consecuentemente contrarios a cualquier proyecto democrático. Los elementos que caracterizan tanto a los modelos marxistas derivados de Lenin, como los fascistas o nacional socialistas son prácticamente iguales: conforman estados totalitarios aunque lleguen por variantes ideológicas diferentes. En Venezuela todas las luces de alerta se han encendido, estamos en presencia de un gobernante autoritario, que tiene entre sus manos un modelo político totalitario, que lucha por imponerlo y una sociedad civil que se resiste a aceptarlo. La incógnita está en saber si la oposición conoce realmente el alcance de lo que está en juego.

AÑO 2003

- Amenazas y agresiones

1- La Comisión constató que, durante el 2003, se reiteraron las agresiones verbales y físicas en perjuicio de trabajadores de medios de comunicación social. Desde finales del 2001 la CIDH ha solicitado la adopción de medidas cautelares para proteger a diversos comunicadores sociales y medios de comunicación. Entre estos se encuentran trabajadores y/o directores de los siguientes medios de comunicación: El Nacional, El Universal, RCTV, Globovisión, Así es la Noticia y La Razón.

2- A principios de 2003, la Comisión, a través de la Relatoría, recibió información sobre varios trabajadores de la prensa agredidos, especialmente cuando cubrían protestas y manifestaciones sociales.

3- En el Estado de Carabobo, fue apedreada una camioneta de una televisora regional, igualmente fueron agredidos dos periodistas del estado Zulia El Regional fueron agredidos en el estado de Zulia.

4- En Caracas, se recibió información de agresiones contra un fotógrafo del diario El Mundo, y un reportero de Televen. En abril, fueron agredidos trabajadores de Venezolana de Televisión. El 20 de agosto resultó agredido un camarógrafo Globovisión, mientras cubría una marcha, también en Caracas.

5- En el estado Anzoátegui, un periodista y dos técnicos del canal Venevisión fueron amenazados en la entrada de la planta de PDVSA, y se ocasionaron daños al vehículo en el que se trasladaban. En ese mismo Estado, un reportero gráfico del diario Impacto, resultó agredido.

6- Un vehículo con equipo reporteril del Correo del Caroní fue atacado por adeptos del oficialismo en Puerto Ordaz, Estado de Bolívar. Dos periodistas Daniel fueron agredidos por la policía del Estado de Nueva Esparta, cuyo gobernador pertenece al partido oficialista.

7- Una unidad reporteril de Venevisión fue atacada por efectivos de la Guardia Nacional en las inmediaciones de instalaciones petroleras de Paraguaná, Estado de Falcón.

8- En el Estado de Aragua, fueron agredidos un camarógrafo y un periodista. En la ciudad de Puerto La Cruz fueron retenidos por un grupo de estudiantes afectos al oficialismo una periodista y un fotógrafo del diario El Tiempo.

9- Hacia finales del año el Presidente nuevamente dirigió mensajes públicos que justificaban las agresiones a los comunicadores sociales.

10- En declaraciones públicas, el Presidente Chávez y varios altos funcionarios de su gobierno reclamaron falta de imparcialidad y motivaciones políticas en la cobertura de algunos medios de comunicación. Sin embargo, esta percepción de ninguna manera justificaba restricciones ni ataques a la libertad de expresión., señaló la relatoría.

11- En la mañana del 27 de junio de 2003, la conocida periodista Marta Colomina, quien ha mantenido una abierta postura de oposición al gobierno de Chávez, fue objeto de una agresión cuando ocho individuos con armas largas intentaron incendiar, con una bomba "Molotov", el vehículo en el que se trasladaba.

- Acciones judiciales

1- En Venezuela se iniciaron, durante ese año, varias acciones judiciales contra periodistas por delitos según los cuales se les imputa un presunto irrespeto a distintos funcionarios.

2- El exministro de la Secretaría de la Presidencia, Rafael Vargas, interpuso ante los tribunales una querella contra el periodista Miguel Salazar, columnista del semanario Quinto Día, por una serie de señalamientos sobre actos de corrupción en el Seguro Social, organismo del cual Vargas era director suplente.

3- El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) venezolano declaró improcedente un recurso de amparo interpuesto contra los canales privados de televisión: Radio Caracas Televisión, Venevisión, Televen, Globovisión, CMT, Meridiano y Puma TV, por la presunta interferencia de la señal durante la transmisión de un mensaje del presidente Hugo Chávez, trasmitido en cadena nacional de radio y televisión.

4- El 15 de Julio de 2003, la Sala Constitucional emitió la sentencia 1942, la cual declaró sin lugar una solicitud de nulidad de algunos artículos del Código Penal que castigan con prisión la libre crítica a funcionarios públicos y organismos oficiales. Refiriéndose a la incompatibilidad de esta jurisprudencia con las normas convencionales, el Tribunal sostuvo que las recomendaciones de la Comisión Interamericana no son vinculantes. El 16 de julio de 2003, el Relator emitió un comunicado en el que lamentó la decisión pues convalidaba las leyes de desacato.

5- En abril de 2003, el presidente del diario El Siglo, ubicado en el estado de Aragua, fue citado a un juicio por difamación, fue denunciando por el gobernador del estado, por la publicación de reportajes sobre casos de negligencia y corrupción oficial. Según la información recibida, el diario también ha sido objeto de hostigamiento, incluso agresiones contra los trabajadores y ha sufrido daños materiales.

6- El Ministerio Público del estado de Miranda ordenó la apertura de una investigación por las autoridades estatales de inteligencia en contra del editor-director de los diarios La Voz y La Región, la investigación se basa en la publicación, el 11 de marzo, de un aviso de la opositora Coordinadora Democrática.

- Legislación

1- El 13 de febrero de 2003, la Asamblea Nacional aprobó, en primera discusión un proyecto de Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión.

2- Luego de una revisión por parte de la Comisión encargada, se aprobó una nueva versión del proyecto, con respecto a esto, el Relator mostró su preocupación, debido a que el proyecto mantenía limitaciones al contenido de los programas de radio y televisión que, sumado ambigüedad de algunas disposiciones, podrían generar autocensura en los medios de comunicación, igualmente manifestó su preocupación por los condicionamientos de veracidad y oportunidad de la información, en ese sentido instó a los legisladores a tomar en cuenta los estándares internacionales en materia de libertad de expresión y solicitó al Estado que se le suministrara información sobre el proyecto y su tramitación. El Estado no dio respuesta a esta comunicación.

- Otros

1- La CIDH tuvo conocimiento de la iniciación de procesos administrativos impulsados por el Ministerio de Infraestructura (MINFRA) contra distintos canales de televisión en Venezuela.

2- El 20 de enero de 2003, se notificó la apertura procedimientos administrativos contra Globovisión y Radio Caracas Televisión para determinar el presunto incumplimiento de la normativa de transmisiones de radio y televisión. El 5 El febrero de 2003, fueron notificados Venevisión y de Televen de la apertura de un procedimiento administrativo de investigación. Un procedimiento similar se inició contra la Televisora Regional de Táchira.

3- Estos procedimientos estaban relacionados con presuntas violaciones a la Ley de Telecomunicaciones y del Reglamento Parcial sobre Transmisiones de Televisión, por parte de estas emisoras durante el paro cívico organizado por la oposición entre el 2 de diciembre de 2002 y el 6 de febrero de 2003.

4- Las televisoras plantearon una solicitud de nulidad por "inconstitucionalidad" y un amparo constitucional contra varios de los artículos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Así como medidas cautelares para que se ordenara al Ministro de Infraestructura, que se abstuviera de aplicar las mencionadas leyes, mientras se tramitaba la demanda planteada. El 2 de junio de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia negó las medidas cautelares solicitadas por las televisoras.

5- El 4 de febrero, en un operativo conjunto de CONATEL y la Dirección de Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) fue clausurada, en la población de El Hatillo, Estado de Miranda, la emisora Amiga 105.7, que tenía tres meses en el aire. En dos ocasiones había sido inspeccionada sin que se encontrara ninguna irregularidad. La intervención se produjo cuando se disponían a entrevistar al presidente del Colegio Nacional de Periodistas (CNP), y al abogado constitucionalista Enrique Meir, sobre el proyecto de Ley de Responsabilidad Social o Ley de Contenidos.

6- El 3 de octubre, funcionarios de CONATEL se presentaron en dos instalaciones del canal Globovisión para notificar una investigación en relación con el supuesto uso de frecuencias no autorizadas. Los funcionarios de CONATEL incautaron parte de los equipos de microonda del medio. Globovisión aseguró que esta medida podía poner en riesgo sus transmisiones en directo. La Comisión dictó una medida cautelar a favor de Globovisión y ordenó al Estado restituir al canal el equipo incautado, orden no cumplida hasta la fecha.

7- El 9 de diciembre, CONATEL acordó la incautación de siete equipos y una multa por 583 millones de bolívares (unos 363.000 dólares estadounidenses). El 11 de diciembre, Globovisión presentó un recurso de nulidad de la decisión.

AÑO 2004

En el informe presentado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, como parte del Informe General sobre Venezuela, reitera las preocupaciones que ha venido manifestando desde sus primeros informes y concluye que muchas de las observaciones continúan vigentes al momento de elaboración de este último documento.

En este sentido señalan que aun cuando la CIDH y la Relatoría han constatado que en Venezuela los medios de comunicación se expresan mayoritariamente en forma crítica hacia el Gobierno, para los periodistas estas expresiones traen como consecuencia actos intimidatorios, algunos de gravedad. Asimismo, consideran que la continuación ininterrumpida de estos actos podría generar la autocensura al propiciar un ambiente poco conducente para el desarrollo de la labor periodística.

"La CIDH entiende que las expresiones críticas hacia el Gobierno impiden hablar de autocensura en los medios de comunicación de manera generalizada; sin embargo, la posible autocensura de los comunicadores sociales es una situación que en algunos casos comienza a constatarse, debiendo los periodistas cambiar sus tareas específicas. La protección de la libre expresión no puede ser medida únicamente por la inexistencia de actos de censura, clausura de periódicos o detenciones arbitrarias de quienes se manifiestan libremente, sino debe también demostrar la existencia de un ambiente de seguridad y garantías para los trabajadores de la comunicación en el desarrollo de sus funciones informativas"

En este informe se hace especial mención a alguna jurisprudencia del tribunal Supremo de Justicia que han propiciado de alguna manera restricciones a la libertad de expresión. En este sentido se refieren a la decisión del 12 de junio de 2001 ("Sentencia 1013"), a pesar de haber sido declarada inadmisible ante la Comisión, "en vista de la relevancia del debate desencadenado por el contenido de esta Sentencia, del legítimo interés demostrado por la sociedad en su conjunto y la comunidad internacional sobre los efectos que pudiera acarrear para la libertad de expresión la aplicación de las formulaciones interpretativas del Tribunal Supremo por parte de otros tribunales".

La CIDH y la Relatoría han constatado la polémica generada por este fallo debido a que los conceptos en los cuales se fundó la sentencia, serán, a juicio de la Sala "doctrina vinculante en la interpretación de los artículos 57 y 58 de la Carta Fundamental". Posición que ya ha reiterado este tribunal en otros casos.

Igual atención requirió la Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia del 15 de julio de 2003 (1942) cuando la Sala Constitucional de ese Tribunal resolvió una acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta por un particular en contra una serie de artículos del Código Penal. Algunos de estos artículos consagran el tipo penal del desacato; otros permiten la utilización de las normas comunes de la legislación penal de igual manera. La decisión del Supremo Tribunal fue convalidar la mayoría de estas normas, incluyendo las que consagran el delito de desacato.

La CIDH y su Relatoría, comentan en su Informe, que actualmente realizan un análisis de estos artículos de la legislación venezolana que, de aplicarse, vulnerarían el derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, procesos administrativos a canales de televisión y Leyes de vilipendio (desacato a la autoridad). Como se desprende de la última sentencia citada, en la legislación penal de Venezuela existe normativa que es incompatible con el artículo 13 de la Convención, por ejemplo las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos, conocidas como leyes de vilipendio o desacato, igualmente en el Código Penal venezolano se encuentran una serie de normas que de aplicarse, serían restrictivas al pleno ejercicio de la libertad de expresión al sancionar las denuncias u "ofensas" dirigidas a funcionarios públicos y la exigencia de información imparcial, oportuna y veraz, entre otros.

Así mismo, la relatoría reitera su preocupación por que no hay un verdadero acceso a la información en poder del Estado, pese a que existen garantías constitucionales que lo consagran, igualmente critican el uso abusivo de las cadenas nacionales como otro ejemplo de afectación a la libertad de expresión.

En síntesis, la muestra de los señalamientos que han hecho la CIDH y particularmente su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, más allá de plasmar los hechos que cotidianamente padecen y conocen muchos ciudadanos, refleja, por su reiterada comisión, la absoluta falta de espíritu de enmienda por parte del gobierno y la realización de actos contrarios a leyes convencionales y normas de prácticas universales y generalizadas de respeto y observancia de los derechos humanos, como parte de una política de estado que no busca otra cosa que reducir a sus adversarios y crear un clima de temor que obligue a ciertos sectores de la sociedad a evitar la participación, la crítica y en fin la disidencia.

Llama la atención que sea durante este gobierno cuando los sistemas de protección de derechos humanos han dirigido gran parte de su atención al país y cuando más llamados de atención, recomendaciones, medidas y documentos han generado con el propósito de frenar al gobierno en su onda violatoria de los derechos humanos.

Venezuela nunca había figurado entre los países particularmente violadores de derechos humanos, desde el desarrollo de este gobierno ha ocupado un oscuro sitial en este rubro, como describimos de manera cronológica en el siguiente capítulo.

VI. CASOS ANTE LA CIDH POR VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN VENEZUELA

En Venezuela, la CIDH y la Relatoría han identificado tres áreas de especial atención en materia de libertad de expresión: la primera relacionada con las amenazas, ataques y actos de hostigamiento contra comunicadores sociales, especialmente aquellos que trabajan en la calle, así como también la falta de investigación en relación a dichas amenazas y ataques; la segunda se refiere a la existencia de decisiones judiciales y proyectos de ley que de aplicarse, podrían afectar adversamente el ejercicio pleno de la libertad de expresión de los habitantes de Venezuela. La tercera se vincula con la iniciación de procesos administrativos por parte de CONATEL y el Ministerio de Infraestructura a medios de comunicación relacionados con el contenido de su programación, aplicándose para ello legislación que es contraria al sistema interamericano.

La siguiente relación refleja el panorama que vive actualmente Venezuela en cuanto a la relación del gobierno con el cumplimiento de tratados y normas convencionales relativas a los derechos humanos, Acuerdos que además están suscritos por el país.

1- Desde finales del 2001 la CIDH ha solicitado la adopción de medidas cautelares para proteger a diversos comunicadores sociales y medios de comunicación.

2- Durante el año 2002, la CIDH solicitó al Estado venezolano la adopción de medidas cautelares en ocho oportunidades, prorrogando muchas de éstas con el fin de proteger la vida, integridad personal y libertad de expresión de periodistas, camarógrafos y fotógrafos atacados.

3- Además se han solicitado medidas provisionales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sumado a estos hechos, la CIDH y la Relatoría han sido informadas sobre la falta de una investigación completa y exhaustiva sobre estos ataques dirigidos a comunicadores sociales y medios de comunicación.

4- La CIDH, al momento de solicitar las primeras medidas cautelares de protección a periodistas, pudo apreciar que en algunas circunstancias los discursos del Presidente Chávez eran seguidos por actos de agresión física en contra de sus adversarios y de trabajadores de la comunicación

5- La CIDH y la Relatoría tomaron conocimiento sobre la existencia de un Proyecto de Ley sobre Responsabilidad Social en Radio y Televisión para

regular la actividad de estos medios de comunicación en Venezuela. La CIDH, señaló en este momento, que, si bien las reglamentaciones para programas de radio y televisión son compatibles con la Convención Americana, el nuevo Proyecto de Ley en discusión mantiene una serie de restricciones, definiciones y regulaciones sobre el contenido de la programación de radio y televisión que si se aplicaran podrían vulnerar las disposiciones convencionales.

6- Las sanciones previstas, dada su rigurosidad, podrían generar la autocensura de los medios de comunicación, Los condicionamientos de veracidad, imparcialidad y oportunidad que el Proyecto impondría a las informaciones, son contrarios a la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

7- Además, es preocupante la imposición a los medios de comunicación de revelar sus fuentes, pues la selección de las fuentes de información es parte de la ética y la responsabilidad periodística, las que de ningún modo pueden ser escrutadas por el Estado.

8- El 15 de julio de 2003 la Sala Constitucional del Supremo Tribunal de Justicia resolvió una acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta por un particular en contra de una serie de artículos del Código Penal. Algunos de estos artículos consagran el tipo penal de desacato; otros permiten la utilización de las normas comunes de la legislación penal de igual manera. El Supremo Tribunal convalidó la mayoría de estas normas, las cuales, de aplicarse, vulnerarían el derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención.

9- La Comisión observa que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia 1013 impide a los periodistas y comunicadores sociales la utilización del derecho de réplica aún en supuestos de agravios a su persona. Sin perjuicio de los casos específicos a los que se refiere la decisión, preocupa a la CIDH esa afirmación de carácter general, ya que contradice lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-5, la Corte dijo que la censura previa constituye una violación extrema del derecho a la libertad de expresión. Convalidar los delitos de desacato como lo hace la decisión del Supremo Tribunal contraviene la jurisprudencia del sistema interamericano.

10- La CIDH y la Relatoría tomaron conocimiento sobre la iniciación de procesos administrativos impulsados por el Ministerio de Infraestructura contra distintos canales de televisión en Venezuela. Estos procesos se basan en legislación contraria al libre ejercicio de la libertad de expresión y podrían culminar con la sanción de revocación de la habilitación administrativa o

concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones otorgados a distintas empresas. La base fáctica en que se fundan los procedimientos incluye manifestaciones de líderes opositores que fueron transmitidas por las televisoras.

11- También se estarían imputando a las televisoras otras violaciones a ese Reglamento, entre ellas la realización de expresiones que inciten "al irrespeto de las instituciones y autoridades legítimas" (artículo. 53, inciso. c) del citado Reglamento). La sanción por expresiones de esa especie, contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo a los argumentos de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

12- Como se anticipó al abordar la Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia del 15 de julio de 2003, en la legislación penal de Venezuela existe normativa que es incompatible con el artículo 13 de la Convención. Ejemplo de ello son las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos, conocidas como leyes de vilipendio (leyes de desacato).

13- Dentro del Código Penal de Venezuela se encuentran una serie de normas que de aplicarse, serían restrictivas al pleno ejercicio de la libertad de expresión al penalizar la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos. Venezuela todavía no ha adecuado sus leyes sobre privacidad y la protección del honor y la reputación conforme con los principios de la distinción entre las personas públicas y las personas privadas y la real malicia.

Recuento de las acciones tomadas por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos con respecto a la situación de los derechos Humanos en Venezuela.

La situación de los derechos humanos en Venezuela, se puede resumir en la siguiente relación de comunicaciones, informes especiales, informes de la relatoría de libertad de expresión y medidas cautelares emitidas a partir del año 2001 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las medidas provisionales otorgadas por la Corte Interamericana.

En cuanto a los informes especiales, los cuales publica la Comisión cuando se considera que un país ha presentado una situación irregular, irrespetuosa o reprochable en cuanto a su observación de las normas y convenciones sobre derechos humanos, Venezuela fue objeto de tal documento, por primera vez en el año 2003, desde la publicación de los mismos en el año 1962. Igualmente, en el caso de medidas cautelares e informes de la relatoría de libertad de expresión, Venezuela comenzó a ser objeto de los mismos ya

entrada la administración Chávez. En el caso de las comunicaciones relacionadas con la libertad de expresión, tomamos como fecha referencial 1996, pero sólo hasta el 2001 Venezuela fue preocupación en ese tema para la Relatoría.

1- Medidas Cautelares solicitadas por la Comisión.

1- El 7 de febrero de 2001, la Comisión Interamericana otorgó medidas cautelares en favor del periodista Pablo López Ulacio, director del semanario "La Razón. El 3 de julio del 2001 la Juez 14 de juicio de Caracas resolvió dictar orden de captura en contra de López Ulacio, haciendo caso omiso a la solicitud de medidas cautelares de la Comisión.

2- El 12 de marzo de 2001, la Comisión acordó la adopción de medidas cautelares para preservar, entre otros, los derechos a la vida e integridad personal de los Refugiados colombianos en Venezuela, Manuel de Jesús Pinilla Camacho y Otros. La CIDH consideró que las personas se encontrarían en una situación de grave riesgo y la adopción inmediata de medidas cautelares resultaba necesaria "para evitar daños irreparables a las personas".

3- El 11 de enero de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad personal y libertad de expresión de los periodistas que laboran en el Diario "El Nacional, quienes fueron objeto de amenazas y agresiones por parte de personas vinculadas al gobierno.

4- El 10 de julio de 2002 la Comisión prorrogó la vigencia de las medidas cautelares, a solicitud de los peticionarios.

5- El 28 de enero de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad física y libertar de expresión de Andrés Mata Osorio, Director del Diario "El Universal". Los peticionarios alegan que el señor Mata fue, en un clima de hostigamiento hacia los medios de prensa, víctima de amenazas contra su vida y la de su familia.

6- El 25 de junio de 2002 las medidas cautelares fueron ampliadas a favor de la periodista Alicia La Rotta Morán, quien fue víctima de agresiones físicas por causa de su labor periodística.

7- El 23 de julio de 2002 se prorrogó la vigencia de las medidas cautelares.

8- El 30 de enero de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de Laura Castellanos, José Antonio Monroy, Argenis Uribe y David Pérez Hansen, periodistas de RCTV y Globovisión. Los trabajadores de ambos medios fueron agredidos por un grupo de aproximadamente 50 personas mientras cubrían una transmisión del programa "Aló Presidente". La vigencia de estas medidas cautelares fue prorrogada en julio de 2002.

9- El 25 de noviembre de 2002 la CIDH solicitó medidas provisionales a la Corte Interamericana con relación a los periodistas de RCTV y continuó con el trámite de medidas cautelares en favor de Globovisión.

10- El 28 de febrero de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad personal y libertad de expresión de Luis Alfonso Fernández, Julio Gregorio Rodríguez García y demás trabajadores y periodistas de Venevisión. Víctimas de ataques verbales, acoso y vandalismo en ocasión de cubrir eventos periodísticos el 3 y 21 de febrero de 2002.

11- El 30 de agosto la CIDH extendió la vigencia de las medidas cautelares por seis meses.

12- El 12 de marzo de 2002, la Comisión otorgó medidas cautelares en favor de Ybéyise Pacheco, Patricia Poleo, Marta Colombina y Marianella Salazar, periodistas del diario "Así es la Noticia". El 1° de febrero de 2002 las instalaciones del diario sufrieron un atentado con explosivos, tras lo cual los periodistas recibieron amenazas telefónicas y escritas.

13- El 19 de abril de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de Liliana Ortega, directora de la organización de derechos humanos COFAVIC, y sus miembros, quienes han sido victimas de amenazas por razón de su actividad en defensa de los derechos humanos.

14- El 25 de noviembre de 2002 la CIDH solicitó medidas provisionales a la Corte Interamericana. La Corte hizo lugar a la solicitud el 27 de noviembre de 2002.

15- El 28 de mayo de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de Dubraska Romero, periodista del vespertino "Tal Cual" quien recibió amenazas por causa de su actividad periodística.

16- El 23 de agosto de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de Fernando Sánchez Colmenares, víctima de los sucesos ocurridos el 11 de abril de 2002 en las adyacencias del Palacio Miraflores en la ciudad de Caracas y Mohamad Merhi, familiar de una de las víctimas en los mismos sucesos. Los beneficiarios fueron víctimas de ataques contra sus vidas, perpetrados con una metodología similar, el 9 y 10 de agosto de 2002, presuntamente como consecuencia de un proceso iniciado contra autoridades gubernamentales por su alegada responsabilidad en los hechos del 11 de abril de 2002.

17- El 18 de septiembre de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de Carlos Tablante, Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de la Asamblea Nacional de Venezuela y miembro del Movimiento

al Socialismo (MAS). El señor Tablante ha sido objeto de reiterados ataques y amenazas a su integridad física, incluyendo dos atentados en los que perdieron la vida dos guardaespaldas.

18- El 15 de octubre de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de familiares de víctimas de los grupos de exterminio que operan en el estado Portuguesa. Más de un centenar de personas habrían sido asesinadas presuntamente por funcionarios activos adscritos a la Policía de Portuguesa.

19- El 18 de octubre de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de Luis Enrique Uzcátegui Jiménez, hermano de Néstor José Uzcátegui Jiménez, asesinado el 1º de enero de 2001 presuntamente por agentes de la Fuerza Pública del estado de Falcón, al parecer un grupo de exterminio.

20- El 25 de noviembre de 2002 la CIDH solicitó a la Corte Interamericana que ordenara la adopción de medidas provisionales. La Corte Interamericana hizo lugar a la solicitud el 27 de noviembre de 2002.

21- El 5 de noviembre de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de José Ángel Ocanto, jefe de información del Diario El Impulso, de Barquisimeto. Quien ha sido objeto de amenazas y actos de hostigamiento.

22- El 4 de diciembre de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor del Padre Juan Manuel Fernández, secretario del Arzobispado de Caracas, y representante de Vale TV. El Padre Fernández fue objeto de amenazas y de un atentado en el cual resultó herido de bala junto a un menor de edad.

23- El 13 de enero de 2003 la Comisión otorgó medidas cautelares a favor del General Rafael Alfonso Martínez. El General fue privado arbitrariamente de su libertad el 30 de diciembre de 2002 por funcionarios adscritos a la Dirección General Sectorial de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) del Ministerio del Interior y Justicia de Venezuela, no exhibieron orden judicial o de otro tipo, no le informaron de las razones de la detención, ni le indicaron la autoridad que había dispuesto esa detención. Asimismo se indicó que el 31 de diciembre de 2002, un Juez de Control del Circuito Judicial Penal de Caracas ordenó el cese inmediato de cualquier medida de privación de libertad, mandamiento judicial que no fue cumplido.

24- El 20 de junio de 2003 la Comisión otorgó nuevamente medidas cautelares a favor de Carlos Tablante, presidente de la Comisión Permanente de Política Interior, Justicia, Derechos Humanos y Garantías Constitucionales de la Asamblea Nacional de Venezuela y miembro del Movimiento al Socialismo (MAS).

25- El 29 de agosto de 2003 la Comisión solicitó la adopción de medidas cautelares a favor de Yelitse Moreno Castillo, esposa del defensor de derechos humanos Joe Castillo González, ex coordinador de la Oficina de Derechos Humanos del Vicariato Apostólico de Machiques, y su hijo César Luis Castillo Moreno, de tan sólo un año de edad. El 27 de agosto de 2003 Joe Castillo González fue asesinado mediante nueve impactos de bala, los beneficiarios fueron también alcanzados por impactos de bala, logrando sobrevivir.

26- El 3 de octubre de 2003 la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de Gustavo Azocar Alcalá, corresponsal del diario El Universal, en el Estado de Táchira. Por una serie de actos de hostigamiento en su contra, incluyendo un atentado con armas de fuego contra su vehículo, constantes llamadas telefónicas, correos electrónicos y mensajes anónimos con amenazas de muerte en su contra.

27- El 3 de octubre de 2003 la Comisión otorgó medidas cautelares para proteger el derecho a la libertad de expresión en relación con la incautación estatal de ciertos equipos operativos de la estación de televisión Globovisión. Funcionarios de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) incautaron equipos de transmisión en distintas instalaciones del Canal GLOBOVISIÓN, generando la potencial restricción a la continuidad de las operaciones de ese medio de comunicación.

2- Comunicados de Prensa

08/04

Relatoría para la libertad de expresión preocupada por decisión del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que convalida colegiación obligatoria de periodistas.

92/03

El Relator Especial para la libertad de expresión manifestó su profunda preocupación por la medida administrativa que llevó a la incautación de equipos del canal venezolano Globovisión.

85/03

El Relator Especial para la Libertad de Expresión lamenta decisión del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela que convalida las leyes de desacato.

81/03

La Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH condena grave atentado a la periodista Marta Colomina en Venezuela ocurrido el 27 de junio.

68/03

El Relator Especial para la Libertad de Expresión manifiesta su seria preocupación por la iniciación de procedimientos administrativos a canales de televisión en Venezuela.

54/02

La Relatoría para la Libertad de Expresión manifiesta su preocupación por la utilización abusiva de las cadenas nacionales en las programaciones televisivas y radiales por parte del gobierno de la República Bolivariana de Venezuela.

45/01

La Relatoría para la Libertad de Expresión observa con preocupación la apertura de un procedimiento administrativo iniciado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones Venezolana (CONATEL) contra la cadena de televisión Globovisión. Dicho proceso se basa en legislación contraria al libre ejercicio de la libertad de expresión.

37/01

El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, Santiago A. Cantón, expresó su rechazo a las acciones tomadas en contra del abogado y profesor universitario Pablo Aure Sánchez por parte de la justicia militar en Venezuela.

3- Medidas Provisionales otorgadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1- Resolución de la Corte de 9 de julio de 2004.

A favor del abogado Carlos Nieto Palma, quien es coordinador general de una organización no gubernamental de derechos humanos, denominada "Una Ventana a la Libertad", dedicada a la defensa y promoción de los derechos humanos en las cárceles de Venezuela, es profesor de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela. El señor Nieto Palma fue visitado por tres agentes de la policía política (DISIP), durante su "visita" lo interrogaron en torno al financiamiento de la organización que dirige. Posteriormente fue citada a la Fiscalía donde el fiscal lo acusó de "traidor a la patria".

2- Resolución de la Corte de 4 de septiembre de 2004.

A favor de periodistas de Globovisión, el 20 de enero de 2002 Mayela León Rodríguez, Jorge Manuel Paz y María Fernanda Flores, trabajadores de

Globovisión, y otros trabajadores de Radio Caracas Televisión, fueron agredidos por un grupo de aproximadamente 50 personas cuando cubrían la transmisión del programa "Aló Presidente"

El 30 de enero de 2002 la Comisión adoptó medidas cautelares a favor de los mencionados trabajadores de Globovisión y de otros trabajadores de RCTV. Durante el año 2002 la Comisión solicitó al Estado la adopción de medidas cautelares y las prorrogó durante los años 2003 y 2004 con el fin de proteger la vida, la integridad personal y la libertad de expresión de "periodistas, camarógrafos, directivos, fotógrafos e instalaciones de los medios de comunicación atacados", entre ellos Globovisión.

El 21 de julio de 2004, el Presidente de la Corte otorgó plazo hasta el 28 de julio de 2004 para que el Estado remitiera sus observaciones a la solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión en este caso. El Estado no remitió observación alguna al respecto.

3- Resolución de la Corte de 6 de julio de 2004

A favor de los diarios El Nacional y Así es la Noticia. Durante el año 2002, la Comisión solicitó al Estado siete medidas cautelares, entre las que se encuentran "El Nacional" y "Así es la Noticia", y prorrogó muchas de éstas hasta el año 2004 con el fin de proteger la vida, integridad personal y libertad de expresión de periodistas, directivos, camarógrafos y fotógrafos.

4- Resolución de la Corte de 23 de noviembre de 2004

A favor de Eloísa Barrios y otros, el señor Luis Barrios, fue asesinado el 20 de septiembre de 2004. El 22 de septiembre de 2004 se solicitó a la Comisión que acordara solicitar a la Corte el otorgamiento de medidas provisionales con el objeto de garantizar los derechos a la vida e integridad personal de los beneficiarios para "evitar que otro miembro de la familia Barrios sea ajusticiado". Este caso está relacionado con la aparición de grupos de exterminio, aparentemente pertenecientes a las policías, en varios estados del país.

5- Resoluciones de la Corte de 27 de noviembre de 2002, 21 de febrero de 2003, 2 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004

A favor de Liliana Ortega y otras, estas diversas resoluciones obedecen a la preocupación por el aumento progresivo de amenazas y ataques contra las diversas organizaciones de la sociedad civil, las cuales se intensificaron de manera significativa durante el 2002 y han sido objeto continuo de hostigamiento.

6- Resolución de la Corte de 04 de mayo de 2004

A favor de Liliana Ortega y otras, Luisiana Ríos y otros, Luís Uzcátegui, Marta Colomina y Liliana Velásquez, esta extensión de las medidas provisionales se debió, dependiendo de cada caso, a la existencia de grupos de exterminio conformados por funcionarios de seguridad del Estado que actúan en los Estados Portuguesa, Yaracuy, Anzoátegui, Bolívar, Miranda y Aragua, y por otra parte al aumento progresivo y significativo de amenazas y ataques contra los periodistas y particularmente contra aquellos que cubren eventos y concentraciones políticas.

7- Resoluciones de la Corte de 27 de noviembre de 2002, 20 febrero de 2003, 2 de Octubre de 2003, 21 de noviembre de 2003, 2 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004

A favor de Luisiana Ríos y otros trabajadores de la televisora Radio Caracas Televisión, por los ataques y hostigamientos en contra de estos comunicadores, que a la fecha de la última resolución no habían cesado.

8- Resolución del Presidente de la Corte de 30 de julio de 2003, Resolución de la Corte de 8 de septiembre de 2003, 2 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004

A favor de Marta Colomina y Liliana Velásquez, a causa del brutal atentado que sufrieron estas periodistas, así como las amenazas de muerte e insultos que han recibido constantemente, este caso ameritó un pronunciamiento con carácter de urgencia y el otorgamiento de medidas provisionales por parte del Presidente de la Corte.

9- Resolución de la Corte de 27 de noviembre de 2002, 20 de febrero de 2003, 2 de diciembre de 2003, 4 de mayo de 2004

A favor de Luís Uzcátegui, hermano del señor Néstor Uzcátegui, quien en fecha 1 de enero de 2001 fue asesinado en su casa, por un grupo de funcionarios de la Policía local y las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Falcón. Este hecho ha sido denunciado por el Sr. Luís Uzcátegui ante el Ministerio Público, así como en la prensa local y acusado públicamente a las máximas autoridades del Estado Falcón, igualmente organizó un comité de familiares de víctimas de presuntos ajusticiamientos. El beneficiario ha sido objeto de actos sistemáticos y constantes de amedrentamiento y amenazas a su vida y a su integridad física, razón por la cual la Corte decidió otorgar tales medidas.

VII. SITUACIÓN DE OTROS DERECHOS HUMANOS A LA VIDA, LA INTEGRIDAD PERSONAL, LA LIBERTAD PERSONAL, A LA JUSTICIA Y A LOS DERECHOS HUMANOS EN LA FRONTERA, ENTRE OTROS

Como hemos señalado a lo largo de este documento, la situación de la libertad de expresión y lo que ésta significa en el sano y sostenible desarrollo de la democracia ha jugado un papel relevante en cualquier análisis que se pretenda hacer de la situación de los derechos humanos, quizá porque su vulneración, sobre todo si es sistemática, además de hacerse pública y notoria de forma expedita, toca muchos intereses nacionales e internacionales y es una llamativa señal de alarma para los organismos encargados de garantizar el respeto a los derechos humanos por parte de los gobiernos. Además, es innegable que la violación a la libertad de expresión causa una reacción "sísmica" que hace tambalear todos los demás derechos.

Sin embargo, en este análisis no podemos obviar que igual menoscabo han sufrido otros derechos fundamentales durante el ejercicio del actual gobierno, sin querer decir que en gobiernos anteriores no se cometieron atropellos y violaciones a los derechos humanos en general, la cantidad de denuncias en contra del estado venezolano que cursan ante los organismos internacionales de protección a los derechos humanos, dicen muchos de la situación de los mismos en la actualidad y del poco respeto que han mostrado las autoridades del gobierno a las recomendaciones de esos organismos.

En este sentido, hacemos referencia al último Informe de PROVEA, organización no gubernamental dedicada a la defensa de los derechos humanos; éste detallado documento registra las violaciones a derechos humanos durante el período octubre 2003/septiembre 2004.

Según el informe, en Venezuela se registraron, durante ese período, 231 asesinatos en manos de las fuerzas de seguridad del estado, las mismas fueron producto de ejecuciones, uso excesivo de la fuerza, uso indiscriminado de la fuerza, torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes y negligencia, entre estos casos está incluidos los ciudadanos asesinados durante manifestaciones y marchas de protesta.

En cuanto a la libertad personal, que implica que nadie puede ser detenido sin una orden judicial a menos que haya sido sorprendido cometiendo un delito *in fraganti*, se registraron 2.169 denuncias, discriminadas en 1.962 detenciones masivas, es decir en redadas y operativos de seguridad, 93 en manifestaciones o protestas, conectadas básicamente con el móvil político,

114 detenciones individualizadas, cuya principal causa es el abuso de poder y que generalmente viene acompañada de tratos crueles y degradantes, tanto físicos como psicológicos.

Según el informe de PROVEA, durante el período estudiado se registraron 1.037 manifestaciones de carácter pacífico, de las cuales 31 resultaron reprimidas, impedidas u obstaculizadas por los órganos de seguridad del estado, durante las misma hubo 114 personas lesionadas por heridas de bala, perdigones, golpes, asfixia y tratos degradantes, así mismo, esta ONG dice tener elementos para suponer que durante las llamadas "*guarimbas*" realizadas por grupos opositores se produjo la violación a la integridad personal de 303 personas, la mayoría durante su detención por cuerpos de seguridad. De las 114 lesionadas, 57 lo fueron durante las citadas *guarimbas*.

En cuanto al Derecho a la justicia, este estudio refleja que el poder judicial continúa debilitado y amenazada su independencia, particularmente por el gran número de jueces provisorios y temporales, miles de juicios fueron paralizados por el cierre de la Corte Primera de lo contencioso administrativo durante más de 9 meses y con ello se vio afectado el acceso a la justicia.

Asimismo, fueron numerosas las denuncias por violación al debido proceso en las causas contra miembros de organizaciones civiles, por presunta conspiración, así como en los procesos relacionados con el paro petrolero, los sucesos del 11 de abril y la insubordinación pública de militares.

Mención aparte merece las consecuencias negativas que puede producir la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuya aprobación fue altamente criticada por las numerosas violaciones constitucionales que se cometieron para lograr a como diera lugar su sanción, en este sentido se pronunció a organización Human Rights Watch a través de su Presidente, señalando de manera impecable "...el fuerte impacto de esta Ley sobre la independencia del sistema judicial es incuestionable. Permitirá que la coalición mayoritaria en la Asamblea Nacional altere radicalmente el equilibrio de poder dentro del máximo tribunal del país, logrando que cada una de sus salas sea controlada por magistrados adeptos a su agenda política".

Las organizaciones de derechos humanos nacionales, agrupadas en el Foro por la Vida, también manifestaron sus cuestionamientos, denunciaron la inconstitucionalidad de la aprobación de una ley orgánica por mayoría simple, y se pronunciaron contrarios a la forma como se configuró el Comité de Postulaciones Judiciales, que no era otra cosa que un grupo formado por adeptos al chavismo que postuló y juramento magistrados de similar postura y, en algunos casos militancia política. Luego de estas declaraciones los

representantes de dichas organizaciones defensoras de los derechos humanos fueron duramente fustigadas por las autoridades venezolanas, particularmente por el Vicepresidente de la República, José Vicente Rangel.

Dentro del mismo contexto existen dos sectores que han sido objeto de hostigamiento por parte del Estado, en un caso y de la negligencia y cooperación con los perpetradores del delito en otra, estos grupos son lo venezolanos que viven en la frontera, particularmente los productores agropecuarios y por otra parte las organizaciones defensoras de los derechos humanos, a los que ya hemos hecho alguna mención en puntos anteriores.

En el primer caso son innumerables las veces que la Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela, (FEDENAGA) ha denunciado la crítica situación que vive el sector productores agropecuarios, que suman aproximadamente 98.000, por la situación de peligro, incertidumbre y sistemática violación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sufren a manos de la guerrilla colombiana y al parecer también por un grupo subversivo nacional denominado Fuerzas Bolivarianas de Liberación (FBL); en este sentido este grupo siente que son constantemente vulnerados sus derechos a la vida, la integridad personal, la libertad personal, la propiedad privada y el derecho de circulación y residencia.

Estos derechos estos han sido vulnerados desde que grupos guerrilleros colombianos han convertido la extorsión, la tortura física y psicológica, la apropiación de sus bienes, el secuestro y el asesinato, en práctica recurrente para obtener dinero de quienes por su tipo de trabajo habitan en las zonas fronterizas con Colombia.

En los últimos años, la guerrilla ha ampliado su campo de acción, extendiéndose a estados del país que no se encuentran, precisamente en zonas limítrofes, como los Estados Barinas, Carabobo, Mérida y Portuguesa, sin obviar aquellas regiones que por su situación geográfica son escenario cotidiano de extorsiones, vacunas y secuestros, como los Estados Táchira, Apure, Zulia y Bolívar.

La incertidumbre en que viven los productores, hacendados e industriales que desarrollan sus actividades comerciales en las zonas limítrofes con Colombia, se incrementa porque aun los que pagan la citada “vacuna” no tienen garantías de que su libertad será respetada, pues muchas veces la extorsión proviene del hampa y la protección pagada obviamente no funciona; y otras veces aun cuando un grupo guerrillero obtiene la vacuna, es otro el que realiza el secuestro, o simplemente ya la situación de “tierra de nadie” ha hecho ignorar a estos grupos insurgentes-delictivos su “código de honor”.

Ahora bien, desde el ascenso de Chávez al poder ha habido un considerable incremento de los secuestros y las acciones en general de la guerrilla colombiana, son numerosas las denuncias, particularmente de diputados opositores que se desempeñan en la zona fronteriza, así como de autoridades colombianas y norteamericanas sobre la anuencia con que cuenta la guerrilla colombiana por parte del gobierno venezolano, lo que le permite moverse a sus anchas por el territorio nacional.

El caso más reciente lo ejemplifica la detención del llamado "Canciller de las FARC", Rodrigo Granda, quien no sólo andaba libremente por el país, sino que contaba con documentación y ejercía los derechos de cualquier ciudadano venezolano. En medio del impasse sufrido por este caso entre Venezuela y Colombia, lejos de su reclamo por la soberanía supuestamente violada, el gobierno nacional todavía no ha podido explicar que hacía Rodrigo Granda, con tanta libertad y desenvolvimiento en tierras venezolanas.

Causó revuelo un reportaje publicado por el periodista Gustavo Azocar Alcalá, para El Universal, en el cual el jefe del Teatro de Operaciones Número Uno, General Oswaldo Bracho, aseguró que "las Fuerzas Bolivarianas de Liberación (FBL), grupo de carácter subversivo que supuestamente apoya al proceso revolucionario que lidera el presidente Hugo Chávez, "son una organización terrorista dedicada al secuestro, la extorsión, el abigeato y presuntamente también al narcotráfico", que a su juicio "debe ser exterminada cuanto antes".

Este General quien se desempeña en Guasdualito, Estado Apure, desde el 16 de septiembre de 2004, presentó pruebas de las presuntas actividades subversivas de las FBL en los estados Táchira, Barinas y Apure y anunció, entre otras cosas, el descubrimiento de "un laboratorio de cocaína localizado en Apure, el hallazgo de un sembradío de 25 hectáreas de marihuana, la detención de siete miembros activos de las FBL, los cuales se encuentran recluidos en la cárcel de Santa Ana del Táchira y la apertura de una investigación en torno a las actividades desplegadas en la frontera por el personal de Acnur."

Finalmente sostuvo que "las FBL son una supuesta guerrilla bolivariana que soborna, secuestra, mata y extorsiona. Tenemos hasta una supuesta "Declaración de Guerra a Muerte" al paramilitarismo por parte de las FBL, que es una gran farsa, por cuanto en realidad ellos son paramilitares también".

Sin embargo, el FBL ha dirigido cartas públicas tanto al gobierno de Chávez, manifestándole su solidaridad y apoyo como al ELN colombiano reclamando su actitud con el gobierno revolucionario del Presidente Chávez,

por no respetar la soberanía de la República Bolivariana y por estar entendiéndose con gobernadores y alcaldes de Acción Democrática, a los que están dando protección y cobrando por ella, así como a importantes ganaderos, bajo la amenaza de secuestrarlos.

El FBL, además, le reprocha al ELN, pretender controlar el territorio venezolano para beneficiarse del dinero obtenido con sus actividades anti revolucionarias, y no permitir con su conducta que el dinero obtenido se dirija a escuelas y gastos sociales, como se hace con el dinero que el FBL obtiene en los estados y municipios controlados por la oposición.

La situación de los defensores de derechos humanos en Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana recoge prácticamente la totalidad de las normas contenidas en tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos, mediante disposiciones específicas y referencias de carácter general a dichos instrumentos, para que no haya dudas respecto a la voluntad del constituyente.

Pensamos en su oportunidad que ese era un paso esencial en la dirección correcta para resolver las dudas que dejaba la Constitución Política de 1961 respecto a la preeminencia de los tratados de derechos humanos en su relación con el ordenamiento interno del Estado de Venezuela. Sin embargo, a poco de caminar la realidad política nos mostró que estábamos equivocados

En la política reiterada del gobierno de desconocer la preeminencia de los Tratados y su obligación de cumplir con la normativa y decisiones que se deriven de ello, se ha valido de la Sala Constitucional del TSJ para limitar en términos de hacer inexistente la capacidad de las ONGs para representar los intereses difusos y colectivos de la sociedad civil, con el argumento de que deben ser definidos previamente los intereses colectivos y concretados en entes colectivos, y que mientras ello no suceda es a esa Sala a la que corresponde calificar la legitimidad con la cual actúan en cada caso concreto.

En este mismo orden de ideas, la Sala Constitucional ha afirmado que "La sociedad civil, la cual puede ser conceptualizada mediante normas constitucionales que permiten identificar sus características, identificación que para esta Sala es impretermitible hacer, con el fin del ejercicio legítimo de los derechos que pueden hacer valer los entes colectivos. Se trata de un término ambiguo, con un contenido etéreo, que puede ser utilizado con fines muy distintos a los que tenía en cuenta el Constituyente al considerarla".

De acuerdo al criterio sustentado por la Sala Constitucional, no pueden representar a la sociedad civil, aquellas organizaciones, sociedades, asociaciones, etc., civiles, que sean financiados totalmente por el estado, a menos que demuestren que no están influenciadas por él, tampoco pueden estar conformados por fuerzas políticas, sino privadas, de la sociedad civil venezolana. Tampoco pueden estar constituida ni financiadas por organismos o personas extranjeras, ya que de acuerdo al principio de corresponsabilidad general con el Estado, dado el rol que ella ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultura, quienes la representan no pueden ser extranjeros, ni organismos dirigidos, afiliados, subsidiados, financiados o sostenidos directa o indirectamente, por Estados extranjeros, o por movimientos o grupos influenciados por esos Estados; ni por asociaciones, grupos, o movimientos transnacionales o mundiales, que persigan fines políticos o económicos, en beneficio propio. Para el sentenciador "permitir que minorías étnicas o extranjeras, intervengan en la vida del Estado en defensa de sus propios intereses y no en la seguridad de la Nación, intereses que pueden ser nocivos para el país, y que pueden desembocar en movimientos separatistas, minorías agresivas o conflictivas, etc., que hasta podrían fundarse en derechos colectivos como el de autodeterminación de los pueblos" es del todo inaceptable e inadmisible.

En este contexto político-jurídico, al Poder Legislativo, controlado por el oficialismo al igual que la Sala Constitucional y el TSJ, le ha resultado fácil olvidar que las normas constitucionales deben ir acompañadas de disposiciones legislativas específicas para hacer efectivos los derechos garantizados, así como de una activa participación de los jueces para utilizar las normas internacionales de derechos humanos, por ello no solo se ha abstenido de adoptar todas las disposiciones necesarias para garantizar los derechos reconocidos en la normativa internacional y de modificar o derogar aquellas disposiciones que se hayan en contravención con los tratados internacionales de derechos humanos, sino que se ha obviado legislar en materias fundamentales para la protección de los derechos civiles y políticos, Ej. Ley de Registro Civil y Electoral; Ley de Refrendos, Ley del Sufragio, entre otras. En otros casos está empeñado en reformar algunas leyes para negar o limitar el ejercicio derechos fundamentales, Ej. Reforma Parcial del Código Penal, o bien busca imponer otras que acaben con la libertad de información, como es el caso de la Ley de Contenidos.

No podemos dejar de hacer expresa mención al Proyecto de Reforma del Código Penal que, entre varios objetivos incluyendo a los que pretenden distraer la atención, se encuentra la amenaza cierta de penalizar a las ONGs que reciban financiamiento del exterior, cuando a juicio del Gobierno conspiren contra la integridad del territorio de la República, las instituciones del Estado, o desestabilizar el orden social, con presidio de 20 a 30 años.

Una de las fortalezas del sistema europeo es que los poderes legislativos permanentemente revisan sus leyes internas para hacerlas compatibles con las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos y los jueces europeos, incluidos aquellos de los más altos tribunales, de manera constante utilizan e invocan las decisiones de los órganos de Estrasburgo, en Venezuela vamos exactamente en el sentido contrario.

Son hechos públicos comunicacionales los casos de COFAVIC y SUMATE. La primera es una organización no gubernamental cuyo objeto fue asumir la defensa del "Caso Mavares" y de las víctimas del "Caracazo" que tuvieron lugar a fines de febrero y primeros días de marzo de 1989, y que con posterioridad su objeto se hizo extensivo a defender y representar a las víctimas de otros casos igualmente conocidos, Ej. "Caso Retén de Catia", "Caso de los Desaparecidos de Vargas", entre otros. Hoy, como ya hemos señalado, la presidenta de la organización y otras personas que laboran en ella, están protegidas por Medidas Provisionales otorgadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por las amenazas reiteradas que han recibido contra su integridad personal y su vida, sin que hasta la fecha el Estado de Venezuela las haya ejecutado.

El caso de SUMATE, organización no gubernamental con fines de educación, promoción y participación cívica en los referendos, elecciones y demás procesos electorales, es aún más grave. Por el sólo hecho de haber recibido un aporte de $31.120 US de la ONG de los Estados Unidos de Norteamérica "Endowement for Democracy" está siendo acosada físicamente, y sus principales directivos han sido acusados penalmente ante los tribunales y solicitada su detención por el Ministerio Público por el delito de conspiración. ¿En qué consiste su delito, a juicio del fiscal del Ministerio Público y de los diputados acusadores pertenecientes al partido de gobierno? Tratar de crear la desestabilización del gobierno y de las instituciones del Estado al promover y facilitar el referendo revocatorio en contra del Presidente de la República que tuvo lugar el 15 de agosto recién pasado.

Otras violaciones a los derechos humanos

Otro caso de especial relevancia lo constituye, el enjuiciamiento de tres categorías de personas por tribunales militares. Según información que tenemos, habría en este momento 138 civiles enjuiciados por tribunales militares, entre los que se encuentran periodistas, a pesar que la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Penal ha señalado en diversos casos que los civiles no deben ser procesados por la justicia militar, de acuerdo con el artículo 261 de la Constitución, disposición por lo demás acorde con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otra serie de instrumentos convencionales internacionales.

Una segunda categoría la constituye la de militares retirados, que de acuerdo a las normas más elementales y al mismo criterio señalado anteriormente, no pueden ser enjuiciado por tribunales militares, a pesar de ello lo son, y ya hay algunos sancionados, como el caso del General retirado Francisco Usón, quien fue sancionado con tres años y seis meses de prisión por el delito de irrespeto a la Fuerza Armada, por haber opinado en un programa de TV sobre, según su criterio, como se había producido la muerte de los soldados quemados en las celdas del Fuerte Mara.

Otra categoría la constituye la de militares activos que están siendo juzgados por una variedad de delitos, casi todos por irrespeto a la FAN por no haber leído un manifiesto político con una determinada entonación o énfasis, o por haberse opuesto u opinado sobre alguna orden que consideraron contraria a las funciones del cuerpo o por no haber saludado o haberse comportado en un acto con el respeto debido. En los casos que tratan de procedimientos que tienen por objeto darles de baja, le impiden el acceso al expediente con el tiempo necesario para preparar su defensa, y en todos ellos, si bien se les permite hacerse acompañar de abogado, este no tiene derecho a hablar y se le sienta en el lugar más alejado de su defendido.

El Terrorismo judicial

En este Informe hemos señalado en diversos capítulos que en el proceso revolucionario se distinguen diversas etapas para su implementación: persuasión-intimidación-disuasión coercitiva. Con la utilización del sistema de justicia todo indica que se está empezando a vivir en Venezuela esta última etapa. El que no está con el proceso es antirrevolucionario, golpista y lo único que queda es su silenciamiento.

De ello da cuenta el abuso que se está haciendo de las leyes de desacato en contra de los periodistas: Ibeyise Pachaco, Patricia Poleo, Napoleón Bravo, Gustavo Azócar, Miguel Salazar, a quienes se les imputa alguno o varios de los delitos de difamación, injuria, calumnia, además de imputar delitos contra el patrimonio público por dar a conocer actas declaradas reservadas de declaraciones de testigos o de experticias realizadas por los órganos de investigación penal o demás auxiliares y funcionarios de justicia.

En la investigación que llevaba el Fiscal Danilo Anderson, vil y brutalmente asesinado, en que había imputado a algunos de los firmantes del decreto del "*Carmonazo*", se han seguido imputando firmantes, y ahora a los que aparecen como presuntos autores de dicho decreto, sólo con la información de prensa. Este es un expediente que, sometido a los estándares procesales menos exigentes, de cualquier país en que exista el estado de

derecho, debió declararse nulo todo lo actuado y volverse a iniciar una investigación seria, imparcial y transparente, de acuerdo a los términos establecidos en la Constitución y a las disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal.

Se pretende imputar el delito de rebelión civil a los firmantes del "decreto Carmona, que por lo demás nunca fue publicado en la Gaceta Oficial como lo exige la ley, sin haber llamado a declarar a los presuntos autores de la rebelión. Tampoco se ha iniciado ninguna acción contra el Gral. Lucas Rincón y el Alto Mando Militar por propagación de noticias falsas, cuando anunció por televisión y radio que "… al presidente Chávez se le solicitó la renuncia, la cual aceptó".

Ese mismo expediente está teñido de vicios de corrupción, tal como da cuenta la investigación fiscal que se inició con motivo del asesinato de Anderson. La persecución judicial contra la periodista Poleo se fundamenta, principalmente, por haber dado a conocer información "reservada", información que aparece, por lo demás en la prensa nacional, en las entrevistas en TV a los familiares y amigos del asesinado fiscal. Los medios de comunicación social informan sobre repartición de millones de bolívares, dejados por Anderson, entre familiares, amigos, fiscales y abogados, algunos de ellos acusados o investigados por pertenecer a una cadena de extorsión o soborno. La calificación original del delito de político, ahora no se sabe si es producto del hampa común, de una venganza o de quién o por qué lo hizo o lo mandar asesinar.

Los imputados de ser los autores materiales denuncian que fueron objeto de horribles torturas cuando fueron interrogados por la policía que los capturó, que fueron secuestrados por varios días y que solo días después les hicieron aparecer maniatados y ferozmente golpeados en otro estado del país, para ocultar estos hechos. Que curiosamente los encontró la Guardia Nacional en un lugar descampado, producto de una llamada anónima. Niegan su participación en los hechos que se les imputa. Otras dos personas, buscadas por la policía por estos mismos hechos, mueren en circunstancias extrañas, sin que se esclarezca la situación. Se allana la casa de los padres de uno de ellos, sin orden judicial y sin la presencia del fiscal del Ministerio Público, el testigo llamado para practicar el allanamiento declara a los medios de comunicación social, que llegó cuando ya se había practicado y le mostraron explosivos C2 y armas de guerra que se habrían encontrado en la casa, se niega a firmar la veracidad de estos hechos porque no le constan.

Todo lo narrado en esta sub capítulo, está tomado de informaciones de prensa, no se ha podido tener acceso a las investigaciones por ser confidenciales. Sin embargo, si hay algo en que coincide gran parte de los medios de comunicación social y analistas políticos y jurídicos es la en la falta de transparencia del Ministerio Público, las marchas y contra marchas en sus declaraciones, que las personas imputadas se enteran de ello, en la mayoría de los casos, por las informes que da la oficina de prensa del Ministerio Público sobre lo que serán sus próximas actuaciones en los distintos casos, se llega al absurdo de señalar con anticipación el día y la causa de la imputación que se hará a una determinada persona. Pareciera que el principio procesal que impera es la imputación, sin mayores averiguaciones por parte de la fiscalía, y después defiéndete en los tribunales.

Todo lo que está pasando en los tribunales y con la administración de justicia es consecuencia de la política que fijó el Presidente de la República, en una muestra de la más absoluta intolerancia y falta de pluralismo, cuando en fecha 12 de noviembre, al dirigirse a toda la dirigencia de la actual administración, incluyendo la de justicia, en una reunión de dos días que tuvo lugar el Fuerte Tiuna, con el objeto de trazar lo que serán los 10 objetivos estratégicos hasta el 2006, aseveró: "Quiero que sepan que en esta nueva etapa el que está conmigo, está conmigo; el que no está conmigo, está contra mí. No acepto medias tintas. Ya es tiempo que dejemos eso atrás".

La respuesta de la Asamblea Nacional fue inmediata, en declaraciones dadas por el diputado Pedro Carreño, presidente del Comité de Postulaciones, señaló que todos los magistrados que se elijan, 17 nuevos principales y los 32 suplentes serán del oficialismo. Afirmó este diputado, "Vamos a estar claros, nosotros no nos vamos a meter autogoles. En la lista había gente de la oposición que cumple con todos los requisitos. La oposición hubiera podido usarlos para llegar a un acuerdo en las últimas sesiones, pero no quisieron. Así que nosotros no lo vamos a hacer por ellos. En el grupo de postulados no hay nadie que vaya a actuar contra nosotros y, así sea en una sesión de 10 horas, lo aprobaremos". La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aprobada en violación a la dispuesto en la Constitución, y convalidada por una decisión increíblemente antijurídica de la Sala Constitucional, al establecer los procedimientos para la elección de los Magistrados establece que debe hacerla la Asamblea Nacional por las dos terceras partes de sus miembros, pero que en caso de no producirse ese quórum después de tres votaciones, serán electos los magistrados por mayoría simple. Basta que la mayoría simple, que controla el oficialismo, no llegue a un acuerdo con la oposición, para después de tres sesiones designe a todos los magistrados, que es lo que ha declarado claramente el diputado Carreño, para que no hubiera dudas sobre lo que haría la Asamblea Nacional, lo que en efecto así sucedió.

Con el Tribunal Supremo compuesto en estos términos, con mayoría absoluta del oficialismo, la independencia y autonomía del Poder Judicial queda reducida a la letra de la Constitución. Su recién electo nuevo Presidente ha declarado, a todos los medios de comunicación social que han querido oírlo que, es un auténtico revolucionario, que se salió del Partido Comunista por considerarlo blando, "Yo era de la línea dura", dijo, para agregar, que estuvo siete veces preso y siguió luchando en la insurrección armada cuando ya casi todos sus camaradas se habían acogido a la pacificación. Su militancia en las filas chavista la justifica diciendo "Nunca hubiera sido magistrado con la Constitución de 1961, no obstante que aspiré…"

Los objetivos principales del nuevo Presidente del TSJ se contrae a lo siguiente:

a) Acabar con todos los jueces golpistas, es decir aquellos que favorecen a la oposición. "Aquí hubo un golpe de Estado el 12 de abril de 2002, el Presidente de la República fue secuestrado, fue detenido, fue vejado, fue ultrajado y los autores materiales e intelectuales de dicho hecho tienen que pagar conforma a la ley".

b) La sentencia que exoneró de responsabilidad a los militares enjuiciados, por considerar que no había habido un golpe de Estado debe ser revisada y anulada, no importa que la Constitución y el Código Orgánico Procesal Penal no lo permita; no está dispuesto a tolerar sentencias que desde su punto de vista, vulneren la Constitución, aunque ello implique el ejercicio de poderes discrecionales de revisión constitucional y de potestades disciplinarias que violen la propia Constitución y las leyes, para corregir eventuales defectos de las decisiones que de manera autónoma tomen los tribunales inferiores, e incluso las propias sanas del tribunal Supremo de Justicia.

c) Los jueces que aún se encuentran en el Tribunal Supremo de Justicia, que firmaron la sentencia que declaró la inexistencia del golpe de Estado del 12 de abril de 2002 deben ser juzgados por el Poder Moral y ser destituidos.

d) Todos los jueces transitorios deben ser destituidos para ser sustituidos por otros; esta meta implica la renovación del Poder Judicial, por tercera vez, al margen de la Constitución ya que no se piensa en abrir concursos de oposición, sino para colocar jueces adeptos al régimen. Juez que sentencia con criterio de independencia y no coincide con los intereses revolucionarios debe ser inmediatamente suspendido, sustituido y, dictada a contrario imperio, una nueva sentencia, en el mismo expediente, para así evitar la proliferación de jueces golpistas y de sentencias contradictorias. Los jueces

titulares, que sí tienen estabilidad laboral, tampoco están exentos de sanciones disciplinarias por las mismas razones, para lo cual se agilizarán los procedimientos ante la Inspectoría General de Tribunales y la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Concluyó, diciendo el Presidente del TSJ: "Esta situación de golpismo y corrupción, la vamos a acabar a cortísimo plazo, para darle la oportunidad a millones y millones de abogados que no han podido acceder al Poder Judicial y con los cuales se construirá un nuevo Poder judicial."

En fin, podemos afirmar, que la gravedad de lo que está sucediendo en el Poder Judicial, en la vigencia de los derechos humanos, la inexistencia de instituciones en el ordenamiento jurídico interno que los protejan, reflejan una práctica violatoria que parece constituirse en el trabajo más eficientemente sistematizado por éste gobierno, que ha incurrido en rubros no registrados en nuestra presencia como Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos y de sus órganos de protección. Eso, sin contar que por ser tema de otro trabajo, en este documento no se han abordado a profundidad las violaciones descritas en este capítulo, así como las violaciones a los derechos políticos, económicos, sociales y culturales, como la vivienda, la salud, el empleo, y los derechos de los pueblos indígenas, entre otros.

VIII. ORIGEN DE DISCREPANCIAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS INFORMES Y RECOMENDACIONES DE LA CIDH Y DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

Ante las denuncias interpuestas en la CIDH, el Estado venezolano, a través de su Agente del Estado, y en concordancia con las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictadas durante la administración Chávez y relacionadas con la libertad de expresión y los delitos de desacato, pretenden que el Estado de Venezuela no cumpla con obligaciones internacionales, entre otras el acatamiento de medidas cautelares y provisionales, cuando estas decisiones sean contrarias al ordenamiento constitucional interno, alegando razones de soberanía, en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia dictaminó:

> "…las decisiones de los organismos de protección internacional de los derechos humanos (CIDH y CORTEIDH) sólo se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establecen la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen la Constitución; y por encima del Tribunal Supremo de Justicia, no existe órgano jurisdiccional alguno,

por lo que las decisiones de estos órganos internacionales que contradigan las normas constitucionales venezolanas, carecen de aplicación en el país, pues lo contrario sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado venezolano".

Con fundamento en que no existen, según ellos, órganos jurisdiccionales por encima del Tribunal Supremo, y en la soberanía del Estado, entendida como una condición que implicaría el poder estatal absoluto, que no está sometido a ninguna limitación sino a la que su propia voluntad acepte y por el contrario, el sometimiento a decisiones internacionales tendría como fin el reemplazo del Estado miembro como unidad política. La posición del Estado venezolano ante las decisiones de la CIDH y la Corte IDH es pretender someter las decisiones de la CIDH y de la CDH a una "revisión estricta y minuciosa" con el propósito de verificar diferentes aspectos de ellas, y básicamente, someterlas al control de constitucionalidad y legalidad para determinar si se ejecutan o no en Venezuela.

Sin ánimo de controvertir una concepción de la soberanía superada por la evolución de la propia comunidad internacional y tal como ha quedado sentado en la jurisprudencia señalada supra, el Estado si está sometido al Derecho Internacional General y no se puede pretender que sus autoridades estén en capacidad de sustraerse a su cumplimiento.

Todos los actos del Estado desde su Constitución hasta los actos administrativos de carácter individual, están sometidos al control de los órganos internacionales de protección de la persona humana creados por los tratados, así, que no puede alegarse la soberanía, ni la conformidad con el ordenamiento jurídico interno, ni la patria libre, como causales excluyentes de la sujeción de la conducta del Estado a la jurisdicción internacional y mucho menos a la de los derechos humanos. En este sentido, la conducta de los poderes públicos y de sus órganos si está sujeta al control internacional y tanto es así que cuando las conductas subvierten el ordenamiento jurídico internacional surge la responsabilidad del Estado, sin que pueda alegarse la soberanía como causal excluyente de responsabilidad.

En efecto, hoy puede verse la responsabilidad de los estados como un principio general del Derecho Internacional, una concomitancia de reglas sustantivas y de suposiciones de que actos y omisiones pueden caracterizarse como ilegales en referencia a las normas que establecen derechos y obligaciones. En síntesis, podemos decir que el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, está íntimamente relacionado con la incidencia y la consecuencia de actos ilegales y en particular con la compensación a quien

sufre las consecuencias de dichos actos. Tal como dijo el juez Huber "la responsabilidad es el corolario necesario de un derecho". Todos los derechos de carácter internacional envuelven la responsabilidad internacional.

En el caso Chorzow, la Corte Permanente estableció que "es un principio del derecho internacional que el incumplimiento de una obligación internacional envuelve la obligación de reparar en forma adecuada. La reparación es consecuentemente el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no se necesita que esté establecido en ella".

De acuerdo con los principios de la buena fe y de la responsabilidad internacional, los Estados están en la obligación de cumplir las obligaciones internacionales que se deriven de los tratados y en particular ejecutar las decisiones de los órganos internacionales, en especial los de protección de los derechos humanos. Es así como, tanto las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes y obligatorias para los Estados partes en la Convención.

La obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en los tratados sobre la materia, como la Convención, se traduce en la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de la CIDH y de la CDH, las cuales deben materializarse en actos de naturaleza legislativa, ejecutiva, judicial o de cualquier índole. La Corte en su Sentencia recaída en el Caso La Última Tentación de Cristo sostuvo:

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

Es así como el Estado de Venezuela, en lo que respecta a las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas dichas obligaciones, en función del *effet utile*, en el plano interno está en la obligación de tomar las previsiones que le permitan dar cumplimiento efectivo a lo establecido en la Convención Americana, en especial ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; lo mismo podemos decir respecto a las recomendaciones de la CIDH, a pesar de lo que erradamente sostiene la ya citada sentencia 1942, en el sentido de que las recomendaciones de la CIDH no son obligatorias y que "deben ser ejercidas como simples recomendaciones …Con mayor razón son simples recomendaciones las que conciernen a las medidas cautelares que propone la CIDH a los estados…"

En su capacidad de interpretar El Pacto de San José, tal como lo hemos mostrado supra, la Corte Interamericana se ha pronunciado expresa y reiteradamente sobre la obligatoriedad de los Estados de cumplir las recomendaciones de la CIDH a partir de 1997, cuando resolvió el caso Loayza Tamayo, y basándose en el principio del cumplimiento de buena fe de los compromisos libremente adquiridos por los estados en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, sostuvo que "…"

79. La Corte ha dicho anteriormente que, de conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término "recomendaciones", usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente (Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C Nº 22, párr. 67 y Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C Nº 30, párr. 93).

80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

81. Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos

contraídos por los Estados Partes", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la víctima recurre a la Comisión y a la Corte, porque considera que se han violado sus derechos y no encuentran remedio en la jurisdicción interna, por ello los organismos y tribunales internacionales no conocen derecho interno, sino que se pronuncian *vis-a-vis* al tratado de que se trata, en nuestro caso a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y deciden si el estado en cuestión incumplió sus obligaciones internacionales.

Es precisamente por este aspecto internacional que el control y protección de la plena vigencia de los derechos humanos que prestan los sistemas internacionales es subsidiaria y coadyuvante a la de los Estados. Sólo cuando el Estado incumple una obligación consagrada en una convención es que se pone en funcionamiento el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Es absurdo entender que el Estado denunciado ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –la Comisión y la Corte– es el llamado a controlar a los órganos de protección.

La realidad jurídica internacional es diferente, funciona completamente a la inversa. No menos absurdo resulta que el Estado denunciado ante la Comisión, y posteriormente llevado en un procedimiento contencioso ante la Corte, pretenda controlar el procedimiento seguido ante y por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para determinar si se ha cumplido o no con "…las reglas del Debido Proceso Internacional…". Estos son asuntos que competen a los tribunales internacionales y no a la jurisdicción nacional, por mucho que se quiera echar mano de una doctrina obsoleta de la soberanía sustentada en la más pura tradición absolutista originada en el Siglo XIV.

Sobre la obligatoriedad de cumplir las sentencias de la CDH, incluyendo aquellas decisiones recaídas sobre medidas provisionales, la propia Corte no ha podido ser más clara. Reiterando su jurisprudencia, la CDH en fecha 14 de agosto de 2003, al ratificar la Resolución de su Presidente de fecha 30 de julio de 3003, por medio de la cual requirió al Estado adoptar medidas urgentes de protección a las ya mencionadas periodistas Marta Colomina y Liliana Velásquez, y de informar de ello a dicha Corte, expresamente en los considerandos que tuvo la Corte para decidir esta nueva resolución, además de precisar en forma clara y concluyente la responsabilidad del Estado de respeto y garantía de los derechos humanos, dejó de manifiesto la especial gravedad del incumplimiento ocurrido frente al carácter obligatorio de las órdenes de la Corte.

Posteriormente, ante el reiterado y pertinaz incumplimiento por parte del Estado, de lo ordenado por la Corte en este caso, reiteró este criterio en una nueva resolución al señalarle que el Estado debe cumplir con todo lo ordenado por el Tribunal, sin perjuicio de hacer efectiva su responsabilidad internacional ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

Dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

15. Que el Estado debe cumplir con todo lo ordenado por este Tribunal en sus resoluciones e informar periódicamente sobre todas las medidas que haya adoptado para proteger la vida, la integridad personal y la libertad de expresión de las personas protegidas por medidas provisionales en el presente caso; sobre la investigación de los hechos que originaron las mismas y sobre las gestiones realizadas para dar participación a los peticionarios en su planificación e implementación. Esta obligación estatal de indicar el Tribunal cómo está dando cumplimiento a lo ordenado por éste es fundamental para la evaluación del caso.

16. Que en términos del artículo 65 de la Convención Americana,

> …[l]a Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

17. Que el artículo 30 del Estatuto de la Corte establece que,

> …[l]a Corte someterá a la Asamblea General de la OEA, en cada período ordinario de sesiones, un informe de su labor en el año anterior. Señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte.

18. Que debido a que el Estado no ha implementado efectivamente las medidas ordenadas por el Tribunal, no ha investigado los hechos que las originaron, no ha dado cumplimiento a la participación de los beneficiarios en la planificación y coordinación de las medidas y no ha cumplido cabalmente la obligación de informar, la Corte, en el caso de persistir la actual situación, y en aplicación del artículo 65 de la Convención (supra Considerando 16) y del artículo 30 del Estatuto (supra Considerando 17), incorporará en su

Informe Anual correspondiente al año 2003 la presente Resolución, a los efectos de que sea sometida a consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Los Estados no están al margen del Derecho Internacional general, ni pueden pretender sustraerse al cumplimiento de las obligaciones que ellos mismos han aceptado libremente. En el caso de aquellas derivadas de los órganos internacionales de protección de derechos humanos creados en tratados se encuentran, en el caso de Venezuela, constitucionalizadas de acuerdo al artículo 23 de la Constitución.

Un principio fundamental de derecho que debe considerarse como fuente de derecho internacional es el Pacta Sunt Servanda, o la idea de que los acuerdos internacionales son obligatorios. La ley de los tratados descansa inexorablemente sobre este principio, desde que el concepto total de obligatoriedad internacional de los acuerdos puede apoyarse sólo sobre la presunción de que estos instrumentos son comúnmente aceptados como poseedores del carácter de obligatorios.

Los tratados se fundamentan en una norma preexistente e indispensable "*pacta sunt servanda*", que es lo mismo a decir que los compromisos adquiridos en un tratado son vinculantes y por lo tanto obligatorios.

El *pacta sunt servanda*, está considerado como el más antiguo principio del derecho internacional y un principio fundamental de la Ley de los tratados, ya que su obligatoriedad es la que lleva a las partes a celebrarlo. Su consagración en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, sobre la Ley de los Tratados, no hace más que resaltar este principio que ya había sido acogido en la costumbre internacional. En efecto, subyacente en todo acuerdo internacional está la certeza de una creencia mínima de que los Estados cumplirán las obligaciones convenidas de buena fe, y si no fuera así no habría razón para que los países entraran en instrumentos que crean obligaciones y derechos para ellos.

Por otra parte son innumerables los tratados que hacen referencia a la buena fe, y no sólo la Convención de Viena y así está consagrado en la jurisprudencia internacional, desde mucho antes que se celebrara en 1969 dicha convención. El hecho de que Venezuela no sea parte de la Convención de Viena, es irrelevante para el cumplimiento de buena fe de sus obligaciones internacionales, porque este es un principio capital de derecho internacional acogido tanto por la costumbre internacional como por los tratados internacionales y en este sentido el Gobierno de Venezuela confunde los Tratados con la norma jurídica contenida en él.

No es la Convención de Viena lo que el Estado debe cumplir en este caso, sino las obligaciones contraídas libremente, y debe hacerlo de acuerdo al principio de la buena fe que es un principio general de derecho, recogido por el Derecho Internacional general, que sí es ley entre las partes, tal como por lo demás lo recoge el Código Civil venezolano, cuando contempla en su artículo 1159, que "los contratos tienen fuerza de ley entre las partes..." y agrega el Art. 1160 que "… deben ejecutarse de buena fe…"

La obligación de cumplir de buena fe los tratados, constituye un principio fundamental de la ley de los tratados, con su corolario de que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

CONCLUSIONES

Si observamos con un mínimo de detenimiento e interés el proyecto revolucionario del presidente Chávez, tenemos que concluir necesariamente que no es compatible con la democracia representativa que impera en el Hemisferio Occidental, y que no responde a lo que ha sido la tradición de cultura y de principios democráticos del pueblo venezolano. Esto necesariamente tiene que traer aparejado un enfrentamiento político que no termina por explotar, aunque aparentemente haya cesado, y que en algún momento se expresará con mayor violencia que la conocida después del término de las Guerras Federales a mediados del Siglo XIX.

Los conceptos fundamentales contenidos el Título I de la Constitución tienen significados totalmente distintos para Chávez y para quienes profesan la democracia liberal representativa, esto hace, cada día, más incompatible la democracia por la que aboga el Sistema Interamericano y que encuentra su máxima expresión en la Carta Democrática Interamericana, desarrollada ampliamente en el Anexo a la Declaración de Quebec. Esta discrepancia irreducible encuentra su máximo exponente en el enfrentamiento del gobierno con la oposición, en su intolerancia para oír y aceptar cualesquier visión, planteamiento o posición que sea considerada contraria al proyecto revolucionario.

Quizás, si se conociera mejor el proyecto revolucionario del presidente Chávez sería posible encontrar formas de entendimiento entre el Gobierno y la oposición, sin embargo, todos los intentos fracasan, como lo demuestra la experiencia vivida hasta ahora, empezando por la Mesa de Negociación y Diálogo, pasando por las innumerables reuniones que se han anunciado con toda fanfarria y que inexorablemente terminan en el retiro de la oposición de las conversaciones.

Chávez es lo que Isaiah Berlín llamaba un "monista", es decir una persona con una sola gran idea y que toda la forma de ver el mundo se reduce a ella. Chávez tiene una sola idea en su cabeza; una sola meta; un solo sentido en su vida, que no es otro que hacer realidad su proyecto revolucionario. Por él está dispuesto a hacer lo que sea necesario. Su visión de las cosas le impide ver que hay otras, que es necesario tolerar y dialogar.

Cuando llegó al poder, en un gesto loable escribió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos diciéndole, el 9 de marzo de 1999 (a los pocos días de su inauguración como Presidente), con motivo de la notificación que hiciera CIDH al Estado de Venezuela del Informe Nº 83/98, contentivo de las recomendaciones que debía cumplir en el caso conocido como "El Caracazo", decía tener, "El más ferviente compromiso con el pueblo venezolano y con toda nuestra América, es llegar a una efectiva integración de un sistema interamericano de protección y resguardo de los derechos fundamentales mediante un mayor apoyo y respaldo a la Comisión Interamericana y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.", para agregar a párrafo seguido "He instruido al Agente del Estado para que haga entrega de esta comunicación a la Honorable Comisión, y acuerde los mejores términos, para que con la participación de la Comisión se llegue a una solución honorable, plena y satisfactoria con los familiares de la víctimas que sufrieron los excesos de algún funcionario de la policía o de los cuerpos de seguridad del Estado.".

Sin embargo, al poco tiempo, cuando no coincidió la apreciación de la CIDH con la suya sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, cuando no estuvo de acuerdo con el concepto internacional de derechos humanos, con la interpretación y aplicación de la CIDH y la Corte IDH de la Convención, y de la forma en que debe entenderse, ejercerse y ejecutarse, no trepidó en separase totalmente de lo que había sido su voluntad inicial, sino que además se niega a aceptar la jurisdicción y competencia de estos órganos de supervisión y control, con el pretexto de que Venezuela es un estado soberano, que no acepta injerencia en los asuntos internos e, inmediatamente, cae en la descalificación y el agravio a las personas que los integran.

La diferente percepción de qué son los derechos humanos, de su contenido, de que se trata de derechos que trascienden al Estado o a cualesquier proyecto político, del rol que juega el sistema internacional en su promoción y protección, y cómo debe entenderse la soberanía en el mundo moderno, diferenciándola de la independencia y autodeterminación de los pueblos, hace presagiar que este enfrentamiento se ahondará en la medida que dichos órganos de control asuman posiciones más firmes ante las reiteradas

violaciones por parte del Estado de los derechos humanos, y se niegue a aceptar la jurisdicción y competencia de los organismos internacionales y se abstenga de ejecutar las decisiones internacionales.

La violencia con que el Gobierno y los sectores que apoyan al oficialismo atacan la libertad de pensamiento y expresión, la persecución de periodistas y defensores de derechos humanos, la descalificación de la sociedad civil, la utilización del sistema de justicia como arma coercitiva disuasión de disuasión de la oposición, a través del más profundo irrespeto al debido proceso, busca demoler lo poco que queda de la institucionalidad democrática para sustituirla por la revolucionaria, tal como ha sido planteado por Chávez a lo largo de su lucha por la toma del poder, para su consolidación y ejercicio.

Creemos que el esfuerzo más grande que se debe hacer en los próximos años es la lucha por la plena vigencia de los derechos humanos, como única forma de contar con un sistema verdaderamente democrático. No en vano la Corte Europea de Derechos Humanos ha insistido que no hay verdadera democracia sin plena vigencia de los derechos humanos.

REFLEXIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTADO DE DERECHO. EL PODER PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999* PROBLEMAS ACTUALES

Ana Elvira ARAUJO GARCÍA*

I. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD Y ESTADO DE DERECHO

1. *El Principio de Legalidad. Antecedentes históricos y formales*

Gracias a los principios basados en las doctrinas que legitimaban su autoridad obligándolos a defender a los humildes e indígenas y que imperaron en el siglo XVI hasta parte del XVII, los actos del estado español bajo la casa de Austria fueron anclas que calaron profundamente en suelo americano estableciendo la solidaridad de la justicia. Luego, con la casa de Borbón las metas históricas de la monarquía cambiaron y se transformó en una maquinaria productora de utilidades. Los pueblos se rebelaron y la república ha sido el escenario para la permanente controversia entre el poder de la riqueza y los ideales de la justicia, aún sin resolver, con todas sus consecuencias (Indalecio Liébano Aguirre, tercer mundo edit. Bogotá, 1988). Hoy profundizada con intensidad esa controversia en un país fracturado y arruinado.

La sociedad venezolana de 1800, a tres siglos de historia y como parte del imperio español, nacionalidad mestiza, posee porvenir e ideales. Poco

---

* Una versión del artículo fue publicada en la *Revista Rechtsstaag: Estado de Derecho* No. 5, enero junio de 2021, Universidad de los Andes.

* Profesora de la Universidad Central de Venezuela. Miembro del Instituto de Derecho Público (UCV).

favorecida, forma una capitanía general cuya estructura fiscal, judicial y económica se expresa en Intendencia, Audiencia y Consulado. Las libertades individuales y cualquier forma de representación, inexistentes….

Las leyes de indias son casuísticas y agobiantes. Todo un sistema de injusticias y desigualdades, la sociedad colonial fue una maraña de obstáculos legales y prejuicios (J. L. Salcedo Bastardo). Sin embargo, la Venezuela de 1800 no se inventa ni se forja por capricho, las instituciones son coloniales y retrógradas, pero son instituciones que reflejaban tres siglos de cultura, ilustración e industria.

De la Intendencia nace la Republica con unidad gubernamental y militar y luego la unidad jurisdiccional que supone la Audiencia. Del régimen de monopolio comercial y de navegación se liberan los venezolanos mediante el contrabando con Holanda a través de Curazao en el Caribe, que se instaura como medio de vida contrario a la política que prohíbe el comercio entre las colonias y exige que sea solo con la metrópoli. La consecuencia primera es que el derecho dictado para América refleja la citada formula "se acata, pero no se cumple" ilustrativa del divorcio entre las normas y los hechos. En contraposición, el derecho romano y el anglosajón con sus instituciones que se basan en el propio acontecer social.

Con este problemático bagaje es proclamada la independencia en 1811 y el Derecho Público es el primero en recibir el impacto. La Constitución de ese año preserva los intereses de la clase criolla dominante, y en lo formal concilia un sistema mixto de inspiración francés y norteamericano. A pesar de su corta duración y estatuir una democracia incomprensible para las masas, un cierto orden ha nacido con un cuadro de instituciones políticas como el republicanismo, el esquema tripartito de poderes y la separación de sus ramas.

Venezuela fue una nación de vanguardia en el uso de la civilidad y el derecho. Ha aspirado a formas justas de gobierno, los venezolanos fueron a otras patrias no a conquistar sino a llevar libertad. Los sucesores de los mártires de la independencia han sabido enfrentar estos últimos años, con su vida, la ignominia del régimen dictatorial y prostituido a intereses criminales que gobiernan al país en estos veinte años.

En algo más de 200 años Venezuela tiene el récord de 26 constituciones y un Estatuto Constitucional Provisorio. Es lógica la permanente crisis del Derecho.

2. *La técnica de legalización del poder*

La doctrina contemporánea con los maestros Giannini y García de Enterría sostiene que el Derecho Administrativo es un hijo directo de la consagración del sistema del "reino de la ley" el cual supone la legalización del poder sobre la que se forma el derecho público moderno. Giannini (INAP, Madrid, 1987) advierte que es una manifestación falsa decir que el derecho administrativo es consecuencia del estado de derecho. Los estados anglosajones, dice, son estados de derecho y no poseen derecho administrativo, lo cual es debatible en mi criterio. Sostiene el maestro que cuando la noción fue introducida se refería a la posición de los individuos de una colectividad frente al Estado y quería significarse que estos son *cives (ci*viles, ciudadanos) y no *subditi* (súbditos) y que el Estado debía actuar sometido a la ley. Con Otto Mayer (Derecho Administrativo Alemán, 4 t, Edic. Depalma, buenos aires, 1982) y Jellinek (teoría general del Estado, México, 1958) la noción fue utilizada para definir la existencia de una Constitución que garantizara la libertad y los derechos fundamentales.

Alerta Gianinni sobre el peligro de identificar un estado de derecho con aquel que posee un derecho administrativo porque sirve también para definir los estados fascistas. En nuestro caso, el venezolano, la tristeza es aún mayor, la apariencia de un estado de derecho, pero lo que existe es un estado forajido, supresor de libertades públicas y sin ningún tipo de apego a la ley ni respeto por las libertades y los derechos individuales, es un tema que retomamos a lo largo de este trabajo.

El estado de derecho persigue un sistema de seguridad jurídica que garantice a los ciudadanos, por medio de la ley, un espacio de libre desenvolvimiento y de certeza de la acción del Estado. **La democracia afianza el "gobierno de la ley"** por razones bien conocidas: la ley es la quinta esencia de la "voluntad general", **es el fruto más preciado de la libertad, la expresión misma del principio democrático.** A la vez, es el instrumento de la igualdad, la ley contiene preceptos generales, universales, alcanza por igual a todos los ciudadanos. Esta tesis, iniciando el siglo XX, se afirma y se expande en forma espectacular el recurso contencioso administrativo como técnica de imponer la legalidad y la correlativa libertad individual. Es el momento de Hauriou, (Reus, España, 1964 y obra escogida, IEA, Madrid, 1976) Duguit y Jezze, cuando se incrementan los poderes del Juez y las técnicas de control de la discrecionalidad.

El preámbulo de la Constitución venezolana habla de un "Estado de Derecho y de justicia que consolide el imperio de la ley" en tanto que la Constitución española de 1978 confirma a un "estado de derecho que asegure el imperio de la ley, como expresión de la voluntad general". **La voluntad general solo está representada en la ley, no en alguno de los demás actos que emanan del aparato del Estado.** Aclaremos, mientras las Constituciones citadas señalan (artículo 117 de la española y 253 de la venezolana) que la potestad de administrar justicia emana del pueblo a través de los órganos del poder judicial, no les atribuyen ninguna **representación.** Este término, representación popular, está reservado en las constituciones a los órganos legislativos. El pueblo actúa, ejerce su poder en la Asamblea nacional, en el parlamento, y la forma de ejercerlo es precisamente la ley. El artículo 201 de la constitución venezolana afirma que "los diputados a la Asamblea Nacional son representantes del pueblo, no sujetos a mandatos, sino solo a su conciencia". Es el **sistema del imperio de la ley** sobre el cual será construido todo el derecho público. Este mecanismo sitúa a las dos otras ramas del poder público en la posición de vinculados a la ley, bien en sede procesal al suscitarse algún litigio entre partes, bien en sede administrativa cuando el Ejecutivo (administración pública) gestiona intereses generales. Ambos, Ejecutivo y Judicial son ejecutores de la ley. No pueden ordenar lo que la ley no manda ni prohibir lo que la ley no prohíbe. La representación política es el instrumento de la voluntad general que se expresa solo en la ley, con sus notas de superioridad y de irresistible. Nada de esto, para vergüenza nuestra, existe en Venezuela donde impera una dictadura usurpadora del poder mantenida por las armas de unas fuerzas armadas que se vendieron a la ignominia, armas que han utilizado en repetidas ocasiones contra el pueblo y en particular contra la juventud desarmada y heroica.

El Estado es la personificación jurídica de quien se hace emanar el "*imperium*". La democracia es una forma de Estado, sostienen Kelsen (Teoría general del derecho y del estado, México, 1949) y García de Enterría (Hacia una nueva justicia administrativa, Civitas, Madrid, 1992) que significa "gobierno del pueblo por el pueblo". La unidad resulta de la sumisión de todos a ese orden estatal. Ahora bien, para formar esa voluntad general, y esta es la operación política básica, la **pieza esencial** es el Parlamento, el Congreso, la Asamblea Nacional. Elegido por el pueblo en un sufragio universal, secreto e igual, democrático y que toma sus decisiones por mayoría. La idea dominante es la de la autonomía democrática, la idea de libertad. De allí la idea de que el Parlamento no es más que un representante del pueblo, la ficción de la representación. Y la idea de democracia participativa identificada, retratada, descrita, en la descentralización política (Brewer Carías, EJV, 2007).

Puede pensarse, sin embargo, que existe una contradicción entre la idea de democracia en la legislación y una democracia en la ejecución. Una consecuencia del principio de legalidad es introducir el sistema burocrático en la organización del Estado de manera que la burocratización, con ciertas condiciones, signifique el mantenimiento de la democracia. ¿Como? Kelsen, García de Enterría y Rivero al reflexionar sobre democracia y administración aseguran que el progreso del control jurisdiccional de la legalidad es "la condición necesaria del carácter democrático de la actividad administrativa". Los actos administrativos son obra de instancias accesibles a la influencia del partido gobernante. Por esa razón, concluye Kelsen que **la democracia sin control no puede durar** y su destino depende de la organización del control jurisdiccional, político y administrativo. Y transparencia en la actividad administrativa. Sin estos controles, la democracia se disolverá en sí misma. Tal como ha ocurrido en Venezuela.

Por su parte, ya en agosto de 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 16 asentía que "toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución."

Hoy día, la forma de organización política son la democracia y la autocracia. En democracia, el ciudadano permanece como titular de derechos propios que constituyen límites del poder. Turaine expresa que la democracia nace de la apelación a principios éticos, libertad, justicia, en nombre de la mayoría sin poder y contra los intereses dominantes. Por ello, la oposición al poder, su crítica, la impugnación judicial de sus actos, se integra en la propia esencia de la democracia. Turaine sostiene que la libertad es el nervio de la democracia, y **a través de los recursos contencioso-administrativos los ciudadanos obedecen solo a la ley y no a las ocurrencias de la Administración.**

La democracia tampoco es el "gobierno de la mayoría". La mayoría gana, pero muchas veces es minoría en relación con las diferentes minorías sumadas que perdieron. Se resalta la idea que las sociedades que no son conflictivas han de ser consensuales, lo que implica aceptación de las reglas fundamentales, libertad e igualdad, y de las reglas procedimentales en particular la **de cómo se deben resolver los conflictos.** Así mismo, la confianza del pueblo es un factor esencial de la democracia. Desde Locke se concibe la relación entre gobernantes y gobernados sobre la idea de la fiducia, la confianza, el trust para una gestión concreta. La confianza del pueblo en las instituciones es algo fundamental para restaurar en el país cuando cese la usurpación del poder y la dictadura que corrompe y somete a los ciudadanos estos últimos años.

La situación actual del país con la farsa de una supuesta democracia, incluidas la partidocracia y la inmensa corrupción hacen surgir en el pueblo el desinterés, la apatía, hasta la aceptación resignada de la corrupción. Y la quiebra de los valores y principios que deben orientar la vida republicana. Hay que añadir el sainete de los procesos electorales con un órgano rector de las elecciones a nivel nacional, estadal y municipal, el Consejo Nacional Electoral plegado, sometido, a los intereses del régimen y manipulador de los resultados en la gran mayoría de los procesos electorales con la salvedad de la elección de la Asamblea Nacional de 2015 cuando el pueblo en forma espontánea salió a votar y se logró una mayoría calificada de diputados opositores, único órgano con legalidad y legitimidad en la actualidad, de donde salió el presidente interino de la Republica Juan Guaidó que hoy reconocen varias decenas de países demócratas del mundo, entre ellos la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, todavía no comprendemos porque esa Asamblea Nacional no ha designado un Consejo Electoral Nacional idóneo, independiente e integrado por personas competentes, serias, imparciales y sin compromisos con el régimen que rige malamente los destinos del país. Por el contrario, el corrompido tribunal supremo de justicia, sin facultades para ello, fue el órgano que designo al último órgano rector de las elecciones, el que va a administrar las elecciones parlamentarias convocadas para el 6 de diciembre de 2020 y que son una enorme farsa. Otra burla al pueblo venezolano, quien demuestra una vez más que está por encima de los líderes que lo representan.

Los intereses personales o grupales y las pequeñas o grandes cuotas de poder que les ofrecen y aceptan, muchas veces, privan sobre los altos intereses del bien común y de la patria. De concretarse las elecciones parlamentarias convocadas, no deben ser reconocidas por ser ilegitimas y en contra de la Constitución, debe mantenerse en el ejercicio de sus funciones a la Asamblea Nacional electa en el 2015, fundados en el principio de continuidad constitucional, todo hasta que se realice un proceso que cumpla con los postulados constitucionales. Así mismo, es desatinado la pretendida conformación de la Asamblea Nacional con 277 miembros. Contraviene, además, el Articulo 186 de la Constitución.

Toda esta triste situación y lo largo de la dictadura, la falta de esperanzas (aunque insistimos en mantenerlas…) ha llevado a una grave ruptura de la confianza y a una quiebra radical de la democracia y su legitimidad, la más grave de las deficiencias en una verdadera democracia.

Es interesante analizar la experiencia de otros países frente al tema de restablecer la confianza del pueblo, contenida en el Informe Nollan de 1995 con el que los ingleses buscan restaurar su democracia frente a los riesgos de la partidocracia y la corrupción. Sin confianza, se revoca el mandato. Es un profundo análisis social. La aquiescencia puede expresar un consenso o, por el contrario, ser la característica de las víctimas, reflejar apatía, fatalismo, la cultura del silencio, reflejo de la dominación autocrática.

Para recuperar la confianza pública en el poder será necesario emprender costosas obras de ingeniería política y social para restaurarla porque la democracia no se construye con palabras sino con hechos. Aquí está la razón, en la confianza, de que para que la democracia funcione se exige una transparencia absoluta, libertad de información, libertad para investigar la gestión pública, libertad para someter al poder a procesos judiciales independientes que confirmen, corroboren, su actuación conforme a la ley y al derecho. Este control fortalecerá las estructuras democráticas.

3. *La posición del Juez en un Estado de Derecho*

El verdadero fin de la construcción constitucional es implantar el derecho mediante la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo jurídico, lo que se proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico. Por tanto, esa vinculación de la Administración cuando la Constitución predica el control de legalidad de la actuación administrativa no es un mero desiderátum, es como todos los conceptos constitucionales, normativo, al que hay que atribuir plenos efectos jurídicos. Ahora bien, para que la sumisión a la ley y al derecho tenga sentido es indispensable el juez. No hay derecho sin juez. El juez en una pieza esencial en toda la organización del derecho. El derecho público no es una excepción cuando se trata de observar la legalidad por parte de la Administración. En la actualidad, el contencioso administrativo no es más ni un cuasi proceso ni una excepción que solo se aplica restrictivamente. La Constitución lo ha consagrado en el Articulo 259 (“la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”) por lo cual la Administración, al igual que los demás poderes públicos, está sometida plenamente a la Constitución. La

disposición, por demás, es casi idéntica a la correspondiente de la Constitución de 1961. Queda, entonces, por precisar si desde el plano general que hemos expuesto, desde los contenidos materiales propios del derecho administrativo que son los que definen el contenido particular de la vinculación jurídica de la Administración, puede justificarse algún tipo o grado de exención o privilegio de la Administración frente al juez. Donde surge la polémica es en dos instituciones, los llamados conceptos jurídicos indeterminados y la utilización de potestades discrecionales. Objeto de estudio pertinente en otra ocasión y no menos sugerente el investigarlo.

Es importante en este momento una observación de principio. La idea de la democracia no puede separarse de la de los derechos fundamentales; la democracia es inseparable de una teoría y una práctica del derecho. El juez es, entonces, la pieza central del sistema democrático, con una preeminencia que no había poseído antes. Por eso mismo, la objetividad y la probidad en el ejercicio del poder judicial es la única forma de asegurar la confianza del pueblo en el sistema institucional, que es el valor básico de la democracia.

Por último, la posición del juez frente a la Administración y a los titulares de los órganos, no es fruto de ninguna superioridad moral; procede solo de su condición de órgano de la ley y del derecho que son la verdadera y estable expresión de la voluntad general, y como tal, somete plenamente a la Administración Pública en cualquiera de sus manifestaciones. **El Estado de derecho es necesariamente un Estado de justicia, en el sentido explícito de justicia judicial y no en cualquier otro más etéreo, justicia frente a la cual el poder público o sus titulares, no pueden pretender ninguna inmunidad.**

> "La fuerza de los tribunales ha sido en todos los tiempos la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan" (Alexis de Tocqueville, 1835). (R. Aron, Tocqueville retrouve, 1979, y Furet, F. La actualite de Tocqueville, Caen, 1991; M. Zetterbaum, Tocqueville y los problemas de la democracia, Stanford University press, 1967).
>
> Citando a Gianinni:
>
> "Si se pudiese extraer una filosofía de lo que venimos exponiendo, sería que la realidad administrativo-constitucional del mundo contemporáneo no admite generalizaciones, sino que reclama unos análisis articulados. El mundo en el que vivimos –usando un lenguaje

metafórico– pone continuamente en cuestión al Estado, por su pequeñez en ciertos aspectos y por su grandeza, que excede a la medida humana en otros, pero no sabría vivir sin él".

"Las administraciones públicas son hoy el factor más importante de la vida en sociedad y, por tanto, de la vida individual de cada uno de nosotros. Nadie sabría vivir de forma civilizada en el que las administraciones públicas no funcionasen y no proporcionaran de modo masivo bienes y servicios. Comenzando por nuestro nacimiento y nuestro nombre, en todo momento, a lo largo de nuestra vida cotidiana, hay una administración pública que nos asiste de forma silenciosa. Por otra parte, en la fase de transición o fluidez que atravesamos, las administraciones públicas son una de las cosas más imperfectas que existen por su esencial contradicción. Son, al tiempo, poderosas e inertes; oprimen y se dejan engañar puerilmente; poseen riquezas inmensas y viven escatimando; se han concebido para que funcionen bajo un orden y viven en desorden. Este es el drama del Estado contemporáneo". (*Diritto amministrativo*, INAP, Madrid, 1987).

II. EL PODER PÚBLICO

1. *Las Constituciones de 1961 y de 1999 y los fundamentos del Estado. La distribución del poder*

Al iniciar el estudio de la Constitución venezolana de 1999, nos encontramos con dos disposiciones fundamentales: la contenida en el Artículo 2, sobre el Estado democrático, y social de Derecho y de Justicia, como declara a la República y que a la letra reza:

> Artículo 2: Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Varias de las anotaciones que dieron origen a esta parte del trabajo fueron producto de una intervención mía en un encuentro de derecho público organizado por el maestro Luis H. Farías Mata en la isla de Margarita en abril de 2006. Y después revisadas, y no publicadas, en un Congreso de Derecho Constitucional celebrado en Maracaibo en noviembre de 2008.

Debe advertirse que la Constitución de 1999 no es un texto sobrio ni redactado con la austeridad y precisión jurídicas que deben identificar a toda Constitución, sino que por el contrario le sobran las palabras. Con esta idea en la mente, sugiero analizar sus disposiciones.

El Artículo 4 es, así mismo, una disposición fundamental, consagra a la República como un Estado Federal Descentralizado, y establece:

> Artículo 4.- La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.

Los antecedentes de estas normas los encontramos en la Constitución venezolana de 1961, leyendo en el Artículo 2 de la misma, lo siguiente:

> Artículo 2.-La República de Venezuela es un Estado federal, en los términos consagrados por esta Constitución.

La doctrina contemporánea coincidía, en gran medida, en el pensamiento de que el Estado venezolano estaba caracterizado por una marcada centralización, concentrada esta centralización en el poder central y en el Poder Nacional, entendido éste como los órganos legislativos nacionales o Congreso de la República, cuya composición era bicameral, Cámara del Senado y la Cámara de Diputados. En efecto, la organización del Poder Público, como lo explica con claridad la exposición de motivos de la Constitución de 1961, era, básicamente, nacional y central, a pesar de constituirlo dos tipos más de personas públicas territoriales, los Estados y los Municipios, cuyas bases esenciales estaban configuradas constitucionalmente, atribuidas sus competencias y sentadas las bases de su organización y gobierno en el texto constitucional; a la personalidad jurídica propia se le sumaba el territorio como elemento esencial de su configuración jurídica, lo que devenía en tener órganos de gobierno, Gobernador del Estado y Asamblea Legislativa (unicameral), elegidos directamente por la soberanía popular a través de elecciones universales.

El Gobernador de Estado, según el Artículo 22 de la Constitución de 1961, era de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República hasta tanto se dictará la ley que estableciera la elección directa por el pueblo, mediante elecciones libres y secretas de los Gobernadores de Estado de la República, los cuáles eran 20 y luego fueron 22 bajo la vigencia de la Constitución de 1961. Esta Ley, una vez promulgada y publicada, no podía ser revocada; por lo que cumplida su previsión, ahí se agotaba; no podía

"echarse atrás la situación al anterior supuesto" (que el Presidente designara a los Gobernadores de Estado). En 1989 se dictó la tan esperada Ley de Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado y hasta ese momento pudieron los diferentes Presidentes de la República, en su periodo, designar y remover a los Gobernadores según su criterio. Deseo destacar con este comentario que, si bien la Constitución de 1961 tenía una organización centralista del poder público, contenía en sí misma, mecanismos de apertura hacia una democratización y descentralización plausible con el desarrollo social y la madurez política de la nación.

Como sucede con frecuencia, el pueblo superó con creces a su dirigencia política, quienes, mientras el tiempo de la democracia avanzaba a partir de 1961 (luego de los 10 años de dictadura de un general del ejército), los partidos políticos, en vez de empezar a poner en práctica las fórmulas descentralizadoras y de profundización de la democracia establecidas en la propia Constitución, Artículos 22 y 137 entre otros, trataron de demorar este proceso democratizador para evitar perder cuotas de poder, hasta que el clamor popular forzó la promulgación de las leyes de elección de los gobernadores y la ley de descentralización y transferencia de competencias de la Administración Pública Nacional a los Estados, mediante dos técnicas: la llamada de competencias exclusivas, en las que cada Estado, cuando consideraba oportuno y conveniente a su realidad e intereses, sancionaba emanada de su Asamblea Legislativa y promulgada por el Gobernador del Estado, una ley estadal mediante la cual asumía, con carácter exclusivo, la competencia que la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (G.O. No. 4153 Extr. de 28 diciembre de 1989), emanada del poder nacional, le había reservado como tal. Así, cada Estado fue dictando sus leyes, en su caso, para administrar sus puertos mientras la Republica conserva la titularidad del dominio sobre los bienes (hasta diciembre de 1996 nueve Estados sancionaron su Ley de Puertos), aeropuertos, salinas (tres Estados y tres leyes), papel sellado, peajes en carreteras nacionales, entre otras funciones, cuando consideraba cada Estado, repito, que estaba preparado y en condiciones técnicas, financieras y gerenciales para ello. Con esto se demostró una tesis que siempre he expuesto y defendido: los procesos de descentralización del poder político no son homogéneos, ni suceden al mismo tiempo en todas las provincias, o estados, o regiones; es un proceso desigual, y tiene que serlo, porque hay Estados con potencialidades propias en determinadas actividades y están en condiciones favorables para iniciar un proceso en un sector determinado, al contrario de otros.

Esta característica debe ser propiciada, respaldada y jamás retrasada o "frenada" por los estratos del poder político para que el crecimiento socio económico sea parejo o uniforme a todos los Estados o provincias por igual; nada más disparatado: provocaría la detención de todo el crecimiento, éste debe ser desigual y la desigualdad debe ser apoyada por los órganos de fomento, de planificación y financieros del Estado. Esa riqueza, con el tiempo, propulsará la de las regiones menos avanzadas.

La segunda técnica de la Ley de Descentralización, era la llamada de competencias concurrentes con el poder nacional o con los municipios, las cuales se concertaban mediante convenios entre la Administración Pública central competente (Ministerio), órgano rector y político del sector (cualidad que no perdía por el acuerdo) con el Estado que recibía "en concurrencia" un nivel de administración y gestión del sector en cuestión. La Ley de Descentralización contenía un procedimiento para la tramitación de este convenio de transferencia, que incluía la participación de la Cámara del Senado, la cual aprobaba o no la transferencia a concretarse. En ese momento, estamos hablando de servicios tales como educación (hasta diciembre de 1996 diez Estados hicieron la solicitud y solo dos firmaron convenio marco), salud (hasta diciembre de 1996, 19 Estados solicitaron el servicio y 14 firmaron convenio), y otros igual o casi tan conflictivos como los nombrados, que estaban en manos de Ministerios conformados por estructuras gigantescas que asustaban por su tamaño. Se llevaron a cabo muchos convenios, unos lamentables en su técnica u operatividad; otros, con excelencia en la técnica y mecanismos de gerencia, que se vieron en la realidad y nos llenaron de orgullo patrio. Se derrotaba la conseja de que no había profesionales bien preparados en el interior del país (léase fuera de Caracas).

Venezuela es un **estado federal descentralizado…** como reza el articulo 4 citado, tautología consciente para reflejar la voluntad descentralizadora del país en ese momento histórico y que se inscribe en la Constitución de 1999. El articulo 2 indica que Venezuela es un estado democrático y social de derecho y de justicia y **propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico** la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. En cuanto a la división política, el artículo 16 dispone:

> Artículo 16. Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales. El territorio se organiza en Municipios.

> La división político territorial será regulada por ley orgánica que **garantice la autonomía municipal y la descentralización político-administrativa.** Dicha ley podrá disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referéndum aprobatorio en la entidad respectiva. Por ley especial podrá darse a un territorio federal la categoría de Estado, asignándole la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo. (negritas nuestra).

Este aparte único refleja una idea contradictoria: la noción de territorios federales indica que, por no reunir condiciones de población y de desarrollo que ameritaran una organización estadal, seguían dependiendo del nivel nacional de gobierno para su administración y gestión. Si ya son parte de un Estado, debería ser éste, a través de sus propios órganos de gobierno y entes particulares de fomento, quienes propulsaran el desarrollo de áreas más deprimidas dentro de su territorio. Dejar la decisión de crear un territorio federal mediante una ley nacional es una concepción centralista del poder, contradictoria con la disposición del Artículo 4 antes citado, con la afortunada inclusión, sin embargo, de un referéndum aprobatorio en esa entidad, lo que permite darle carácter vinculante a esta consulta popular; para posteriormente atribuir a una ley nacional darle a ese territorio federal la categoría de Estado. Parece una herramienta política al servicio de los intereses creados de un momento determinado, pero no lógica conceptual.

El área metropolitana de Caracas. - El artículo 18 de la Constitución de 1999 consagra a la ciudad de Caracas como capital de la Republica y asiento de los órganos del Poder Nacional, al igual que la Constitución de 1961. Lo novedoso es que añade que "una ley especial establecerá la unidad político territorial de la ciudad de Caracas **que integre en un sistema de gobierno municipal a dos niveles** los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda. Dicha Ley establecerá su organización, gobierno, administración, competencia y recursos, para alcanzar el desarrollo armónico e integral de la ciudad. En todo caso**, la ley garantizara el carácter democrático y participativo de su gobierno".** Así mismo, la disposición transitoria Primera exige que la ley indicada sea aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente y que **preserve la integridad territorial del Estado Miranda.**

Personalmente me complace que la Constitución de 1999 contenga para Caracas un sistema de gobierno municipal a dos niveles, concepción que propuse en 1978 para el área metropolitana de Caracas (Ana Elvira Araujo García. *Gobierno y administración de las áreas metropolitanas. El caso de*

Caracas, EJV, 1978, p. 169 y ss.). La solución de la federación metropolitana como la ideal, estableciendo dos niveles de gobierno, el de los municipios o nivel inferior y el de la autoridad metropolitana o nivel superior. En este se encuentran representados los municipios y la nueva autoridad asume competencias no solo de coordinación sino de sustitución en muchos casos. Esta propuesta mantiene la posibilidad de la continuidad de la vida municipal porque el gobierno metropolitano es municipal lo que refuerza la autonomía local. Se integra el sistema de autoridades de las áreas metropolitanas en la vida local mediante la ley especial y se diseñan dos niveles de competencias: el metropolitano y el municipal. La ley la dicto la Asamblea Nacional Constituyente en marzo de 2000 y la llamo Ley Especial sobre el régimen del distrito metropolitano de caracas, identificando distrito capital con metropolitano. Caracas es el asiento de los poderes públicos pero la ciudad llega hasta donde alcancen sus límites, geográficos y socioeconómicos, y en ese sentido puede llamarse distrito metropolitano de caracas a los municipios del distrito capital (artículo 16) sumados a los municipios del Estado Miranda que integran el área metropolitana de Caracas. Debe incluirse así mismo el litoral central, antiguo departamento Vargas del distrito federal, luego estado Vargas y ahora estado La Guaira. Todas sus características socioeconómicas, culturales, demográficas, lo hacen parte del área metropolitana de Caracas. En otros términos, el distrito metropolitano no abarca solo los municipios del distrito capital. Esta organización no se llevó a cabo en la práctica. Vamos a peor, porque posteriormente se sanciona la ley especial sobre la organización y régimen del distrito capital en abril de 2009, texto con el cual se retrocede al régimen anterior y derogado por la Constitución de 1999 (véase Alejandro Canónico Sarabia, Bogotá, Temis, 2019 y EJV, 2020). Lo que existe actualmente en el régimen del área metropolitana de Caracas viola las disposiciones constitucionales de los artículos 18, 171 y disposición transitoria Primera. Centralización y concentración del poder político en el Ejecutivo Nacional sin legitimidad alguna. La Sala Constitucional en diciembre de 2000, sentencia No. 1563, contribuyo a oscurecer el panorama del régimen de la ciudad de Caracas que, como se dijo, vuelve a estar en manos del Ejecutivo Nacional. Sugiero la lectura del distinguido profesor y amigo Enrique Sánchez Falcón, ("La ley especial sobre la organización y régimen del Distrito Capital y la subversión gubernamental contra el federalismo y la descentralización", en *Leyes sobre el Distrito Capital y del Área Metropolitana de Caracas*, Col. Textos legislativos No. 45, EVJ, 2009), donde desde el propio título refleja lo que ha sucedido con la descentralización política en el país gracias a la actuación permanente del gobierno de centralizar y concentrar en sus manos la gran parte de las competencias y funciones de la administración pública municipal (en particular el área metropolitana de Caracas) y estadal.

En cuanto a las normas sobre el poder público el artículo 136 dispone que "el poder público se **distribuye** entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se **divide** en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral". Los tres niveles de gobierno tienen potestades legislativas. La relación entre ellos es de competencia y de coordinación, no de jerarquía. Seguidamente, veremos como este diseño constitucional ha sido trastocado y vapuleado por quienes usurpan el poder en Venezuela y lo ejercen dictatorialmente: la presidencia de la república y el tribunal supremo de justicia.

2. *Principios fundamentales de la descentralización política en la Constitución de 1999 y sus contradicciones*

El empleo en las disposiciones de la Constitución de 1999 sobre el poder público, expresión genérica que engloba la doble individualización, funcional (horizontal) y territorial (vertical) de la actividad estatal organizada que en cada caso se trata. Unas ramas de ese poder público, unas funciones, unos actos que son la concreción del ejercicio de una función por un órgano determinado, así como una distribución vertical y horizontal de ese poder público. Así, el Artículo 136 reza:

> Artículo 136.- El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.
>
> Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

Se refleja en esta norma, como se dijo, la división vertical del Poder Público, es decir, poder público municipal, estatal y nacional. Así mismo, se consagra en la misma disposición el principio de separación de poderes y colaboración de los poderes públicos, en este aparte es la misma disposición de la Constitución de 1961 (artículo 118). En seguida, corresponde al siguiente artículo, el 137, definir el principio restrictivo de la competencia y su grado máximo de vinculación a la ley, o al ordenamiento jurídico (ya veremos porqué), al definir el principio de legalidad:

> Artículo 137.- Esta Constitución y la Ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Poco feliz la redacción del principio de legalidad, cuando bastaba copiarse la disposición (artículo 117) de la Constitución de 1961: "La Constitución y las leyes definen las atribuciones del poder público y a ellas debe sujetarse su ejercicio". Esta norma siempre en concatenación interpretativa con la disposición de la supremacía constitucional contenida en el artículo 7: "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el poder público están sujetos a esta Constitución".

La Constitución de 1999 contiene, básicamente, las disposiciones de la Ley Orgánica de Descentralización sancionada en 1989 y destina a la competencia exclusiva de los Estados las descritas en el artículo 164; a la competencia municipal las contenidas en el artículo 178, donde le señala las materias propias de la vida local y en particular le atribuye la ordenación territorial urbanística, la vialidad urbana, saneamiento ambiental y salubridad, entre otras. Sin embargo, la autonomía municipal se ve seriamente limitada, y esta es una de las contradicciones del texto constitucional, cuando en el artículo 168 al describir la autonomía municipal y según disponía la Constitución del 61 reza: "los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta constitución **y de la ley**. …." Este añadido de someter la autonomía municipal no exclusivamente a las leyes que consagra el texto constitucional sino a las leyes dictadas por la Asamblea Nacional basadas en las muy amplias competencias del poder nacional, está convirtiendo en polvo la autonomía municipal que significa el propio ejercicio en las materias que le atribuye la Constitución como tales y el manejo de sus propios ingresos. Ya no es posible impugnar una ley por inconstitucional cuando invade la autonomía municipal porque no lo hará gracias a la previsión constitucional que concentra el poder en el nivel central. Adicionalmente, por la vía de los hechos, que no del derecho, se han concentrado y centralizado las competencias municipales y estadales en la presidencia de la Republica. Una prueba de ello fueron los 27 decretos leyes publicados (eso dijeron) en la gaceta oficial de 31 agosto de 2008, que contienen varias de las disposiciones rechazadas por el pueblo en el referendo del proyecto de reforma constitucional (2007-2008). Otras disposiciones que contradicen la supuesta tendencia descentralizadora de la Constitución de 1999 son el artículo 185 que crea el Consejo Federal de Gobierno, cuya organización y contenido es profundamente centralista, presidido siempre por el vicepresidente ejecutivo en vez de ser alternativo o libremente elegido entre sus integrantes; de este Consejo Federal depende el Fondo de Compensación Interterritorial destinado

al financiamiento de inversiones públicas para "promover el desarrollo equilibrado de las regiones"… perspectiva que no comparto como antes he comentado.

Otra contradicción constitucional es la eliminación del Senado. Esta es la Cámara que representa el status de cada uno de los Estados y que los iguala en cuanto a su personalidad jurídica. Es donde deberían aprobarse, según los intereses regionales en conflicto, los acuerdos de transferencia de competencias y los de ejercicio de competencias concurrentes. Debe observarse, no obstante, que el articulo 165 contiene elementos que pueden ayudar al proceso descentralizador en Estados y Municipios en cuanto a las competencias concurrentes.

Las competencias del poder público nacional están atribuidas en el Artículo 156 de la Constitución de 1999 y le corresponde, entre otras, la política internacional, la defensa, la naturalización de extranjeros, los servicios de identificación, la policía nacional, el Distrito Capital, el régimen de la economía, el régimen tributario con especificación de los ramos objeto de gravamen, la coordinación tributaria interterritorial de aquellos impuestos que puedan corresponderles a los Estados y Municipios, las aduanas, y así sigue la norma constitucional hasta 33 numerales, incluida la de competencias implícitas ("toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza"), que se copia de la Constitución de 1961, numeral 25 del Artículo 136, la última de las competencias del poder nacional, que la doctrina siempre criticó en el sentido de concentrar en el poder nacional demasiadas competencias. La norma vigente tiene casi diez numerales más con atribuciones, lo que de nuevo destaca su carácter centralista, a pesar de la declaración de principios del articulo 4 y otras disposiciones fundamentales como son los artículos 157 y 158.

En julio de 2008 se sanciono mediante decreto ley una inconstitucional Ley de Administración Pública, hoy derogada por la Ley de 2014, que sometía la actividad administrativa de los Estados y Municipios al Ejecutivo Nacional mediante la técnica de la planificación centralizada, violentando las disposiciones descentralizadoras. Estableció los Consejos Comunales como nuevos centros de imputación de la administración centralizada. Crea unas autoridades regionales como brazos del presidente de la Republica para ejecutar políticas públicas de planificación y asignación de recursos. Y dispuso que las misiones son parte de la administración pública nacional. Recomiendo en este particular el trabajo del distinguido profesor y dilecto amigo Armando Rodríguez García ("Participación ciudadana, institucionalidad local y Consejos Comunales en Venezuela" en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, No. 129, 2007).

Es deprimente observar cómo quienes ejercen el poder ejecutivo en Venezuela violan la Constitución y no hay un tribunal supremo de justicia que declare esa violación a las normas constitucionales, sino que, por el contrario, respaldan y justifican las arbitrariedades e ilegalidades que cometen los órganos del ejecutivo nacional. El estado de derecho significa, en resumen, dos cosas: sometimiento del poder político a la Ley (solo puede hacer aquello que la Ley le atribuye) y acceso a la justicia por parte de las personas o ciudadanos para la restitución de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de la administración pública y la garantía de un juicio justo en condiciones de igualdad. En otros términos, equilibrio del poder, sometimiento a la ley y responsabilidad de los funcionarios públicos. En este sentido y, en general sobre el régimen de las administraciones públicas léase al maestro Allan R. Brewer Carías (*El sentido de la reforma de la ley orgánica de la administración pública*. EJV, 2008, entre otras de sus obras).

Por su parte, los Artículos 157 y 158 de la Constitución de 1999, regulan la descentralización política de competencias nacionales y califican a la descentralización como política nacional. Aspecto curioso, por decir lo mínimo, porque la descentralización puede llevarse adelante mediante muy diversas políticas de Estado, pero es muy difícil catalogarla como "política nacional", porque la descentralización política, la contenida en sus elementos esenciales en el texto constitucional, es una concepción de Estado, pero no una política. Es confundir continente con contenido, concepción histórica y conceptual con medios para lograr esa concepción; como explica la exposición de motivos de la Constitución de 1961: …"la descentralización es un *desideratum* en el alma del venezolano", palabras más o menos, porque recito de recuerdos, pero es el sentido cierto. Igual, parte importante de la doctrina nacional y extranjera comparten esta posición frente a la descentralización política, siempre diferenciándola de la descentralización por servicios, o funcional, o indirecta, o administrativa, es decir, la personificada básicamente en entes con personalidad jurídica, institutos autónomos, caso típico, con patrimonio propio y separado del fisco nacional, creado por ley nacional, estadal u ordenanza municipal, para la prestación de servicios públicos comerciales o industriales, según la doctrina tradicional. Las normas señaladas rezan:

> Artículo 157.- La Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización.

> Artículo 158.- La descentralización, como política nacional, debe profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales.

Pareciera que no hubo en el espíritu del constituyente de 1999 cuando se determinó la naturaleza jurídica de la República, la intención de configurar un estado ni federal ni descentralizado, sino un Estado solapadamente centralista, y aún más, en el que los poderes del presidente de la República quedaran potenciados. Lo expresado se ve ratificado en la realidad, entre otras demostraciones como hemos analizado, cuando el 13 de septiembre de 2001, se publica la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, donde se regula "las bases y principios del régimen de organización y funcionamiento de los Consejos Legislativos de los Estados **y establecer los principios generales para el ejercicio de la función legislativa".** (negrilla nuestra). El carácter ultra centralista de esta ley es incuestionable.

3. *Comentario final*

En fin, la Constitución de 1999 establece las siguientes figuras (niveles, entes) territoriales: la República, los Estados y los Municipios. Como nivel intermedio, los distritos metropolitanos. La tesis ortodoxa establece que, en un Estado federal, los Estados federados deciden crear un estado federal, para lo cual ceden parte de su soberanía, reservándose ellos, los Estados, competencias que ejercen como parte de su propia autonomía.

El proceso de descentralización en Venezuela opera en sentido contrario en la actualidad, es decir, en las Constituciones de 1947, 1961 y 1999, porque no siempre fue así de 1811 hasta 1864 la organización fue federal. Hoy el ente centralizado, la República, se desprende de algunas de sus competencias a favor de los entes descentralizados (Estados y Municipios), respecto de los cuáles los mecanismos de control quedan disminuidos, porque las facultades se las otorga la República o persona jurídica mayor. Desde otra perspectiva, que el país fue o quiso siempre ser una federación, los Estados quedan sometidos a mecanismos de control que aceptan para ser parte de un todo mayor y mejor.

En los Estados, el poder público es ejercido por un órgano ejecutivo, que es el gobernador: un órgano legislativo que es el consejo legislativo: un órgano contralor que es el contralor del Estado y un órgano técnico que es el Consejo de Planificación y Coordinación de políticas públicas.

Es oportuno en este punto discurrir (regresar) al surgimiento de la personalidad jurídica del Estado, desde las teorías alemanas que explicaban que si al Estado le pertenecía la soberanía, había que reconocerle personalidad jurídica al Estado, lo cual conduce, sin duda, a formular la teoría del órgano, porque es necesario establecer un mecanismo de actuación en el mundo jurídico y que explicara, a su vez, cómo y porqué se imputaban esas actuaciones al Estado (Gierke), y por otra parte, el surgimiento de los derechos subjetivos públicos de los ciudadanos, perfecciona (o busca) la relación entre los particulares y ese ente estatal (Peña Solís, 2001).

Luego, la dogmática jurídica, con Kelsen, aborda la idea del Estado como centro de imputación del conjunto de relaciones derivadas del orden jurídico total; y Carré de Malberg, explicado por el maestro Moles Caubet, ("La progresión del Derecho Administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, 1955) enseña que la personalidad jurídica del Estado es una colectividad unificada que se manifiesta en una organización regida por el Derecho y sujeto exclusivo de la soberanía.

Nos llenaría de optimismo si los órganos de gobierno interpretaran y ejecutaran la Constitución de acuerdo a los principios y valores superiores diseñados en el propio texto. Así mismo, dejaran de inventar órganos y estructuras paralelas que solo logran, como quieren, debilitar las estructuras previstas constitucionalmente.

Debo comentar con tristeza en estos días aciagos que vive la Republica, el espectáculo infame de unas supuestas elecciones parlamentarias del domingo pasado 6 de diciembre, inconstitucionales e ilegitimas, con el solo propósito de sustituir a la Asamblea Nacional actual, único órgano elegido valida y legítimamente por el pueblo en diciembre de 2015. Esta Asamblea Nacional debe permanecer en ejercicio de sus funciones hasta tanto sea sustituida por otra elegida valida y legítimamente en elecciones confiables. No debe prestarse atención alguna a esta elección donde, además de todo lo señalado y la falta de garantías, asistió escasamente el diez por ciento de la población a votar. Insólita y triste Venezuela, secuestrada por unos infames dirigentes, incluida la fuerza armada nacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO GARCÍA, Ana Elvira., *Gobierno y Administración de las Áreas Metropolitanas. El caso de Caracas*, EJV, 1978, p. 169 y ss., Descentralización Política y Servicios Públicos, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 1998.

BREWER CARÍAS, Allan R., "Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana", en *Debate Constituyente*, tomo II, 9 set. Caracas, 1999, p. 159 y ss. "Principios del Régimen Jurídico de la Organización Administrativa Venezolana", Caracas, EJV, 1994, pp. 11 y 53. "El sentido de la reforma de la Ley orgánica de la administración pública", Caracas, 2008.

DE TOCQUEVILLE, Alexis, TOCQUEVILLE RETROUVE, R. Aron, y FURET, F. *Tocqueville y los problemas de la democracia*, Stanford University press, 1967.

CANÓNICO SARABIA, Alejandro. (2020). Bogotá, Temis, 2019 y EJV.

CHINCHILLA, Carmen, LOZANO, Blanca y DEL SAZ, Silvia, *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo, tres estudios,* Edit. Civitas, Madrid, 1992, pp. 26 a 40, 117 y ss., 133 a 167.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 30-12-1999, *Exposición de Motivos,* publicada en Gaceta Oficial No. 5453, del 24 marzo de 2000.

Constitución de la República de Venezuela, *Enmienda No. 1 de la Constitución*, publicada en Gaceta Oficial No. 662, del 23 enero de 1961.

Constitución de la República de Venezuela, *Enmienda No. 2 de la Constitución*, publicada en Gaceta Oficial No. 1.585, del 11 de mayo de 1973.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, Ed. Ampliada, Edit. Civitas, Madrid, 2ª., 1992. p. 94-103; y *Curso de Derecho Administrativo I,* (en conjunto con Tomas Ramón Fernández), décima tercera edición, Edit. Thomson Civitas, Madrid, 2006. p. 439 a 452.

LIÉBANO AGUIRRE, Indalecio., *Bolívar,* tercer mundo edit. Bogotá 1998.

MASSIMO SEVERO, Giannini, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo,* Madrid, INAP, 1987. p. 50, 51 y 62 a 67.

MAYER, Otto, D*erecho administrativo alemán*. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 4 tomos. 1982.

MOLES CAUBET, Antonio., "La progresión del Derecho Administrativo", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UCV, 1955, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Estudios de Derecho Público, FCJP, UCV, Caracas 1997.

PEÑA SOLÍS, José., *Manual de Derecho Administrativo*, Col, Estudios Jurídicos, Tribunal Supremo de Justicia, Volumen primero, Caracas 2001.

RODRÍGUEZ GARCÍA, A Armando, "Participación ciudadana, institucionalidad local y Consejos Comunales en Venezuela", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, No. 129, 2007.

SALCEDO BASTARDO, J., *Historia fundamental de Venezuela*, en *Ediciones de la biblioteca de la UCV,* Caracas, 1982.

SÁNCHEZ FALCÓN, Enrique. "La ley especial sobre la organización y régimen del Distrito Capital y la subversión gubernamental contra el federalismo y la descentralización", en *Leyes sobre el Distrito Capital y del Área Metropolitana de Caracas*, Col. Textos legislativos No. 45, EVJ, 2009.

Venezuela, *Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público*, publicada en Gaceta Oficial No. 4153, del 28 diciembre de 1989.

EL *HABEAS CORPUS* COMO RECURSO DE PROTECCIÓN A LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS Y CONSULARES DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA APLICADO POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, SIN RENUNCIA A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMÁTICAS Y LA CONVENCIÓN DE RELACIONES CONSULARES

María Teresa BELANDRIA EXPÓSITO*

I. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

Este trabajo tiene como finalidad explicar la aplicación del recurso de *Habeas Corpus* como medida de protección para los agentes diplomáticos y consulares del gobierno de Venezuela –de Nicolás Maduro– por parte del Supremo Tribunal Federal de la República Federativa de Brasil, sin la renuncia del estado acreditante a la inmunidad de jurisdicción contemplada en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, proceso que consta en el expediente HB-184.828 del 02 de mayo del año 2020 (Brasil S. T., 2023).

* Abogado. Especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración - Candidata al Doctorado en Ciencias Políticas. Fulbright Visiting Scholar Professor en la National Defense University. EE.UU. Profesora de Derecho Internacional Público, Derecho de la Integración y Relaciones Económicas Internacionales de la Universidad Central de Venezuela. Ex embajadora de Venezuela en la República Federativa de Brasil.

Para ello, haremos un breve repaso de los eventos políticos y del contexto en que la medida cautelar fue solicitada.

El 23 de enero de 2019, el gobierno de la República Federativa de Brasil[1] reconoció al gobierno interino de la República Bolivariana de Venezuela, derivado de la juramentación del presidente interino[2]. Este hecho político se tradujo en acciones administrativas que tuvieron consecuencias y, también, efectos jurídicos.

El 11 de febrero de 2019, el ministro de Relaciones Exteriores de Brasil, embajador Ernesto Araujo, recibió las copias de estilo de la representante diplomática de la Asamblea Nacional de Venezuela, aprobada en sesión del 05 de febrero como Embajadora Extraordinaria y Plenipotenciaria y jefe de Misión[3], todo de conformidad con el artículo 13 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas. (OEA, 2023). En la secuencia del protocolo clásico que formaliza el pleno establecimiento de las relaciones entre dos gobiernos que se reconocen plenamente, el 04 de junio de 2019 la embajadora presentó sus Cartas Credenciales al presidente de la República Federativa de Brasil en ceremonia oficial en el Palacio de Planalto[4].

En ese sentido, el gobierno de Brasil, a fin de concluir sus tratos y cerrar los locales de la misión diplomática y consular de forma ordenada en Venezuela, e igualmente para resguardar la integridad y garantizar el retorno de su personal, no declaró a los funcionarios diplomáticos y consulares del gobierno de Venezuela –léase, de Nicolás Maduro– como personas non gratas[5] (OEA, 2023) durante todo el año 2019.

---

1 Presidente Jair Messias Bolsonaro (2019-2023).

2 Presidente interino y presidente de la Asamblea Nacional, diputado Juan Gerardo Guaidó (2019-2023).

3 2019 al 05 de enero de 2023. Página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federativa de Brasil. Apresentação de cartas credenciais ao Senhor Presidente da República — Ministério das Relações Exteriores (www.gov.br)

4 Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil: Apresentação de cartas credenciais ao Senhor Presidente da República — Ministério das Relações Exteriores (www.gov.br) consultado en febrero de 2023.

5 Artículo 9 1. El Estado receptor podrá, en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado acreditante que el jefe u otro miembro del personal diplomático de la misión es persona non grata, o

La notificación formal para que los agentes diplomáticos y consulares de Venezuela abandonaran de forma voluntaria el país se produjo el 02 de marzo de 2020, en una reunión realizada en la sede del Ministerio de Relaciones Exteriores, fijándoles un plazo de sesenta (60) días[6]. En ese período el gobierno de Brasil, a través de su fuerza aérea envío un avión, que contó con los permisos del gobierno de Nicolás Maduro, para repatriar con seguridad a todos los funcionarios diplomáticos y consulares junto a sus familias, quienes arribaron a Brasil el 17 de abril de 2020. Vale decir, hubo conversaciones entre los gobiernos, negociaciones de buena fe para llevar a cabo dichas operaciones.

En reciprocidad, el gobierno de Brasil esperaba que los funcionarios de aquel gobierno abandonaran el país de forma voluntaria sin necesidad de la aplicación del artículo 9 de la Convención, es decir, sin declararlos personas non gratas y tener que fijar otro plazo, habida cuenta de la notificación que les había sido entregada el 02 de marzo de 2020. Ello no ocurrió.

El 28 de abril de 2020, el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federativa de Brasil emite la Nota Verbal CGPI/17 DIMO BRAS VENE, que se resume así:

> "*O Ministério das Relações Exteriores cumprimenta a Embaixada da República Bolivariana da Venezuela e, com base em tratativas anteriormente realizadas, recorda que os seguintes funcionários venezuelanos acreditados junto ao Governo brasileiro juntamente com seus dependentes deverão deixar o território nacional, em caráter definitivo, até 02 de maio de 2020*"[7].

Les recuerda que conforme a las conversaciones sostenidas (marzo de 2020), el plazo para dejar el país vence el 02 de mayo.

---

que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable. El Estado acreditante retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión, según proceda. Toda persona podrá ser declarada non grata o no aceptable antes de su llegada al territorio del Estado receptor.

6 Es decir, hasta el 02 de mayo de 2020.

7 El Ministerio de Relaciones Exteriores saluda a la embajada de la República Bolivariana de Venezuela y, con base en las conversaciones anteriormente sostenidas, le recuerda que los siguientes funcionarios (el documento original contiene una lista anexa) acreditados ante el Gobierno brasileño, junto con sus familiares, deberán dejar el territorio nacional con carácter definitivo el día 02 de mayo de 2020. (Traducción libre de la autora).

Esta nota verbal, junto con la llegada de la pandemia del COVID-19, originan la petición de la medida cautelar de *Habeas Corpus* contra el presidente de la República Federativa de Brasil, solicitada por un diputado federal de Brasil en favor de los agentes diplomáticos y consulares venezolanos, sin que el estado acreditante –el gobierno de Venezuela de Nicolás Maduro– renunciara de forma expresa a la inmunidad de jurisdicción[8] de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

La petición de esta medida cautelar se resume en dos aspectos: a) limitar la competencia del presidente de la República Federativa de Brasil por considerar que había abuso de poder; b) impedir la expulsión del territorio de los agentes diplomáticos y consulares.

II. FUNDAMENTOS LEGALES

Habeas Corpus

La Real Academia Española[9] define al *Habeas Corpus* como el *Derecho del ciudadano detenido o preso a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su arresto fue o no legal, y si debe levantarse o mantenerse*.

En Venezuela, tal y como lo señala Rutilio Mendoza (Mendoza Gómez, 2016) en su trabajo sobre el *Habeas Corpus* en la Constitución de 1999, no se hace una mención expresa al concepto como en otros ordenamientos jurídicos, sino que

> (…) *continuando con la tradición establecida en las disposiciones transitorias de la Constitución de 1961, no hace referencia específica del Habeas Corpus si no que habla del amparo a la libertad o seguridad personal, aunque cuando se refiere a las atribuciones del defensor del pueblo en su artículo 281, en su numeral 3, le da competencia para intentar Habeas Corpus, señala además el texto constitucional que*

---

8 De conformidad con el artículo 32, numerales 2 y 4, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, vale decir, someterse a los tribunales nacionales bien como demandante o que el estado acreditante haya renunciado, debe ser expresa.

9 www.*Habeas Corpus* | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE

puede ser interpuesta por cualquier persona y el "detenido o detenida será puesto bajo custodia del Tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna", a continuación señala de manera taxativa que el ejercicio del derecho a la libertad o seguridad personal no puede ser afectado, en modo alguno por las declaraciones del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

Más recientemente, una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, a propósito de la entrada en vigencia de la nueva ley de Amparo del año 2021 que a su vez desarrolla el recurso como medida de protección, y que tomamos de la conferencia del abogado Samuel Acuña Lara con fecha de 19 de julio de 2022, destaca al respecto del *Habeas Corpus*:

> "*... es una garantía judicial, cuyo fin primordial es poner a disposición de los jueces la persona del detenido a fin de que este examine la legalidad de la privación y, de considerarlo pertinente, decrete la libertad.* ***Es un procedimiento menos formal*** *con actuaciones inmediatas por parte del Juez, tal y como fue expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-8/80. En tales casos, como regla general, el competente para conocer de tal procedimiento, son los Tribunales de Primera Instancia en lo Penal en función de Control, pues existen excepciones, como en aquellos casos en que la orden de privación procede de altos funcionarios públicos…".*[10]

El *Habeas Corpus* es un recurso, una medida cuyo fin es la libertad de quien se encuentra privado de ella, y que al emplearse judicialmente lo que se invoca es que sus beneficiarios –individualmente consideramos– sean oídos e inmediatamente liberados, lo que es claro e inequívoco en la legislación nacional.

Por lo que, sin entrar a hacer un extenso análisis sobre la etimología o el propio concepto, al menos en nuestra legislación, el *Habeas Corpus* está básicamente constreñido al ámbito del derecho penal, cuyo fin es librar al reo de un proceso injusto-ilegal, y que o bien pueda llevar el proceso en libertad si es que cometió un delito a cuya pena pueda someterse a través de otro tipo de proceso, o bien que no siendo reo de ninguno, se repare de forma expedita

---

[10] www. El *Habeas Corpus* en la nueva ley de amparo 2021 ¿mantiene su esencia o la modifica? • SmAL. Legal & Compliance (law-svm.com), consultada el 23 de febrero de 2023.

el daño infringido, el cual es la libertad inmediata. No cabría entonces aplicar por un artificio argumental a un agente diplomático o consular una acción como esta.

Ahora bien, al examinar la concepción jurídica en Brasil, el *Habeas Corpus* sí se encuentra expresamente establecido dentro del texto de la Constitución (Brasil C. d., 2018), en el Título II *Dos Direitos e Garantías Fundamentais, Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos,* artículo 5, literal LXVII:

> *-Conceder-se á Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder*.[11]

A diferencia del concepto en Venezuela, donde el *Habeas Corpus* gravita casi exclusivamente en la esfera penal y cuando ya se ha consumado la pérdida de la libertad, en Brasil puede emplearse de forma preventiva cuando hay sospecha o fundadas amenazas a la libertad, o actos emanados de una autoridad que induzcan a pensar que el ciudadano pueda perder o bien su libertad, o no pueda movilizarse dentro del territorio o salir de él.

En el caso planteado y a la luz de la propia definición constitucional, es allí donde podría encontrarse uno de los fundamentos del juez para conceder el *Habeas Corpus*, ya que en los alegatos presentados se esgrime -entre otros- el abuso de autoridad por parte del presidente de la República Federativa de Brasil en la Nota Verbal CGPI/17 DIMO BRAS VENE del 28 de abril de 2020, que fijó como plazo de salida del país para los agentes diplomáticos y consulares de Venezuela el 02 de mayo de 2020.

Inmunidad de jurisdicción

Las inmunidades y privilegios de los agentes diplomáticos, dentro de las cuales se encuentra la inmunidad de jurisdicción, establecidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (OEA, 2023) y Consulares (Americanos, 2006) son un conjunto de normas que, por una parte, establecen los límites y conceden la protección a los agentes diplomáticos y consulares a los cuales se les ha concedido la inmunidad y, por la otra, delimita de forma expresa las competencias de los estados receptores sobre aquellos.

---

[11] Se concederá el *Habeas Corpus* siempre que alguien sufra o se sienta amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de movimiento por un acto ilegal o abuso de poder. (Traducción libre de la autora).

Los diplomáticos y agentes consulares, así como los familiares a los que se extiende la concesión de las visas o visados, son inmunes porque así lo convienen, lo aceptan los estados que se reconocen y los reconocen. De tal suerte que son inviolables, no pueden ser detenidos ni arrestados, incluso si cometen un delito.[12]

También son inmunes: las residencias, los locales de las embajadas y los consulados –incluyendo los *ad-honorem*–, sus vehículos y la correspondencia.[13] Si bien la inmunidad se desarrolló para que la función de quien la ejerce se pueda ejecutar en nombre del estado que representa con eficacia y seguridad, es la persona física, es el funcionario investido de ella quien la lleva a cabo y, como tal, el sujeto que la detenta. Por lo que la inmunidad no es un hecho vacío, no es un concepto vago, esta se hace visible, tangible y se expresa a través de las acciones, omisiones y comunicaciones que los agentes diplomáticos y consulares realizan en el uso de sus competencias. No empero aun siendo inmunes, la propia Convención les advierte en el artículo 41: (OEA, 2023)

> 1. *Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. También están obligados a no inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado.*

---

12 Artículo 41 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. 1. Los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente. 2. Excepto el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, los funcionarios consulares no podrán ser detenidos ni sometidos a ninguna otra forma de limitación de su libertad personal, sino en virtud de sentencia firme. 3. Cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular, éste estará obligado a comparecer ante las autoridades competentes. Sin embargo, las diligencias se practicarán con la deferencia debida al funcionario consular en razón de su posición oficial y, excepto en el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, de manera que perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares. Cuando en las circunstancias previstas en el párrafo 1° de este artículo sea necesario detener a un funcionario consular, el correspondiente procedimiento contra él deberá iniciarse sin la menor dilación.

13 Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa.

Vale decir, la inmunidad tiene límites, pero también posee excepciones, una de ellas, guardar silencio y no entrar en el debate público acerca de los temas de la política interna del estado receptor.

Como explica Deak tomado en (Felix, 2016) "*El verdadero significado de la palabra 'inmunidad' en este contexto debe entenderse con toda claridad. Inmunidad significa del ejercicio de jurisdicción, no inmunidad de la jurisdicción misma. Los diplomáticos no se encuentran por encima del derecho vigente en el Estado que los recibe, y el Estado no queda impedido de formular una legislación aplicable a todas las personas que estén dentro de su jurisdicción territorial*".

Este concepto de Deak es básicamente aplicable a las excepciones que las propias Convenciones contemplan referidas a asuntos sobre las que los agentes diplomáticos, aún siendo inmunes, deben responder ante instancias judiciales del estado receptor, tales como las establecidas en el artículo 31, literal a, para los diplomáticos:

> "*(...) a. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b. de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c. de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales*."

Y en el artículo 43 de la Convención de Viena (Americanos, 2006) sobre relaciones consulares donde se establece, por un lado, la inmunidad de jurisdicción para dichos agentes y también las excepciones a las que se hace mención:

> *1. Los funcionarios consulares y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares.*
>
> *2. Las disposiciones del párrafo 1 de este artículo no se aplicarán en el caso de un procedimiento civil:*
>
> *a) que resulte de un contrato que el funcionario consular, o el empleado consular, no haya concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía, o*

b) que sea entablado por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión, ocurrido en el Estado receptor.

Pero no es objeto de este trabajo profundizar en las inmunidades, privilegios y prerrogativas de los agentes diplomáticos y consulares ya que ello no es la materia esencial de trabajo.

Centraremos nuestro análisis en la medida cautelar de *Habeas Corpus* Nº 184.828 del 02 de mayo de 2020, dictada por el Supremo Tribunal Federal (en lo sucesivo STF) de la República Federativa de Brasil, a favor de los agentes diplomáticos y consulares del gobierno de Venezuela, sin que el estado acreditante –la República Bolivariana de Venezuela, gobierno de Nicolás Maduro– haya renunciado en forma expresa a la inmunidad de jurisdicción conforme a las previsiones del artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas: (OEA, 2023)

"Artículo 32

1. El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad conforme al Artículo 37.

2. La renuncia ha de ser siempre expresa.

3. Si un agente diplomático o una persona que goce de inmunidad de jurisdicción conforme al artículo 37 entabla una acción judicial, no le será permitido invocar la inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier reconvención directamente ligada a la demanda principal.

4. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de las acciones civiles o administrativas no ha de entenderse que entraña renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo, para lo cual será necesaria una nueva renuncia."

Y del artículo 45 de la Convención de Viena sobre relaciones Consulares (Americanos, 2006).

"*Artículo 45: RENUNCIA A LOS PRIVILEGIOS E INMUNIDADES*

1. El Estado que envía podrá renunciar, respecto de un miembro de la oficina consular, a cualquiera de los privilegios e inmunidades establecidos en los artículos 41, 43 y 44.

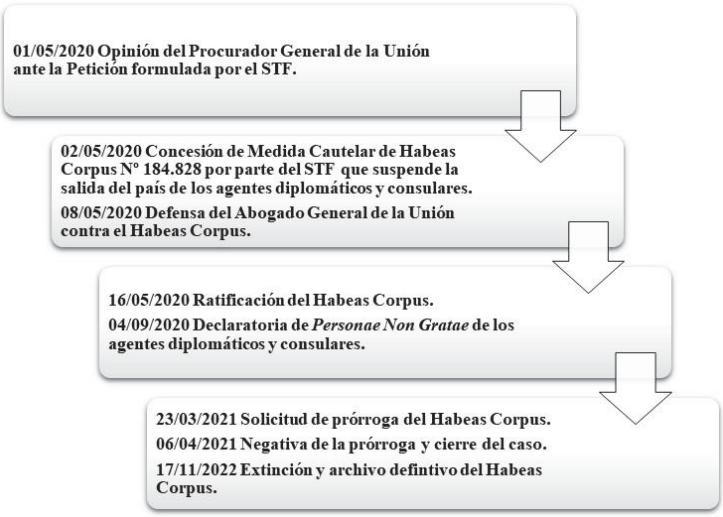
> ***2. La renuncia habrá de ser siempre expresa****, excepto en el caso previsto en el párrafo 3 de este artículo, y habrá de comunicarse por escrito al Estado receptor.*
>
> *3. Si un funcionario consular o un empleado consular entablase una acción judicial en una materia en que goce de inmunidad de jurisdicción conforme al artículo 43, no podrá alegar esa inmunidad en relación con cualquier demanda reconvencional que esté directamente ligada a la demanda principal.*
>
> *4. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de acciones civiles o administrativas no implicará, en principio, la renuncia a la inmunidad en cuanto a las medidas de ejecución de la resolución que se dicte, que requerirán una renuncia especial."*

De la lectura de los dos artículos precedentes queda en evidencia que para materializar la voluntad del estado, en el sentido de que sus agentes diplomáticos y consulares sean sometidos a la jurisdicción de los tribunales del estado receptor, es indispensable, obligatorio y necesario que el estado renuncie de forma expresa, entendiéndose por ello, de forma clara e inequívoca a esa inmunidad.

Como observaremos, no hay en los autos del proceso: a) el otorgamiento de poderes por parte del Procurador General de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con las disposiciones del artículo 9 numeral 7, 14 y 50 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Venezuela, 2023) para la defensa de los derechos, bienes e intereses de la República; b) no hay manifestación expresa del estado acreditante -Venezuela- de renuncia a la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos y consulares para que éstos fueran representados por un diputado federal y abogados brasileños llevasen ante el STF una petición de *Habeas Corpus* para impedir el ejercicio de las competencias del presidente de la República Federativa de Brasil, acusándolo de abuso de autoridad -fundamento del recurso- e impedir su expulsión del territorio.

III. EL PROCESO JUDICIAL: *HABEAS CORPUS* Nº 184.828

El proceso judicial de la medida cautelar de *Habeas Corpus* ante el STF de la República Federativa de Brasil que quedó asentada con el Nº 184.828 y todos los actos concurrentes, hasta su terminación, se pueden visualizar en el esquema que sigue.



Fuente: elaboración propia con base al proceso que consta en la página oficial del Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br).

El proceso se inicia con un elemento relevante a destacar: es el peticionario de la medida cautelar. Como explicamos previamente, no fue el Procurador General de Venezuela, ni un mandante de este.

Si bien el recurso de *Habeas Corpus*, por su propia naturaleza de acción protectora y, en el caso de Brasil preventiva contra el abuso de poder de una autoridad, puede ser solicitado por cualquier ciudadano, asistido o no de abogados, en el caso que nos ocupa la medida cautelar fue incoada en nombre de los agentes diplomáticos y consulares de la República Bolivariana de Venezuela por el diputado federal Paulo Roberto Severo Pimenta[14], vale decir, por un representante del poder legislativo de Brasil, contra el presidente de la República de Brasil, para proteger a diplomáticos extranjeros. Como ya se ha dicho reiteradamente, esto se produce sin que el gobierno de Venezuela hubiera renunciado de forma expresa a la inmunidad de jurisdicción y, además, sin que la acción fuera realizada por quien tenía la obligación legal de hacerlo: el Procurador General.

---

[14] Diputado federal por el estado de Río Grande del Sur por el Partido de los Trabajadores (PT) Paulo Pimenta. En el momento de la acción ante el STF, era líder del PT en la Cámara de diputados en oposición al gobierno de Jair Bolsonaro. Para la fecha de este trabajo -febrero de 2023- tiene el cargo de ministro jefe de la Secretaría de Comunicación Social de la Presidencia de la República.

La petición se traduce en hacer cesar los efectos de la Nota Verbal CGPI/17 DIMO BRAS VENE, de fecha 28 de abril de 2020, del Ministro de Relaciones Exteriores hasta el final de la pandemia provocada por el Covid-19 y poner fin al "*vergonzoso e ilegal decreto inmotivado que ordenaba el retiro inmediato del personal diplomático y consular junto con todas sus familias*".[15]

Ahora bien, la citada Nota Verbal no contiene ninguna expresión sobre expulsión, ni hace mención a declaración de personas *non gratas*, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Relaciones Consulares. El documento enviado por la Cancillería, era un recordatorio de la reunión del 02 de marzo en la que ya se había fijado un plazo para que los agentes abandonaran voluntariamente el país.

Así lo señala el Defensor del estado brasileño en su escrito 29645/2020 del 08 de mayo de 2020 y citamos:

---

[15] Estos son los agentes diplomáticos y consulares objeto de la medida cautelar solicitada, llamados en el texto (pacientes): PACTE: ALBERTO EFRAÍN CASTELLAR PADILLA PACTE.(S): ÁNGEL GUSTAVO RODRÍGUEZ INFANTE PACTE.(S): CECILIO ANTONIO CRESPO PACTE.(S): DANIELA TARAZONA BOLÍVAR PACTE.(S): FÉLIX MANUEL CARILLO LUGO PACTE.(S): FREDDY EFRAÍN MEREGOTE FLORES PACTE.(S): INDIRA MAGA BASTIDAS GUZMAN PACTE.(S) :IRENE AUXILIADORA RONDÓN GRATEROL PACTE.(S): LUIS RAFAEL MUJICA MAJANO PACTE.(S): MANUEL ANTONIO BARROSO ALBERTO PACTE.(S): MARÍA DEL PILAR GARCÍA PERALTA PACTE.(S): RUBÉN DARÍO SANABRIA CONTRERAS PACTE.(S): SILVIA DONNA CLEMANT DE CEMECO PACTE.(S): GLENNYS JOHANNA HERNÁNDEZ GENAO PACTE.(S): ROGER EDUARDO SOLORZANO RAMOS PACTE.(S): WILFREDO MADERA CASTRO PACTE.(S): ERICK ANTONIO GANA LAZO PACTE.(S): FAUSTINO TORELLA AMBROSINI PACTE.(S): GABRIELA DUCHAME CÁRDENAS PACTE.(S): JOSÉ MARTÍ URIANA MORAN PACTE.(S): ANDRÉS ELOY LEAL PACTE.(S): FRANK ALEXANDER LANZ MANRIQUE PACTE.(S): MIGUEL ÁNGEL LAGUNA MONTILLA PACTE.(S): PATRICIA ELENA SILVA GIL PACTE.(S): DARWIN ENRIQUE FUENTES LAFFONT PACTE.(S): SONIA JAQUELINE ALVARADO ROSSEL PACTE.(S): EDGAR ALBERTO GONZALEZ MARÍN PACTE.(S): MERLI MERCEDES VANEGAS PACTE.(S): ALFREDO BLANCO VILLARREAL PACTE.(S): GONZALO RAÚL DIAZ RUIZ PACTE.(S): JAVIER HUMBERTO GONZALEZ PACTE.(S): JEIKA MERCEDES LÓPEZ PIÑA PACTE.(S): MANUEL VICENTE VADELL AQUINO PACTE.(S): ROBERT JOSÉ TORREALBA TORRES.

"*3. A Nota Verbal visa exclusivamente a "recordar" a Embaixada da República Bolivariana da Venezuela os termos das "tratativas anteriormente realizadas", expressamente mencionadas. Ou seja, o documento em questão cumpre uma função muito delimitada: a de lembrar o interlocutor venezuelano de tratativas anteriores. A petição inicial do Habeas Corpus não menciona, nem sequer indiretamente, o entabulamento dessas tratativas entre autoridades brasileiras e representantes venezuelanos do regime de Nicolás Maduro, o que se faz imprescindível ser aqui esclarecido*." (Brasil S. T., 2023).

Sin embargo, la motivación de la medida cautelar del *Habeas Corpus*, por intermedio de un representante del poder legislativo de Brasil, no se fundamenta -como se advierte- únicamente en la protección de los agentes para que no fueran expulsados del territorio, sino también con el fin de impedir el ejercicio de una de las competencias del presidente de la República Federativa de Brasil establecidas en la sección II *Das Atribuções do Presidente da República,* artículo 84 de la Constitución. (Brasil C. d., 2018).

VII- manter relações com estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos.

El peticionario de la medida cautelar de *Habeas Corpus* tenía un interés manifiestamente político contra el gobierno federal, con el objeto de impedirle el ejercicio de esa competencia constitucional, obligándole a aceptar la permanencia por tiempo indeterminado de dichos funcionarios extranjeros en territorio brasileño, habida cuenta de que entre el momento en que fueron notificados inicialmente del plazo de salida -léase 02 de marzo de 2020- y la Nota Verbal *CGPI/17 DIMO BRAS VENE* en el que se les recuerda que el plazo vencía el 02 de mayo de 2020 fue declarada la pandemia del COVID-19. Entraba una nueva consideración de orden no legal ni jurídico, la pandemia, cuyo desarrollo para la época (marzo-mayo de 2020) era de absoluta incertidumbre.

La interpretación extensiva realizada por los abogados que formularon la petición de la medida cautelar de la Nota Verbal citada *up supra*, realizada un día antes del vencimiento del plazo (02/05/2020), colocó en el ánimo del juez que los agentes diplomáticos y consulares debían permanecer en el territorio brasileño no por asuntos estrictamente protocolares o políticos, sino que estarían siendo obligados, forzados a abandonar el país en un plazo de 48 horas hacia Venezuela, en condiciones inhumanas y que sus vidas corrían peligro si viajaban a su propio país, un sentido de urgencia que no cabía, tal y como se lee en el texto:

> "*53. O pedido liminar baseia-se no pressuposto de que a alegada (e inexistente) ordem de saída compulsória do território nacional não poderia ser levada a termo em virtude do "estado de pandemia mundial" relativo ao novo coronavírus COVID-19. Para tanto, baseia-se em Recomendação dirigida pelo Sr. Procurador-Geral da República ao Ministro das Relações Exteriores de que os pacientes não sejam retirados do país "enquanto é esclarecido o contexto de tomada a medida e são coligidos elementos a fim de verificar os eventuais riscos existentes para seu cumprimento; e, dentro da perspectiva humanitária, do contexto epidêmico e das normas nacionais e internacionais anteriormente referenciadas, o prazo e modo de cumprimento da medida.*" (Brasil P. d., 2020).

Dice la nota que la petición de suspender la salida obligatoria el 02 de mayo de 2020, realizada a través de la medida cautelar de *Habeas Corpus* 184.828 a favor de los agentes venezolanos, se basó -entre otros supuestos- en que no podría ejecutarse en virtud del estado de "pandemia global" relativo al coronavirus COVID-19 con base a la recomendación hecha por el Procurador General de la República al Ministro de Relaciones Exteriores, en la cual le señala que no sean "retirados" del país mientras no se haya esclarecido o no se hayan tomado medidas, a fin de verificar eventuales riesgos en el contexto de la epidemia y de las normas nacionales e internacionales para cumplir la medida.

IV. DE LA DEFENSA DEL ESTADO

El 07 de mayo del 2020 (Brasil P. d., 2020), la Consultoría Jurídica de la Presidencia de la República de Brasil presentó sus alegatos en la Nota SAJ Nº 200/2020 CGIP/SAJ/SG/PP 50600.024554/2018-19 sobre la medida cautelar de *Habeas Corpus*, que luego fueron llevados ante el STF el día 08 de mayo de 2020 por el Abogado General de la Unión, y de los cuales presentamos algunos fragmentos:

> *"II. 2. Da incompetência absoluta do Supremo Tribunal Federal e da inadequação da via eleita 12. Sabe-se que concessão de Habeas Corpus, nos termos da Carta de 1988, dar-se-á "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, LXVIII).*
>
> *13. Conforme se demonstrou anteriormente, por se tratar de ato político, a Nota verbal CGPI/17 DIMU BRAS VENE não evidencia qualquer decisão concreta acerca do direito de ir e vir dos funcionários*

venezuelanos, tampouco reflete ilegalidade ou abuso de poder. Não há base constitucional para o processamento do HC, uma vez que ausente condição específica de procedibilidade.

14. É evidente, portanto, a inadequação da via eleita, sendo certo que não há ameaça de violência ou coação a direito de ir e vir (mas meras tratativas diplomáticas) e, por consequência, inexiste sequer vislumbre de ilegalidade ou abuso de poder.

15. Ainda que assim não fosse, importa destacar que o Habeas Corpus em exame foi impetrado no Supremo Tribunal, sendo certo e demonstrado que não há ato do Presidente da República que justifique a atuação especial da Corte Constitucional brasileira. Trata-se de incompetência absoluta, conforme se infere do teor do art. 102, i, da Constituição Federal, verbis: d. o Habeas Corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

16. De fato, sequer de soslaio há ato que possa ser atribuído ao Presidente da República e que justifique a atribuição constitucional de competência ao Supremo Tribunal."[16]

Se destaca: a) la incompetencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil para conocer el contenido de la Nota Verbal *CGPI/17 DIMO BRAS VENE***,** la cual tiene carácter político y que fue emitida por el Ministerio de las Relaciones Exteriores por delegación del presidente de la República; b) la incoherencia de aplicar o de usar una medida cautelar de *Habeas Corpus* cuando no existía evidencia alguna de amenaza o de abuso de poder contra los agentes diplomáticos y consulares venezolanos, ya que la Nota Verbal, como ha sido explicado, era un mero recordatorio de asuntos diplomáticos sin que le correspondiera al alto tribunal interferir en una competencia exclusiva del presidente de la República en asuntos de política exterior; c) con relación a la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos y consulares de Venezuela, cuya renuncia por parte del estado acreditante no aparece de forma expresa en los autos del proceso, señalan los abogados del estado brasileño lo siguiente:

---

16 Nota SAJ Nº 200/2020 CGIP/SAJ/SG/PP 50600.024554/2018-19

"*DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO*

17. A impetração foi levada a termo pelo Deputado Paulo Roberto Severo Pimenta (PT/RS), em favor dos funcionários venezuelanos listados na peça.

18. Ocorre que a impetração em nome dos pacientes ofende claramente o direito soberano do Estado venezuelano de dispor da imunidade de jurisdição dos membros da missão ou da repartição consular, e de renunciá-la, se assim entendesse cabível. [17]

19. Não resta dúvida de que as imunidades aplicáveis a indivíduos existem em função do Estado e a ele pertencem. Tal entendimento remonta, no mínimo, aos escritos de Vattel, há quase três séculos, e tem se mantido inalterado, como lembra Cahier [18]

"[...] Como os privilégios não lhe pertencem, mas dependem do Estado acreditante, o diplomata precisará solicitar ao seu governo autorização para renunciar a essa imunidade".

No original: "[...] étant donné que les privilèges ne lui appartiennet pas mais dependent de l'État accréditant, le diplomate devra demander à son gouvernement l'autorisation de renoncer à cette immunité" (CAHIER, Philippe. Le Droit Diplomatique Contemporain. Paris: e Droz, 1962, p. 208).

No mesmo sentido, a renomada internacionalista britânica Eileen Denza afirma que: "a imunidade diplomática não pertence ao indivíduo, mas ao Estado acreditante e só pode ser dispensada pelo Estado acreditante. Esta regra reflete o direito internacional consuetudinário, conforme declarado por autores de Vattel em diante, e em várias decisões dos tribunais nacionais". No original: "diplomatic immunity belongs not to the individual but to the sending State and may be waived only by the

---

17 Resulta que la petición hecha a favor de los defendidos ofende claramente el derecho soberano del Estado venezolano a tener inmunidad de jurisdicción de los miembros de la misión u oficina consular, y a renunciar a ella, si lo estima procedente. (Traducción libre de la autora).

18 No cabe duda de que las inmunidades aplicables a los individuos existen en función del Estado y le pertenecen. Esta comprensión se remonta, al menos, a los escritos de Vattel, hace casi tres siglos, y se ha mantenido sin cambios, como recuerda Cahier. Y sigue una cita del autor de texto original en francés traducida al portugués.

sending State. This rule reflects the customary international law as stated by writers from Vattel onwards, and in numerous decisions of national courts" (DENZA, Eileen. Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations: A Commentary. 4th ed. New York: Oxford University Press, 2016, p. 273)

20. Por sua própria natureza, tal entendimento é plenamente aplicável no âmbito das relações consulares."[19]

Vale decir que no habiendo mención tácita o expresa a la renuncia de esa inmunidad de jurisdicción aplicable tanto a los agentes diplomáticos como consulares, cuyo único actor activo para su ejercicio efectivo era el gobierno de Nicolás Maduro, y que no habiendo constancia de tal hecho, el peticionario –diputado Paulo Pimenta– violó el derecho soberano del estado venezolano.

Este hecho jurídico indubitable es alegado a favor de Venezuela por los abogados del estado demandado y contra el cual se dictó la medida cautelar. Son ellos y no la Procuraduría General de la República quienes defienden el derecho de Venezuela para que se ampare a sus agentes bajo los preceptos de la Convención de Viena. Igualmente, en los autos de la defensa contra la medida cautelar se destaca la excepción en materia de *Habeas Corpus* contemplada por la propia jurisprudencia de los tribunales nacionales brasileños aplicable al derecho del trabajo cuando una de las partes del proceso sea un estado extranjero en los siguientes términos:

"29. O impetrante, portanto, ajuizou Habeas Corpus relativo a interesse de um Estado estrangeiro, sem que tenha obtido autorização nesse sentido.

30. Lembre-se, ademais, que se está diante de um Habeas Corpus que afeta interesse de um Estado estrangeiro que deve ser protegido em virtude mesmo de princípios constitucionais como a independência nacional (art. 4º, I) e a igualdade entre os Estados (art. 4º, V). Recorde-se que sob o último princípio repousa outro, que baseia toda a doutrina da imunidade de jurisdição dos Estados: par in parem non habet judicium. E, conforme a jurisprudência assente dessa Corte, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro pode ser considerada relativa somente para questões trabalhistas, não envolvendo matéria típica de jure imperei, como as imunidades de seus agentes diplomáticos e consulares (...)."

---

19 Nota SAJ Nº 200/2020 CGIP/SAJ/SG/PP 50600.024554/2018-19.

Haciendo una traducción libre de este párrafo, que hace parte de una sentencia del propio STF que nos parece muy relevante, los abogados defensores alegan que, cuando quien está frente a una medida de *Habeas Corpus* y los intereses que se afectan son los de un Estado extranjero, este debe ser protegido en virtud incluso de principios constitucionales y más adelante expresa, hay que recordar que este principio -referido a la igualdad entre los Estados- reposa en otro sobre el cual se basa toda la doctrina de la inmunidad de jurisdicción de los Estados: entre pares no hay juicio. Por lo que, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero puede ser considerada relativamente solo en cuestiones del derecho del trabajo, que no envuelvan la materia típica del imperio de la ley como las inmunidades de sus agentes diplomáticos y consulares.

> "*31. Não resta dúvida, portanto, que se deva negar conhecimento ao Habeas Corpus em tela, em virtude da necessidade de reconhecer a imunidade de jurisdição do Estado venezuelano no caso em apreço. Falece competência ao impetrante ajuizar ação em nome dos pacientes, sob pena de tomar para si interesse legítimo de Estado estrangeiro*."[20]-[21]

Finalmente, este último párrafo constituye el alegato más importante para destacar que no corresponde al STF avocarse al conocimiento de la medida cautelar de *Habeas Corpus* porque existe la inmunidad de jurisdicción del Estado venezolano y que, quien ejerce la acción a nombre de los agentes, está incurriendo en la violación de los intereses del Estado venezolano pues este no renunció a dicha inmunidad.

Otro aspecto que consta en los autos y fue alegado por el peticionario es que los agentes carecían de medios suficientes para trasladarse hasta su propio país; y que obligarlos a permanecer en espacios cerrados (aviones o autobuses) los colocaría en riesgo de muerte y sería una grave violación de los derechos humanos, como lo expresa el diputado Paulo Pimenta y citamos:

---

[20] Nota SAJ Nº 200/2020 CGIP/SAJ/SG/PP 50600.024554/2018-19 que también es reproducida íntegramente en los autos del proceso. (Brasil S. T., 2023)

[21] No hay duda, por lo tanto, que se debe negar el conocimiento del *Habeas Corpus* en virtud de la necesidad de reconocer la inmunidad de Jurisdicción del Estado venezolano en el caso apreciado. Carece de competencia el demandante para intentar esta acción en nombre de los tutelados, so pena de tomar para sí los intereses legítimos del Estado extranjero. (Traducción libre de la autora).

> *"Aduz que o ato configura violação aos preceitos constitucionais, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e à Lei n° 13.445/17 (Lei de Migração) e conclui que 'obrigar cidadãos venezuelanos a se deslocarem sem a devida logística, trâmites legais tradicionais e responsabilidade, em um momento de Pandemia provocada por um vírus de alcance mundial, significa praticar atos da mais cruel indignidade contra irmãos latino-americanos e afrontar o sentimento de solidariedade e amor a paz do povo brasileiro'."* (Brasil S. T., 2023)

Básicamente se alegaba que obligar a los agentes diplomáticos y consulares venezolanos a movilizarse sin la debida logística, trámites y responsabilidades legales tradicionales (se entiende con las prerrogativas y privilegios de los agentes diplomáticos y consulares), en un momento de pandemia provocada por un virus de alcance mundial, significaba practicar actos de la más cruel indignidad contra hermanos latinoamericanos, contrariando el sentimiento de solidaridad y amor a la paz del pueblo brasilero.

Este argumento fue respondido por los abogados de la Unión con tres contra hechos plenamente comprobables:

1. La embajada de Venezuela no había solicitado el auxilio del gobierno de Brasil.

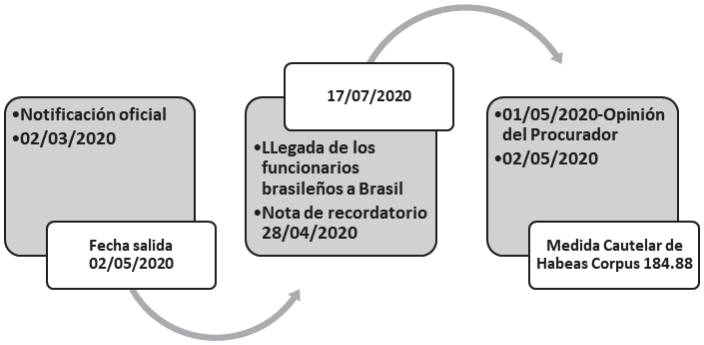
2. Las embajadas proveen a sus agentes diplomáticos y consulares de los medios para desplazarse desde y hacia sus respectivos países, de acuerdo a las prácticas de la materia.

3. Dentro del período en que se alega la manifiesta imposibilidad de retiro del país de los agentes diplomáticos y consulares, la propia embajada de Venezuela solicitó el sobrevuelo sobre territorio brasilero de un avión para repatriar ciudadanos venezolanos desde Chile, por lo cual, si podía hacerse desde ese país, también los agentes podrían abandonar Brasil en las mismas condiciones.

Una parte quedó asentada en los autos como consta en este párrafo que citamos.

> "*65. Em 3 de maio do corrente ano, portanto, posteriormente ao pedido de Habeas Corpus, autoridades venezuelanas formalizaram, junto a autoridades brasileiras, pedido de sobrevoo sobre o território brasileiro com o objetivo de repatriar cidadãos daquele país que se encontram no Chile. Trata-se de elemento irrefutável de que a situação*

atual de pandemia não tem obstado o transporte e a entrada de pessoas, com apoio do regime de Nicolás Maduro, no território da Venezuela (Anexos 5 e 6)." (Brasil S. T., 2023).



Fuente: elaboración propia.

¿Por qué rememoramos estas fechas? Lo hacemos porque durante ese período, que va desde el 02 de marzo al 28 de abril de 2020, los agentes diplomáticos y consulares pudieron abandonar voluntariamente, sin coacción y por sus propios medios el territorio de Brasil, que aún y cuando había declarado –como la mayoría de los países a nivel global– la epidemia del COVID-19 y tomado medidas como confinamiento (cierre de centros comerciales, colegios, locales de trabajo, incluyendo las sedes de la propia administración pública), no cerró el espacio aéreo para vuelos nacionales ni internacionales.

Brasil cerró todas sus fronteras terrestres y, específicamente con Venezuela, lo hizo solo para el ingreso de personas, pero no para la salida, como consta en la resolución Nº 125 del 19 de marzo de 2020. (Brasil G. d., 2020).

Sin embargo, en la petición realizada se exigía que el traslado y logística de los agentes fuera realizada por cuenta y cargo del gobierno brasileño, a lo que la defensa del estado respondió:

"*63. A sugestão de que o Brasil deveria fornecer a "devida logística" do deslocamento também merece comentários. Segundo a prática internacional, cada país arca com os custos de movimentação de seu pessoal diplomático ou consular. Foi o que ocorreu, por exemplo, durante o repatriamento dos funcionários brasileiros, e seus dependentes, da Venezuela para o Brasil, ocorrido em 17 de abril último. Segundo o Costume Internacional, apenas em situações*

excepcionalíssimas, é esperado que o país anfitrião forneça logística de transporte, mediante eventual impossibilidade de que o país que enviou os agentes diplomáticos os retire por meios próprios. Tal costume foi consubstanciado no artigo 44 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Cumpre ressaltar, no entanto, não apenas que a Venezuela jamais solicitou apoio a respeito como, também, o fato de inexistir, no Brasil, vedação à movimentação de pessoas, em geral, ou de agentes diplomáticos e consulares, em particular."

De este texto resaltamos, que Venezuela jamás solicitó apoyo para el traslado de su personal; y que Brasil no impidió el libre tránsito de los agentes diplomáticos y consulares durante el período en que fueron notificados, por lo que forzoso es concluir que, no salieron del territorio porque o bien recibieron instrucciones del estado acreditante para permanecer aún después de haber sido notificados –sin haber sido declarados *non gratos*–, o por carecer de medios propios para hacerlo.

Finalmente, el 16 de mayo de 2020 y a pesar de los alegatos formulados por los abogados del estado, el Supremo Tribunal Federal, quien ya se había declarado competente, ratificó la medida cautelar de *Habeas Corpus* Nº 184.828 a favor de los agentes diplomáticos y consulares de la República Bolivariana de Venezuela. El efecto fue la suspensión inmediata de cualquier acción orientada a hacer efectiva su salida del territorio de la República Federativa de Brasil hasta que terminara la pandemia derivada del virus del COVID-19. (Brasil S. T., 2023)

Los argumentos del estado brasileño, recordemos, se resumían en:

a) La inadmisibilidad del *Habeas Corpus* por no existir un acto ilegal o abuso de autoridad;

b) La ilegitimidad del STF en ausencia de un acto ilegal o abusivo contra agentes diplomáticos y consulares en ejercicio de inmunidad de jurisdicción y que fue violada en la petición por el demandante pues no consta su denuncia o renuncia por parte del estado acreditante;

c) La competencia constitucional del presidente de la República para mantener relaciones con Estados extranjeros y acreditar a sus representantes diplomáticos;

d) La salida de extranjeros del territorio durante la pandemia.

V. LA DECLARATORIA DE PERSONAS NON GRATAS EN MEDIO DEL PROCESO

Ratificada como fue la medida cautelar de *Habeas Corpus* Nº 184.828 y ante la imposibilidad judicial del ejercicio de las competencias constitucionales para el mantenimiento de las relaciones con Estados extranjeros –en el sentido de obligarles a salir del territorio–, el gobierno de la República Federativa de Brasil envió el 04 de septiembre del 2020, en seguimiento a la Nota Verbal CGPI/17/DIMU BRAS VENE del 28 de abril de 2020, la Nota Verbal N° CGPI/31/DIMU BRAS VENE a la embajada de República Bolivariana de Venezuela (gobierno de Nicolás Maduro) mediante la cual, y de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, declara *personas non gratas* a 12 funcionarios diplomáticos y 17 funcionarios consulares[22] de esa misión. Sin embargo, y estando vigente la medida cautelar, la Nota señala expresamente:

> "*4. A presente declaração de personae non gratae não corresponde, portanto, a uma expulsão ou qualquer outra ordem de retirada compulsória do território nacional, cujas modalidades estão definidas em leis especificas*."

Es decir, los funcionarios venezolanos dejaron de ser reconocidos por el estado receptor como agentes diplomáticos y consulares del estado acreditante y, en consecuencia, perdieron las inmunidades y privilegios directamente asociadas a sus cargos.

El gobierno de Brasil manifestó de esta forma tradicional y protocolar en la diplomacia su intención de mantener firme el desconocimiento y cualquier tratamiento con el gobierno de Nicolás Maduro pero respetando los límites judiciales impuestos por la decisión del STF, con lo que dichos ciudadanos –despojados ahora de reconocimiento– podrían permanecer en Brasil, como migrantes y sujetos *ispo facto* a las leyes migratorias.

En tal sentido, a partir del mes de octubre de 2020, dichos ciudadanos venezolanos fueron notificados en sus residencias y en los locales de la misión diplomática y consular por la Policía Federal de Brasil –autoridad a cargo de migración– que debían regularizar su situación migratoria, habida cuenta de

---

22 Página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil – Representantes do regime ilegítimo da Venezuela no Brasil – Ministério das Relações Exteriores (www.gov.br)

que ya no poseían un visado diplomático y/o consular, o abandonar el país de forma voluntaria en un plazo de sesenta (60) días, de acuerdo a las leyes de migración vigentes.

Esta acción, enmarcada dentro de las leyes internas de Brasil aplicadas a ciudadanos venezolanos carentes de las inmunidades y privilegios que habían detentado hasta el 04 de septiembre de 2020, dio origen a una nueva acción ante el STF.

VI. FINAL DEL PROCESO

En fecha 23 de marzo de 2021, el diputado Paulo Roberto Severo Pimenta presentó ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil una solicitud de prórroga de la medida cautelar de *Habeas Corpus* Nº 184.828, o que se concediera un nuevo *Habeas Corpus*.

Un análisis breve que se pone de manifiesto el carácter ajurídico de la petición y que se pueden resumir en: (Brasil S. T., 2023)

> a) Referirse a los ciudadanos objeto de la tutela como agentes diplomáticos y consulares, omitiendo la declaratoria de persona non grata del 04 de septiembre de 2020 dictada por el presidente de la República (Nota Verbal N° CGPI/31/DIMU BRAS VENE), es decir, desconociendo la autoridad legítima y el ejercicio pleno de las competencias derivadas del cargo para las relaciones internacionales.
>
> b) Solicitar que no se dé cumplimiento a las leyes migratorias de Brasil y que se continúe aplicando la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, omitiendo que el mismo mandante ignoró la inmunidad de jurisdicción del Estado acreditante, en su recurso del 02 de mayo de 2020, porque no hay constancia de que se le haya otorgado un poder por parte de la Procuraduría General de la República Bolivariana de Venezuela para que actuara en nombre y representación del estado venezolano y tampoco hubo renuncia del estado venezolano.

El hecho es que en estos argumentos finales se observa que de los treinta (30) agentes diplomáticos y consulares objeto de medida cautelar de *Habeas Corpus* del 02 de mayo de 2020, en la solicitud de prórroga o de nuevo *Habeas Corpus* del 23 de marzo solo aparecen dieciséis (16), a tenor de lo que el propio mandate señala:

"PEDIDOS Em face de todo o exposto, requer:

*a) a prorrogação dos efeitos da liminar, com a consequente permanência em território brasileiro dos **16** pacientes e suas famílias indicados nesta petição, até o término da pandemia global;*

b) alternativamente, caso não seja a compreensão da Suprema Corte em prorrogar os efeitos da liminar, que esta manifestação seja recebida como um novo Habeas Corpus.[23]

Nesses termos,

Pede deferimento." (Brasil S. T., 2023).

En tal sentido, uno de los agentes protegidos por la medida, Faustino Torella Ambrosini[24], falleció de COVID-19 en junio de 2020, precisamente en el curso de la acción procesal.

Sin embargo, no es suficiente para explicar por qué para el año 2021 solo 16 de los 32 agentes continuaban solicitando amparo judicial y considerándose funcionarios diplomáticos y consulares del gobierno de Venezuela, a pesar haber sido declarados personas *non gratas* el 04 de septiembre de 2020 (siete meses antes) y de todo cuanto ha sido suficientemente explicado.

Finalmente, con la decisión Nº 32141/2021 del 06 de abril de 2021, el magistrado Luis Roberto Barroso, quien había dictado la medida cautelar de *Habeas Corpus* el 02 de mayo de 2020, decide no prorrogarla. (Brasil S. T., 2023). En tal sentido, vale la pena citar algunos fragmentos del texto para intentar explicar en las conclusiones la lógica empleada en sus dos decisiones y por qué son contradictorias.

En el año 2020 el magistrado Barroso admite la acción porque, según su criterio, se había materializado un abuso de poder y le impide al presidente de la República ejercer sus competencias en materia de política internacional. Sin embargo, en el año 2021 desecha sus propios argumentos. Que el presidente estaba ejerciendo sus competencias y lo ratifica.

---

23 En caso de que la Suprema Corte no decida prorrogar los efectos de la medida que esta manifestación sea recibida como un nueva *Habeas Corpus*. (Traducción de la autora).

24 www. Muere cónsul venezolano que estaba en Boa Vista producto del COVID-19 (talcualdigital.com)

Además, cuando obliga a los tutelados, por su propia acción, a que se dirijan sin dilación a las autoridades de migración pues ya no caben recursos ante esa alta instancia, porque desde el 04 de septiembre de 2020 son, por mandato del presidente, ciudadanos comunes sin inmunidades ni privilegios confirma las competencias del ejecutivo que había negado en la petición del 02 de mayo de 2020.

Aunque advertimos desde el inicio nuestra posición contraria con relación al *Habeas Corpus* para los agentes diplomáticos y consulares, veamos el contenido del fallo que puso fin a la controversia:

> *"1. Não cabe ao Poder Judiciário substituir-se ao Presidente da República nas decisões políticas acerca das relações internacionais do país e, no particular, da desacreditação de diplomatas estrangeiros."*[25]

Y continúa:

> *"11. Todavia, ultrapassado mais de um ano da data em que inicialmente cientificados quanto ao término das suas atividades diplomáticas, e superados mais de 10 meses do deferimento da liminar nestes autos, não tenho como considerar preenchido o indispensável requisito do perigo na prestação jurisdicional. Noutros termos: a falta de razoabilidade na retirada compulsória, em 48 horas, observada na data da impetração, não se verifica no quadro atual da causa (...). (Brasil S. T., 2023).*
>
> *13. Consoante consignado no deferimento da liminar, é de competência privativa do Presidente da República a decisão político-administrativa que concluiu pela desacreditação dos pacientes. Tal decisão, ao fazer cessar o exercício das funções diplomáticas e consulares dos ora pacientes, implicou não serem mais considerados como "funcionários acreditados junto ao Governo brasileiro".*
>
> *Em contrapartida, cumpre aos pacientes o dever legal de regularizarem, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, as respectivas situações migratórias, conforme descrito nos arts. 50 e seguintes da Lei nº 13.445/2017. Veja-se que os pacientes foram notificados pelo*

---

[25] No le corresponde al poder judicial substituir al presidente de la República en la decisiones políticas acerca de las relaciones internacionales del país y, en particular, en el desconocimiento de diplomáticos extranjeros. (Traducción libre de la autora). Esto con relación a la Nota Verbal del 04/09/2020 que declaró a los agentes diplomáticos y consulares de Venezuela, personas *non gratas.*

Departamento de Polícia Federal para que regularizem as situações migratórias, conforme estabelecido no art. 176 do Decreto nº 9.199/2017.''[26]

Con esa nueva línea argumental, el STF cerró el proceso y obligó a esos ciudadanos, que insistían en permanecer de forma irregular -vale decir, sin estatus migratorio válido luego de haber perdido las inmunidades y privilegios el 04/09/2020- a regularizarse por la vía ordinaria ante la Policía Federal.

A pesar de todo cuanto ha sido suficientemente explicitado en términos jurídicos y de que el proceso quedó oficialmente concluido con esta decisión, cinco (5) de los dieciséis (16) ciudadanos venezolanos objeto de esa solicitud de prórroga o nuevo *Habeas Corpus* se negaron de forma voluntaria a cumplir con las leyes de Brasil y a regularizar su situación migratoria, es decir, a abandonar el país o a solicitar residencia temporal. La consecuencia fue la emisión por parte de la Policía Federal de una orden de deportación[27] en septiembre de 2021.[28]

---

[26] Concurrentemente como fue consignado con la solicitud de diferimiento de la medida cautelar, es de competencia exclusiva del presidente de la República la decisión político-administrativa que termina con el reconocimiento de los tutelados. Tal decisión, al hace cesar el ejercicio de las funciones diplomáticas y consulares de los tutelados, implicó que no continuaran siendo considerados funcionarios acreditados ante el gobierno brasilero. Como contrapartida, les corresponde a los tutelados el deber legal de regularizarse conforme a las leyes, respetando los principios del debido proceso descritos en los artículos 50 y siguientes de la Ley nº 13.445/2017. LEI Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017 - Portal de Imigração (mj.gov.br) Nótese que los tutelados fueron notificados por el departamento de la Policía Federal para que regularizaran su situación migratoria de conformidad con lo establecido en el artículo 176 del Decreto nº 9.199/2017. (Traducción libre de la autora).

[27] INQUERITO DEPORTACION ANGEL RODRIGUEZ.html

[28] Los ciudadanos fueron: Ángel Gustavo Rodríguez Infante; Manuel Antonio Barroso Alberto; Irene Auxiliadora Rondón Graterol; María del Pilar García y Freddy Efraín Meregote Flores. Vale la pena destacar que la orden de deportación nunca fue ejecutada y que, con excepción de uno de ellos que abandonó voluntariamente el país en abril de 2022, todos continúan viviendo en Brasil.

CONCLUSIONES

Para concluir, la República Bolivariana de Venezuela aparece como sujeto de una medida cautelar de *Habeas Corpus*, a favor de agentes diplomáticos y consulares del gobierno de Venezuela ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en un proceso en el cual no hay evidencia de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, la cual debe ser expresa. Tampoco hay constancia en los autos del proceso por parte del Estado acreditante -gobierno de Venezuela de Nicolás Maduro- de la cesión de poderes por parte del Procurador General de la República de Venezuela -abogado del estado- a favor del peticionario o de abogados de su confianza.

Como señala el preámbulo de la propia Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas:

> "*Reconociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados*".

Era el Estado quien debía expresarse y no lo hizo. Lo delegó tácitamente en un tercero sin que consten los términos, límites y competencias de su mandato.

El peticionario era y es un actor político, no siendo necesario ahondar en cuál era su interés –más allá de la protección de los agentes diplomáticos y consulares– ya que los argumentos esgrimidos hablan por sí solos y en el texto del fallo, que pone fin caso, el magistrado nos lo muestra confirmando lo que era evidente: la motivación, por un lado, impedir el ejercicio de las competencias del presidente de la República en política internacional y, por otro, la expulsión de los agentes de Brasil.

La medida cautelar de *Habeas Corpus* no es un recurso válido, cuando los sujetos a quienes va a aplicarse poseen inmunidad de jurisdicción son agentes diplomáticos y consulares; tampoco había amenaza expulsión, de prisión o imposibilidad de movilización con libertad, pero se le revistió de urgencia aún a sabiendas de que la naturaleza del *Habeas Corpus* difiere ostensiblemente de esta, porque tuvo desde su inicio una intencionalidad política –no jurídica– la cual era probar un abuso de autoridad en ciernes que luego quedó demostrado no había ocurrido.

En la mejor defensa de los intereses de la República Bolivariana de Venezuela, y contrariamente a lo que podría esperarse, actuó el Estado brasileño demandado por la medida cautelar, por intermedio de los abogados

de la Unión; al invocar el derecho soberano de Venezuela y la inmunidad de jurisdicción al recordarle, primero al propio STF, su incompetencia para conocer del caso estando de por medio un Estado extranjero con inmunidad de jurisdicción –cuya renuncia nunca fue anexada a los autos– y también al peticionario, que se abrogaba derechos que no poseía sobre los intereses del Estado venezolano.

A juzgar por las consecuencias que tuvo para el gobierno de Brasil (2019-2023), la medida cautelar hizo que fueran ineficaces las medidas adoptadas por el poder ejecutivo cuando declaró a los agentes diplomáticos y consulares de Venezuela personas *non gratas* ya que, si bien este acto los despojó de las inmunidades y privilegios y los obligó a ceñirse a las leyes ordinarias de Brasil, su finalidad –que estos abandonaran el país– no ocurrió. En la práctica, la decisión terminó por impedir el ejercicio real y efectivo de las competencias de relaciones internacionales del presidente de la República y que las órdenes de deportación jamás se ejecutaran.

Lo ocurrido con el caso de la medida cautelar de *Habeas Corpus* 184.828 del 02 de mayo de 2020, ratificada el 16 de mayo de 2020 a favor de los agentes diplomáticos y consulares de la República Bolivariana de Venezuela, constituye en nuestro criterio injerencia indebida por parte del STF.

El Supremo Tribunal Federal de la República Federativa de Brasil ha debido declararse incompetente con un único argumento: la defensa de la soberanía del estado venezolano, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ya que el estado acreditante –gobierno de Venezuela– no había renunciado a la inmunidad de jurisdicción.

Vale decir, a quien correspondía interpretar la ley no consideró esencial proteger al Estado venezolano, ya que eran sus agentes diplomáticos y consulares, privándolo del ejercicio de un derecho consagrado en un tratado internacional suscrito por los dos países y omitiendo, además, que la representación de ese estado cumpliera con los requisitos que la propia ley exige: un poder otorgado por el Procurador General de la República Bolivariana de Venezuela.

En conclusión, la medida cautelar de *Habeas Corpus* fue un recurso inadecuado para agentes diplomáticos y consulares que tenían inmunidad de jurisdicción, el tribunal escogido se excedió en el ejercicio de sus competencias y no solo no se declaró incompetente –que era lo correcto– sino que desoyó los alegatos de la defensa; y en la negativa de prórroga no tomó acciones para hacer efectivas las medidas adoptadas por el gobierno, a quien termina concediendo las razones que había inicialmente negado.

Las relaciones diplomáticas y consulares entre países tienen una dinámica compuesta de dos áreas en las que gravitan de forma constante la confianza, derivada del reconocimiento que un gobierno da al otro y por el cual se producen los canjes de instrumentos de notas, convenios, acuerdos, reuniones; y por otra, el marco jurídico que establece las competencias y los límites de los agentes diplomáticos y consulares. Funcionan de manera imperceptible hasta que algún incidente político hace volver la mirada a las Convenciones para encontrar la resolución de las posibles controversias surgidas entre los Estados y algunos de sus agentes.

El caso que hemos expuesto ha sentado una nueva jurisprudencia sobre: a) la avocación de un tribunal nacional y su particular interpretación sobre la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos y consulares establecida en tratados internacionales: b) la concesión de una medida de *Habeas Corpus* para agentes diplomáticos y consulares que, protegidos por la inmunidad de jurisdicción en nombre del estado acreditante -el gobierno de Venezuela-, y sin haber renunciado expresamente a ella, fueron representados por un miembro del poder legislativo contra el poder ejecutivo del estado receptor. En definitiva, un tema que habrá de estudiarse. Esperamos haber contribuido a abrir este debate.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

— Referencias electrónicas.

ACUÑA, Samuel, "El *Habeas Corpus* en la nueva ley de amparo 2021. ¿mantiene su esencia o la modifica?", disponible en: El *Habeas Corpus* en la nueva ley de amparo 2021 ¿mantiene su esencia o la modifica? • Smal. Legal & Compliance (law-svm.com), consultado en fecha febrero de 2023.

Diccionario de la Real Academia Española, disponible en: Inicio | Real Academia Española (rae.es).

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, disponible en: Convención de Viena (oas.org) ,consultada en febrero de 2023.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, disponible en: Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (oas.org), consultada en febrero de 2023.

Decreto nº 2.173 de fecha 30 de diciembre de 2015, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela nº 6.210,

Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015, reimpresa en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela nº 6.220, Extraordinario de fecha 15 de marzo de 2016, disponible en: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República <span face="“"b612" , sans-serif”><span style="“color: black; font-weight: normal;”>[<span style="“color: #04ff00;”>Vigente<span style="“color: black; font-weight: normal;”>] (pandectasdigital. blogspot.com), consultado en febrero de 2023.

Proceso de Medida Cautelar de *Habeas Corpus* contra el presidente de la República Federativa de Brasil, nº 184.828 a favor de agentes diplomáticos y consulares de la República Bolivariana de Venezuela, disponible en: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br), consultado en febrero de 2023.

Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil para identificar los agentes acreditados ante el gobierno en cuanto a su representación, disponible en la página oficial: Apresentação de cartas credenciais ao Senhor Presidente da República — Ministério das Relações Exteriores (www.gov.br), consultado en febrero de 2023.

Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil, donde consta la notificación oficial de los agentes diplomáticos y consulares que perdieron su acreditación, disponible en la página oficial: Representantes do regime ilegítimo da Venezuela no Brasil — Ministério das Relações Exteriores (www.gov.br), consultado en febrero de 2023.

MENDOZA GÓMEZ, Rutilio. “El *Habeas Corpus* en la Constitución de 1999”, en *obra colectiva. Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Editado por la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016, disponible en: Corel Ventura - MENDOZA.CHP (unam.mx), consultado en febrero de 2023.

VACAS FERNÁNDEZ, Félix. “Fundamentos de los privilegios e inmunidades de las misiones diplomáticas y agentes diplomáticos”, en *The Yearbook of Diplomatic anual law*. Anuario de derecho diplomático y consular, Nº 1/2016, disponible en: Microsoft Word - 2016.6 (yearbook diplomaticlaw. com), consultado en febrero de 2023.

—Legislación

Brasil, Constituição da República Federativa Do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, Ediciones Câmara dos Deputados, 53 edición, 2da reimpresión, Brasil, 2019.

Brasil, LEI Nº 9.474, *Reglamento del estatuto de refugiados en el país,* Publicada en el Diario de la Unión, de 22/07/1997

Brasil, LEI Nº 13.447/2017, *Ley de Inmigración.*

Brasil, *LEI Nº 13.445*, 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, publicada en el Diario de la Unión, de 24/05/2017

Brasil, *Resolución Interministerial Nº 9 DE 14/03/2018 que posibilitó la regularización a través de residencia temporal a los refugiados y migrantes venezolanos*, publicada en el Diario de la Unión.

Brasil, *LEI Nº 13.684*, 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, Publicada en el Diario de la Unión, de 21/06/2018

Brasil, *Resolución Interministerial Nº 15*, que dispensó a los migrantes y refugiados venezolanos de presentar el documento -acta de nacimiento- que demuestre la filiación, siendo suficiente la auto-declaración (informar los nombres del padre y de la madre), publicada en el Diario de la Unión, de 28/08/2018

Brasil, Resolución Interministerial Nº 125, *Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros oriundos dos países que relaciona, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa*. del 19 de marzo del 2020

Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, aprobada el 15 de diciembre de 1999.

Venezuela, Decreto del 05 de febrero de 2019 que, conforme a los artículos 333 y 236 numeral 15 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, designan en la plenaria de la sesión ordinaria del mismo día a María Teresa Belandria Expósito como embajadora y jefa de misión diplomática de la República Bolivariana de Venezuela ante la República Federativa de Brasil.

Venezuela, Decreto nº 2.173 de fecha 30 de diciembre de 2015, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela nº 6.210 Extraordinario, de fecha 30 de diciembre de 2015, reimpresa en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela nº 6.220 Extraordinario de fecha 15 de marzo de 2016.

—Referencias Jurisprudenciales

Decisión Monocrática del ministro Luis Barroso-Medida Cautelar de *Habeas Corpus* contra el presidente de la República Federativa de Brasil Nº 184.828 a favor de agentes diplomáticos y consulares de la República Bolivariana de Venezuela dictada el 02 de mayo de 2020, disponible en: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br), consultada el 15 de febrero de 2023.

Decisión Monocrática del ministro Luis Barroso-Ratificación de la Medida Cautelar de *Habeas Corpus* contra el presidente de la República Federativa de Brasil Nº 184.828 a favor de agentes diplomáticos y consulares de la República Bolivariana de Venezuela, dictada el 16 de mayo de 2020, disponible en: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br), consultada el 21 de febrero de 2023.

Decisión Monocrática del ministro Luis Roberto Barroso, declarando extinguida la Medida de *Habeas Corpus* contra el presidente de la República Federativa de Brasil Nº 184.828 a favor de agentes diplomáticos y consulares de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 09 de abril de 2021, ordenado el archivo del expediente, disponible en Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br), consultada el 21 de febrero de 2023.

Anexos en PFD:

1. **Nota Verbal** CGPI/17 DIMO BRAS VENE de fecha 28 de abril de 2020.
2. **Nota Verbal** CGPI/31/DIMU BRAS VENE de fecha 04 de septiembre de 2020.

EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SUS APORTES A LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA

Milagros BETANCOURT C.*

PRESENTACIÓN

Me complace colaborar en la obra homenaje al Doctor Raúl Arrieta Cuevas y agradezco a sus organizadores, la invitación a formar parte de esta iniciativa. Tuve la oportunidad de trabajar en diversos ámbitos de la vida profesional con Raúl, lo que derivó en una buena y bonita amistad que se prolongó por muchos años. Durante su desempeño como Agente del Estado ante la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, me correspondió apoyarle desde mi posición como Directora de Asuntos Multilaterales del Ministerio de Relaciones Exteriores, lo que resultó en una estupenda colaboración para lograr los objetivos trazados. Por ello, mi contribución a esta obra se refiere al Sistema Interamericano y sus aportes a la promoción de los Derechos Humanos y la democracia.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar del Sistema Interamericano implica remontarnos a fines del siglo XIX y a las primeras décadas del siglo XX, tiempo en el que se comenzó a

---

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Estudios de post grado en Derecho Administrativo en la Universidad de Alcalá de Henares en España y la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Embajador retirado del Servicio Exterior de Venezuela. Ex Director de Tratados Internacionales y de Asuntos Multilaterales en el MRE. Ex Director Ejecutivo del Centro Empresarial de Conciliación Arbitraje CEDCA. Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Católica Andrés Bello.

visualizar la importancia de contar con normas que permitieran regular los diferentes asuntos comunes a los países de la región. En las diversas conferencias diplomáticas, que se convocaron a tales efectos, se fueron perfilando los principios y valores que orientan al derecho internacional y se adoptaron instrumentos internacionales de diversa naturaleza sobre temas de particular relevancia para el hemisferio, que luego tuvieron eco en el ámbito universal. Ello permitió la conceptualización de lo que la doctrina denomina Derecho internacional americano, y la formación del Sistema Interamericano en su forma actual.

Como señala el profesor Castor Miguel Díaz Barrado, "El contenido del derecho regional americano y la evolución que ha experimentado proporcionan dos enseñanzas: La primera, que su finalidad es procurar soluciones jurídicas a problemas particulares de la región; y la segunda, que anhela contribuir a la formación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional desde la perspectiva americana, en plena consonancia con este ordenamiento jurídico. Un regionalismo indoloro a los efectos de creación de normas internacionales y de su aplicación". [1]

El Sistema Interamericano, tiene su origen más remoto en el Congreso de Panamá de 1826, convocado por el Libertador Simón Bolívar, que tuvo como objetivo la creación de una asociación de Estados en el Hemisferio, con fundamento en "la solidaridad continental, la igualdad jurídica de todas las naciones, la ausencia de antagonismos irreductibles y la identidad de aspiraciones y doctrinas en política internacional".[2] Esta iniciativa, es la precursora del panamericanismo.

Se fundamenta el Sistema Interamericano, en los principios del Derecho Internacional aceptados y reconocidos universalmente, orientados por los valores e ideales esenciales de la democracia. Se sustenta en tres pilares fundamentales: la Carta de la Organización de los Estados Americanos, del 30

---

1 Diaz Barrado, Castor Miguel. América y el Derecho Internacional. Discurso en el Acto de su Recepción por la Real Academia de Jurisprudencia y legislación de España el 18 de enero de 2021. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria. Colección electrónica. No. 13. Año 2021. ISBN: 978-84-16829-59-0

2 Organización de Estados Americanos. https://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp?__cf_chl_tk=xD34iRxpq6hI1FyANZ.tnZ3JjZU5lYk7pthVwB_zmjw-1755633704-1.0.1.1-KrfTTe4.IHD6XG9HbfBnYBocjaM3OnUt0f_JwSTjVYs

de abril de 1948[3], el Tratado Interamericano de Asistencia Reciproca, (TIAR), de 1947 para el mantenimiento de la Paz y Seguridad del continente y el Tratado Americano de Solución Pacífica de las controversias, (Pacto de Bogotá).[4]

Está integrado por la OEA, sus organismos especializados[5], los tratados, resoluciones y declaraciones adoptadas en las diez Conferencias Internacionales Americanas celebradas desde 1889 hasta 1954. Comprende además todas las resoluciones y declaraciones de las Asambleas Generales y el Consejo Permanente de la OEA, las resoluciones emanadas de las Reuniones de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización y las decisiones adoptadas por los otros órganos del sistema y las aprobadas en las Conferencias Interamericanas Especializadas.

II. LOS INICIOS: LA CONTRIBUCIÓN DE LAS CONFERENCIAS INTERNACIONALES AMERICANAS Y REUNIONES DE CONSULTA

En las Conferencias Internacionales Americanas, llamadas también Panamericanas o Interamericanas, que se realizaron a lo largo de seis décadas a partir de 1889, con sede en los diversos países del continente, se adoptaron decisiones novedosas y avanzadas para esos tiempos en asuntos varios de interés para la comunidad internacional, pero en particular sobre la protección de los derechos humanos en temas como los derechos de los extranjeros, los derechos de la mujer, protección a la maternidad, asilo, nacionalidad, derechos de los trabajadores, entre otros, Así mismo se adoptaron resoluciones y recomendaciones sobre promoción y preservación de la democracia, como el sistema de gobierno que debe imperar en las Américas.

---

3 La Organización de los Estados Americanos es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión, se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como "sistema interamericano", el más antiguo sistema institucional internacional. www.oas.org

4 Villalta Vizcaya, Ana Elizabeth. La contribución de América al Derecho Internacional. *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, ISSN 0570-4316, Nº 19, 2009, pp. 391-421

5 Entidades creadas por acuerdos multilaterales para abordar áreas técnicas específicas de interés común para los estados americanos.

En definitiva, se sentaron las bases para la construcción del sistema de protección de los Derechos Humanos y la consolidación del ideal democrático, bajo la decidida convicción de que ambos asuntos son los pilares fundamentales del panamericanismo, los cuales adquirirían mayor relevancia a partir de la segunda mitad del siglo XX e inicio del siglo XXI.

Estas Conferencias Internacionales fueron el resultado de un esfuerzo constante, sostenido y disciplinado de los gobiernos para edificar el Sistema Interamericano y consolidar el derecho internacional americano.

Desde en la Primera Conferencia celebrada en Washington DC., de 1889 a 1890, cuyo principal logro fue la creación la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas y su Secretaría Permanente (organismo predecesor de la OEA), se consideraron temas relacionados con los Derechos Humanos. Se adoptó el 18 de abril de 1890, un documento referido a los derechos de los extranjeros, denominado "Reclamaciones e intervención diplomática" mediante el cual la Conferencia "recomienda a los Gobiernos en ella representados a que reconozcan como principios de Derecho internacional americano los siguientes: 1°. Los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de que gozan los nacionales, y pueden hacer uso de ellos, en el fondo, la forma o procedimiento, y en los recursos a que den lugar, absolutamente en los mismos términos que dichos nacionales. 2°. La Nación no tiene ni reconoce a favor de los extranjeros ningunas otras obligaciones o responsabilidades que las que a favor de los nacionales se hallen establecidas en igual caso por la Constitución y las leyes.[6] Posteriormente en la Segunda Conferencia, que tuvo lugar en México de 1901 a 1902. se aprobó la "Convención relativa a los derechos de extranjería" ampliando el contenido de la recomendación y dándole carácter vinculante a su texto.

Mas tarde, en 1928, en la Sexta Conferencia, celebrada en La Habana, Cuba, una de las reuniones más conocidas y de mayor trascendencia, pues en ella se aprobó la "Convención sobre Derecho Internacional Privado", conocida también como 'Código de Bustamante", se adoptaron la "Convención sobre condiciones de los extranjeros"; una "Convención sobre asilo"; una Resolución sobre emigración e inmigración, mediante la cual "toda decisión de los Estados se inspire en a) la igualdad de derechos de los nacionales y extranjeros y b) la cualidad de hombre libre de la persona humana". Incorpora el concepto de migrante y sus derechos y garantías.; una "Recomendación para

---

6 Biblioteca Daniel Cossio Villegas. Tomado de https://www.dipublico.org/conferencias-diplomaticas-naciones-unidas/conferencias-inter-americanas/

el mejoramiento de los trabajadores", y una "Recomendación sobre la licencia obligatoria a la mujer madre, de 40 días antes y 40 días después con goce íntegro de su sueldo o salario". En esta misma Conferencia, se crea la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) "encargada de preparar la información jurídica y de cualquier otra naturaleza para que la Séptima Conferencia pueda abordar el estado de la igualdad civil y política de la mujer en el continente".

Montevideo, Uruguay, fue la sede de la Séptima Conferencia en 1933. Su trabajo fue determinante. Se adoptó la "Convención sobre derechos y deberes de los Estados", que significó un aporte significativo al Derecho Internacional Público.[7] En materia de Derechos Humanos, se adoptó la "Convención sobre nacionalidad", la "Convención sobre nacionalidad de la mujer" y la "Convención sobre asilo político". Se aprobó una Resolución sobre las "Condiciones de los trabajadores intelectuales" y otra sobre los "Derechos civiles y políticos de la mujer".

Entre esta Conferencia y la siguiente, en 1936 se celebra en la ciudad de Buenos Aires, la Conferencia Interamericana de Consolidación de la paz en la que se acuerda el Sistema de consulta entre los países americanos, para "proceder de común acuerdo en casos graves y urgentes de interés continental y que puedan poner en peligro la paz y estabilidad del continente". Entre otros documentos se aprobó una Resolución sobre "Los derechos y deberes de la mujer en los asuntos de la paz" y otra sobre inmigración.

La Octava Conferencia se llevó a cabo en Lima, Perú, en 1938. En la misma se adopta la **"Declaración de Lima o de solidaridad de América",** antecedente directo del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), adoptado algunos años después. Se aprobaron Resoluciones sobre "Libertad de asociación y libre expresión de los obreros"; "Sobre el problema de la mujer indígena" y sobre "Actividades políticas de los extranjeros". Se adoptaron Recomendaciones sobre "El sobre salario familiar"; la adopción de

---

7 *Ibid.* 6. En esta Convención se establece la definición de Estado y los requisitos que debe reunir como persona de Derecho Internacional (I. Población permanente; II. Territorio determinado; III. Gobierno y IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados), requisitos hoy en día reconocidos y aceptados por el Derecho Internacional Público. Se establece en dicho texto además, la tesis declarativa sobre el reconocimiento de Estados, es decir, que la existencia del Estado es independiente a su reconocimiento. Se consagra el principio de la igualdad jurídica de los Estados o "principio de igualdad jurídica" (artículo 4); y el principio de no intervención.

"Normas Americanas sobre migración" y sobre "Enseñanza de la democracia". También se suscribió una "Declaración de Defensa de los Derechos Humanos" y otra sobre "Protección de los núcleos indígenas americanos". Es de resaltar que ya en 1938, las naciones americanas, se pronunciaron de manera clara y contundente tanto sobre la protección de los derechos humanos, como sobre la necesidad de enseñar y promover la democracia.

Luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, en 1945 se celebra en México**,** la Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y la paz,[8] en la que se suscribe el "Acta de Chapultepec" que consagra el Principio de seguridad colectiva para los Estados Americanos.

Se adoptó una Resolución sobre "Protección internacional de los derechos esenciales del hombre", mediante la cual los Estados de la región, no solo asumieron los principios y reglas aceptados y reconocidos para ese momento sobre la protección de los derechos humanos. También una Resolución de "defensa y preservación de la democracia de América"[9].

1948 representa un hito fundamental en la consolidación del Sistema Interamericano. La Novena Conferencia tiene lugar en Bogotá, Colombia en abril de ese año, y constituye una de las reuniones más importante. En ella se suscriben, la **"**Carta de Bogotá" que crea la Organización de los Estados Americanos, y el "Pacto de Bogotá" sobre solución pacífica de controversias. Se suscribe además la "Convención Americana de Derechos Políticos de la mujer". Se aprueba una Resolución sobre la "Preservación y defensa de la democracia en América"

Resulta una paradoja que la creación de la OEA, pilar fundamental del Sistema, se haya producido en un tiempo en el que la mayoría de los países de la región estaban sometidos a régimen dictatoriales, y que sin embargo se haya logrado convenir en su propósito fundamental, que es la promoción y defensa de la democracia. Con la Carta de Bogotá pudiéramos decir, que la democracia pasó de ser una simple retórica a un compromiso formal de los Estados, el cual

---

8 *Ibid.* 6. Esta Conferencia no correspondió a ninguna de las series de Conferencias Interamericanas, sino que fue más bien una reunión especial convocada por el Gobierno de México, con el objeto de proporcionar a los Gobiernos de las Repúblicas Americanas la oportunidad de considerar conjuntamente "la forma de intensificar su colaboración, así como la participación de América en la futura organización mundial y el impulso que debería' darse tanto al sistema interamericano como a la solidaridad económica del continente"

9 *Ibid.* 6.

muchos años después, se consolida con la Carta Democrática Interamericana aprobada en 2001, luego de un largo e interesante proceso, al cual nos referiremos más adelante.

En esta Novena Conferencia se adopta la **"Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre",** primer instrumento internacional contemporáneo en la materia, y la "Carta Americana de garantías sociales". Con la adopción de la Declaración Americana se inicia un proceso que se desarrollaría en lo normativo e institucional orientado a alcanzar la mayor protección a los DDHH en la región. A partir de ese momento se iniciaron los trabajos para la elaboración de un instrumento convencional y en 1969 se suscribe la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José).

La evolución del derecho y de la sociedad internacional sociedad de la región, con base en el principio de progresividad, condujo a la adopción de otros tratados de protección de los DDHH, como la Convención para prevenir y sancionar la tortura, muy pocos meses después de aprobada la de Naciones Unidas; el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana, que consagra los derechos económicos. sociales y culturales; el Protocolo a la Convención para la abolición de la pena de muerte; la Convención Americana sobre la desaparición forzada de personas y la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará), por citar algunos de los más relevantes.

La Décima y última de las Conferencias internacionales Americanas, bajo ese formato, se celebra en Caracas, Venezuela en 1954**.** En ella se suscriben la "Convención sobre asilo territorial", la "Convención sobre asilo diplomático" y la **"**Convención sobre el fomento de las relaciones culturales interamericanas". Se adoptaron resoluciones sobre "El fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos"; sobre "El sufragio universal"; y una Recomendación sobre la "Discriminación racial".[10]

Entre 1939 y 1951 se realizaron cuatro Reuniones de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, en las cuales también hubo pronunciamientos sobre los temas que nos ocupan. De manera muy sucinta señalo que en la Segunda Reunión, en …se adoptó una Resolución para …tendientes. CITA…; y en la Cuarta, en 1951 la "Declaración para el fortalecimiento del ejercicio efectivo de la democracia".[11]

---

10 *Ibid.* 6.

11 *Ibid.* 6.

Todo este bagaje de convenciones, resoluciones y declaraciones a lo largo de las Conferencias Internacionales Americanas y las primeras Reuniones de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores, indiscutiblemente representa una invalorable contribución al Derecho Internacional, pero sin duda alguna, la de mayor relevancia, por su muy temprana conceptualización y regulación, está referida a la protección de los derechos humanos como pilar fundamental de la sociedad internacional con la creación de sus mecanismos de protección, y la defensa y promoción de la democracia como base fundamental del Sistema Interamericano, mediante la adopción de normas y reglas específicas, temas que abordaré de seguidas.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS MECANISMOS. INICIATIVAS TEMPRANAS

Como hemos visto, desde los años 30 del siglo XX, ya los Estados de la región adoptaron declaraciones, resoluciones y decisiones relacionadas con temas de Derechos Humanos, en tiempos en que en otra latitudes aun no se consideraban. La preocupación y la convicción de que era necesario atender estos asuntos, lo que dio a la región americana una especie de carácter pionero en esta materia.

Es por ello, que se logró consolidad un sistema de protección sólido, con mecanismos concebidos, en lo institucional, en dos instancias: una administrativa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959 como órgano principal de la OEA. Vemos como América avanzaba a la par de Europa que en 1953 había creado la Comisión Europea de DDHH. Las instancias universales tardaron un poco más.

Resulta de particular interés acotar que el primer presidente de la CIDH fue un venezolano, don Rómulo Gallegos, político y escritor ampliamente conocido, y expresidente de la República. Otros dos compatriotas han ocupado también ese cargo, Marco Tulio Bruni Celli y Carlos Ayala Corao.

La CIDH garantiza el derecho de petición y el derecho de acceso a órganos internacionales de protección, derecho reconocido y consagrado en la legislación interna de los Estados miembros de la OEA. A la Comisión pueden acudir los particulares (personas naturales o jurídicas) para denunciar las violaciones de DDHH de las que han sido victima por parte de los Estados, usualmente del que son nacionales, y luego de haber agotado los recursos internos así como cumplir los requisitos exigidos por la Comisión.

Sus decisiones aun cuando tengan la naturaleza de recomendación, representan un compromiso para los Estados y deben ser acogidas de manera voluntaria. Las Medidas Cautelares dictadas por la Comisión tienen un peso aún mayor y los Estados la obligación de acatarlas.

Su importancia es fundamental en la región y desde su creación hasta ahora cumple una loable labor, no exenta de dificultades y limitaciones, principalmente financieras, que han generado críticas y cuestionamientos.

La instancia judicial del Sistema, es la Corte Interamericana Derechos Humanos, y su creación llegó una década después, en 1969, con la Convención Americana de Derechos Humanos, concebida como una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la convención. La Corte tiene, además de su función jurisdiccional, una función consultiva.

A diferencia de la Comisión, solo ésta y los Estados parte de la Convención de 1969 pueden someter un caso a consideración y decisión de la Corte.

Contar con una órgano jurisdiccional, representa uno de los aspectos mas relevantes del Sistema interamericano de protección de los DDHH, que lo acerca al Sistema Europeo pero lo diferencia del Sistema Universal, que hasta ahora carece de una instancia de esta naturaleza.

La Convención de 1969 compromete a los Estados parte al reconocimiento de la jurisdicción de la Corte y por tanto en acatar y cumplir de manera obligatoria sus decisiones, de naturaleza vinculante. El 21 de agosto de 2025. dictó sentencia sobre excepciones preliminares en el caso Chirinos Salamanca y otros vs. Venezuela en la cual "desestimó las excepciones preliminares interpuestas por el Estado en su escrito de contestación, relativas a la supuesta incompetencia ratione voluntarias y *ratione temporis*, y al control de legalidad de las actuaciones de la Comisión Interamericana".[12]

---

[12] DECISIÓN Serie C No. 562. "La Corte Interamericana, luego de analizar la situación antes descrita, concluyó que "el acto de depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, realizado por el Presidente "Encargado" de Venezuela el 31 de julio de 2019 en cumplimiento del mandato de la Asamblea Nacional de conformidad con los procedimientos previstos para la ratificación y depósito de instrumentos ante la Secretaría General de la OEA, fue válido, y surtió plenos efectos jurídicos. Por ello, y en consideración al carácter retroactivo de dicha ratificación, la Corte

La jurisprudencia de la Corte es abundante y representa el acervo americano en materia de derechos humanos, tanto con sus decisiones como por las opiniones consultivas. una de las mas recientes del 7 de junio de 2021 que vale la pena comentar es la relacionada con la reelección indefinida, solicitada por Colombia, tema en plena vigencia en este momento en la región.[13] Ha desarrollado el concepto de control de convencionalidad, que obliga a los Estados a garantizar que sus leyes y prácticas internas sean compatibles con los tratados de derechos humanos, previsto en el artículo 2 de la Convención.

Desde su creación el sistema de protección de derechos humanos del hemisferio se ha ampliado y fortalecido de manera progresiva y trabaja de la mano con las distintas instituciones locales que sobre la materia existen en los estados miembros de la OEA. Lamentablemente la realidad política que impera en la región nos enfrenta a la decisión de algunos gobiernos de retirarse de la Convención para no cumplir con los compromisos asumidos y no verse sometidos al escrutinio de la Corte. Ello sin embargo, no ha debilitado su funcionamiento ni el cumplimiento de su labor de impartir justicia y sancionar a los Estados que han violado los Derechos Humanos.

En todo caso, el funcionamiento de las instancias regionales, como antes apunté, ha sido objeto de criticas por la demora o dilación en la tramitación de

---

consider[ó] que la Convención Americana se encuentra vigente para el Estado desde su acto de ratificación inicial de 9 de agosto de 1977. En consecuencia, la Corte desestim[ó] la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la supuesta falta de competencia *ratione voluntatis* y *ratione temporis* para conocer del presente caso". https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_61_2025.pdf

13 OPINIÓN CONSULTIVA OC-28/21. La Corte reiteró que "la interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte y consideró que los principios de la democracia representativa incluyen, además de la periodicidad de las elecciones y el pluralismo político, las obligaciones de evitar que una persona se perpetúe en el poder, y de garantizar la alternancia en el poder y la separación de poderes".

La Corte concluyó que" la reelección presidencial indefinida no es un derecho humano autónomo, pues no cuenta con reconocimiento normativo en la Convención ni en la Declaración Americana, y de forma general, en el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, en otros tratados internacionales, en la costumbre regional ni en los principios generales del derecho". https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_53_2021.pdf

las denuncias o el proceso judicial. por lo que se ha insistido desde la sociedad civil en que los Estados tomen las medidas necesarias para resolver estos problemas y ajustar los procedimientos de los organismos a la dinámica moderna, de manera de garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos de la región y evitar un posible debilitamiento del sistema de derechos humanos.

Los Derechos Humanos y la Democracia van de la mano y así lo concibe el Sistema Interamericano. El avance y consolidación de la democracia en su momento, creó el ambiente adecuado para el desarrollo de los mecanismos internos de protección. respeto y garantía de los derechos humanos, acordes con la normativa del sistema interamericano, realidad distinta que hoy en día enfrentamos y retos inmensos para mantener los estándares de protección

V. LA PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA DEMOCRACIA, EL OBJETIVO PERMANENTE

Como hemos comentado, la OEA se concibió como un foro político por excelencia, un foro de negociación, diálogo y cooperación, con un objetivo primordial de promover la democracia. Desde muy temprano, como antes he señalado, se fue construyendo el ideal democrático, y en ese contexto, a fines de la década de los 50, comenzaron a surgir algunos liderazgos. como fue el caso de Venezuela que en 1959 inicia su período de democracia, y comienza a expandir su pensamiento democrático. En el foro, expone una posición firme de que su gobierno "no reconocería los regímenes políticos nacidos de un acto de fuerza y rompería relaciones diplomáticas cuando en un país se llevara a cabo un golpe de estado que instaurase un gobierno de facto", tesis que se conocería como "Doctrina Betancourt".[14] Este planteamiento fue acogido por muchos Estados y surtió efectos en esos tiempos, al lograrse acciones efectivas contra las dictaduras de Rafael Leónidas Trujillo en República Dominicana , y la suspensión de Cuba de la Organización.

A pesar de ello, una serie de golpes de estado en los años sesenta y setenta que cundió de dictaduras a la región, hicieron que resultaran infructuosas las acciones para cercar a los regímenes de facto y defender la democracia.

---

[14] La Doctrina Betancourt es una doctrina de política exterior promovida por el presidente de Venezuela Rómulo Betancourt que establece la ruptura de relaciones diplomáticas con gobiernos sin origen democrático y dictatoriales.

Lamentablemente en ese tiempo, podemos decir, hubo un saldo negativo para la OEA, a la que se le acusó en muchas ocasiones de guardar silencio ante tal situación. Tengamos presente que la organización está formada por Estados, cuyos gobiernos son quienes los representan. La OEA se sumergió en una completa inoperatividad. Comienza a reactivarse con los cambios políticos y la ola de democratización de los años 80, en lo que por cierto, también tuvo mucho que ver Venezuela a través por ejemplo, de su participación en el proceso de Contadora para Centroamérica, entre otras iniciativas.

Con esta tendencia indetenible de democracia, la OEA retoma el rol de órgano clave en su promoción y defensa. De aquí que los gobiernos deciden, en 1985, enmendar la Carta mediante el Protocolo de Cartagena de Indias[15] y aumentan su compromiso al establecer que "la democracia representativa **es condición indispensable** para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región" (resaltado nuestro).. Así mismo, en el capitulo I de la Carta, referido a los propósitos esenciales de la Organización se dispone: "promover la democracia representativa, dentro del respeto del principio de no intervención".[16] Con esto se inicia una nueva ruta para la consolidación de la democracia en el hemisferio y la actuación de la OEA.

El 4 de junio de 1991, con el impulso de Venezuela, la Asamblea General de la Organización, aprueba el Compromiso de Santiago con la democracia y la renovación del Sistema Interamericano;[17] En esta misma Asamblea, se adopta la Resolución AG/RES.1080[18] en respaldo a los gobiernos democráticos y rechazo a los gobiernos de facto , un instrumento de mucha relevancia, cuyo contenido sentó las bases para la posterior adopción de la Carta Democrática Interamericano.

---

15 Aprobado el 18 de mayo de 1985 en el Décimo cuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

16 Carta de la Organización de Estados Americanos. Artículo 2 literal b).

17 Declaración de Santiago sobre democracia y confianza ciudadana: un nuevo compromiso de gobernabilidad para las Américas. adoptada en el vigésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

18 Resolución sobre Democracia Representativa, aprobada en la quinta sesión plenaria el 5 de junio de 1991.

Mas adelante, y de alguna manera generado por los intentos de golpe de estado contra el gobierno constitucional de Venezuela de 1992, ese mismo año se decide una nueva modificación a la Carta y se aprueba el Protocolo de Washington[19], para incluir sanciones que permitieran dar mayor contundencia a las acciones de la OEA en defensa de la democracia.

La Declaración de Quebec en la III Cumbre de las Américas y la XXXX Asamblea General de la OEA en Costa Rica en abril de ese mismo año, son el preámbulo para que el 11 de septiembre 2001 (fecha coincidente con los sucesos terroristas en Estados Unidos), los Estados miembros de la OEA, en el vigésimo cuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General realizada en Lima, Perú aprueben la **Carta Democrática Interamericana (CDI).**

La CDI es un documento integral, que condensa todas las decisiones y demás instrumentos jurídicos que por décadas adoptó la OEA en materia de democracia y reconocimiento de gobiernos. El avance es tal que la CDI consagra la democracia como un derecho de los pueblos y el compromiso de los gobiernos de defenderla. (artículo 1)

Es el único documento internacional que define los elementos y componentes esenciales de la democracia, aceptados y reconocidos universalmente. Precisa las condiciones necesarias para la legitimidad de origen democrático de un gobierno y los términos de comportamiento requeridos para tener legitimidad de desempeño.

Venezuela, a pesar de su resistencia al proceso de negociación y su firma casi forzada por las condiciones políticas de la región, fue el primer país que la invocó, con ocasión de los sucesos del 11 de abril de 2002.

Si bien no es un instrumento convencional y su alcance es regional, representa un compromiso vinculante para los Estados miembros de la OEA al ser asumido en el marco de dicha organización y representa una referencia en el ámbito universal en lo que a democracia se refiere.

La Carta Democrática Interamericana es reconocida por ser uno de los instrumentos interamericanos más completos, además de tener la capacidad de sancionar a los Estados Miembros que sufran quiebres institucionales. Fue promulgada para la promoción y fortalecimiento de los principios, cultura y prácticas democráticas. Establece procedimientos para seguir cuando la

---

[19] Adoptado en Washington, D.C., el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

democracia se ve interrumpida totalmente, como en un golpe de Estado, y aun cuando no se ha llegado a ese extremo, pero el orden democrático se ve seriamente alterado y la democracia corre riesgo. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultada por el Estado de Colombia, se pronunció sobre la CDI en la Opinión Consultiva OC-28/21, diciendo, "La relación entre derechos humanos, Estado de Derecho y democracia quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. Este instrumento jurídico es una norma de interpretación auténtica de los tratados a que se refiere, pues recoge la interpretación que los propios Estados miembros de la OEA, incluyendo a los Estados parte en la Convención, hacen de las normas atingentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de ésta".[20]

La contribución de este valioso documento a las reglas y principios que sustentan la democracia universalmente, es muy relevante y debe ser considerada como el documento de referencia a la hora de valorar los estándares democráticos en cualquier latitud.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Podemos afirmar que es significativa la contribución jurídica que el continente americano ha hecho al derecho internacional público. Además de la consolidación del multilateralismo, con la creación del organismo internacional más antiguo como lo es la Organización de Estados Americanos y la formación de un sistema de normas e instituciones, como el Sistema interamericano, así como el proceso de codificación del derecho americano y su influencia en al derecho internacional público, sin lugar a dudas, los mayores aportes tienen que ver con el avance temprano en la preeminencia de los Derechos Humanos en el ámbito internacional y la integración de los mecanismos para su protección y la defensa y promoción de la democracia, como objetivo principal del sistema de normas y reglas, y la precisión a través de un instrumento internacional de los elementos y componentes de la democracia, reconocidos y aceptados universalmente.

A pesar de sus bondades, tenemos que considerar la situación actual del Hemisferio y del propio Sistema Interamericano. El tema de los derechos humanos sigue siendo prioridad en las agendas de la mayoría de los gobiernos

---

[20] Pastori Filol, Alejandro. "La obligación democrática en el Sistema Interamericano". *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad de la República. Uruguay. Número 55, Montevideo, junio 2023. Versión impresa ISSN 0797-8316versión On-line ISSN 2301-0665. https://doi.org/10.22187 /rfd2023n55a4

de la región y la sociedad civil, por supuesto. Lo mismo sucede con el tema de la democracia. Sin embargo, la realidad se impone y aunque la comunidad internacional le otorgue particular importancia, ambos asuntos, nos enfrentamos en el Hemisferio a tendencias autoritarias que ignoran las normas acordadas y violentan los compromisos en materia de derechos humanos, generando sociedades oprimidas e indefensas ante el actuar de los gobiernos de tal naturaleza.

Esto enfrenta a los Estados y al Sistema Interamericano a retos significativos y concretos, que identifico concretamente: 1) mantener el liderazgo de la OEA como foro político natural para de los países para ventilar sus diferencias; 2) Desarrollar una política firme frente a la de gobiernos que violentan los compromisos asumidos en la Carta de la OEA y en la CDI, y tomar las medidas correspondientes, previstas en estos instrumentos y evitar la visión de una Organización tibia y poco eficaz; 4) modernizar y agilizar los trámites para la atención a las denuncias en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y acelerar los procesos ante la Corte IDH de manera que haya respuestas oportunas, efectivas y eficaces a los ciudadanos de la región.

ESTADO Y DEMOCRACIA EN VENEZUELA: PASADOS Y FUTUROS PRESENTES

José Javier BLANCO RIVERO*

I. LOS 90: EL COMIENZO DEL FIN DE LA DEMOCRACIA EN VENEZUELA

Después de la llamada *década perdida* de América Latina durante la cual se desató la crisis de la deuda, se sobrevino en los 90 un periodo de gran inestabilidad y conmoción en lo político y de crisis financieras, devaluaciones y precariedad en lo económico. Como consecuencia, no solamente hubo un cuestionamiento de los modelos económicos, sino que también se cuestionaron las bases mismas de la democracia liberal, abriendo paso a las tesis de la democracia radical. Venezuela, destacada hasta entonces por la duración y estabilidad de su democracia y por haber sido uno de los grandes beneficiarios del *boom* petrolero de los 70 (momento en el que las grandes economías del mundo experimentaron una recesión), no fue la excepción en esta tendencia continental.

Este periodo reviste una gran importancia para la comprensión de nuestro presente, pues fue entonces cuando la democracia venezolana cometió suicidio. Y es que fueron aquellos mismos agentes que tenían la responsabilidad de cuidarla (partidos políticos, políticos profesionales, medios

* Licenciado en Estudios Políticos y Administrativos. Universidad Central de Venezuela (2002-2007) Doctor en Ciencias. Mención Ciencias Políticas. Universidad Central de Venezuela (2007-2013) y Estudios posdoctorales en el Centro de Historial Intelectual de la Universidad Nacional de Quilmes, Argentina (2017-2020). Profesor de la Universidad de Clores en Argentina.

de comunicación, gremios, sociedad civil[1] y ciudadanía) quienes decidieron darle la espalda, porque no era suficientemente buena para satisfacer sus respectivas aspiraciones individuales.

Es menester reconocer que la democracia venezolana sufrió un asedio constante, especialmente durante la década de los 60 cuando el MIR y el Partido Comunista de Venezuela se aventuraron, apoyados por Cuba, en la lucha guerrillera. Y no solamente desde la izquierda, pues también existían movimientos militaristas conspirando para derrocar al régimen. Inclusive a partir de los 70, cuando ya el sistema democrático se encontraba consolidado, el régimen de Fidel Castro continuó empleando sus agentes de inteligencia en su tarea incansable de destruir la democracia venezolana. Pero ninguna fuerza externa hubiese podido destruir la democracia venezolana sin la cooperación de fuerzas políticas internas que, unas queriéndolo y otras no, remaban en esa misma dirección.

Por ende, las decisiones de la clase política de entonces, con sus buenaventuras y fracasos (aunque el balance es más bien amargo), las de las élites socioeconómicas y las de la ciudadanía (pues si de democracia se trata, no se puede eximir al ciudadano de responsabilidad), son la llave para comprender las desgracias que hoy nos agobian. Todas ellas en su contexto histórico constituyen nuestro pasado presente.

1. *Crisis*

Según el historiador alemán Reinhart Koselleck, el concepto de crisis tiene sus orígenes en la medicina y significa aquel momento en el que se debe

[1] Aunque vale admitir que para tal momento aún estaba inmadura. Durante el periodo democrático la sociedad civil estuvo representada principalmente por los movimientos vecinales los cuales dirigían sus esfuerzos a la democratización del gobierno local (aunque no se puede negar que hayan tenido repercusión en las más altas esferas de la política y que hayan contribuido a la democratización del sistema político). Véase Luis Salamanca, *Obreros, movimiento social y democracia en Venezuela*, FCJP-UCV, Caracas, 1998 y Miguel González Marregot, *Los movimientos vecinales y las reformas democráticas en Venezuela*, 1958-1998, UCAB-AB Ediciones-Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro-KAS, Caracas, 2018. Habrá que esperar al chavismo para ver movimientos de la sociedad civil de ámbito e influencia nacional.

tomar una decisión crucial para salvar al cuerpo[2]. El sistema político venezolano de los 90 fue descrito por Juan Carlos Rey como un sistema populista de conciliación de élites en crisis, es decir, puesto ante la alternativa de perecer o reinventarse. Para Rey la democracia podía perderse si, lo que él denominaba fuerzas conservadoras, seguían ejerciendo su influencia concentrando el poder. El riesgo era, como llegó a avizorarlo, que el descontento que ya se palpaba se enfilara no solamente hacia la corrupción de los políticos y el carácter semi-corporativo y oligopólico de los órganos de toma de decisión, sino también hacia la democracia misma como sistema de gobierno. Sin embargo, también tenía el sistema la oportunidad de reinventarse si el modelo liberal schumpeteriano de democracia era sustituido por una democracia populista (concepto que el autor no estimaba negativo, diferenciándolo de la demagogia). La democracia popular para Rey apuntaba a la desconcentración y descentralización del poder, a una democracia más igualitaria tanto en lo político como en lo socioeconómico[3].

Pensando en el fiasco que ha resultado el triunfo histórico de esa concepción popular de la democracia (manifestándose más tarde durante el chavismo como *democracia participativa y protagónica*), que el mismo Rey identificó como una de las dos ideas de democracia en disputa en el sistema político venezolano de entonces, podría achacársele al autor haber juzgado

---

2 Reinhart Koselleck, *Crítica y crisis. Sobre la patogénesis del mundo burgués*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 241 y ss. Ver también María Lucila Svampa, "El concepto de crisis en Reinhart Koselleck. Polisemias de una categoría histórica." en *Anacronismo e Irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, Vol. 6 No. 11, Noviembre 2016 a Mayo 2017, pp. 131-151.

3 Juan Carlos Rey, *El futuro de la democracia en Venezuela*, UCV-FCJP, Caracas, 1998, pp. 350 y ss. Para Rey el sistema populista de conciliación de élites contaba con las siguientes características: a) estimula la pasividad de las masas; b) mentalidad rentista; c) papel central del Estado en el proceso de desarrollo; d) carácter corporativo del sistema de planificación; e) favorece grupos minoritarios y poderosos; f) despliega una tensión entre dos modelos de democracia, el liberal y el populista; g) presencia de discurso antipopulista que se basa en la idea de la inmadurez democrática del pueblo; h) ausencia de mecanismos de responsabilidad política; i) falta de democracia interna de los partidos; y j) oligopolio partidista que deja poco lugar a un mecanismos efectivos de salida (Hirschmann) y conduce a la frustración del electorado. (pp. 311-330)

bastante mal las bondades de esta idea[4]. Sin embargo, es menester no pasar por alto que estas ideas de Rey se encuentran enmarcadas dentro de las teorías de la democracia del momento, las llamadas teorías sustancialistas de la democracia. Para Rey la democracia debía extenderse hacia lo económico y lo social para que tuviera significado para la ciudadanía y, de esta manera, lograra sostenerse sobre sí misma.

Las opiniones de la clase política también convergían hacia la idea de una democracia social, aunque cada partido le diera un nombre o un énfasis diferente. Incluso algunos miembros destacados de la clase política, bien sea por su visión o por estrategia electoral, también se hicieron eco de la necesidad de impulsar cambios sustanciales en el sistema político[5]. En cierta manera, todos estaban de acuerdo con la idea de que el Estado estaba en la capacidad y que tenía el deber ético de reformar a la sociedad, pero ¿cuáles cambios debía promover?, ¿cuál sería la envergadura de los mismos?, y ¿qué se estaba dispuesto a ceder para alcanzar las metas propuestas?... al profundizar sobre estos detalles, ya dejaba de existir consenso.

Sin embargo, fue Jaime Lusinchi quien dio los pasos más decididos en esta dirección. El 13 de abril de 1984, ejerciendo como Presidente de la República da un discurso ante el Congreso de la República planteando la necesidad de reorganizar integralmente a la sociedad venezolana y que para tal propósito se necesitaba también una reforma integral del Estado[6].

---

4 En este texto tratamos de enfocarnos principalmente en el contexto intelectual de finales de los 80 y los 90, por eso enfatizamos las ideas de Rey en *El futuro de la democracia en Venezuela*. Ya posteriormente, Rey describiría tres tipos de regímenes democráticos en Venezuela, a saber, la democracia representativa de masas, la democracia representativa consensual y la democracia participativa y protagónica. Hay que destacar que en este momento se está refiriendo a tres modelos efectivos, mientras que en el texto mencionado está discutiendo sobre ideas de democracia en contienda dentro de la democracia representativa y consensual. Véase Juan Carlos Rey, "Los tres modelos venezolanos de democracia en el siglo XX", en *La Democracia Venezolana y sus acuerdos en los cincuenta años de su convenio con la Santa Sede*, KAS-UCAB, Caracas, 2015, pp. 9-34.

5 Miriam Kornblith y Daniel Levine, "Venezuela: the life and times of the party system", Working Paper No. 197, Kellogg Institute, 1993, p. 4, 30 y ss.

6 Carrera Damas juzga que este discurso es histórico, entre otras cosas porque se podría estar entrando en una nueva fase de reformulación del proyecto nacional. Véase Germán Carrera Damas, "La Reforma del Estado", en *Apreciación del*

Consecuentemente, el 17 de diciembre de 1984 mediante decreto presidencial estableció la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), en cuya dirección (incluso tras su renuncia) jugaría un papel destacado Ramón J. Velázquez.

Bajo su tutela, la COPRE llegó a producir un conjunto de documentos de alta calidad académica abarcando temas históricos, políticos, constitucionales, económicos, fiscales y culturales. Aunque naturalmente los más interesantes debatían el tema de la reforma del Estado, en esencia, planteado en términos de la relación entre:

a) el Estado y la sociedad,

b) el Estado y el mercado,

c) el sector público y el sector privado,

d) la necesidad de promover la descentralización de la administración pública y la desconcentración del poder político mediante mecanismos de participación ciudadana,

e) y por último pero no menos importante, los límites que debían ponerse al poder del Estado.

Sin pretender resumir todos los puntos y temas discutidos durante sus años de actividad, queremos destacar algunas opiniones. Por un lado existían algunos, como Pedro Tinoco, quienes pensaban en una necesaria modernización del Estado (administración pública, régimen tributario, etc.)[7]. Mientras otros, como Germán Carrera Damas, veían con escepticismo estas pretensiones, aludiendo que una reforma del Estado partiendo del criterio de la eficiencia serviría por igual a un gobierno democrático que a uno autoritario[8].

Y he aquí que Carrera Damas apuntaba a un problema medular que se manifestaba entonces como una tensión latente, durante todo el período democrático, entre el Estado como forma de organización y ejercicio del poder basado en la administración de sanciones positivas (esto es, la distribución de la renta petrolera) y la pretensión de democratización del sistema político (a

---

proceso histórico venezolano, Fundación Universidad Metropolitana - Fondo Editorial Interfundaciones, Caracas, pp. 257-259.

7 Pedro Tinoco, "La Reforma del Estado", Fundación Universidad Metropolitana - Fondo Editorial Interfundaciones, Caracas, pp. 255-256.

8 Germán Carrera Damas, *ob. cit*., p. 259.

saber, un sistema de partidos plural acompañado por un sistema electoral imparcial, que garantizasen la alternabilidad en el gobierno y el respeto a la voluntad popular). Sobre esto volveremos más adelante.

El proyecto de reforma del Estado fracasó por diversos motivos, a pesar de los frutos que produjo tanto en materia intelectual como político-legislativa (en concreto, la *Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público* publicada en Gaceta Oficial el 28 de diciembre de 1989, la cual permitió que por primera vez el venezolano pudiese elegir directamente a alcaldes y gobernadores). En este orden de ideas, Carlos Blanco arguye que una de las causas del fracaso fue la ausencia de una adecuada política de comunicación dirigida a informar al gran público sobre los objetivos de la reforma y sus potenciales beneficios[9].

Pero mientras algunos se dedicaban a debatir ideas loables y esclarecidas de la mayor relevancia para el presente y el futuro del país, otros se dedicaban a la política cotidiana, siguiendo prácticas y costumbres que por establecidas no eran más saludables, sino que socavaban continuamente el sistema democrático. Y no solamente se trata de las prácticas clientelares que se entretejieron entre partidos políticos, sectores populares, gremios y grupos económicos. Tampoco la culpa recae por completo en la corrupción, que existía aunque no en la proporción que se pensaba ni en la que llegó a alcanzar bajo el chavismo (más dañinas ciertamente fueron las implicaciones del discurso anticorrupción, ya que sembraron la ilusión de que un *outsider* o paria del sistema político sería puro moralmente y poseería capacidades y cualidades regeneradoras[10]). Lo cierto es que una de las prácticas más dañinas para la democracia fue la conspiración como forma de hacer oposición.

---

9 Carlos Blanco, *Un Programa para el Cambio, La Reforma del Estado en Venezuela*, Random House Mondadori/Grijalbo, Caracas, 2010.

10 La idea de que la corrupción fue una de las principales causas de los problemas económicos y políticos de Venezuela es cuestionada por Moisés Naím, "The Real Story Behind Venezuela's Woes", en *Journal of Democracy*, Vol. 12, Núm. 2, April 2001, pp.17-31. En este sentido también apuntan algunas conclusiones de Rafael Di Tella y Javier Donna, "Oil, Macro Volatility and Crime in the Determination of Beliefs in Venezuela", en Ricardo Hausmann y Francisco Rodríguez (ed.), *Venezuela Before Chávez. Anatomy of an Economic Collapse*, Penn State University Press, Pennsylvania, 2015, pp. 407-424.

2. *La inmadurez de la oposición o la conspiración como política*

Afirmar que la oposición fue inmadura durante el periodo democrático de nuestra historia parece ir en contra de la historiografía corriente, la cual afirma que, a diferencia del trienio adeco, el sistema engendrado con el pacto de Punto Fijo estuvo caracterizado por el reconocimiento de unas reglas de juego básicas que garantizaron la alternabilidad y, por consiguiente, la estabilidad democrática. Y esto hasta cierto punto es verdad, pero al hecho que no se le ha dado suficiente reconocimiento es que existía una *cultura de la conspiración*, la cual fue tan característica de la política venezolana durante las primeras décadas del siglo XX y que no desapareció con el advenimiento de la democracia.

Las relaciones cívico-militares, más que en términos de un control civil sobre lo militar o algún otro tipo ideal habitualmente empleado, estuvieron marcadas por el cultivo de vínculos y contactos entre un sector y otro (práctica seguida tanto por los partidos paria, a saber, el MIR, el PCV y luego URD, como también, especialmente durante los 90, por sectores de los partidos dominantes, a saber, AD y COPEI, así como por las élites económicas y sociales), creando puentes y vías de comunicación bidireccionales que dado el contexto se reforzaban o se relajaban.

Estas relaciones estaban motivadas por una concepción realista del poder y un planteamiento estratégico como consecuencia, a saber: los militares con aspiraciones de poder e influencia (guiados ciertamente por la idea de que son los guardianes de la nacionalidad –especialmente los miembros del Ejército– y que ellos son los llamados a regenerar la patria cuando quiera la estimen corrupta o que yerre el camino[11]) sabían que ningún movimiento militar podía tener éxito sin el apoyo de algún partido político[12];

---

[11] Irwin y Langue señalaban que el sector castrense, en especial los miembros de la generación formada bajo el Plan Andrés Bello, se identificaba a sí mismos como una fuerza modernizadora que debía hacerse cargo del timón del país ante la incapacidad de los políticos. Ver Domingo G. Irwin y Frédérique Langue, "Militares y democracia. ¿El dilema de la Venezuela de principios de siglo XXI", en *Revista de Indias*, vol. LXIV, núm. 231, 2004, p. 555.

[12] Lo que no quiere decir naturalmente que todo movimiento golpista contase con apoyo en distintos sectores o que no existiesen sectores militares, especialmente inmediatamente después de la caída de Pérez Jiménez, que creyesen que podrían conquistar solos el poder. Pero incluso en estos casos, como los de Castro León y Moncada Vidal, los golpistas habrían esperado que tomado militarmente el

en contraparte, el cultivo de contactos con el mundo militar le permitía a los partidos políticos (especialmente a los excluidos del bipartidismo) desarrollar una estrategia oportunista y pragmática: cuando su situación de poder se viese amenazada o pudiesen acrecentarla con gran ventaja ante los demás, jugarían i) a comprometerse más en las conspiraciones tratando de asegurar el éxito del golpe o ii) comprometiéndose de lleno cuando el éxito de éste ya estuviese militarmente asegurado. Entretanto, buscaban aprovechar las ventajas que el sistema democrático les ofrecía para acrecentar o conservar sus cuotas de poder. Y por último, ambos sectores sabían que no podían lograr imponerse en el dominio de la maquinaria estatal, sin el apoyo de un sector social pequeño pero poderoso. Estas élites esperaban a cambio cualquier clase de privilegios y prebendas que acrecentaran su influencia y opulencia.

También se discutió, especialmente desde la izquierda con su visión proletaria, sobre los denominados movimientos cívico-militares los cuales fantaseaban con la idea de un levantamiento militar acompañado por una insurrección popular. Con esto estarían planteadas las dos grandes concepciones de la conspiración, la burguesa (por ponerlo en términos marxistas) y la comunista. Aunque, en realidad, nunca hubo un movimiento cívico-militar del tipo idealizado por la izquierda.

Precisando esta relación en términos más teóricos, estamos describiendo una *estructura de poder* que se sustenta sobre la formación de coaliciones (algunas más volátiles, otras más estables) entre representantes del ejercicio de la violencia física, representantes del poder económico y representantes del poder político y sobre la estructura de oportunidades que las acciones de alguna de las partes abría para los demás agentes (estuviesen directamente vinculados o no). Estas coaliciones, aunque se solapan, no coinciden con la esfera organizacional a la que pertenecen sus miembros, por ende, sus objetivos no suelen estar relacionados con los objetivos institucionales. De hecho, cuando no se trata de la coalición gobernante, que naturalmente tiene otros intereses, estas coaliciones revisten un carácter telúrico y soterrado. Su naturaleza es inestable y dinámica, pues siempre están sujetas a la contingencia de las coyunturas y al cambio de marea en las constelaciones de alianzas. Se trata entonces más bien de un patrón emergente resultante de la conducta estratégica de los agentes individuales, que dadas las condiciones pueden llegar a dominar la dirección ejecutiva de una organización y cuando tienen éxito con suerte pueden llegar a dirigir el país.

---

poder se forjasen alianzas de gobierno entre las FFAA, sectores económicos y de la clase política.

El conjunto o entorno dinámico que envuelve todas estas coaliciones conforman lo que denominamos una *clase o élite política*. Se trata, por decirlo así, de la dinámica del poder que opera detrás de las estructuras formales del Estado –aquello que Luhmann llamó *ciclo informal del poder*[13].

Esta realidad de la constitución de las estructuras de poder en el país, ha sido sepultada bajo el peso de la narrativa histórica de *civiles contra militares*. Bajo esta lupa, el fenómeno del golpismo se presenta como responsabilidad exclusiva del sector castrense. Bien sea aludiendo a la ambición política de sus oficiales, a la inmadurez del Estado de Derecho, a la ideología bolivariana que intoxica su mentalidad, a la institución del gendarme necesario o al pretorianismo que informa su institucionalidad, toda la culpa recae en la incapacidad que han tenido nuestros militares de diferenciar entre las esferas civiles y militares y de encontrar el dominio de sus responsabilidades y competencias dentro de un régimen democrático.

Sin embargo, si nos preguntamos por qué las FFAA como conjunto de instituciones han sido un hervidero de conspiraciones durante el siglo XX, sería poco realista ignorar que debió existir un contexto social, económico y político que favoreció estas condiciones; y no como algo meramente coyuntural, sino, dada su persistencia, como una relación profunda y estructural. En este orden de ideas, cabe estudiar más a fondo la anatomía del poder político más allá de los marcos tradicionales de los partidos políticos y la organización y conducta de los poderes públicos; es necesario estudiar las condiciones que debe tener un golpe militar para ser exitoso y no detenernos en los perpetradores, sino profundizar en el contexto sociológico más amplio que envuelve la trama golpista. Habríamos de notar que el golpe militar es un movimiento muy complejo (por eso su alta tasa de fracasos) en el cual deben cooperar gran variedad de factores y actores, tanto en el mundo militar, como en el socioeconómico y político.

Aunado a ello existen testimonios históricos muy reveladores, los cuales demuestran la existencia de un sector civil (político, económico y/o intelectual) que se encuentra agazapado esperando aprovechar los desequilibrios introducidos en la estructura de poder al producirse un golpe o bien se halla trabajando activamente con un sector de las FFAA para horadar el orden político.

---

[13] Ver Javier Torres Nafarrate, *Luhmann: la política como sistema*, FCE, México, 2004, p. 266 y ss.

Por ejemplo, como recoge Agustín Blanco Muñoz en sus testimonios sobre la lucha armada en Venezuela, la izquierda buscó aprovecharse de cuanto movimiento militar se presentase, escondiendo sus pretensiones políticas e ideológicas cuando fuesen de derecha, y haciéndolas explícitas cuando los actores involucrados ya estuviesen instruidos en la doctrina o necesitasen de un contenido doctrinal para justificar su lucha y estuviesen dispuestos a aceptar el credo comunista[14].

Nótese también que durante el gobierno de Carlos Andrés Pérez, como relata Iván Carratú, miembros de su propio partido y otras personalidades del mundo intelectual y político conspiraban en su contra[15]; entretanto el ministro de Defensa, Ochoa Antich, esperaba que los oficiales de cuyas actividades conspirativas estaba bien informado (como revela Rodríguez Citraro), hicieran el trabajo sucio para luego coronar sus esfuerzos. Además, cuenta también Rodríguez Citraro, que cuando el General Peñaloza, Comandante General del Ejército, tras haber detenido a Chávez y otros conspiradores,

---

[14] Agustín Blanco Muñoz, *La conspiración cívico-militar: Guairazo, Barcelonazo, Carupanazo y Porteñazo*, Ediciones FACES/UCV, Caracas, 1981, pp. 30, 111, 117, 127, 153; Agustín Blanco Muñoz, *La lucha armada: hablan 5 jefes. Gustavo Machado, Pompeyo Márquez, Pedro Ortega Díaz, Guillermo García Ponce, Teodoro Petkoff*, FACES/UCV, 1980, pp. 16, 53, 187-187, 201 (sobre la ingenuidad de esta estrategia habla Gustavo Machado, p. 26); Agustín Blanco Muñoz, *La lucha armada: Hablan 6 comandantes. Elegido Sibada ("Magoya"). Luben Petkoff. Anselmo Natale. Luis Correa. Juan Vicente Cabezas("Pablo"). Alfredo Maneiro("Tomas")*, FACES/UCV, 1981, pp. 98-98,103, (sobre el talante oportunista de algunos para apoyar golpes exitosos, p. 113). Estos movimientos de izquierda, especialmente los sectores que no se terminaron por adaptar a la vida democrática (como el de Douglas Bravo), encontraron terreno fértil en las FFAA durante los 80-90 cuando comenzaron a surgir distintas logias y movimientos conspirativos. Ver Edgardo Mondolfi Gudat, *La insurrección anhelada: Guerrilla y violencia en la Venezuela de los sesenta*, Editorial Alfa, Caracas, 2017.

[15] Daniel Lara Farías, "4F: CARRATU NO OLVIDA | A 28 años del golpe del 4-F-1992". Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=ycky I7qrrRY &t=1095s; consultado en fecha 09 de febrero 2023. Especial atención al minuto 18 y Daniel Lara Farías, "4F: CARRATU Y LA TRAICION DE OCHOA | 28 años de IMPUNIDAD". Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=zR KlLtsyA6M&t=3s; consultado en fecha 09 de febrero 2023 (minuto 6).

solicita al presidente Pérez su expulsión de la Academia Militar, Orlando García[16] y Jesús Carmona persuaden a Pérez para que se abstenga de hacerlo[17].

Por supuesto que la deslealtad democrática de sectores de la oposición (entiéndase ésta no como uno o más partidos, sino como la situación y acción política de disentir del gobierno) no puede explicar por sí sola la magnitud de la debacle. Otros factores como el creciente descontento de la ciudadanía dada la frustración de sus expectativas de progreso personal, su desencanto ante los partidos políticos, su embeleso con una cara nueva, que por no pertenecer al estatus quo, juzgó impoluta, pura y honesta; la crisis económica que, como señaló Rey, desarticuló la capacidad del Estado de garantizar el consenso mediante la distribución de la renta, sumado a la falta de responsabilidad política del poder ejecutivo[18]; la incapacidad de los partidos políticos de democratizarse y de darle cabida a las nuevas generaciones; la prepotencia e ingenuidad de la élite mediática y financiera, que descontenta con el liderazgo partidista y político, apostó por llevar a la presidencia a un paria creyendo que podrían controlarlo[19]… Todos estos factores acabaron por dilapidar la obra que con tanto esfuerzo se había conseguido.

---

16 Orlando García, jefe de la escolta civil de Pérez, supuestamente era un agente de la inteligencia cubana. Si bien no se tiene evidencia de su participación en movimientos conspirativos, intervino a favor de conspiradores como Chávez y además tomó parte en gran variedad de fechorías que perjudicaban la imagen de Pérez. Dado el hecho que Fidel Castro abandonó la estrategia insurreccional, no puede descartarse que haya apostado a la desmoralización de la democracia venezolana atizando el tema de la corrupción política. Adviértase que dada la dificultad de apoyar con evidencia empírica las operaciones secretas de un Estado, especialmente un totalitarismo como Cuba, la presente afirmación sólo puede revestir un carácter hipotético-especulativo.

17 Daniel Lara Farías, "4 DE FEBRERO DE 1992, REBELIÓN CÍVICO-MILITAR | CHÁVEZ SE RINDIÓ LLORANDO, HABLA RODRÍGUEZ CITRARO". Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=7N26 ekGpFV 4&t=1312s; consultado en fecha 09 de febrero 2023. Especial atención al minuto 102 en adelante.

18 Juan Carlos Rey, "La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 74, octubre-diciembre 1991, pp. 533-578.

19 Sobre este punto resulta reveladora la entrevista concedida por Asdrúbal Aguiar: Napoleón Bravo, "Dr. Asdrúbal Aguiar: El origen de nuestra tragedia. Los que llevan a Chávez al poder". Disponible en: https://www.youtube.com/ watch?v= IrL8XWrHAx0; consultado en fecha 30 de enero 2023.

La metáfora del suicidio puede resultar dramática y poco precisa en términos científicos. No obstante, juzgamos adecuado conservar el sentido trágico que la metáfora evoca, pues se condice con el ámbito de la experiencia vital de un proceso de totalitarización de la política que se desarrolló a posteriori con el chavismo y que significó el desgarro del tejido social en una magnitud inenarrable. Al mismo tiempo, es como tragedia, como un futuro pasado truncado (e.g. las expectativas de democratización, reforma y reivindicación social), que aquel pasado se hace hoy presente.

Fue así entonces como la democracia venezolana cometió suicidio.

II. EL CHAVISMO O EL TRIUNFO DEL ESTADO SOBRE LA DEMOCRACIA

La reforma del Estado, que en su momento se organizó desde las más altas esferas del poder ejecutivo y que se vio truncada por la propia clase política al comprender que la misma implicaba el socavamiento de sus bases, encontró otras vías de realización. No sin un sentido de tragedia y fatalidad, la elite política venezolana no pudo escapar de su muerte, abriendo así el camino al tan ansiado proceso de cambio. Pero la dirección que tomaría la reforma estatal no estaría a la merced de la planificación de ningún sector social, político o económico, ni conduciría a una mayor democratización; en este sentido, no se trata de reforma propiamente dicha, sino de la evolución de un proceso histórico, del Estado rentista, de aquel Estado sobredimensionado que denunciaban los miembros de la COPRE.

No sin cierta ironía histórica, un hito que los historiadores juzgan como un resultado positivo de los intentos de reforma de la democracia venezolana durante el periodo de sus estertores, a saber, la *Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público,* contribuyó, por un lado, al crecimiento del aparato estatal, y por otro, al despliegue de una paradoja que enredaría a la oposición a la revolución bolivariana en una maraña de contradicciones de la que les ha costado muchísimo escapar. Se trata de que la apertura de alcaldías y gobernaciones a la contienda electoral, terminaría por dar paso a la paradoja de que un partido pudiera ser al mismo tiempo gobierno y oposición. Descrito en la teoría de los sistemas autopoiéticos como una reintroducción del código del sistema político (a saber, gobierno/oposición) dentro de sí mismo, esta contradicción les impediría a los partidos políticos de oposición presentar un argumento convincente ante la comunidad internacional sobre las prácticas antidemocráticas del chavismo y restaría crédito a la advertencia de políticos,

personalidades públicas y académicos sobre su deriva totalitaria[20]. Y no solamente eso, sino que la participación de los partidos de oposición en el gobierno local y regional, compartiendo así con el chavismo la responsabilidad de la gestión pública, los privó de la ventaja que tiene ante el público toda oposición: el no saber cómo se comportará como gobierno y condensar en función de esta ignorancia la esperanza, la expectativa y la ilusión.

Por otro lado, introduciendo en la comunicación política un conjunto de distinciones maniqueas que nos recordarían la actualidad del concepto de lo político de Carl Schmitt, se polarizó la agenda pública y de esta manera se anularon los efectos benéficos que pudo haber tenido el incremento de la participación política. Luego, como lo expuso Hannah Arendt en *Los orígenes del totalitarismo*, el chavismo procedió a duplicar los organismos del gobierno y de la sociedad civil, no solamente haciendo crecer el aparato estatal, sino también absorbiendo (como también ocurriría igualmente con la petrolera estatal) bajo su manto todo sector social de importancia económica y/o representatividad social, gremial y política[21].

Paralelo al proceso interno de expansión estatal, se manifestó además un fenómeno externo de parasitación del agigantado Estado venezolano por el totalitarismo cubano. Este proceso, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, sólo tiene paralelos históricos en la sovietización de Europa del Este tras la Segunda Guerra Mundial. Pero a diferencia de este caso donde la URSS constituía un polo político, económico, ideológico y militar que ordenaba al estilo de un imperio los territorios que controlaba, Cuba ejerce aún hoy en día una primacía ideológica, política y propagandística mientras se aprovecha de la riqueza petrolera de su huésped continental.

---

20 El *re-entry* o reintroducción de la distinción es un concepto desarrollado por el matemático y lógico George Spencer Brown en su obra *Laws of Form*, New York, E.P. Dutton, 1977 el cual fue introducido en la sociología (y en particular, en la sociología política) por Niklas Luhmann. Véase Javier Torres Nafarrate, *ob.cit*, pp. 38-39, 158-161, 191-184, 200. Sobre la tesis de la reintroducción del código gobierno/oposición en el contexto político venezolano, ver José Javier Blanco Rivero, *Repensando la teoría política del totalitarismo*, Equinoccio, Caracas, 2020, p. 366-371.

21 Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 21, 302, 320-342.

En muchos sentidos es una relación inédita, donde el Estado teóricamente más débil domina políticamente al más poderoso sin necesidad de emplear la fuerza[22].

Con el chavismo, mientras se arriaban las banderas de la democracia participativa y protagónica y de la reivindicación de los excluidos, se asiste a la muerte de la democracia en Venezuela. Y no de un tipo de democracia en favor de otra, sino de la democracia en absoluto: porque el imperio de la ley cesó de existir; porque el Estado de derecho fue herido de muerte; porque la independencia del poder judicial fue suprimida y su magistratura convertida en un órgano político-propagandístico; porque la voluntad popular se convirtió, mientras Chávez estuvo con vida, en tiranía de las mayorías y luego en un título hereditario del sucesor en la conducción de la revolución bolivariana. Y ¿la libertad política? Aquel fruto de la democracia que políticos

---

22 Existe una creciente literatura sobre el tema de las relaciones entre Cuba y Venezuela, que ha ido evolucionando conforme se ha ido consolidando la relación entre estos Estados y se han hecho públicos más detalles sobre sus verdaderas dimensiones. Esta relación ha sido descrita de varias formas, en principio y a partir de las declaraciones de Chávez sobre la hermandad con Cuba, se habló de Cubazuela, es decir, de la unidad estatal entre ambas naciones. Posteriormente, las descripciones han ido haciendo más énfasis en las asimetrías existentes, por ejemplo, al hablarse de una invasión o intervención cubana. Sin ánimos de exhaustividad nos remitimos a las siguientes investigaciones: Brian Fonseca y John Polga-Hecimovich, "Venezuela and Cuba: The ties that bind", en *Latin American Program*, January 2020, Wilson Center, pp. 1-18; Marie-Laure Geoffray y Jan Berlin, "Circulations révolutionnaires, légitimations croisées: Cuba-Nicaragua-Venezuela", en *Critique internationale*, No. 68 - juillet-septembre 2015, pp. 125-144; María C. Werlau, *Cuba's Intervention in Venezuela: A Strategic Occupation with Global Implications*, Free Society Project Inc. 2019; Tulio Casal, "Moisés Naím: Venezuela no se puede entender sin explicar que es un país ocupado por Cuba", Diario Las Américas, 27 de septiembre de 2019. Disponible en: https://www.diariolasamericas.com/america-latina/moises-naim-venezuela-no-se-puede-entender-explicar-que-es-un-pais-ocupado-cuba-n4185264; consultado en fecha 30 de diciembre de 2022; José Miguel Alonso-Trabanco, "Cuba's Intelligence Masterstroke in Venezuela", Geopolitical Monitor 9 de agosto de 2019. Disponible en: https://www. geopoliticalmonitor.com/cubas-intelligence-masterstroke-in-venezuela/; consultado en fecha 20 de diciembre de 2022.

como Rafael Caldera y tantos intelectuales estimaban insuficiente[23], se dejó pudrir mientras se perseguían quimeras de justicia social, desarrollo, modernización y reforma[24]. Mirando atrás debemos preguntarnos, ¿valió la pena?; ahora que vivimos bajo un régimen totalitario, ¿no es acaso la libertad política un valor en sí mismo? No se sabe lo que se tiene, hasta que se pierde.

1. *Reforma, modernización, desarrollismo y sus raíces palingenésicas*

El Estado moderno venezolano, como es bien sabido, se institucionalizó durante el siglo XX sobre la base de la distribución de la renta petrolera. Se trata de una forma de organización del poder apuntalada sobre la administración de sanciones positivas, es decir, que la aquiescencia sobre las decisiones políticas y su carácter vinculante depende de la distribución de favores, prebendas y dinero. Ya Marcel Mauss en su conocido *Ensayo sobre el Don* explicó las consecuencias que tiene la dependencia de los favores sobre las estructuras sociales y de poder[25]. En esta misma dirección, estudios antropológicos como el de Jane Goodall han señalado cómo un repentino subidón en la disponibilidad de recursos tiene efectos disruptivos sobre la

---

23 Podría parecer que el uso de un adjetivo indefinido en este lugar debilita el argumento, en especial, para un lector extranjero. Pero hay que tener en cuenta que las ideas liberales en Venezuela eran una verdadera rareza; y cuando llegaron en los 90 recibieron ataques desde todos los sectores, los cuales se apresuraron a desacreditarlas, incluso vinculándolas causalmente con los desórdenes públicos que estaban ocurriendo y el descontento existente. Examínese, por ejemplo, la narrativa histórica que se construyó sobre el *Caracazo*.

24 Véase Rafael Caldera Oficial, "1992. Febrero, 4. Discurso de Rafael Caldera en el Congreso Nacional". Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=KeFXmd3Ty00; consultado en 1 de marzo de 2023 (minuto 11 y 13) y Pedro Palma, "Programa Enfoque - Entrevista a Carlos Blanco". Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=cXxVyI08cGA; consultado en fecha 23 de febrero de 2023. (especial atención al minuto 19). Nuestra intención no es cargar contra personalidades individuales, sino señalar, partiendo de la opinión representativa de la clase política, la persistencia de la idea de la estrecha vinculación entre democracia y democracia económica. Matices y contextos, por supuesto, hay muchos. Caldera, por ejemplo, también estaba hablándole a los países acreedores y al FMI al decir que no podía haber democracia en un país con hambre. El problema es que no tiene que ver una cosa con otra; hambre también no ha hecho pasar el totalitarismo chavista y mucho peor.

25 Marcel Mauss, *Ensayo sobre el don*, Katz Editores, Buenos Aires, 2009.

estructura y orden social[26]. Del mismo modo, mucho se ha escrito también sobre la maldición de los recursos, especialmente en el caso de los petroestados[27]. De modo que ésta ha sido la base sobre la que ha evolucionado y continúa evolucionando el Estado venezolano.

Pero, ¿qué es lo que nos empuja en esta dirección? ¿Acaso ya no hemos identificado el problema y lo conocemos suficientemente bien como para corregirlo? ¿Se reduce todo a la falta de voluntad política y/o al enquistamiento de intereses que impiden el cambio? Hoy en día podemos pensar que es el chavismo el que nos impide levantar estas barreras, sin embargo, fácilmente podemos caer en viejos errores sino cavilamos sobre los mismos y andamos con prudencia.

O ¿se trata acaso de una fatalidad de la que no se puede escapar?

En cierto modo, cuando hablamos de evolución esto es lo que se sugiere: una deriva estructural donde somos presa de fuerzas mucho más poderosas que nuestras voluntades. Las raíces del problema se hunden en la historia, en tradiciones discursivas que dan forma a nuestras maneras de pensar y actuar en lo político, que orientan nuestras expectativas normativas sobre el rol del Estado en la sociedad y lo que se puede y debe lograr políticamente. En otro lugar lo hemos descrito como el *discurso reformista*[28].

El reformismo tiene sus raíces en el pensamiento ilustrado, concretamente, en la idea del legislador como alfarero de sociedades; en el constitucionalismo como una tecnología social para moldear eso que Rousseau denominó la

---

26 Véase Jane Goodall, *En la senda del hombre*, Biblioteca Científica Salvat, Barcelona, 1986 y Mary Midgley, *Bestia y hombre: las raíces de la naturaleza humana*, FCE, México, 1989. Para una puesta en contexto con la situación del país ver Manuel Jacobo Cartea, "La cultura y la Modernización. Reflexiones en torno a la política cultural del CONAC", *Apreciación del proceso histórico venezolano*, Fundación Universidad Metropolitana - Fondo Editorial Inter-fundaciones, Caracas, 1988, p. 274.

27 Un clásico sobre este tema es el trabajo de Terry Lynn Karl, *The paradox of the plenty: Oil Booms and Petrostates*, University of California Press, California, 1997. Véase también Diego Bautista Urbaneja, *La renta y el reclamo. Ensayo sobre petróleo y economía política en Venezuela*, Editorial Alfa, Caracas, 2013.

28 José Javier Blanco Rivero, *¡Refórmese el Gobierno y los Individuos se Reformarán! Elementos de una teoría política de la emancipación, 1808-1830*, Dictus Publishing, Saarbrücken, 2013, p. 109-139.

segunda naturaleza del hombre, a saber, las costumbres[29]. En la teoría política de la independencia venezolana, este discurso tomó una forma particular: partía del supuesto de la corrupción del tejido social a causa de la tiranía y esclavitud a la que habían estado sometidos los habitantes de estos reinos, para proponer a continuación la necesidad de su reforma a través de una revolución liberal, es decir, una constitución política que, por un lado, instituyese un gobierno libre, y por otro, promoviese la educación e ilustración del pueblo sobre los principios que informaban el nuevo orden, a saber, la libertad y la igualdad ante la ley.

Sin embargo, este discurso, con las distintas variantes que se sucederían en nuestra historia política, escondía una aporía: ¿cómo puede un cuerpo social corrupto reformarse a sí mismo? Es decir, el discurso reformista presupone la existencia de una élite ilustrada impoluta y virtuosa capaz de llevar a cabo la reforma de las costumbres e instituir la república o cualquiera que sea el proyecto nacional vigente. Cuando la élite o clase política pierde credibilidad y liderazgo social, la contradicción se hace evidente y su legitimidad se corroe. Esto es especialmente cierto cuando se percibe a esta clase como corrupta y envilecida.

Esta contradicción ha estallado varias veces a lo largo de nuestra historia bajo la forma de una revolución social (pensemos, por ejemplo, en los años que siguieron a la caída de la Primera República, en la guerra federal y en la revolución bolivariana), es decir, una explosión del resentimiento social hacia las élites políticas y sociales; un revanchismo disfrazado de igualitarismo y reivindicación social por cuyo intermedio se ha producido la sustitución de una elite política por otra.

El discurso reformista decimonónico se ha reconfigurado durante el siglo XX a partir de los conceptos de modernización y desarrollo. Uno de los problemas del reformismo y sus facetas más nóveles es la distancia (muchas veces abismal) entre las intenciones u objetivos y los cambios efectivamente producidos, de modo que el sistema político se ve enfrentado a una serie de efectos secundarios de reformas truncadas del pasado, frente a la cual intenta reaccionar emprendiendo más reformas.

Yendo más allá, existen dos rasgos oscuros del reformismo. Por un lado, el discurso y las expectativas de reforma a menudo no reparan en el hecho de que la reforma llevada a sus últimas consecuencias es siempre auto-reforma;

---

[29] Esto implica que estamos excluyendo la vertiente del despotismo ilustrado donde es el soberano quien lleva las riendas del cambio social y político.

dado que el poder político no es una isla sociológica, sino que se encuentra anclado en una formación social, todo intento de reforma integral de la sociedad y del Estado inevitablemente conlleva al socavamiento de las bases del propio poder. En este orden de ideas, toda reforma consecuente y llevada a término significa un suicidio de la élite política.

Por otro lado, la pretensión de implementar una reforma integral de la sociedad y del Estado, como toda palingenesia, constituye el núcleo de todo movimiento totalitario. En consecuencia, el movimiento totalitario no se conforma con barrer a la clase política dominante, sino que acumula poder y competencias en los órganos del Estado, aplastando la libertad, y apuntando a la pretensión de transformar la naturaleza humana – o al menos subyugar su conciencia mediante la destrucción de todo sentido de dignidad humana.

Desde esta perspectiva, en la década de los 90 se presentó una tormenta perfecta en Venezuela. La élite política se enfrentó a la necesidad de emprender reformas radicales, sin embargo, cuando comprendió que ello significaría su fin trató de detenerse. Fue así como se hizo fracasar a la COPRE. Pero luego llegó a la presidencia Carlos Andrés Pérez con la firme intención de enmendar la plana y tratar de corregir los desequilibrios de los cuales él mismo había sido el causante durante su primer gobierno, sin importarle que, al hacerlo, estaba sepultando su capital político y estaba minando las bases del poder de su propio partido. Pérez fue la expresión más fiel del reformista consecuente que acaba destruyéndose a sí mismo; estuviese consciente de ello o no, poca diferencia hace. El asesinato político de la figura de Pérez (a través, como es sabido, de su juicio político por supuesta corrupción) no fue suficiente para que la élite lograse evitar el continuo descrédito de su liderazgo. Entonces quedó servida la mesa para que un movimiento aparentemente nacionalista, aupado por la élite mediática y financiera disgustada por las medidas financieras del gobierno, conquistara el poder por medios democráticos y, teniendo en sus manos el poder del Estado, comenzara a desmontar desde adentro las instituciones del Estado de Derecho y a construir en su lugar las del Estado totalitario.

III. FUTUROS PRESENTES

El discurso reformista representa otra capa del pasado presente cuyas calamitosas consecuencias vivimos hoy. Pero si a partir de nuestro presente-presente, con todo lo complicado y oscuro que luce, nos preguntamos ¿qué futuros podemos esperar? Y no hablamos necesariamente en términos realistas de los futuros posibles, sino de los futuros imaginados que bosquejan aquellos que sueñan con la vuelta de la democracia.

Ciertamente, como indica Carlos Blanco, uno de los temas que hay que retomar una vez que dejemos atrás la pesadilla totalitaria, es el de la reforma o refundación del Estado venezolano[30]. Pero –agregaríamos– sin caer en los atolladeros del reformismo y sus diferentes caras[31].

Dado que nos encontraremos ante un vacío institucional, no hay otra opción sino construir, con todos los riesgos e incertidumbres que ello trae consigo. Tentador resulta incluso hablar de reconstrucción y con ello se abre la interrogante sobre qué deseamos conservar del pasado democrático. Podríamos elaborar una lista de aquello que deseamos conservar o bien podríamos juzgar oportuno hacer borrón y cuenta nueva. Ninguna opción tiene ventajas claras sobre la otra, pues el que desea conservar corre el riesgo de caer en los mismos errores por sacar las conclusiones erróneas sobre las lecciones que se debieron aprender; y el que pretende empezar de cero se aventura en el campo minado de la ingeniería social conduciéndonos quizá a un renovado autoritarismo. Por otra parte, se corre también el riesgo de caer en la paradoja del reformismo, a saber, que un grupo abriéndose paso y presentándose al público como una élite preclara, lleve adelante los cambios que juzga pertinentes según sus propios criterios e intereses (con lo que caeremos de nuevo en el ciclo histórico del que debemos precisamente escapar).

Una voz más prudente nos advierte que todos los venezolanos debemos participar en la discusión del país que queremos, sin excluir a nadie. Esto es ciertamente necesario. Pero el diálogo y el debate por sí solos no hacen milagros. Es menester que abandonemos todo prejuicio, pre-concepción e ideología (que no es otra cosa que dogma y renuncia del pensamiento[32]) y nos

---

30 Canalunimet, "Celebración de los 105 años del nacimiento de Ramón J. Velásquez: Periodista y promotor de la COPRE". Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=6Z1xW0rirQs; consultado en fecha 23 de febrero de 2023 (minuto 27).

31 Aunque no exenta de conflictos, Blanco sigue considerando a la reforma del Estado como una alternativa a la crisis de legitimidad o gobernabilidad en América Latina. Ver Carlos Blanco, "Reform of the State: An Alternative for Change in Latin America", *ANNALS. AAPS*, 606, July 2006, pp. 231-243.

32 Al respecto ha escrito Giovanni Sartori, haciendo repaso de sus ideas: "Los contenidos ideológicos de los siglos XIX y XX –y especialmente la doctrina del marxismo– ya han pasado a los anticuarios; pero la forma mentis ideológica, el modo de pensar ideológico, está más vivo y sano que nunca. Infravaloré el hecho

atrevamos a ver los problemas desde una nueva perspectiva. Y esto es de lo más difícil, pues debemos enfrentarnos a la penosa tarea de cuestionar nuestras creencias.

Por si fuera poco, existen otros problemas sobre los que debemos reflexionar: ¿cómo lidiar con el futuro neochavismo, por ejemplo, con quienes quieran usar a Maduro de chivo expiatorio y rescatar la imagen beata de Chávez? ¿Cómo enfrentar el problema de la memoria histórica con referencia a los crímenes del chavismo? ¿Cómo abordar el problema de nuestra colonización política por Cuba y cómo borrar su huella? ¿Cómo tratar con la religión política de la democracia y justicia social con su bien conocido talante populista y clientelar? ¿Cómo lograr que el debate abierto y plural sobre estos temas, que bien seguros estamos que se puede lograr y que éste puede ser del más alto nivel, no sea desplazado por el acuerdo político entre unas minorías que querrán reclamar, como si fuese su derecho, la dirección de los destinos del país?

No hay respuesta fácil para estas preguntas.

En todo caso, existen varios temas que, antes que ser presentados como los fundamentos de un consenso y/o como premisa para el debate, deben ser cuestionados desde sus presupuestos más básicos. El primero de ellos es el tema de la *democracia social o la democratización social y económica*. Esta idea parte de la premisa de que para que la democracia política pueda perpetuarse, es necesario que la democracia irradie hacia toda la sociedad. A primera vista luce como una meta muy loable, sin embargo, lo que implica es una politización de la sociedad toda. La politización de la sociedad, quizá vista como incremento de la participación, no trae necesariamente ningún beneficio para la democracia. Al contrario, representa un contexto propicio para la polarización, la desinformación y la reducción de la complejidad de todas las cosas a un simple código binario estoy-de-acuerdo/estoy-en-contra. Nos lleva inclusive a juzgar un asunto en función de quién lo propone (gobierno u oposición) y las simpatías o antipatías que tengamos hacia las figuras que las representen. La democracia bien entendida significa, por el contrario, dejar que la sociedad se desenvuelva libremente en sus actividades, siempre y

---

de que para quien no sabe pensar, para el que no tiene autonomía y auténtica fuerza de pensamiento, la ideología sigue siendo una muleta necesaria. De hecho, hoy el ideologismo arrecia disfrazado de lo «políticamente correcto». Podríamos decir que ya no hay un ideologismo metafísico, pero sigue siendo un pensamiento pobre, cerrado y sectario." Giovanni Sartori, *¿Qué es la democracia?*, Epublibre, 2007, p. 5.

cuando no se viole ninguna ley fundamental. Ni desregulación, que nos dejaría desprotegidos; ni regulomanía, que o bien nos lanza hacia el totalitarismo o hace de la ley letra muerta.

Por otra parte, si se pretende transformar a la sociedad para hacerla más democrática, ¿cuáles serían los medios para lograrlo? Pues, concederle más poder y más competencias al Estado. La política resuelve los problemas sociales acudiendo a tres medios: a) la violencia, es decir, obligando a los díscolos a obedecer una decisión; b) el derecho, es decir, regulando, lo que nos lleva de nuevo al primer punto con el objeto de hacer cumplir las leyes; y c) mediante la disposición de fondos públicos[33]. ¿Qué problemas sociales pueden ser resueltos con estos medios?

Si lo pensamos, más que resolver, lo que se puede hacer en el mejor de los casos es llegar a un acuerdo que funcione para las distintas partes (arreglo que naturalmente tendrá una vigencia temporal). Y en otros casos, como por ejemplo con el tema del narcotráfico, el panorama es mucho más desconsolador. Prohibir los narcóticos dispara su precio en el mercado negro internacional, mientras que permitirlos coloca automáticamente al Estado en cuestión como un paria y promotor del desequilibrio regional, entre otros; en resumidas cuentas, el costo político es inaceptable. Emplear decididamente la fuerza pública puede rendir frutos a corto plazo, pero dada la rentabilidad del negocio pronto surgen nuevos carteles. Y en los peores casos, elementos de la fuerza pública podrían aprovechar la oportunidad de dirigir ellos mismos el negocio (como ya ha ocurrido en países como Venezuela y México). Por último, se ha hablado mucho de la necesidad de enfrentar el problema desde una perspectiva integral, por lo que se recomienda invertir en deporte, educación, generar oportunidades, entre otros. Pero ¿cuánto se requiere invertir y por cuánto tiempo? ¿Puede el tesoro público sostener esos gastos sin incurrir en el agrandamiento de la deuda interna y externa?, ¿sin generar inflación? Y esto sin mencionar el tema de la corrupción, el cual esconde la existencia de estructuras de poder a nivel local, regional y nacional cuyo fundamento es el intercambio de favores y el tráfico de influencias.

Con esto lo que se quiere ilustrar es que, incluso un tema sobre el cual nadie dudaría en otorgarle competencia al Estado, no tiene solución (o al menos soluciones aparentes) siendo abordada con los medios de los cuales dispone tradicionalmente el poder político.

---

33 Sobre los medios de la política, a saber, poder, dinero y derecho, véase Niklas Luhmann, *Comunicación ecológica. ¿Puede la sociedad moderna responder a los peligros ecológicos?*, Universidad Iberoamericana, México, 2020.

En el caso de la democratización de la economía los problemas son más patentes, pues ¿qué significa democratizar la economía? Dadas las connotaciones igualitarias y participativas del concepto de democracia, esto significaría hacer la economía igualitaria y participativa ¿Suena familiar? Si la economía se fundamenta sobre la escasez, pretender establecer mecanismos de participación igualitaria no implica otra cosa que destruir la economía. Si no aprendimos esta lección con el chavismo, comenzaremos a dudar seriamente sobre la existencia de aquello que llaman aprendizaje o inteligencia colectiva.

En definitiva, la idea de la democratización de la sociedad y la economía es una de las más nefastas que hayamos podido tener. ¿Acaso no fue la revolución bolivariana con Chávez la realización a pies juntillas de los ideales de democracia social? La idea de que existe algo inherentemente bondadoso en el poder político que le otorga el deber moral de transformar y ordenar su entorno social es profundamente totalitaria.

El segundo tema a debatir trata sobre *la relación del Estado con la economía*[34]. La legitimidad política descansa hoy en día en buena medida en el desempeño económico; y eso es un problema porque significa echar los fundamentos de un edificio sobre arenas movedizas. En el periodo de posguerra se vendió la tesis (en un acto de politización de la ciencia política) de la relación entre el desempeño económico y la democracia (liberal), tratando atraer de esta manera hacia la esfera occidental a los países en vías de desarrollo y luego, una vez caída la URSS, a aquellos Estados que salían de la esfera del comunismo.

Sin embargo, como ha llegado a comprenderse a través de la experiencia, una trayectoria evolutiva que se dio para los países occidentales no tiene por qué repetirse en otros contextos históricos y sociopolíticos. Los sistemas sociales son sistemas complejos y esto, que puede parecer perogrullo,

---

[34] Más que en un ideario liberal, las ideas aquí expuestas se inspiran en la teoría de los sistemas sociales impulsada por los trabajos de Niklas Luhmann. Se parte del supuesto que la sociedad moderna está diferenciada funcionalmente, esto es, existen sistemas funcionales (política, economía, derecho, arte, etc.) donde cada cual cumple una función social determinada. Este hecho genera un contexto en el que los sistemas funcionales son autónomos por un lado, ya que sólo ellos pueden reclamar el ejercicio de su función respectiva, pero por otro son profundamente interdependientes, lo que se traduce en un gran dinamismo e inestabilidad social (incertidumbre, complejidad, riesgos). Esto se hace bastante patente en el caso del sistema político, cuya función es la manutención de la capacidad de toma de decisiones vinculantes colectivas.

significa que su conducta no es determinista, que tantas variables cooperan en la producción de algún efecto que tratar de aislar las causas es una empresa desalentadora.

Desgraciadamente, las teorías de la modernización y el desarrollo al fundamentarse sobre supuestos inciertos abrieron la puerta para que se colase el desencanto con la democracia y para que las propuestas de terceras vías inyectasen subrepticiamente elementos autoritarios en sus recetas. El resurgimiento del autoritarismo que vemos hoy día tiene sus raíces acá. Hemos visto en las últimas décadas con la China de Xi Jinping o con la Rusia de Putin, a la holgura económica convertirse en baremo suficiente para que la población de por bueno un gobierno, irrespectivamente de las violaciones de derechos humanos o de las carencias en libertades políticas y de expresión. El discurso de la modernización quiso vender la idea de que al adoptar la democracia, todas las sociedades iban a ser como la estadounidense o la europea. Flaco favor que le hicieron a la idea de democracia.

Politizar la ciencia es un riesgo porque el conocimiento científico es siempre parcial e incompleto y las evidencias de las que se disponen en cierto momento pueden verse refutadas posteriormente. Esto sin contar con que la politización del conocimiento científico a menudo conlleva al desvirtuamiento de sus enunciados, al someterlos a una simplificación excesiva y al pasarlos por el tamiz de la comunicación política y sus estructuras.

De nuevo, la insistencia en que el Estado tiene la capacidad y el deber de transformar la sociedad (economía, cultura, arte, ciencia, etc.) es una de las ideas más peligrosas que ha engendrado la humanidad. Y la creciente inestabilidad política marcada por el pendular del electorado de un extremo del espectro político al otro, tiene su raíz en el ciclo de ilusiones y desilusiones consecuencia de aferrarse a expectativas e ideas que poco asidero tienen en la realidad. En consecuencia, no hay que dar crédito a las teorías de la modernidad, ni a las terceras vías ni a los desarrollos endógenos o cualquier otro desarrollismo ad hoc.

Dado que la economía es un sistema complejo, global e interconectado, resulta irrealista asumir que cada Estado puede crear las condiciones para el crecimiento y bienestar de su población. El Estado a lo sumo dispone de una serie de controles macroeconómicos que le permiten encauzar o entorpecer el crecimiento de los mercados. Insistimos: las políticas fiscales y monetarias sólo pueden fungir como estimulantes o como barreras; sólo pueden encauzar o destruir, pero nunca crear. Esto es, si los mercados nacionales no producen valor, es poco lo que puede cambiar el Estado porque no hay valor alguno que

genere el Estado para la economía; el Estado sólo sabe gastar y bajo qué coyunturas esto es beneficioso y cuándo no (el llamado keynesianismo), ni los economistas saben (así que tampoco se le puede achacar toda la culpa a la irracionalidad del gasto público).

Los liberales siempre han tenido la razón al señalar que el rol del Estado en la economía debe limitarse al arbitraje de contratos entre los actores económicos y a la regulación de los mercados (entendida como un marco legal que establezca las reglas del juego de la explotación de determinada actividad económica evitando todo abuso derivado de la desigualdad de las fuerzas en competencia –a lo que necesariamente debería añadirse el derecho ambiental). No obstante, existe un elemento mítico, si se quiere, en la teoría liberal, a saber, la idea del libre mercado. Si bien la oferta y la demanda juegan un rol importante en la determinación de los precios, existen muchos otros factores que intervienen en el proceso, tales como el rol de los intermediarios, la incertidumbre sobre la capacidad futura de pago, especulación, asimetría de la información, monopolios, oligopolios, etc., que hacen de los mercados estructuras sociales opacas, imprevisibles y caóticas.

Mucho se debatió sobre estos temas en el marco de la COPRE; y bastante conscientes se estuvo sobre las realidades de los mercados internacionales, especialmente, los mercados financieros. La conclusión a la que la mayoría arribó (usando como trasfondo al contra concepto de *tecnocracia*) consistía en que el Estado debía asumir un conjunto de responsabilidades irrenunciables con el objeto de proteger a la sociedad, en especial, a los más desvalidos. La justicia asiste, sin duda, a este modo de pensar. Sin embargo, es menester atender también a consideraciones más pragmáticas: si independientemente de la vitalidad de la economía nacional, sumamos a los gastos operativos comunes del Estado un gasto social, por más modesto que sea, ¿qué ocurre cuando no se dispongan los recursos suficientes para asumir estos gastos? ¿Elevar los impuestos en una economía ya bajo estrés? ¿Acudir a empréstitos internacionales? ¿Ampliar la base monetaria? Países con economías débiles sencillamente no se pueden permitir costear Estados de Bienestar; y al empeñarse por este camino lo que se logra es que el Estado se convierta en un estorbo para un eventual crecimiento económico.

Yendo más allá, no se le puede otorgar rango constitucional a un conjunto de gastos cuando la disponibilidad de fondos es contingente. Hacerlo condiciona a los políticos a tomar pésimas decisiones que afectan la economía y el erario público y, por consiguiente, a ese sector vulnerable de la sociedad que se desea proteger. Por otra parte, hacer del acceso a ciertos recursos un derecho, facilita el desarrollo de estructuras clientelares, cuando no representa una sanción legal de su existencia.

Como corolario, si el Estado no puede controlar la economía sino que a lo mejor que puede aspirar es no arruinarla, entonces no puede prometer desarrollo ni progreso económico; ni, en contraposición, se pueden juzgar a la políticos por las contingencias de los mercados. Pero ¿cómo se desarraiga una expectativa normativa tan cara a la ciudadanía? ¿Cómo nos reeducamos para reconocer que la libertad política es un valor en sí mismo y es lo mejor que podemos esperar del orden político? ¿Cómo nos hacemos a la idea, sobre todo cuando tanto detesta el hombre la incertidumbre y el si acaso, que el bienestar económico es una contingencia, algo que va y viene y de cuyo control carecemos?

El problema con las expectativas normativas, como lo explicaba Luhmann, es que la decepción no las debilita, sino que las afirma[35]. Y el discurso político se especializa en condensar e inflar expectativas normativas, aunque luego deba pagar caro el costo del descontento. Y el concepto de democracia, por si fuera poco, ha sido tan poderoso por todo lo que condensa en términos de expectativas de una vida y un mundo mejor.

Urge encontrar un equilibrio entre las expectativas infladas de la democracia y la tendencia estatal al gigantismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO-TRABANCO, José Miguel. *"Cuba's Intelligence Masterstroke in Venezuela"*, Geopolitical Monitor 9 de agosto de 2019, disponible en: https://www.geopoliticalmonitor.com/cubas-intelligence-masterstroke-in-venezuela/d consultado en fecha 20 de diciembre de 2022.

ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1998.

BLANCO, Carlos. *Un Programa para el Cambio, La Reforma del Estado en Venezuela*, Random House Mondadori/Grijalbo, Caracas, 2010.

_____. "Reform of the State: An Alternative for Change in Latin America", *ANNALS. AAPS*, 606, July 2006, pp. 231-243.

BLANCO MUÑOZ, Agustín. *La conspiración cívico-militar: Guairazo, Barcelonazo, Carupanazo y Porteñazo*, Ediciones FACES/UCV, Caracas, 1981.

35 Niklas Luhmann, *Sistemas sociales*, Anthropos, Barcelona, 1998, p. 295 y ss.

_____. *La lucha armada: hablan 5 jefes. Gustavo Machado, Pompeyo Márquez, Pedro Ortega Díaz, Guillermo García Ponce, Teodoro Petkoff*, FACES/UCV, 1980.

_____. *La lucha armada: Hablan 6 comandantes. Elegido Sibada ("Magoya"). Luben Petkoff. Anselmo Natale. Luis Correa. Juan Vicente Cabezas("Pablo"). Alfredo Maneiro("Tomas")*, FACES/UCV, 1981.

BLANCO RIVERO, José Javier. *¡Refórmese el Gobierno y los Individuos se Reformarán! Elementos de una teoría política de la emancipación, 1808-1830*, Dictus Publishing, Saarbrücken, 2013.

_____. *Repensando la teoría política del totalitarismo*, Equinoccio, Caracas, 2020.

BRAVO, Napoleón. "Dr. Asdrúbal Aguiar: El origen de nuestra tragedia. Los que llevan a Chávez al poder", disponible en: https://www.youtube.com /watch?v=IrL8XWrHAx0; consultado en fecha 30 de enero 2023.

CALDERA, Rafael. "1992. Febrero, 4. Discurso de Rafael Caldera en el Congreso Nacional", disponible en: https://www.youtube.com/watch?v= KeFXmd3Ty00; consultado en 1 de marzo de 2023.

Canalunimet, "Celebración de los 105 años del nacimiento de Ramón J. Velásquez: Periodista y promotor de la COPRE", disponible en: https://www. youtube.com/watch?v=6Z1xW0rirQs; consultado en fecha 23 de febrero de 2023.

CARRERA DAMAS, Germán. "La Reforma del Estado", en *Apreciación del proceso histórico venezolano*, Fundación Universidad Metropolitana - Fondo Editorial Interfundaciones, Caracas, pp. 257-259.

CARTEA, Manuel Jacobo. "La cultura y la Modernización. Reflexiones en torno a la política cultural del CONAC", *Apreciación del proceso histórico venezolano*, Fundación Universidad Metropolitana - Fondo Editorial Interfundaciones, Caracas, 1988, p. 274.

CASAL, Tulio. "Moisés Naím: Venezuela no se puede entender sin explicar que es un país ocupado por Cuba", Diario Las Américas, 27 de septiembre de 2019, disponible en: https://www.diariolasamericas.com/ america-latina/moises-naim-venezuela-no-se-puede-entender-explicar-que-es-un-pais-ocupado-cuba-n4185264; consultado en fecha 30 de diciembre de 2022.

DI TELLA, Rafael y DONNA, Javier. "Oil, Macro Volatility and Crime in the Determination of Beliefs in Venezuela", en Ricardo Hausmann y Francisco Rodríguez (ed.), *Venezuela Before Chávez. Anatomy of an Economic Collapse*, Penn State University Press, Pennsylvania, 2015, pp. 407-424.

FONSECA, Brian y POLGA-HECIMOVICH, John. "Venezuela and Cuba: The ties that bind", en *Latin American Program*, January 2020, Wilson Center, pp. 1-18.

GEOFFRAY, Marie-Laure y BERLIN, Jan. "Circulations révolutionnaires, légitimations croisées: Cuba-Nicaragua-Venezuela", en *Critique internationale*, No. 68 -juillet-septembre 2015, pp. 125-144.

GONZÁLEZ MARREGOT, Miguel. *Los movimientos vecinales y las reformas democráticas en Venezuela*, 1958-1998, UCAB-AB Ediciones-Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro-KAS, Caracas, 2018.

GOODALL, Jane. *En la senda del hombre*, Biblioteca Científica Salvat, Barcelona, 1986.

IRWIN, Domingo G. y LANGUE, Frédérique. "Militares y democracia. ¿El dilema de la Venezuela de principios de siglo XXI", en *Revista de Indias*, vol. LXIV, núm. 231, 2004, pp. 549-560.

KARL, Terry Lynn. *The paradox of the plenty: Oil Booms and Petrostates*, University of California Press, California, 1997.

KORNBLITH, Miriam y LEVINE, Daniel. "Venezuela: the life and times of the party system", Working Paper No. 197, Kellogg Institute, 1993.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica y crisis. Sobre la patogénesis del mundo burgués*, Trotta, Madrid, 2007.

LARA FARÍAS, Daniel. "4F: CARRATU NO OLVIDA | A 28 años del golpe del 4-F-1992", disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=yckyI7qrrRY&t=1095s; consultado en fecha 09 de febrero 2023.

_____. "4F: CARRATU Y LA TRAICION DE OCHOA | 28 años de IMPUNIDAD", disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=zRKlLtsyA6M&t=3s; consultado en fecha 09 de febrero 2023.

LARA FARÍAS, Daniel. "4 DE FEBRERO DE 1992, REBELIÓN CÍVICO-MILITAR | CHÁVEZ SE RINDIÓ LLORANDO, HABLA RODRÍGUEZ CITRARO", disponible en: https://www.youtube.com/ watch?v=7N26ekGpFV4&t=1312s; consultado en fecha 09 de febrero 2023.

LUHMANN, Niklas. *Comunicación ecológica. ¿Puede la sociedad moderna responder a los peligros ecológicos?*, Universidad Iberoamericana, México, 2020.

_____. *Sistemas sociales*, Anthropos, Barcelona, 1998.

MAUSS, Marcel. *Ensayo sobre el don*, Katz Editores, Buenos Aires, 2009.

MIDGLEY, Mary. *Bestia y hombre: las raíces de la naturaleza humana*, FCE, México, 1989.

MONDOLFI GUDAT, Edgardo. *La insurrección anhelada: Guerrilla y violencia en la Venezuela de los sesenta*, Editorial Alfa, Caracas, 2017.

NAÍM, Moisés. "The Real Story Behind Venezuela's Woes", en *Journal of Democracy*, Vol. 12, Núm. 2, April 2001, pp.17-31.

PALMA, Pedro. "Programa Enfoque - Entrevista a Carlos Blanco", disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=cXxVyI08cGA, consultado en fecha 23 de febrero de 2023.

REY, Juan Carlos., *El futuro de la democracia en Venezuela*, UCV-FCJP, Caracas, 1998.

_____. "La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación", en *Revista de Estudios Políticos*, Núm 74, octubre-diciembre 1991, pp. 533-578.

_____. "Los tres modelos venezolanos de democracia en el siglo XX", en *La Democracia Venezolana y sus acuerdos en los cincuenta años de su convenio con la Santa Sede*,

Kas-ucab, Caracas, 2015, pp. 9-34.

SALAMANCA, Luis. *Obreros, movimiento social y democracia en Venezuela*, FCJP-UCV, Caracas, 1998.

SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?*, Epublibre, 2007

SPENCER BROWN, George. *Laws of Form*, New York, E.P. Dutton, 1977.

SVAMPA, María Lucila. "El concepto de crisis en Reinhart Koselleck. Polisemias de una categoría histórica", en *Anacronismo e Irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, Vol. 6 No. 11, Noviembre 2016 a Mayo 2017, pp. 131-151.

TINOCO, Pedro. "La Reforma del Estado", Fundación Universidad Metropolitana - Fondo Editorial Interfundaciones, Caracas, pp. 255-256.

TORRES NAFARRATE, Javier., *Luhmann: la política como sistema*, FCE, México, 2004.

URBANEJA, Diego Bautista., *La renta y el reclamo. Ensayo sobre petróleo y economía política en Venezuela*, Editorial Alfa, Caracas, 2013.

WERLAU, María C., *Cuba's Intervention in Venezuela: A Strategic Occupation with Global Implications*, Free Society Project Inc. 2019.

SOBRE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO: APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Allan R. BREWER-CARÍAS*

El primero de los principios del constitucionalismo moderno es la idea misma de Constitución, cuya consolidación y desarrollo, desde los inicios del siglo XIX, condujo al establecimiento en cada uno de los países del mundo moderno de un conjunto de normas de rango superior que de manera general regulan las funciones fundamentales del Estado, sus distintos órganos y poderes y sus interrelaciones, el principio democrático representativo, así como los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos.[1]

Incluso puede decirse que la constitucionalización del Estado se inició hace algo más de doscientos años con la introducción, en la práctica política, precisamente de las Constituciones escritas concebidas como documentos formales, expresión de la voluntad del pueblo, considerándose esta última como soberana con respecto a la organización política de la Nación. Como consecuencia de este proceso, en términos generales, la soberanía se despersonalizó, y los órganos del Estado, inclusive, en su caso el Rey y el Parlamento, fueron convertidos, precisamente, en tales órganos del Estado, quedando la soberanía como un atributo que corresponde sólo al pueblo, representado por dichos órganos.

En esta forma, a lo largo de los últimos dos siglos, tras la aprobación de la primera Constitución escrita moderna, es decir, de la Constitución de los

---

* Profesor Emérito, Universidad Central de Venezuela.

1 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Principios del Estado de Derecho. Aproximación Histórica*, Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derecho Humanos, Miami Dade College, Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2016.

Estados Unidos de América en 1787, en todo el mundo se difundió la práctica de la sanción de Constituciones escritas, de manera que hoy en día todos los países del mundo la tienen, salvo muy contadas excepciones como por ejemplo, el Reino Unido. Por supuesto, el hecho de que el Reino Unido y otros pocos países, como Israel y Nueva Zelandia, no tengan formalmente una Constitución escrita, no significa que en esos países no haya Constitución alguna. Al contrario, estos países tienen una serie de normas, algunas escritas (leyes fundamentales) y otras no, que con el carácter de leyes básicas determinan, regulan y rigen su forma de gobierno y la distribución del Poder.[2] Por ello, la constitucionalización del Estado también se ha producido en sistemas constitucionales sin Constitución escrita.

En todo caso, este proceso de constitucionalización del Estado de Derecho, reflejado en una Constitución, ha comprendido el sistema de garantías de las libertades y derechos fundamentales que se declaran en el texto; el sistema de separación y división de los poderes del Estado; la participación del pueblo en el Poder Legislativo mediante la representación popular; la sumisión del Estado al derecho, y lo más importante en el contexto de las Constituciones modernas, ha generado un sistema que responde a una decisión política de la sociedad, adoptada por el pueblo, como poder constituyente originario, expresada generalmente a través de una Asamblea Constituyente.

En especial, el principio de la separación de poderes, con su distinción entre órganos legislativos, órganos ejecutivos (gubernamentales y administrativos) y tribunales de justicia, fue considerado desde finales del Siglo XVIII, salvo en los antiguos países socialistas, como un elemento necesario de cualquier Constitución, puesto que se lo considera, en sí mismo, como la garantía orgánica contra los abusos de poder por parte de los órganos del Estado. Basta con recordar, sobre ello, el contenido del artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el cual establece:

> "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución."[3]

Por ello, siguiendo este postulado, las primeras Constituciones escritas en la época moderna fueron las constituciones coloniales de los Estados

---

2 Véase M. C. Wheare, *Modem Constitutions*, Oxford 1966, pp. 1-2.

3 Véase W. Laqueur and B. Rubin. *The Human Rights Reader 1979*, p. 120.

independientes norteamericanos sancionadas a partir de 1776, seguidas de la Constitución norteamericana de 1787, siendo los Estados Unidos el primer país del common law que reemplazó la soberanía parlamentaria por la supremacía de una Constitución adoptada por el pueblo contentiva de sus derechos fundamentales.[4] Ello se hizo, sin embargo, con base en las ideas de la existencia de una Ley fundamental y superior establecida como un contrato social, que tuvo sus orígenes precisamente en Inglaterra y, además, sus antecedentes en el proceso mismo de colonización de Norteamérica.[5]

En efecto, los antecedentes de la idea de la existencia de una Ley superior en la Constitución norteamericana[6] pueden ciertamente ubicarse en la doctrina medieval de la supremacía de la ley desarrollada en tratados sobre las leyes de Inglaterra, particularmente los de Bracton (1569) considerado como el más grande jurista inglés de la Edad Media, tal como sus postulados fueron interpretados principalmente por Sir Edward Coke.

Esa idea de la ley superior condujo progresivamente a la reacción contra la doctrina del derecho de los reyes, basada en el dogma del origen divino del derecho sobre la cual estaba construida la sociedad civil, y a la elaboración del principio conforme al cual la Ley está por encima tanto del rey como del pueblo, por igual.[7]

I. ORÍGENES HISTÓRICOS

Ahora bien, entre los instrumentos que constituyen el antecedente específico de las modernas Constituciones escritas, está particularmente el *Instrument of Government* (1653) emitido en Inglaterra por Oliver Cromwell y su Consejo de Oficiales, que ha sido considerando como la primera Constitución escrita de la historia constitucional.

---

4 Véase A. Lester, "Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated," en *Public Law*, 1984, p. 58.

5 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo No. 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008.

6 Véase en general, E. Corwin, *"The Higher Law" background of American Constitutional Law*, New York 1955, pp. 37 ss.

7 Véase F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, London 1956, p. 59.

Antes, sin embargo, bien podría indicarse también como antecedentes remotos de las Constituciones escritas, a las Cartas medievales, es decir, los pactos formales establecidos durante de la Edad Media entre un Príncipe y sus vasallos, o entre un Príncipe y la representación popular, la cual posteriormente fue considerada como la expresión de la voluntad del pueblo. En la Edad Media, en efecto, estos acuerdos reales escritos, llamados Cartas, entre las cuales, la más famosa fue la Magna Carta de 1215, suscrita entre el Rey Juan los príncipes y sus barones.

Tales documentos, sin embargo, no eran Constituciones en el sentido moderno del término, aun cuando su naturaleza jurídica haya sido interpretada de distintas maneras. En algunos casos se las denominó leyes por el hecho de que eran dictadas por el rey y adoptaban la forma de concesiones reales; como tales, también han sido consideradas como contratos de derecho público. Estos documentos existieron a todo lo largo de la historia británica, y sirvieron como factor de integración efectiva de la Nación, sea como marco ideológico de las relaciones entre las partes de la sociedad o como símbolo del partido parlamentario, y desde el Siglo XVIII, como símbolo del espíritu de la Constitución en su globalidad. Sin embargo, ninguna de las categorías propias del derecho constitucional moderno podría aplicarse a las relaciones medievales que dichas Cartas contenían.

En cuanto a la Magna Carta, por ejemplo, en realidad, la misma fue el resultado de un movimiento de resistencia de los barones privilegiados ante la política de la Corona bajo el reino de John (Juan sin tierra) (1199-1216).[8] La misma fue una más entre las numerosas Cartas acordadas entre el Príncipe y sus barones para asegurar la paz mediante el otorgamiento a éstos últimos determinados privilegios, a cambio de algunos compromisos que se solían establecer en los tiempos feudales.

La misma por tanto fue un stabilimentum, es decir, un acuerdo o un convenimiento entre el Rey y sus barones, que a pesar de que fue plasmada por escrito, no puede ser calificada como una Constitución. Además, su nombre de Magna, nada tiene relación con que por ello pudiera considerarse como teniendo un carácter superior o de ley fundamental en el sentido de las constituciones modernas. Se trataba, en realidad, de una denominación popular, con miras a distinguirla, por ejemplo, de la Carta Foresta o Charte of the Forest, de 1217, relativa a los derechos de caza..[9]

---

8 Véase en general I. Jennings, Magna Carta, London 1967, p. 9.

9 Véase W. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. II, 1971. pp. 207, 219.

El nombre original de la Carta Magna fue el de Cartam Libertais o Carta Baroum; y fue siglos más tarde, durante la Gloriosa Revolución (1688), y como consecuencia de las luchas entre el Parlamento y el absolutismo, cuando se le atribuyó el sentido moderno que tiene de ser el origen de las constituciones liberales. Pero, como lo señaló Carl Schmidt, sería un error histórico considerar, aunque fuera remotamente, que algo de esa Carta pudiera asemejarse a una Constitución moderna liberal o democrática.[10] No obstante, en tiempos medievales, fue considerada una parte inalterable, fundamental y perpetua[11] del orden jurídico sancionado, habiendo sido confirmada más de treinta veces, por sucesivos reyes, convirtiéndose en esta forma, en un importante elemento de la evolución del *common law*.[12]

Por ello, en el mismo contexto británico, en realidad el primer instrumento que puede considerare como antecedente de una Constitución escrita moderna, sin duda fue el mencionado *Instrument of Government* de 16 de diciembre de 1653 que constituyó el resultado de la primera verdadera interrupción ocurrida en la historia constitucional inglesa y en su continuidad política.[13]

En efecto, la gran Guerra Civil que se inició, en 1642 y que dividió el país entre parlamentaristas y realistas, puede considerarse como el desenlace de una larga lucha que opuso el Parlamento al Rey. Esta guerra, con sus causas religiosas, económicas y políticas y con las múltiples acusaciones recíprocas que produjo de violación y subversión de la ley fundamental,[14] condujo a la ejecución del Rey Carlos I, a la destrucción de todo el sistema de gobierno central y a que el gobierno del país lo asumiera el denominado *Long Parliament* (1649-1660).

Carlos I fue juzgado y ejecutado en enero de 1649. Muy pronto, después, fue abolida tanto la monarquía como la Cámara de los Lores, e Inglaterra pasó a llamarse una Comunidad (*Commonwealth of England, Scotland and*

---

10 Véase C. Schmidt, *Teoría de la Constitución*, ed. española, México 1961. pp. 52-53.

11 Véase Ch. H. McIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale 1910. pp. 64-65.

12 Véase W. Holdsworth, *op. cit.*, Vol. II, p. 219.

13 Véase M. O. Wheare, *Modem Constitutions,* Oxford 1966, p. 9. Cf. J. D. B. Mitchel, Constitutional Law, Edinburg 1968, p. 27.

14 Véase M. Ashley, *England in the Seventeenth Century*, London 1967, pp. 76, 79, 80 y 82.

Ireland) o un Estado Libre, bajo el mando del ejército y de Oliver Cromwell; periodo conocido como el del Protectorate.[15] El Parlamento se allanó a las expectativas y exigencias del Ejército, salvo cuando se trató de limitar sus propios poderes y su propia existencia.

Por ello, luego de largas y fútiles negociaciones, Cromwell terminó por disolver el Parlamento, por la fuerza, en 1653, y para sustituirlo invitó a un grupo de puritanos comprobados a que formasen una "Asamblea de Santos," la cual, al poco tiempo, tuvo que renunciar a sus poderes, devolviendo la autoridad a Cromwell. Fue cuando el Consejo de Oficiales del Ejército produjo una Constitución escrita para el gobierno, conocida como el *Instrument of Government* de 1653[16] la cual presentaba todas las características de una Constitución, tal como hoy la entendemos.

El *Instrument of Government* convirtió a Oliver Cromwell en Lord Protector de la Comunidad de Inglaterra, Escocia e Irlanda que él había reunido bajo un mismo gobierno; confiriéndole poderes ejecutivos que ejercía con la ayuda de un Consejo de Estado compuesto por civiles y militares, concebido como un órgano independiente tanto del Protector como del Parlamento, el cual debería ser electo con representantes de Inglaterra, Escocia e Irlanda.[17] Cuando se reunió el Parlamento, no todos sus miembros aceptaron las "bases" del Gobierno del Protectorado y se rechazó la Constitución conforme a la cual se había conformado el propio Parlamento. Este fue finalmente disuelto, principalmente porque intentó privar a Cromwell del control que ejercía, el sólo, sobre el ejército.

Así, Cromwell se vio una vez más obligado a gobernar por la fuerza, mediante el Ejército,[18] situación que se repitió en varias oportunidades hasta su muerte en 1658. Tal como lo expresó Sir Williams S. Holdsworth al referirse a Cromwell:

> "Era el único hombre capaz de controlar el ejército y, por lo tanto, era el único en poder establecer un gobierno civil frente a los militares."[19]

---

15 *Cf.* W. Holdsworth, *op. cit.*, Vol. VI, p. 146; H. Ashley, *op. cit.*, pp. 91-92.

16 Véase W. Holdsworth, *op. cit.*, p. 146; M. Ashley. *op. cit.*, p. 1066.

17 Véase W. Holdsworth, *op. cit.*, pp. 154-155.

18 Véase W. Holdsworth, *op. cit.*, p. 147; M. Ashley, *op. cit.*, p. 102.

19 Véase W. Holdsworth, *op. cit.*, p. 148.

Fue así como, poco tiempo después, un nuevo Parlamento entronizó al Rey Carlos II de conformidad con la Declaración de Breda de 1660, la cual incluía cuatro principios o condiciones que le fueron impuestas o exigidas al Monarca: una amnistía general, la libertad de conciencia, la garantía de la propiedad y los pagos atrasados al ejército.[20] Esta Declaración no era, por supuesto, una Constitución como el Instrument of Government, ya que de hecho la restauración del Rey significó volver a la antigua forma de gobierno, para lo cual no se necesitaba ninguna Constitución.

Tal como lo expresó K. C. Wheare:

> "Quienes hablan de un desarrollo ininterrumpido de la historia del gobierno inglés... tienen buena parte de la verdad de su lado. Hubo un corte y un intento por comenzar con un nuevo pie mediante una Constitución, pero el intento falló y fue restaurado el viejo orden."[21]

Como se señaló anteriormente, el Instrument of Government (1653) y sus modificaciones, principalmente mediante el Humble Petition and Advise,"[22] ha sido unánimemente considerado como la primera Constitución escrita de la historia constitucional moderna, por el hecho de que su objetivo inmediato era restablecer una norma permanente e inviolable frente a las resoluciones de la mayoría cambiante del Parlamento. En todos los gobiernos, decía Cromwell, se requiere algo fundamental, algo así como una Gran Carta, permanente e invariable, o si se quiere, absolutamente invulnerable. Por ejemplo, uno de esos principios fundamentales, según Cromwell, era establecer que el Parlamento nunca podría declararse como un órgano permanente.[23]

Por lo tanto, históricamente puede afirmarse que la idea de Constitución nació de la necesidad de determinar, formalmente, la composición o las funciones fundamentales de los instrumentos de gobierno, generalmente como una señal de orden luego de un caos institucional creado por una gran revolución política o social, al liberarse una nación de un invasor extranjero, o al constituirse una nación a partir de la reunión de pequeñas unidades políticas. Siempre ha sido con ocasión de tales decisiones históricas o políticas de reorganizar o crear un Estado, cuando las constituciones han cobrado vida.

---

20 *Ibid.*, p. 165.

21 Véase K. C. Wheare, *op. cit.*, p. 10.

22 Véase W. Holdsworth, *op. cit.*, p. 157.

23 Citado por C. Schmidt, *op. cit.*, p. 45.

Como lo indicó Ivor Jenning, esta necesidad surgió en Inglaterra, en 1653, cuando el Parlamento, tras haber creado un ejército para destruir al rey, se vio a sí mismo destruido por su propia creación.[24] En este sentido, el Instrument of Government, que hizo de Cromwell el Lord Protector y estableció una nueva legislatura, fue el primero y único ejemplo de una Constitución escrita en Inglaterra. Sólo estuvo en vigencia por pocos años y apenas sobrevivió al propio Cromwell.

Sin embargo, dicha Constitución anticipó muchos de los desarrollos constitucionales de los Siglos XIX y XX, por lo que Sir William Holdsworth afirmó que este *Instrument of Government* y sus modificaciones inmediatas:

> "Fueron el primer intento de los ciudadanos ingleses de elaborar una Constitución escrita, en el cual se plantearon, por primera vez, todos los problemas relacionados con su elaboración. De allí surgió la idea de una separación de poderes como garantía frente a la tiranía, tanto de un solo individuo como de una asamblea representativa; la idea de determinar algunos derechos fundamentales del ciudadano; y la idea de convertir estos derechos en permanentes, denegando validez a cualquier legislación que intentara atentar contra ellos."[25]

II. LA CONSTITUCIÓN BRITÁNICA

En todo caso, con esa sola excepción, es cierto que el Reino Unido nunca ha tenido una Constitución escrita, lo que no significa, insistimos, que no haya tenido ni tenga Constitución alguna. Las instituciones necesarias para el ejercicio de las varias funciones del Estado en el derecho constitucional moderno han sido establecidas en el Reino Unido, siguiéndose un proceso permanente de invención, reforma y transformación, cumpliéndose con los requerimientos políticos mínimos para ello. De allí que Jennings haya señalado:

> "Si una Constitución consiste en instituciones y no en el documento que las describe, la Constitución británica no se ha escrito sino que se ha desarrollado, sin que exista documento."[26]

---

24 Véase Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, London 1972, p. 7.

25 Véase W. Holdsworth, *op. cit.*, p. 157.

26 Véase I. Jennings, *op. cit.*, p. 8.

Como lo dijo la *High Court of Justice (Queen's Bench Division, Divisional Court) of the United Kingdom*, en su decisión de 3 de noviembre de 2016, emitida en el caso Gina Miller et al. v *Secretary of State for Exiting the European Union*:

> "el Reino Unido tiene su propia forma de derecho constitucional, como se reconoce en cada una de las jurisdicciones de las cuatro naciones constituyentes. Parte del mismo está escrita, en forma de estatutos, que tienen particular importancia constitucional. Parte del mismo se refleja en normas fundamentales de derecho reconocidas tanto por el Parlamento como por los tribunales. Se trata de normas jurídicas establecidas y bien reconocidas que rigen el ejercicio del poder público y que distribuyen la autoridad decisoria entre las diferentes entidades del Estado y definen el alcance de sus respectivas facultades."[27]

La Constitución británica, que existe, aun cuando no escrita, está ante todo condicionada por el principio de la soberanía parlamentaria, que tiene su origen en la Gloriosa Revolución de 1688 con el triunfo del parlamento sobre el Rey, que se caracteriza por los siguientes elementos:

En *primer* lugar, por la ausencia de cualquier distinción formal entre las leyes constitucionales y las leyes ordinarias. Ello implica que, en ausencia de una Constitución escrita, el Parlamento, en cualquier momento, podría sancionar, a través del método ordinario de elaboración de las leyes, reformas de naturaleza constitucional. Por consiguiente, "la autoridad del Parlamento para cambiar la ley es ilimitada," por lo que "como la soberanía del Parlamento está reconocida por la ley," sería contrario al Estado sometido al derecho, negarle fuerza a las disposiciones que cambian una ley pre-existente.[28]

El *segundo* elemento que caracteriza el principio de soberanía del Parlamento es la ausencia de cualquier posibilidad de control sobre su actividad. Esto implica el principio de que en Inglaterra no puede haber tribunal alguno competente que pueda decidir sobre la constitucionalidad de las leyes o actos del Parlamento. En consecuencia, históricamente, cualquier

---

[27] Véase el Caso Gina Miller et al. v the Secretary of State for Exiting the European Union (Case No: CO/3809/2016 and CO/3281/2016). Disponible en: https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union-accessible/

[28] Véase T. R. S. Allan, "Legislative Supremacy and the rule of Law: Democracy and Constitutionalis", The Cambridge Law Journal, Vol. 44, (1), 1985, p. 122.

acto del Parlamento, sea cual fuere su contenido, debe ser aplicado por los tribunales de justicia, y en ningún caso éstos pueden dejar de aplicarlos. Como lo expresó Dicey:

> "El principio de soberanía parlamentaria significa, específicamente, ni más ni menos, que el Parlamento tiene, conforme a la Constitución inglesa, el derecho de hacer o derogar cualquier ley; y además, que ninguna persona o cuerpo está reconocido por la ley de Inglaterra como poseedora del poder de anular o dejar de aplicar la legislación del Parlamento."[29]

Tal como lo decidió una Corte Divisional en el caso R. V. Jordan en 1967, por cuanto el Parlamento era supremo, "no podía haber poder alguno en los tribunales, para poder cuestionar la validez de un acto del Parlamento."[30] La Cámara de los Lores, por su parte, en el caso British Railways Board V. Pickin (1974) en ponencia de Lord Reid también expresó:

> "La idea de que un tribunal pueda tener poder para no aplicar una disposición de un acto del Parlamento, en cualquier caso, tiene que parecer extraña y sorprendente a cualquier persona que tenga algún conocimiento sobre la historia y las leyes de nuestra Constitución;"

añadiendo que:

> "ningún tribunal de justicia puede investigar sobre la forma conforme a la cual una ley sancionada en el Parlamento, ni sobre qué se hizo antes de ser presentada al mismo o qué pasó en el Parlamento durante las diferentes fases de su paso por ambas Cámaras del mismo.

Concluyendo la decisión indicando precisamente, que:

> "la función del tribunal es interpretar y aplicar las leyes del Parlamento. El tribunal no tiene nada que ver en relación a la forma cómo, conforme a sus regulaciones, el Parlamento o sus funcionarios realizan estas: funciones."[31]

El *tercer* aspecto que surge del principio de soberanía del Parlamento es que contrariamente a la situación anterior a la Gloriosa Revolución de 1688,

---

29 Véase A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (Introducción de E. C. S. Wade), 10a Ed. 1973, p. 39-40.

30 Véase O. Hood Phillips, *Leading Cases in Constitutional and Administrative Law*, Londres 1979, p. 1.

31 *Idem*., pp. 2-5.

las leyes sancionadas por éste, es decir, los Statutes, tienen primacía sobre el Common Law y sobre cualquier forma de creación del derecho. Tal y como lo afirmó la Chancery División en el caso de Cheney v. Conn en 1968:

> "lo que un estatuto dice y dispone es la ley en sí misma, y la forma más alta de ley que se conozca en este país. Es la ley que prevalece sobre cualquier otra forma, no correspondiéndole decir a la Corte, que un acto del Parlamento, que es la ley más alta en el país, sea ilegal."[32]

El *cuarto* principio derivado de la soberanía del Parlamento es que el poder que éste tiene debe prevalecer sobre las decisiones judiciales, ya que una ley podría incluso ser aprobada con el propósito de legalizar un acto ilegal, e incluso eximir a alguien de las consecuencias legales de un acto cometido. Por ello se ha dicho que "la autoridad legal del Parlamento es absoluta e ilimitada."[33]

Por otra parte, según una de las Convenciones Constitucionales, el período de sesiones del Parlamento es de cinco años; sin embargo, el propio Parlamento podría extender dicho período. El Parlamento también podría regular la sucesión al Trono; excluir del mismo a personas que no sean miembros de una religión particular; limitar las prerrogativas reales; cambiar la religión del Estado, en pocas palabras, tomar cualquier decisión sin ningún tipo de limitación.

Este principio implica que cualquier acto del Parlamento siempre puede ser revisado y cambiado por un acto subsiguiente del propio Parlamento, sea de manera expresa o, en caso de conflicto, de manera implícita. En consecuencia, actos importantes del Parlamento como el *Habeas Corpus* Act de 1679, el *Bill of Rights* de 1689, el *Act of Stlement* de 1700, el *Statute of Westminster* de 1931 e incluso el *European Economic Communities Act* de 1972, podrían muy bien ser revisados por el Parlamento, para lo cual ni siquiera se requeriría de una mayoría especial.[34]

---

[32] *Idem*., p. 28. Por ello George Winterton señaló que "el rule of law viene a significar rule of law tal y como lo promulgó el Parlamento, y no la norma del antiguo common law," en "The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy re-examined", The Law Quaterly Riview, Vol. 92, 1976, p. 596.

[33] Véase T. R. S. Allan, *loc. cit*., p. 129. También ver E .C. Wade y G. Godfrey Phillips, Constitutional and Administrative Law, (9 ed. por A. W. Bradley), Londres 1985, pp. 61-62.

[34] Véase H. W. R. Wade, Administrative Law, 5a ed. Oxford 1984, p. 27.

Por todo ello, sin duda, la soberanía parlamentaria es una de las características más resaltantes del sistema constitucional del Reino Unido, la cual contrasta, en el constitucionalismo contemporáneo, con el resto de los sistemas constitucionales. Por ello, una de las consecuencias de la soberanía parlamentaria, tal como lo señaló H. W. R. Wade,[35] es que en Inglaterra no existen "garantías constitucionales," no habiendo en el Reino Unido nada similar a lo que sucede con las Constituciones escritas y rígidas del resto del mundo, las cuales sólo pueden ser cambiadas a través de procedimientos especiales.

Ello sin duda, constituye una excepción en el mundo contemporáneo, ya que, en casi todos los países, incluso en el mundo angloparlante, existe el concepto de Constitución escrita, incorporada a un documento formal, como ley fundamental, protegida contra cualquier intento de reforma por parte de una mayoría simple del Parlamento.

Pero, además, en el Reino Unido no sólo no existen garantías constitucionales, sino que tampoco parecería posible establecerlas formalmente. Como lo expresó H. W. R. Wade, como un acto ordinario del Parlamento puede reformar cualquier ley, entonces resulta imposible que el propio Parlamento, por sí solo, declare una ley o un estatuto como irreformable, o sólo reformable sujeto a ciertas condiciones. En otras palabras, el Parlamento no puede modificar o destruir su propia "soberanía continua", y los tribunales siempre deben obedecer sus disposiciones.[36]

En todo caso, la soberanía parlamentaria, en el Reino Unido, tal como se la concibe en la actualidad, tiene un profundo impacto en la posición de los jueces: éstos no son ni pueden ser los guardianes de la Constitución o de los derechos constitucionales respecto del Parlamento, por lo que no tienen poder, por ejemplo, para declarar ciertos actos legislativos como inconstitucionales, como sucede en la mayoría de los países.

Esa es la razón por la cual, en Gran Bretaña, no se puede adoptar una Declaración de derechos fundamentales, pues ello implicaría la posibilidad de ejercicio del control judicial por parte de los tribunales, es decir, el poder de los tribunales de proteger ciertas libertades fundamentales contra la legislatura

---

35 *Idem*., p. 28.

36 *Idem*., p. 28. Ver también G. Winterton, *loc. cit*., p. 597.

misma[37], lo que iría contra el principio de la soberanía del Parlamento. Ello, sin embargo, sin duda, cambió desde la incorporación del Reino Unido a la Unión Europea, cuando el derecho comunitario, y especialmente la Declaración Europea de Derechos Humanos, comenzó a ser ley en Gran Bretaña; y sigue siéndolo a pesar de la separación del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit).

En todo caso, Sir Ivor Jennings resumió las consecuencias del principio tradicional, que es el más importante de la Constitución del Reino Unido, indicando que la soberanía parlamentaria significa que el Parlamento puede legalmente aprobar una legislación con respecto a cualquier asunto. Según sus propias palabras:

> "El Parlamento puede reformar la Constitución Británica, prolongar su período, legislar ex-post facto; legalizar ilegalidades; decidir casos individuales; interferir en contratos y autorizar la toma de propiedades; dar poderes dictatoriales al gobierno; disolver el Reino Unido o la Comunidad británica de naciones; introducir el comunismo o el socialismo, o el individualismo o fascismo, enteramente sin restricción legal."[38]

Es decir, que como en el Reino Unido no existe una Constitución rígida o escrita, el Parlamento no está limitado por texto alguno, ni por una ley superior fundamental. Por consiguiente, no existe la posibilidad de que se pueda ejercer algún tipo de control judicial sobre la conformidad de los actos parlamentarios con una ley superior, lo que implica que el principio del sometimiento del Estado al derecho no es en principio aplicable al Parlamento.[39]

---

37 Véase D. G. T. Williams, "The Constitution of the United Kingdom," en *The Cambridge Law Journal*, 31, (1), 1972, p. 279.

38 Véase I. Jennings, *The Law and the Constitution*, *cit*., p. 147.

39 Ello sin embargo cambió mientras el Reino Unido estuvo en la Unión Europea. Como lo señaló John Bell: "Los jueces del Reino Unido no tienen poder para anular la legislación del Parlamento de Westminster, excepto en el área limitada de su compatibilidad con la ley de la Unión Europea." Véase John Bell, "Constitutional Courts as Positive Legislators," en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, 2011, pp. 808 ss.

Sin embargo, a pesar de todo lo que se ha dicho acerca de los poderes ilimitados, absolutos, omnipotentes o todopoderosos del Parlamento que encontramos en casi todos los trabajos escritos sobre el constitucionalismo británico, debe admitirse que, de hecho, el Parlamento sí tiene un gran número de limitaciones, que son precisamente las que han mantenido la Constitución del Reino Unido más o menos inalterada desde finales de la Gloriosa Revolución de 1688 y de la Declaración de Derechos en 1689.

Para resumir la situación, la famosa declaración de Holmes de que: "El Parlamento puede hacerlo todo, salvo transformar un hombre en mujer y una mujer en hombre,"[40] aunque ya el hecho en sí mismo no es imposible hoy en día, no es más que una exageración que simplemente quiere decir que el Parlamento no tiene límites legales establecidos para sus acciones debido a la ausencia de una Constitución escrita y rígida. Pero esto no quiere decir que, en el ejercicio de los poderes parlamentarios, puedan cometerse arbitrariedades, y que, en ciertos aspectos, en la práctica política, no exista límite alguno sobre el Parlamento.

En primer lugar, debe destacarse que algunos actos del Parlamento se pueden considerar, por lo menos desde el punto de vista del derecho constitucional, como "documentos constituyentes" que limitan la acción parlamentaria. A este respecto, J. D. B. Mitchell calificó como "documento constituyente" el *Acts of Union* de 1707 y el *Ireland Act* de 1800, pues las limitaciones por ellos impuestas sobre el Parlamento –dice– están establecidas "de manera tal que es improbable que se puedan vulnerar."[41] Menciona, de igual modo, como límite sobre el Parlamento, aquellas decisiones establecidas por Convenciones Constitucionales, es decir, por los hábitos de pensamiento que son producto de la vida parlamentaria, como puede ser la "doctrina del mandato" que establece que el Gobierno que ha perdido el apoyo general en el país, no debe forzar la sanción de la legislación alguna a través del Parlamento, justo antes de las elecciones, aun cuando dicha legislación haya podido haber formado parte del programa electoral inicial de dicho gobierno."[42]

Existen, además, límites impuestos por el propio Parlamento, derivados de la práctica política, que sin lugar a dudas, limitan otros Parlamentos, de manera que un Parlamento no puede revertir lo que el Parlamento anterior

---

40 Véase I. Jennings, Parliamentary, Cambridge 1961, p. 2.

41 Véase J. D. B. Mitchell, *op. cit.*, pp. 69-75.

42 *Ibid.*, pp. 56, 66, 67.

efectuó. Por ejemplo, es inimaginable que el Parlamento pueda revertir el Estatuto de Westminster de 1931 que limita el poder del Parlamento para legislar sobre cualquiera de los Dominios territoriales de la Corona, sin su consentimiento;[43] así como tampoco puede imaginarse que el Parlamento pueda revocar los Actos que otorgaron la independencia a algunos de los Dominios o territorios de Ultramar y así, intentar retirarles su independencia.[44]

En este mismo contexto muchas discusiones se produjeron en Gran Bretaña mientras fue parte de la Unión Europea, respecto a la primacía del derecho comunitario frente a los estatutos nacionales, tanto antes como después de que se hubiese votado la Ley sobre los Comunidades Europeas en 1972 (*European Communities Act* 1972). De conformidad con esta ley, el derecho comunitario tenía primacía sobre la ley nacional, por lo que, el Parlamento no podía sancionar leyes que entrasen en conflicto con el derecho comunitario, a menos que ello constituyera una enmienda de la Ley Comunitaria. En virtud de que el Reino Unido formaba parte de la Comunidad, lo cierto es que en la práctica resultaba muy difícil que el Parlamento pudiera ejercer su poder legislativo a través de leyes que pudieran contrariar la aplicación del Derecho comunitario;[45] situación toda que ha cambiado a raíz del Brexit que comenzó a tener efectos en enero de 2020.

---

43 Sección 4 del Estatuto de Westminster: "Ningún acto del Parlamento del Reino Unido votado después de la vigencia de este Acto puede extenderse o se considerará que se pueda extender a un Dominio como parte de la ley de ese Dominio, a menos que esté expresamente declarado en ese Acto que ese Dominio haya solicitado y haya consentido dicha legislación". *Cfr.* C Turpin, British Government and the Constitution, Londres, 1985, p. 27. En sentido contrario, Hamish R. Gray ha dicho que "la tendencia general de los constitucionalistas es la de rechazar la interpretación de la sección 4 que requiere del Parlamento, como asunto de derecho, el actuar en forma particular para cualquier objetivo particular" en "The sovereignty of the Imperial Parliament," en The Modern Law Review, 23 (6), 1960, p. 647.

44 Por ejemplo, Zimbabwe Act, 1979, Sección 1 (2) dice: "Durante y después del día de la Independencia el Gobierno de su Majestad en el Reino Unido no tendrá responsabilidad alguna en relación al Gobierno de Zimbabwe y ningún Acto del Parlamento del Reino Unido, adoptado durante o después de este día se podrá extender o intentar extenderse a Zimbabwe, como parte de su legislación", *Cfr.* C. Turpin. *op. cit.*, p. 27.

45 *Cfr.* P. A. Trindade, "Parliamentary sovereignty and the primacy of European Comunity Law," en The Modern Law Review, 35 (4) p. 375-402; S. A. De

Por otra parte, también puede señalarse que en el Reino Unido han sido tradicionales las limitaciones a los poderes arbitrarios, y quizás ha sido debido a la ausencia de reales amenazas contra la Constitución, que la necesidad de establecer límites al poder del Parlamento no ha prosperado.

J. M. Snee lo señaló en una Conferencia dictada en la Escuela de Derecho de Harvard con motivo del bicentenario de John Marshall, en 1955:

> "Hoy en día ningún Parlamento británico se atrevería a poner en práctica la frase pronunciada por el Canciller *Lord Northington* en 1776 durante el debate sostenido sobre la revocación del *Stamp Act*:
>
> "Cualquier Gobierno puede imponer arbitrariamente leyes a todos sus súbitos; debe haber un dominio supremo en todo Estado: sea monárquico, aristocrático, democrático o mixto. Y todos los súbditos de cada Estado están bajo las leyes elaboradas por el Gobierno".

No obstante –seguía Snee– la supremacía absoluta del Parlamento sigue siendo la doctrina ortodoxa del constitucionalismo inglés, tal y como lo expresó Sir Harley Schawcross en un discurso publicado en The Times el 13 de mayo de 1946:

> "El Parlamento es soberano; puede elaborar cualquier ley. Podría ordenar que los bebés que nazcan con ojos azules sean aniquilados al nacer; pero se ha reconocido que no es bueno sancionar una ley a menos que se esté razonablemente seguro de que, en los supuestos que regula, esa ley será respetada y podrá ser aplicada".

Finalizó Snee diciendo que "los ingleses, con una confianza irritable pero sublime en sus instituciones, están seguros de que ningún Parlamento sancionaría una ley semejante;"[46] lo que por otra parte es imposible mientras este en aplicación la Convención Europea de Derechos Humanos.

Esa confianza, aun cuando en el Reino Unido no exista formalmente un control judicial de la constitucionalidad de las leyes de los Actos del Parlamento, está ampliamente justificada particularmente por la continuidad que ha tenido el régimen constitucional en los últimos 300 años.

Smith, "The Constitution and the Common Market: a tentative appraisal," en The Modern Law Review, 34 (6), 1971, p. 597-614; H. W. R. Wade, "Sovereignty and the European Communities," en The Law Quarterly Review, 88, 1972, pp. 1-5.

46 Véase J. M. Snee. S. J. "Leviathan at the Bar of Justice", en A. E. Sutherland, (ed.), Government under Law, Cambridge, Macs., 1956, pp. 106-107.

También porque a pesar de la ausencia de control judicial de la constitucionalidad de los estatutos, tal y como lo señalara A. Goodhart hace más de cincuenta años:

> "Los Jueces, sin embargo, normalmente se buscan su propia vía; la Cámara de los Lores ha sido capaz de obtener algunos de los mismos resultados que se logran en los Estados Unidos con las diez primeras Enmiendas. Debido a una conveniente ficción, se asume que el Parlamento siempre busca que sus leyes estén conformes a la "*natural justice*"; por consiguiente, ninguna ley puede ser elaborada con el fin de que sea retroactiva o para privar a una persona de su derecho de ser debidamente oída, ni para impedir la libertad de expresión, a menos que el Parlamento así lo haya dispuesto en términos muy precisos."[47]

III. LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA (1787)

Aparte del antecedente importante el *Instrument of Government* de Cromwell de 1653, la práctica moderna de las Constituciones escritas puede decirse que comenzó realmente en los Estados Unidos de América, cuando las colonias inglesas, separadas de Inglaterra, se declararon Estados independientes en 1776, y habiendo sancionado en Asambleas sus propias Constituciones. El Congreso Continental de 1776 llegó incluso a invitar formalmente a todas las Colonias de la Unión a elaborar su propia Constitución, como decisión política del pueblo.[48]

En efecto, el movimiento de las colonias americanas hacia la independencia de Inglaterra había comenzado mucho antes de que la independencia fuera finalmente declarada en 1776, habiendo tenido su origen en el espíritu independentista desarrollado en las Asambleas coloniales.

Estas habían crecido en poder e influencia durante la primera mitad del siglo XVIII, resolviendo muchos de los problemas coloniales de carácter local; habiendo sido ese espíritu asambleísta, sin duda, uno de los principales

---

47 Véase A. L. Goodhart, "Legal Procedure and Democracy," en The Cambridge Law Journal, 22,1, April, 1964, p. 52. *Cfr.* J. D. B. Mitchell, *op. cit.*, p. 13.

48 Véase A. C. McLaughlin A. Constitutional History of the United States, New York 1936, pp. 106-109. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo No. 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008.

factores del proceso de independencia. Por ello, la *Declaration and Resolves of the First Continental Congress* del 14 de octubre de 1774, teniendo en cuenta que contrariamente a los derechos del pueblo, las Asambleas habían sido frecuentemente disueltas cuando habían intentado deliberar sobre quejas contra las autoridades de la Metrópoli, resolvió que "los habitantes de las colonias inglesas en Norte América, por las inmutables leyes de la naturaleza, los principios de la Constitución inglesa, y varias cartas y manifiestos", tenían sus propios derechos entre los cuales estaba:

> "el derecho a reunirse pacíficamente para considerar sus quejas y peticiones al Rey; y que todas las persecuciones y proclamaciones prohibitivas y. compromisos en tal sentido, son ilegales."[49]

El proceso de separación de las Colonias inglesas en América del Norte respecto de la Metrópoli inglesa, por tanto, ocurrió sobre la base de dos elementos: un proceso hacia la independencia de cada una de las colonias, a través de sus respectivos gobiernos representativos; y un proceso hacia la unión de las colonias, a través de "Congresos Continentales." Como lo señaló John Adams, uno de los principales protagonistas de dicho proceso: "La Revolución y la Unión se desarrollaron gradualmente desde 1770 hasta 1776."[50]

Así, la primera reunión conjunta de significado constitucional entre las Colonias fue el Congreso de Nueva York de 1765, que se reunió para demostrar el rechazo de las Colonias al *Stamp Act* que había sido aprobado por el Parlamento inglés el 22 de marzo de 1765, estableciendo impuestos de estampillas en todos los documentos legales, periódicos y publicaciones, sin que las Colonias hubiesen sido consultadas conforme al principio de que "no podía haber imposición sin representación". El Congreso adoptó las *Resolutions of the Stamp Act Congress* el 19 de octubre de 1765, rechazando los impuestos;[51] los cuales finalmente fueron anulados por el Parlamento británico, y sustituidos por una serie de derechos aduaneros impuestos a los productos coloniales.

---

49 Véase R. L. Perry (ed.) *Sources of our Liberties, Documentary Origin of Individual Liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, 1952, pp. 261, 287 y 288.

50 *Cit.* por M. García Pelayo. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid 1957, p. 325.

51 Véase R. L. Perry, *op. cit.*, p. 270.

Ya en 1774 resultaba claro que los problemas individuales de las Colonias, en realidad, eran problemas de todas ellas, y ello trajo como consecuencia la necesidad de una acción común, con el resultado de la propuesta de Virginia de la realización de un Congreso anual para discutir los intereses comunes de América. Cómo consecuencia, en 1774 se reunió en Filadelfia el Primer Congreso Continental con representantes de todas las Colonias, excepto Georgia.

El principal elemento político que se discutió en el Congreso fue la autoridad que las Colonias deberían conceder al Parlamento británico y sobre qué bases, sea que fueran las leyes de la naturaleza, la Constitución británica o las Charters americanas.[52] Se decidió que las leyes de la naturaleza (*law of nature*) y no sólo el *common law*, debían ser reconocidas como uno de los fundamentos de los derechos de las Colonias, declarándose en consecuencia, como un derecho de los habitantes de las Colonias inglesas en Norte América, en el mismo sentido que las resoluciones del *Stamp Act Congress*:

> "Que el fundamento de la libertad inglesa y de todo gobierno libre, es el derecho del pueblo a participar en sus Consejos Legislativos; y en virtud de que los colonos ingleses no están representados, y desde el punto de vista local y de otras circunstancias, no pueden estar propiamente representados en el Parlamento Británico, ellos tienen el derecho a un poder libre y exclusivo de legislación en sus diversas legislaturas provinciales, donde sólo sus derechos de representación pueden ser preservados en todos los casos de imposición y de política interna, sujetos sólo a la negativa de su Soberano, en la forma y manera como hasta ahora ha sido usado y acostumbrado."[53]

En estas Resoluciones, aun cuando la lealtad al Rey se mantuvo, al Parlamento se le negó competencia para establecer impuestos en las Colonias.

Como consecuencia de este Congreso, la guerra económica fue declarada, junto con la suspensión de las exportaciones e importaciones, hacia y desde Inglaterra. Esa guerra económica además, rápidamente se convirtió en una de orden militar, y el Congreso se reunió de nuevo, en Filadelfia, adoptando la *Declaration of the causes and necessity of taking up arms* de 6 de julio de 1775, como una reacción contra el "enorme" e "ilimitado poder"

---

52 Véase Ch. P Adams (ed.), *The works of John Adams*, Boston 1850, II, p. 376, citado por R. L. Perry, *op. cit.*, p. 275.

53 Véase R. L. Perry (ed) *op. cit.*, p. 287.

del Parlamento de Gran Bretaña. La Revolución americana, como consecuencia, puede considerarse como una revolución contra la soberanía del Parlamento inglés.

Un año más tarde, el segundo Congreso Continental, en su sesión del 2 de julio de 1776, adoptó una proposición conforme a la cual las Colonias se declararon a sí mismas libres e independientes así:

> "Que las Colonias unidas son, y por derecho, deben ser, Estados libres e independientes; que ellas están absueltas de toda obediencia a la Corona Británica, por lo que toda conexión política entre ellas y el Estado de Gran Bretaña, es y tiene que ser totalmente disuelta."[54]

El Congreso convino, además, en preparar una Declaración proclamando al mundo las razones de la separación de la metrópoli, y el 4 de julio de 1776, fue adoptada la Declaración de Independencia en formal ratificación del acto ya ejecutado.

Este documento, por supuesto, es de interés histórico universal pues a través del mismo apareció abiertamente en la historia constitucional, la legitimidad jurídico-política-racionalista del auto-gobierno. Para ello, en él ya no se recurrió al *common law,* ni a los derechos de los ingleses, sino exclusivamente a las leyes de la naturaleza y a Dios; en él ya no se recurrió al *Bill of Rights*, sino a verdades evidentes en sí mismas, como:

> "Que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructor de estos principios, el pueblo tiene el derecho de reformarla o aboliría e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad."[55]

Como consecuencia, todo lo que no estaba adaptado racionalmente a los objetivos establecidos derivados de los derechos inalienables del hombre, era injustificable e ilegítimo, debiendo estar organizado el Estado en la forma más adecuada para alcanzar dichos objetivos.

---

54 *Idem*, p. 317.

55 *Idem*, p. 319.

Aparte de la importancia de este documento para los Estados Unidos, es indudable su significación universal: su premisa básica, como un silogismo, está constituida por todos aquellos actos de la Corona que, de acuerdo con, John Locke, definían la tiranía, siendo obvia la conclusión del silogismo: al violar el pacto que lo unía a sus súbditos americanos, el Rey había perdido toda posibilidad de reclamar su lealtad, y consecuentemente, las Colonias se convirtieron en Estados independientes.[56]

Ahora bien, una vez que las Colonias adquirieron su independencia, debieron regular su propia organización política. Aún más, después de la proclamación de rebelión que el Rey hizo el 23 de agosto de 1775, el Congreso, justo antes de la Declaración de Independencia, requirió de las Colonias que formaran gobiernos separados para el ejercicio de toda autoridad. El Congreso, así, resolvió:

> "Que se recomienda a las respectivas Asambleas y Convenciones de las Colonias Unidas, donde aún no se hubiere establecido un gobierno suficiente a las exigencias de sus asuntos, el adoptar dicho gobierno en tal forma, que en opinión de los representantes del pueblo, pueda conducir mejor a la felicidad y seguridad en particular de sus ciudadanos y en general de América."[57]

De esta recomendación derivaron el *Bill of Rights* y la Constitución o Forma de Gobierno de Virginia, adoptados el 12 de junio de 1776, así como las otras Constituciones de los Estados sancionadas ese año, después de la Declaración de Independencia, en Nueva Hampshire, Nueva Jersey, Carolina del Sur, Pensylvania, Delaware, Maryland, Carolina del Norte; en 1777 en Georgia, y Nueva York; y en 1780, en Massachusetts. Connecticut y Rhode Island convirtieron las antiguas cartas coloniales en sus Constituciones republicanas.[58]

---

56 Es la teoría de la resistencia al poder desarrollada por Locke, con su secuela: El derecho a la insurrección. Véase los comentarios de J. Touchard, Histoire des Idées Politiques, París 1959, Tomo I, p. 376.

57 *Idem*., p. 318. Véase A. C. McLaughlin. *A Constitutional History of the United States*, New York, pp. 107-108.

58 Véase las referencias en Rodrigo González Quintero, "Las Primeras Constituciones Norteamericanas: Aquel lugar donde iusnaturalismo y constitucionalismo se encuentran," en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad panamericana, México 2011, pp. 85-86.

Estas Constituciones de las antiguas colonias tuvieron la primera importancia, tanto en la historia constitucional en general, como en la historia de los mismos Estados Unidos, ya que, sin duda, representaron el triunfo del concepto normativo racional de Constitución, lo que se pudo apreciar en la propia Declaración de Independencia. Además, se trataba de Constituciones escritas, sistemáticas y codificadas, muchas de las cuales incorporaban a su texto una lista de derechos inherentes a la persona humana. Además, de acuerdo a ello se estableció la parte orgánica de la Constitución, adoptándose, por supuesto, como principio fundamental, la separación de poderes, el cual también hizo su entrada, por primera vez en la historia constitucional, junto con el principio de la soberanía popular.

Por tanto, el concepto normativo racional de la Constitución, con la lista de derechos, la separación de los poderes, la soberanía de la ley, la distinción entre el poder constituyente y el poder constituido y la división de la Constitución en una parte dogmática y otra orgánica, tuvo su origen en América y en sus Constituciones coloniales. De Norteamérica se trasladó a Europa, reflejándose en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, y luego, al derecho constitucional moderno.

Por otra parte, debe señalarse que la idea de una Confederación o Unión de Colonias se formuló al mismo tiempo que la Declaración de Independencia, buscando así satisfacer las exigencias de la unión política que surgió, principalmente de la experiencia de la guerra. Por ello la adopción, por parte del Congreso, el 15 de noviembre de 1777, de los "Artículos de la Confederación", considerados como la Primera Constitución norteamericana.[59] En este texto se estableció una confederación y unión perpetua entre los Estados, con el objetivo de garantizar la "defensa común, la seguridad de sus libertades y su mutuo y general bienestar,"[60] dentro de un sistema en el cual, sin embargo, cada Estado conservaba "su soberanía, su libertad y su independencia,"[61] así como cualquier poder, jurisdicción y derecho no expresamente delegado por el Congreso a los Estados Unidos.

El resultado de ello fue que el único órgano de la Confederación era su Congreso, en el cual cada Estado tenía un voto. Por ello, la Confederación no gozaba de autoridad alguna para imponer tributaciones directas; dependía

---

59 Véase R. B. Morris, "Creating and Ratifying the Constitution", National Forum. Towards the Bicentennial of the Constitution, Fall, 1984, p. 9.

60 Véase A. C. McLaughlin, *op. cit.*, p. 131.

61 *Idem*., p. 137; R. L. Perry (ed.), *op. cit.*, p. 399.

económicamente de las contribuciones de los Estados; no tenía órgano ejecutivo y sólo tenía una forma embrionaria de organización judicial. Sin embargo, a pesar de su debilidad, la Confederación durante 7 años logró llevar a cabo la guerra, hasta ganarla en 1783. Luego de la victoria, la precariedad de la Confederación puso en evidencia la necesidad del establecimiento de mayores poderes centrales o federales con miras a lograr la integración nacional, en lo que se configuró como una segunda revolución. Para ello se convocó una Convención Federal "con el único y expreso objetivo de revisar los artículos de la Confederación,"[62] que condujo a la adopción por el Congreso, en 1787, de la Constitución de los Estados Unidos, como resultado de una serie de compromisos generales[63] a los cuales llegaron los actores políticos y sociales de las Colonias independientes. Entre esos compromisos se destacaron los siguientes:

En *primer* lugar, el entendimiento entre los Federalistas y los Anti-federalistas, lo que condujo a conceder a la Confederación las competencias necesarias para su existencia, manteniendo la autonomía de los Estados federados. De este compromiso derivó la forma del Estado Federal[64] que apareció por vez primera en la historia constitucional, como una organización política de Estados basada en un sistema de descentralización política o distribución vertical del Poder. Este compromiso originó uno de los aportes más significativos de la Constitución norteamericana, al derecho constitucional moderno.

El *segundo* gran compromiso que se vio reflejado en la Constitución, luego de una larga y ardua confrontación, fue el que se produjo entre los pequeños y los grandes Estados de la Unión, en cuanto a su representación; es decir, entre un Congreso en el cual los Estados estarían representados en proporción a su población o un Congreso con un tipo confederal de representación. De ello resultó que la Cámara de Representantes se componía de un número de diputados proporcional a la población de cada Estado, mientras que el Senado comprendía dos representantes por Estado, independientemente de su tamaño, es decir, preservando la igualdad entre los Estados.[65]

---

62 Véase R. L. Perry (ed.), *op. cit.*, p. 401.

63 Véase M. García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid 1957, pp. 336-337.

64 Véase R. B. Morris, *loc. cit*., pp. 12-13; M. García-Pelayo, *op. cit.*, p. 336; A. C. McLaughlin, *op. cit.*, p. 163.

65 Véase M. García-Pelayo, *op. cit.*, p. 336; R. B. Morris, *loc. cit*., p. 10; A. C. McLaughlin, *op. cit.*, p. 179.

El *tercer* compromiso, relacionado con el anterior, fue entre las Colonias del Norte y las del Sur, es decir, el entendimiento entre los Estados favorables o contrarios a la esclavitud. De acuerdo a este entendimiento la población de esclavos se calculó en tres quintas partes de la población total para determinar la población de cada Estado, tanto para la designación de representantes como para la determinación de los impuestos.

El delicado asunto de la esclavitud generó también un *cuarto* compromiso respecto a los derechos de importación y exportación, particularmente en cuanto a la importación de esclavos o a su abolición. La solución intermedia consistió en adoptar una cláusula que impedía el Congreso tomar decisión alguna para prohibir la importación de esclavos por un período de veinte años, es decir, hasta el año 1808.[66]

El *quinto* compromiso que estuvo en la base de la Constitución norteamericana fue el logrado entre la democracia y los intereses de las clases dominantes, con el fin de evitar todo despotismo a la hora de votar. Así fue como se establecieron limitaciones al ejercicio del derecho de votación, basados en la propiedad privada, y se crearon mecanismos de elección directa de representantes para la Cámara de Representantes, según lo determinase cada Estado; y una elección indirecta para el Senado.

El *último* entendimiento traducido en la Constitución fue el establecimiento de un sistema de separación de poderes en el nivel federal, es decir, un sistema de check and balance. Por ello, en la Constitución, además de un órgano legislativo (Congreso), se estableció una Presidencia fuerte ocupada por un Presidente electo cada cuatro años mediante un sistema de sufragio indirecto; así como una Corte Suprema compuesta por jueces electos de por vida, por los órganos más alejados de las masas, el Presidente y el Senado, con el poder necesario para declarar la inconstitucionalidad de los actos contrarios a la Constitución dictados por los demás poderes. La separación de poderes y el control judicial de la constitucionalidad de los actos legislativos, fueron otro de los aportes significativos de la Constitución norteamericana al derecho constitucional moderno.

Además de estos compromisos de la Constitución de los Estados Unidos, hay dos aportes más de América al derecho constitucional que merecen ser indicados: en primer lugar, el constitucionalismo en sí mismo, en el sentido de incorporar todos estos compromisos, en cuanto a la forma de gobierno, en una Constitución escrita, considerada como ley fundamental; y,

---

66 Véase R. B. Morris, *loc. cit*., p. 11; A. C. McLaughlin. *op. cit.*, p. 185.

en segundo lugar, el republicanismo, basado en la representación política, como una ideología del pueblo en contra de la monarquía y las aristocracias hereditarias,[67] de acuerdo con las ideas expuestas por Thomas Paine en su famoso libro *Common Sense. Addressed to the Inhabitants of America*, el cual apareció inicialmente en forma anónima en Philadelphia, en enero de 1776.[68]

En dicho libro efecto, cuya autoría reconoció Paine meses después,[69] se explicitaban todas las causas y necesidad de la independencia en la confrontación del republicanismo contra el régimen monárquico, planteando la necesidad de idear para el nuevo mundo, una nueva alternativa de gobierno frente al único conocido hasta entonces y durante las centurias anteriores, que era el de las Monarquías absolutas hereditarias.

En esta forma, cuando en el *Common Sense*, Paine se pronunció por la separación de las Colonias norteamericanas de la Monarquía británica, y formuló la idea de la independencia, lo hizo dejando claro que el nuevo régimen político a establecer no podía ser el de la "locura del Gobierno hereditario de los reyes," o el de "la absurdidad de la sucesión hereditaria," la cual consideró como:

> "un insulto y una imposición sobre la posteridad, porque siendo todos los hombres iguales en su origen, ninguno por su nacimiento pudo tener un derecho para establecer para siempre su misma familia con una perpetua preferencia sobre todas las demás."[70]

---

67 Véase G. S. Wood, "The Intelectual Origins of the American Constitution," en *National Forum, cit*., Fall, 1984, p. 5.

68 Common Sense; Addressed to the Inhabitants of America, on the following interesting subject: I. Of the Origin and Design of Government in general, with concise Remarks on the English Constitution. II. Of the Monarchy and Hereditary Succession. III. Thoughts on the present State of American Affairs. IV. Of the present ability of America, with some miscellaneous Reflections, Philadelphia, R. Bell, 1776.

69 Solo meses después, en la tercera edición apareció el nombre de Paine como autor. Antes se especuló que los autores podían haber sido John Adams, Benjamin Rush, o Benjamin, en Jack Frutchman Jr., Thomas Paine. *Apostle of Freedom, Four Walls Eight Windows*, New York 1994, pp. 76-77.

70 Véase en Michael Foot and Isaac Kramnick (editors), Thomas Paine. *Reader Penguin Books*, 1987, pp. 52-56; y en Manuel García de Sena, *La independencia de Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha, (1811)*, edición conmemorativa del Bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos de América, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas 1987, pp. 81-84

La propuesta de Paine, que luego plasmó en muchos de sus escritos posteriores, partió de la idea simple que delineó posteriormente en 1795, de lo que llamó la división primaria de las formas de gobierno, que era: primero, el gobierno por elección de representantes; y segundo, el gobierno de sucesión hereditaria. Y fue esa división simple, la que dio origen, precisamente, a la revolución en los Estados Unidos, a la cual siguió la revolución en Francia, basadas, en palabras de Paine, en el conflicto entre "el sistema representativo fundado sobre los derechos del pueblo; y el sistema hereditario fundado en la usurpación,"[71] que o solo estaba formado con Monarcas de sangre, sino incluso establecido por dictadores, citando nada menos que a quien años después sería su perseguidor –como lo fue también de Francisco de Miranda– Maximillien Robespierre en representación de la Convención en Francia.

El mundo del gobierno monárquico o de la usurpación, era para Paine, en definitiva, lo contrario al "sistema representativo" que en su criterio era "la invención de mundo moderno." [72]

Y así fue en el Common Sense, en un capítulo sobre "de la Monarquía y sucesión hereditaria," donde Paine sentó las bases para esos planteamientos, expresando, al establecer el contraste entre Monarquía hereditaria y la república, que "el gobierno hereditario no tiene derecho de existir; no puede ser establecido con base a principio alguno de derecho; y antes por el contrario, es una violación de todos los principios."

En cambio, decía Paine:

> "el gobierno por elección y representación tiene su origen en los derechos naturales y eterno del hombre; porque bien sea que el hombre fuese su mismo legislador, como lo seria en aquel primitivo estado de la naturaleza; o bien que ejerciese su porción de soberanía legislativa en su misma persona, como podría suceder en las pequeñas democracias, donde todos se pueden juntar para la formación de las leyes, por las cuales deben gobernarse; o bien ya que la ejerciese en la elección de las personas que le han de representar en la asamblea nacional de los representantes, el origen del derecho es el mismo en todos los casos. El

---

71 Véase el estudio "Dissertation on First Principles of Government" (1705), en Michael Foot and Isaac Kramnick (editors), Thomas Paine. *Reader Penguin Books*, 1987, p. 453

72 Véase en Michael Foot and Isaac Kramnick (editors), Thomas Paine. *Reader Penguin Books*, 1987, p. 454.

primero, como se ha dicho antes, es defectivo en poder; el segundo es practicable solamente en democracias de pequeña extensión; el tercero es la mayor escala sobre que puede establecerse un gobierno humano."

Más adelante destacaba que, entre las distinciones entre los hombres:

"hay una distinción tan enorme, que no se puede justificar ni con razones sacadas de la naturaleza, ni de la religión; esta es la que se nota entre reyes y vasallos: y es cosa muy digna de nuestra atención, inquirir cómo vino al mundo una raza tan superior a los demás hombres, y tan privilegiada, que parece ser de muy diferente especie; y también nos toca indagar si estos semidioses son más bien útiles que perjudiciales a la felicidad del género humano." […]

Al mal de la monarquía hemos añadido nosotros el de la sucesión hereditaria: y así como la primera es una degradación en nosotros mismos, así también la segunda, pretendida como una materia de derecho, es un insulto y una imposición sobré la posteridad; porque siendo todos los hombres iguales en su origen, ninguno pudo por su nacimiento tener un derecho para establecer su misma familia con una perpetua diferencia sobre todas las demás; y aunque alguno pudiese haber merecido de sus contemporáneos algún grado de distinción en la sociedad; con todo, sus descendientes pueden ser indignos de heredarlo." […]

En conclusión, la sucesión de la monarquía hereditaria ha cubierto de sangre y de cenizas, no este o aquel reino, sino en el mundo entero: es una forma de gobierne reprobada por la palabra de Dios, y por consiguiente funesta a todas las naciones.

Hay que situarse en 1776, en pleno auge del régimen monárquico en el mundo, para captar la trascendencia de esta diatriba, que explicó Paine en el capítulo sobre "de la Monarquía y sucesión hereditaria" – que en 1811 sería traducido al castellano por Manuel García de Serna.[73]

A dicho capítulo, sin embargo, Paine agregó otro, quizás el más importante, referido precisamente al tema de la independencia de Norteamérica, donde hizo "reflexiones sobre el estado actual de los asuntos americanos." Allí Paine

---

[73] Véase Manuel García de Sena, *La independencia de Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha*, Extracto de sus obras, T. y J. Palmer (1811), edición conmemorativa del Bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos de América, (Estudio preliminar de Pedro Grases), Ministerio de Relaciones Exteriores Caracas 1987.

planteó directamente, basado en argumentos derivados de "los principios de la naturaleza y del sentido común, la necesaria independencia de las Colonias, desmontando los argumentados que se habían ido formulando a favor de la reconciliación con la Corona, explicando qué era lo que se podía esperar si las Colonias se separaban o seguían dependientes de la misma.

Paine analizó cada uno de los argumentos que se habían esgrimido para que las Colonias permanecieran dependientes, como el progreso económico que habían logrado, la relación entre ellas a través de la metrópolis, la descendencia común de los ingleses, para en definitiva concluir, al final, que "la autoridad de Gran Bretaña sobre este continente, es una forma de gobierno que temprano o tarde tiene que tener un fin," y que era "repugnante para la razón, y el orden universal de las cosas el suponer que este continente puede continuar sujeto a un poder externo." Y agregaba Paine: "La reconciliación es un sueño falaz," considerando absurdo que "un continente sea perpetuamente gobernado por una isla," pues "Inglaterra es para Europa y América para sí misma."

En definitiva, el *Common Sense* fue la vía de expresión de "la doctrina de la separación en independencia" de América, a cuyo efecto Paine en el libro materialmente diseñó la forma como debían irse organizando las Colonias, cómo debían elegir sus Asambleas, y cómo establecer un Congreso Continental para el nuevo gobierno, y la adopción de una Continental *Charter or Charter of the United Colonies,* respondiendo al principio de que un "gobierno propio es nuestro derecho natural." La propuesta republicana fue, en definitiva, que "en América la ley sea el Rey. Así como en un gobierno absoluto el Rey es la Ley, en los países libres la Ley tiene que ser el rey; y no puede haber otro." Concluyó Paine su manifiesto, proponiendo que se adoptara en América "una abierta y determinada declaración de independencia," acuñando incluso la frase de "Estados Unidos de América"[74] para identificar el nuevo Estado.

Todo esto la afirmó Paine en enero de 1776, y conforme a esas ideas, precisamente, fue que se forjó el régimen republicano en Norteamérica, basado en la elección y representación, es decir, en un gobierno representativo,

---

74 Véase lo indicado por Michael Foot, "Introduction," en Thomas Paine, *Rights of Man*, Alfred Knopf, New York, 1994, p. xi; Christopher Hitchens, Thomas Paine, *Rights of Man*. A Biography, Manjul Publishing House 2008, p. 36; Craig Nelson, Thomas Paine. Enlightenment, *Revolution and the Birth of Modern Nation*, Penguin Books, 2007, p. 8

desarrollado en cada Colonia, con un Congreso Continental; en un régimen contrapuestos al régimen de gobierno monárquico hereditario, considerando Paine, simplemente, como lo repitió en 1795, que éste no tenía "derecho de existir."[75]

En todo caso, como resultado de todo el proceso antes analizado, los norteamericanos del Siglo XVIII decidieron mediante una revolución, repudiar la autoridad real y en su lugar erigir una república. Por tanto, el republicanismo y establecer una república fue lo que buscó la revolución norteamericana, para lo cual la propia Constitución fue sancionada por "el pueblo" (*We the people*) quien, a partir de entonces, en la historia constitucional, se convirtió en soberano.

En esta forma, la Constitución adoptada en 1787, fue concebida fundamentalmente, como un documento orgánico que regulaba la separación horizontal y vertical de los poderes de los distintos órganos del nuevo Estado, es decir, entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como entre los Estados y los Estados Unidos de conformidad con el sistema federal.

Sin embargo, a pesar de los antecedentes coloniales y de las propuestas hechas en la Convención, la Constitución no incluyó una declaración de derechos o Bill of Rights, salvo el derecho a tener un gobierno representativo. Fueron los reclamos de los oponentes al nuevo sistema federal, conducidos por los anti-federalistas, los que durante el proceso de ratificación de la Constitución llevaron a la adopción de las diez primeras Enmiendas a la misma, el 15 de diciembre de 1791, las cuales configuraron la Bill of Rights norteamericana.[76]

IV. LA CONSTITUCIÓN FRANCESA (1791)

Después de la Revolución americana, el proceso de constitucionalización del Estado de Derecho fue continuado por la Revolución francesa de 1789, con la adopción de la tercera Constitución del mundo, la francesa de 3 de

---

75 Véase en Michael Foot and Isaac Kramnick (editors), Thomas Paine. *Reader Penguin Books*, 1987, p. 454.

76 Véase el texto en R. L. Perry (ed.). *op. cit.*, pp. 432-433.

septiembre de 1791, siendo la segunda Constitución, la polaca, promulgada el 3 de mayo del mismo año 1791.[77]

En efecto, dos años después de la adopción de la Constitución americana y trece años después de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, la Revolución Francesa (1789) generó una revolución social cuyo objetivo fue liquidar el Ancien Régime, representado igualmente por la monarquía absoluta y personal.[78] El problema, en este caso, no fue encontrar un denominador común entre trece Estados independientes y edificar un nuevo Estado sobre los restos de las Colonias inglesas como sucedió en el proceso constitucional norteamericano; sino más bien, cómo transformar un Estado centralizado, construido en torno a la vieja Monarquía francesa, en la cual el Estado era el Monarca (*L'État c'est moi*), en una nueva forma de Estado donde, mediante el concepto de Nación, el pueblo participara como soberano. Fue necesaria una revolución, cuyo primer resultado fue el debilitamiento de la Monarquía misma.

Para ello, después del 14 de julio de 1789, la Asamblea Nacional francesa adoptó dos decisiones fundamentales: la abolición de los derechos señoriales el 4 de agosto, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el 26 de agosto de 1789. Dos años más tarde fue adoptada la Primera Constitución francesa, el 3 de septiembre de 1791, que si bien seguía siendo de corte monárquico, consideraba al Rey como un delegado de la Nación y sujeto a la soberanía de la Ley.

El hecho es que, a partir de entonces el Rey, como Monarca absoluto, dejó de ser el Estado; y éste pasó a ser el pueblo organizado en una Nación, sujeta a una Constitución.

La Constitución de 1791 adoptó una estructura que luego se volvió clásica en el desarrollo del derecho constitucional moderno, en la cual se estableció una clara distinción entre una parte dogmática, contentiva de

---

77 Véase A. P. Blaustein, "The United States Constitution. A Model in Nation Building," en National Forum, cit., p. 15. Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo No. 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008.

78 Véase de A. de Tocqueville, además de su clásica obra L'Ancien Régime et la Révolution, el libro *Inéditos sobre la Revolución*, Madrid 1980.

derechos individuales y de los límites y obligaciones del poder del Estado, en relación a los mismos; y una parte orgánica relativa a la estructura, las atribuciones y las relaciones entre los diferentes órganos del Estado.[79]

La Constitución comenzó así con la incorporación en su texto de la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano, que había sido adoptada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789 y ratificada por el Rey el 5 de octubre de 1789; texto que se había inspirado en las Declaraciones insertas en las Constituciones de las Colonias americanas que recientemente se habían emancipado de Inglaterra, en particular el *Bill of Rights* de Virginia (1776); lo que no significó, por supuesto, que la Declaración no fuera francesa en su esencia, como obra fundamentalmente racional, inspirada directamente de los pensamientos de Rousseau y Montesquieu.[80]

En todo caso, esta Declaración de Derechos que precedió la Constitución de 1791 puede caracterizarse porque el hecho de que su contenido reflejó una adhesión formal a los principios de la ley natural y a los derechos "naturales" innatos del hombre, de tal manera que la Declaración reconoció o declaró estos derechos universales, pero no los estableció. La Declaración, por tanto, se configuró como una formal adhesión a los principios de la Ley natural y a los derechos naturales con los que nace el hombre, por lo que la ley sólo los reconoce y declara, pero en realidad no los establece. Por ello, la Declaración tuvo un carácter universal.

Por ello no fue una declaración de los derechos de los franceses, sino el reconocimiento por la Asamblea Nacional de la existencia de derechos fundamentales del hombre, para todos los tiempos y para todos los estados. Por ello, Alexis de Tocqueville comparó la revolución política de 1789 con una revolución religiosa, señalando que a la manera de las grandes religiones, la Revolución estableció principios y reglas generales, y adoptó un mensaje que se propagó más allá de las fronteras de Francia. Ello derivó del hecho de que los derechos declarados eran "derechos naturales" del hombre.[81]

Esta concepción es clara en el texto de la Declaración adoptada por los representantes del pueblo francés constituidos en Asamblea Nacional,

---

79 Véase M. García-Pelayo, *op. cit.*, p. 463.

80 Véase J. Rivero. *Les Libertés Publiques,* Vol. I, Paris 1973, pp. 38-42.

81 Véase A. de Tocqueville, The Old Regimen and the Revolution, *cit*., por Y. Madiot, Droits de l'Homme et libertés Publiques, París 1976, p. 46.

> "considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos".

Además, desde el punto de vista jurídico y político, los poderes del Estado estaban limitados, hasta el punto de que los funcionarios sólo podían actuar dentro de los límites impuestos por estos derechos y, consecuentemente, sometidos a la soberanía de la Ley, principio recogido en la Constitución.

Por otra parte, tanto la Declaración de los Derechos como la Constitución misma se basaron en la afirmación de la soberanía nacional, introduciéndose así un concepto que resultó esencial en el derecho constitucional francés, pues marcó el inicio de una nueva fundamentación para la legitimación del poder del Estado, en oposición a la legitimidad monárquica del pasado; así como un nuevo enfoque para la reorganización de los órganos del Estado.

Así, la idea de la Nación emergió de la Constitución para privar al Rey de su soberanía; pero como la soberanía sólo existió en la persona que la ejercía, el concepto de Nación surgió como personificación del pueblo. Para usar las palabras de Bethélemy:

> "Había una persona soberana que era el Rey. Otra persona debía ser encontrada para oponérsele. Los hombres de la Revolución encontraron esa persona soberana en una persona moral: la Nación. Le quitaron la Corona al Rey y la pusieron en cabeza de la Nación."[82]

Y la Nación, en la teoría revolucionaria, fue identificada con lo que Emmanuel Sieyès describió como el Tercer Estado, que comparado con los otros dos estamentos de los Estados Generales (nobleza y clero), era el estamento bajo o la Nación globalmente considerada. Qu'est-ce que le Tiers? fue la pregunta que se planteó Sieyès en su libro, y la respuesta que dio fue: "todo," "toda la Nación."[83] Las clases privilegiadas, así, fueron excluidas del concepto de Nación, en la cual tenía cabida la burguesía.

La burguesía, como lo señaló Sieyès, tenía "la modesta intención de tener en los Estados Generales o Asamblea una influencia igual a la de los privilegiados;"[84] pero la situación real, particularmente por su poder económico y por la reacción contra los privilegios, llevó a la burguesía a acaparar el poder, por la Revolución, con apoyo popular.

---

82 Véase Berthélemy-Duez, Traité Elementaire de Droit Constitutionnel, París 1938, p. 74, cit., por M. García Pelayo, *op. cit.*, p. 461.

83 Véase E. Sieyès, Q*u'est-ce que le Tiers Etat*, (ed. Zappeti), Ginebra 1970, p. 121.

84 *Idem*., p. 135.

El pueblo, en realidad, apoyó al Tercer Estado, es decir, a la burguesía, pues no tenía otra alternativa, en el sentido de que no podía apoyar ni a la nobleza ni al clero, que representaban los privilegios.[85] Por ello, la Revolución francesa ha sido considerada como la revolución de la burguesía, para la burguesía y por la burguesía[86] configurándose como un instrumento contra los privilegios y discriminaciones, buscando, al contrario, la igualdad de todos los hombres en el goce de sus derechos.

De allí que, incluso, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano haya sido calificada como "la expresión ideológica del triunfo de la burguesía.[87]

En todo caso, a partir de la Revolución, la soberanía residió esencialmente en la Nación como lo estableció expresamente la Declaración de 1789 en su artículo 3°. Por ello, el fundamento de la autoridad pública, a partir de la Revolución, cesó de ser el derecho divino del Monarca, y comenzó a ser la soberanía nacional, que se ejercería mediante representantes.

Por ello, a pesar de su carácter monárquico, la Constitución de 1791 fue representativa, desde el momento en que la Nación ejercía su poder a través de representantes. Por el sistema que se estableció para la participación, sin embargo, la Revolución tuvo una especial significación social vinculada a la burguesía, ya que conforme al sistema de sufragio que se estableció, un gran número de los ciudadanos fue excluido de la actividad electoral.[88]

La Constitución de 1791, además, estableció otro principio fundamental del derecho público moderno, desarrollado particularmente en Francia; y expresado en el concepto de que "Il n'y a point en France d'autorité supérieure à la loi."[89] Es decir, el principio de la superioridad de la ley, considerada como la expresión de la voluntad general, lo que fue la reafirmación del Estado de

---

85 Como lo señala G. de Ruggeiro, *The History of European Liberalism*, Boston 1967, p. 74.

86 *Idem*., pp. 75-77.

87 Véase J. L. Aranguren, Ética y Política. Madrid 1963, pp. 293 y 297, *cit.*, p. E. Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid 1975, p. 80.

88 Bajo la influencia de Sieyès, la Constitución estableció dos categorías de ciudadanos: ciudadanos activos y ciudadanos pasivos. G. Lepointe, *Histoire des Institutions du Droit Public Français au xix siècle 1789-1914*, París 1953, p. 44.

89 Art. 2 de los artículos de Constitución sometidos por la Asamblea Nacional al Rey el 2 de octubre de 1789. Véase en J. M. Roberts, y J. Hardman, *French Revolution Documents*, Oxford, 1973, Tomo I, p. 173.

Derecho y de la idea de que no son los hombres los que gobiernan, sino las leyes. Por ello el principio de que los órganos estatales sólo pueden exigir obediencia si son expresión de la Ley, hasta el punto de que los artículos de la Constitución de 1791 establecieron el principio que el Rey mismo, como titular del Poder Ejecutivo, sólo reinaba en virtud de la Ley y sólo en virtud de ella es que podía exigir obediencia.[90]

En todo caso, como se dijo, la Constitución de 1791, a pesar de la Revolución, continuó estableciendo un Gobierno monárquico, conforme al cual el ejercicio del Poder Ejecutivo se confería exclusivamente al Monarca.[91] Pero el Rey, sin embargo, no era más que el Jefe Supremo de la Administración del Reino, delegado de la Nación, sujeto a la soberanía de la Ley. En consecuencia, el Monarca, por primera vez en la historia constitucional, devino en un órgano del Estado, por lo que la antigua institución del derecho divino, se convirtió en un órgano establecido en el derecho positivo. El Rey, así, se convirtió en Rey del pueblo francés en lugar del Rey de Francia.[92]

Finalmente debe señalarse que la Constitución de 1791 estableció un sistema de estricta separación de poderes, conforme al principio que había establecido la Declaración de 1789, de acuerdo al cual

> "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución (art. 16)".

Sin embargo, en el sistema francés de separación de poderes de 1791, se estableció un claro predominio del Poder Legislativo. Por ello, el Rey no podía ni convocar, ni suspender, ni disolver la Asamblea; sólo tenía un poder de veto, de suspensión, pero no tenía iniciativa, aun cuando podía sugerir a la Asamblea tomar en consideración ciertos asuntos. La Asamblea, por su parte, no tenía control sobre el Ejecutivo, ya que la persona del Rey era sagrada e inviolable.

---

90 Art. 2, *loc. cit*., p. 173.

91 Capítulo IV, Art. 1 en J. M. Roberts y J. Hardman, *op. cit.*, Tomo I, p. 358.

92 Véase G. Lepointe, *op. cit.*, p. 44.

Sólo los Ministros eran responsables penalmente. En todo caso, la Asamblea tenía importantes atribuciones ejecutivas, como el nombramiento de algunos funcionarios, la vigilancia de la administración, la declaración de la guerra y la ratificación de los Tratados.[93]

La separación de poderes en Francia, en todo caso, en sus inicios, impidió toda interferencia de un poder respecto de otro, de manera que incluso el poder judicial no podía garantizar a los individuos que los órganos ejecutivos estarían subordinados a la Constitución. Prueba de ello fue la famosa Ley sobre Organización Judicial del 16/24 de agosto de 1790 que estableció que:

> "Las funciones judiciales están y siempre deberán estar separadas de las funciones administrativas. Cualquier interferencia por parte de los jueces en las actividades de los cuerpos administrativos, o cualquier citación enviada por dichos jueces a los administradores, por motivos relacionados con sus funciones, constituirán una violación de sus deberes."[94]

Posteriormente, la Ley de 16 Fructidor del año III (1795), ratificó que:

> "Los jueces, bajo pena de ley, tienen la prohibición de conocer de actos administrativos, sea cual sea su naturaleza."[95]

Como resultado de esta concepción extrema de la separación de poderes en Francia, la jurisdicción administrativa se tuvo que configurar paulatinamente como una jurisdicción separada del orden judicial para juzgar a la Administración. Si los jueces incurrían en prevaricación si interferían en las funciones administrativas, para poder juzgar los actos administrativos tuvo que configurarse una jurisdicción especial, diferente y separada del Poder Judicial, inicialmente inserta dentro de la Administración y que en su evolución culminó con la atribución de funciones jurisdiccionales al Consejo de Estado.

Por otra parte, como consecuencia del concepto de supremacía del Parlamento y de la Ley que resultó de la Revolución francesa, cualquier tipo de control sobre la constitucionalidad de las leyes en Europa, era inconcebible,

---

93 Véase G. Lepointe, *op. cit.*, pp. 45 y 49. Véase el texto en J. M. Roberts y J. Hardman, *op. cit.*, Tomo I, pp. 347 ss.

94 Véase J. Rivero, *Droit Administratif,* París 1973, p. 129; J. M. Auby y R. Drago, *Traité du Contentieux Administratif*, París 1984, Vol. I, p. 379.

95 Véase J. Rivero, *op. cit.*, p. 129.

y ello resultó así hasta los inicios de este siglo. Incluso, aún en la actualidad en Francia no existe sino un precario sistema de control directo a posteriori de la constitucionalidad de las leyes (es decir, respecto de leyes promulgadas); y sólo fue en los períodos de postguerra, en los años veinte y a partir de los cuarenta, cuando se establecieron en otros países europeos, sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

En Europa, por lo tanto, a partir de la Revolución francesa de 1789 y de la Constitución de 1791, durante el siglo XIX las Constituciones fueron en general el resultado de Revoluciones, que establecieron el modelo fundamental del Estado de derecho, con derechos fundamentales y división de poderes, y con una característica adicional que fue que el Estado estaba organizado desde una perspectiva negativa con respecto a sus propios poderes, en el sentido de que debía velar por la protección de los ciudadanos frente a los abusos de poder del mismo. De allí que las formas y los medios de control sobre los órganos del Estado fueron incluso mejor organizados que el mismo Estado.

En este proceso de constitucionalización del Estado de derecho, el principio de la rigidez constitucional también se adoptó en la medida en que la Constitución se la concibió realmente como una norma fundamental, que no podía ser modificada mediante legislación regular, sino que cualquier enmienda requería de procedimientos especiales.

Esto dio lugar al desarrollo de la teoría del poder constituyente, que en el caso francés, presuponía que el pueblo era una entidad política existencial. A raíz de la Revolución, en efecto, el pueblo pasó a ser el sujeto del poder constituyente, tomó conciencia de su capacidad política para actuar y se dio una Constitución, basándose en la idea, claramente establecida, de su unidad y capacidad política para la acción.[96]

Dado que la Constitución se convirtió en la ley fundamental del Estado y que no podía modificarse fácilmente, se fue desarrollando la distinción entre el poder constituyente del pueblo y el poder legislativo (órgano constituido), así como entre los actos constitucionales (*lois constitutionnelles*) y las leyes regulares.

---

[96] Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª Edición Ampliada, Serie Derecho Administrativo No. 2, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá 2008.

La Nación se reservó siempre el derecho a cambiar su Constitución, atendiendo a los medios prescritos en la misma. Sin embargo, ello no impidió que al poco tiempo después de la Revolución se cambiara la Constitución, la cual se modificó en cuatro ocasiones en once años entre 1789 y 1800: el 3-14 de septiembre de 1791, el 24 de junio de 1793, el 5 Fructidor del año III (1795), y el 22 Frimario del año VIII (1800).

En todo caso, el significado de la Revolución Francesa residió en el hecho de que llevó al establecimiento de un Estado de derecho, en el sentido de que produjo una Constitución que limitaba y controlaba el ejercicio del poder del Estado, confiriendo de esta manera un nuevo carácter político al Estado moderno. En este sistema, la Nación, como sujeto del poder constituyente, se enfrentó al Monarca absoluto, eliminó su absolutismo y tomó su lugar; lo que en definitiva condujo a que se incrementara el poder del Estado mismo.

En todo este proceso, por supuesto, el modelo norteamericano ejerció una influencia considerable: la Declaración de Independencia de 1776 y la propia Constitución americana de 1787 fueron igualmente el resultado de la decisión del pueblo de Estados Unidos, aunque, en este caso, no se trató de transformar un Estado ya existente como en Francia, sino ms bien de constituir una nueva organización política estatal y de elaborar una Constitución que acompañara la fundación política de un nuevo Estado.

V. LA IDEA DE CONSTITUCIÓN A RAÍZ DE LA REVOLUCIÓN HISPANOAMERICANA: AMÉRICA LATINA Y ESPAÑA

En todo caso, e incluso con los elementos disidentes británicos, los principios constitucionales que derivaron de las Revoluciones americana y francesa de fines del Siglo XVIII, sobre la idea de Constitución se difundieron en el mundo entero a lo largo del Siglo XIX, principalmente en América Latina y Europa.

En Europa, la Constitución francesa de 1795 fue fuente de inspiración particular para la Constitución de la Monarquía española sancionada en Cádiz en marzo de 1812 y para la Constitución de Noruega de 1814.

Sin embargo, antes, en los países latinoamericanos, que eran colonias de España y Portugal, la influencia de las Revoluciones y del constitucionalismo fue inmediata y definitiva, y el ejemplo estuvo en Venezuela que fue el primer país hispanoamericano en conquistar su independencia de España y el tercer país del mundo donde un Congreso integrado por representantes electos

adoptó una Declaración de Derechos del Pueblo y sancionó la primera de las Constituciones republicanas de Latinoamérica en 1811, que fue la Constitución federal de los Estados de Venezuela de diciembre de ese año.[97]

En efecto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada por la Revolución francesa, aun cuando había sido prohibida en Hispanoamérica por el Tribunal de la Inquisición de Cartagena de Indias en 1789,[98] comenzó a circular en nuestros países traducida por Antonio Nariño en Santa Fe de Bogotá, en 1792,[99] y luego en la Provincia de Caracas a partir de 1797, como consecuencia de la conspiración de Gual y España. En este último caso, a través del libro publicado por uno de sus instigadores, que a su vez había sido parte de la conspiración de San Blas de Madrid de 1796, y quien por ello estaba preso en La Guaira, Juan Bautista Mariano Picornell y Gomilla, denominado Derechos del Hombre y del Ciudadano con varias máximas Republicanas y un Discurso Preliminar dirigido a los Americanos.[100]

Este libro, probablemente impreso en Guadalupe, contuvo una traducción de la Declaración de derechos que procedió la Constitución francesa de 1793,[101] la cual tuvo una importancia capital para el constitucionalismo de Venezuela, pues influyó directamente en la ordenación jurídica de la República luego de que el Ayuntamiento de Caracas en su sesión del 19 de abril de 1810 se erigió, a sí mismo, en Junta Suprema de Venezuela

---

97 Antes, sin embargo en 1804 se había dictado la Constitución de Haití, pero estableciendo un Imperio y luego una Monarquía. Véase en general: Allan R. Brewer-Carías, *Los inicios del proceso constituyente hispano y americano*. Caracas 1811 – Cádiz 1812 (Prólogo de Asdrúbal Aguiar), Editorial bid & co. Editor, Colección Historia, Caracas 2012.

98 Véase P. Grases, *La Conspiración de Gual y España y el Ideario de la Independencia*, Caracas, 1978, p. 13.

99 *Idem*., p. 286.

100 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y su influencia en las primeras declaraciones de derechos en Hispanoamérica (Con ocasión del bicentenario de la "Declaración de los derechos del pueblo" de 1 de julio de 1811 y de la "Declaración de los derechos del hombre" en la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 21 de diciembre de 1811)", en *Revisión del Legado Jurídico de la Revolución Francesa en las Américas,* Facultad de Derecho y Comunicación Social, Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago de Chile 2012, pp. 59-118

101 Véase P. Grases, *La Conspiración de Gual y España… cit*, pp. 37 y ss.

Conservadora de los Derechos de Fernando VII,[102] expulsando a las autoridades coloniales, comenzando a establecer un nuevo gobierno y la conformación jurídica de un nuevo Estado.[103]

El Ayuntamiento de Caracas en efecto, asumió ese día el "mando supremo" o "suprema autoridad" de la Provincia[104], "por consentimiento del mismo pueblo,"[105] "reasumiendo en sí el poder soberano."[106] A los pocos meses, el 11 de junio de 1810, y frente a la necesidad de formar entre todas las provincias de la antigua capitanía General de Venezuela un "Poder Central bien constituido" la Junta convocó "a todas las clases de hombres libres al primero de los goces del ciudadano, que es el de concurrir con su voto a la delegación de los derechos personales y reales que existieron originariamente en la masa común," para elegir los diputados que habían de formar "la Junta General de Diputación de las Provincias de Venezuela." Para ello se dictó un el Reglamento de Elecciones,[107] que, sin duda, fue el primero de todos los dictados en materia electoral en el mundo hispanoamericano.[108]

---

102 Véase el libro *El 19 de abril de 1810, Instituto Panamericano de Geografía e Historia*, Caracas 1957.

103 Véase en general T. Polanco, "Interpretación jurídica de la Independencia" en *El Movimiento Emancipador de Hispanoamérica, Actas y Ponencias*, Caracas, 1961, Tomo IV, pp. 323 y ss.

104 Véase el texto del Acta del Ayuntamiento de Caracas de 19 de Abril de 1810 en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Madrid, 1985, p. 157.

105 Así se establece en la "Circular" enviada por el Ayuntamiento el 19 de abril de 1810 a las autoridades y corporaciones de Venezuela. Véase en Textos oficiales de la Primera República de Venezuela, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1959, Tomo I, p. 105.

106 Así se indica en el oficio de la Junta Suprema al Inspector General Fernando Toro el 20 de abril de 1810. Véase en J.F. Blanco y R. Azpúrua, *Documentos para la historia de la vida pública del Libertador*, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1983, Tomo II, p. 403 y Tomo I, p. 106, respectivamente.

107 Véase el texto en Textos Oficiales..., *op. cit.*, Tomo II, pp. 61-84; y en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, *op. cit.*, pp. 161 a 169.

108 Véase Allan R. Brewer-Carías, "La primera manifestación de representatividad democrática y las primeras leyes electorales en España e Hispanoamérica en 1810 (La elección de diputados a las cortes de Cádiz conforme a la Instrucción de la Junta Central Gubernativa del Reino de enero de 1810, y la elección de diputados al Congreso General de Venezuela conforme al Reglamento de la

En las elecciones participaron siete de las nueve Provincias en las cuales se eligieron diputados[109] que formaron la "Junta General de Diputados de las Provincias de Venezuela"[110] la cual declinó sus poderes en un Congreso Nacional en el cual se constituyeron los representantes, el cual se instaló el 2 de marzo de 1811.

Este Congreso exhortó a todas las Provincias de la "Confederación de las Provincias de Venezuela," a que sus "Legislaturas provinciales" acelerasen la formación de sus respectivas Constituciones.[111]

Ese Congreso fue el que aprobó solemnemente la "Declaración de Derechos del Pueblo" el 1º de julio de 1811,[112] la cual, como se dijo, después de las declaraciones norteamericanas y de la francesa puede considerarse como la tercera de las Declaraciones de derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo moderno.[113]

Junta Suprema de Venezuela de junio de 1810), Trabajo elaborado para la obra colectiva coordinada por José Guillermo Vallarta Plata, *Libro Homenaje a la Constitución española de Cádiz de 1812*, Instituto Iberoamericano de Derecho Local Municipal, Guadalajara, 2012.

109 Véase C. Parra Pérez, *Historia de la Primera República de Venezuela*, Academia de la Historia, Caracas 1959, Tomo I, p. 477.

110 Véase Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo primero, p. 224.

111 Véase *Libro de Actas del Supremo Congreso de Venezuela 1811-1812*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, Tomo II, p. 401.

112 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Las Declaraciones de Derechos del Pueblo y del Hombre de 1811 (Bicentenario de la Declaración de "Derechos del Pueblo" de 1º de julio de 1811 y de la "Declaración de Derechos del Hombre" contenida en la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 21 de diciembre de 1811)*, Prólogo De Román José Duque Corredor), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2011. Véase el texto en: Allan Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela, Madrid*, 1985, pp. 175 y ss. Allan R. Brewer-Carías, *Los Derechos Humanos en Venezuela. Casi 200 años de Historia*, Caracas, 1990, pp. 71 y ss.

113 Esas Declaraciones de derechos, que influyeron todo el proceso constitucional posterior, sin duda, como lo ha demostrado el Profesor Pedro Grases, tuvieron su principal base de redacción en el mencionado documento, traducción de Picornell, vinculado a la conspiración de Gual y España, principal promotor de la conspiración de San Blas. Véase, P. Grases, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

Posteriormente, el 5 de julio de 1811, el mismo Congreso proclamó la Declaración de Independencia, pasando la nueva nación, a denominarse como Confederación Americana de Venezuela;[114] y en los meses siguientes, bajo la inspiración de la Constitución norteamericana y la Declaración francesa de los Derechos del Hombre,[115] redactó la primera Constitución de todos los países latinoamericanos, que fue la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 21 de diciembre de 1811[116] (sancionado meses antes de la Constitución de Cádiz),[117] con clara inspiración en los aportes revolucionarios de Norteamérica y Francia. Se trató de un texto de 228 artículos agrupados en 9 capítulos, mediante el cual se conformó la Unión de las Provincias, bajo una forma federal del Estado, que venían siendo parte de la Confederación de Venezuela y que habían formado parte de la Capitanía General de Venezuela.[118]

Las fuentes de inspiración de los proceres civiles que hicieron la independencia,[119] fueron sin duda, como se dijo, los documentos de la Revolución Francesa y de la Revolución Norteamericana.

---

114 Véase el texto de las sesiones del 5 de julio de 1811 en *Libro de Actas… cit*., pp. 171 a 202. Véase el texto Acta de la Declaración de la Independencia, cuya formación se encomendó a Juan Germán Roscio, en P. Ruggeri Parra, *op. cit.*, apéndice, Tomo I, pp. 79 y ss. Asimismo en Francisco González Guinán, *Historia Contemporánea de Venezuela*, Caracas, 1954, Tomo I, pp. 26 y ss.; y el Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, *cit*., pp. 171 y ss.

115 *Cf*. José Gil Fortoul, *op. cit.*, Tomo Primero, pp. 254 y 267.

116 Véase el texto de la Constitución de 1811, en *La Constitución Federal de Venezuela de 1811 y Documentos afines* (Estudio Preliminar de C. Parra Pérez), Caracas, 1959, pp. 151 y ss., y en Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, *cit*., pp. 179 y ss. Véase además, en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Documentos Constitucionales de la Independencia/ Constitucional Documents of the Independence 1811*, Colección Textos Legislativos No. 52, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012, 644 pp.

117 Véase sobre ello en Allan R. Brewer-Carías, *Sobre el constitucionalismo hispanoamericano pre-gaditano 1811-1812*, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional Charles Brewer Maucó, sobre *Historia del Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, No. 5, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013.

118 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Evolución Histórica del Estado*, Tomo I, Instituciones Políticas y Constitucionales, Caracas 1996, pp. 268 y ss.

119 La independencia como obra de civiles.

En cuanto a la Declaración de los Derechos del Pueblo de 1811 y al Título final de la Constitución Federal de 1811 sobre derechos de las personas, los mismos es inspiraron en el texto de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* que precedió la Constitución Francesa de 1793, que llegó a Venezuela a través del antes mencionado texto publicado en español como Derechos del Hombre y del Ciudadano con varias máximas republicanas, y un discurso preliminar dirigido a los americanos de 1797, vinculado a la Conspiración de Gual y España.[120]

Otras influencias, por ejemplo, también se reflejaron en el texto de la Declaración de Derechos de la Constitución de 1811, proveniente de la sección de los "Deberes del Hombre en Sociedad" de la "*Déclaration des Droits et Devoirs de l'Homme et du Citoyen*" que precede el texto de la Constitución francesa de 1795,[121] así como de las declaraciones de derechos que se incorporaron en las Constituciones de las antiguas Colonias británicas en Norte América, entre ellas de la *Declaration of Rights* de Virginia de 12 de junio de 1776, y de la *Constitution or form of Government, agreed to and resolved upon by the Delegates and Representatives of the several Counties and Corporation* of Virginia de 29 de junio de 1776.

Esos textos llegaron traducidos a Caracas en el libro de Manuel García de Sena, La Independencia de Costa Firme justificada por Thomas Paine Treinta años ha de 1811.[122]

Por ello esta mezcla de fuentes, el orden dado a los artículos y la sistematización adoptada en la Declaración venezolana de 1811, fue distinta a la de los textos franceses, de manera que las cuatro secciones que los agrupan pueden considerarse originales del texto venezolano de 1811, con alguna inspiración adicional en los trabajos aparecidos bajo la firma de

---

120 Véase P. Grases, *La Conspiración de Gual y España*..., *cit*., p. 147. En dicha obra puede consultarse el texto del Documento, comparándolo con el de la Declaración de 1811 y la Constitución de 1811. Igualmente en Pedro Grases, "Estudio sobre los 'Derechos del Hombre y del Ciudadano'," en el libro *Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Estudio Preliminar por Pablo Ruggeri Parra y Estudio histórico-crítico por Pedro Grases), Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, pp. 168 ss.

121 Véase los textos en J. M. Roberts y J. Hardman, *French Revolution Documents*, Oxford, 1973, 2 vols.

122 Véase en Manuel García de Sena, *La Independencia de Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha*, Edición del Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas 1987, p. 90.

William Burke publicados en la Gaceta de Caracas entre 1810 y 1811, como por ejemplo, el título de la sección sobre "Derechos del hombre en Sociedad."[123]

La influencia de los documentos norteamericanos se evidencia, además, del hecho de que el propio título del documento no fue sobre los "Derechos del Hombre y del Ciudadano," sino sobre los "Derechos del Pueblo" (*rights of the people*), expresión que no se encontraba en los textos franceses, y que en realidad venía de la traducción de "pueblo" el inglés (*people*) de los textos de las declaraciones norteamericanas, que se encuentran además, tanto en los textos firmados por William Burke, como en los trabajos de Thomas Paine traducidos por Manuel García de Sena, igualmente en 1811.

Específicamente, en los trabajos atribuidos a William Burke, y que luego se recogieron en el libro Derechos de la América del Sur y México, publicado en Caracas en 1811, se utilizó constantemente la expresión "derechos del pueblo,"[124] al argumentarse sobre los derechos declarados en las Constituciones norteamericanas, considerándose que "El pueblo es, en todos los tiempos, el verdadero y legítimo soberano. En él residen y de él traen su origen todos los elementos de supremacía."[125] Refiriéndose a las Constituciones de los Estados Unidos, en los textos de Burke incluso se indicó que "declaran positiva y particularmente, que la soberanía reside esencial y constantemente en el pueblo;" que "por medio del sistema de representación asegura el pueblo real y eficientemente su derecho de soberanía;… principio que forma la principal distinción entre los gobiernos autoritarios y libres, tanto que se puede decir que el pueblo goza de libertad a proporción del uso que hace de la representación."[126]

---

123 William Burke fue un seudónimo utilizado por Francisco de Miranda y sus allegados para escribir en la Gaceta de Caracas, con estudios y materiales que en gran parte estaban en el Archivo de Miranda. Véase sobre ello: Allan R. Brewer-Carias, *Sobre Miranda. Entre la perfidia de uno y la infamia de otros, y otros escritos*, Segunda edición corregida y aumentada, Colección Cuadernos de la Cátedra Fundacional de Historia del derecho, Charles Brewer Maucó, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas / New York 2016. William Burke utilizó en uno de sus escritos en la Gaceta de Caracas en 1811, la expresión "Derechos del Hombre en Sociedad" que recogió la Declaración de 1811. Véase en William Burke, *Derechos de la América del Sur y México*, Academia Nacional de la Historia, Caracas 1959, Vol. I., p. 107.

124 *Idem*, Vol. I, pp. 118,123,127,141, 157,162,182, 202,205,241.

125 *Idem*, p. 113.

126 *Idem*, pp. 119, 120.

Por otra parte, en la traducción de García de Sena sobre La Independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine Treinta años ha, la expresión "derechos del pueblo" también fue utilizada al argumentar sobre las dos formas de gobierno posibles: "el Gobierno por sucesión hereditaria" y "el Gobierno por elección y representación," indicando su criterio de que:

> "Las Revoluciones que se van extendiendo ahora en el Mundo tienen su origen en el estado de este caso; la presente guerra es un conflicto entre el sistema representativo fundado en los derechos del pueblo; y el hereditario, fundado en la usurpación."[127.]

En Europa, como se dijo, la Constitución francesa de 1795 fue también fuente directa de inspiración particular para el constitucionalismo moderno que comenzó a afianzarse con la Constitución de la Monarquía española de Cádiz en 1812, que a su vez tuvo gran influencia posterior, a pesar de que sólo estuvo en vigencia en España y sus dominios durante dos escasos años, desde el 19 de marzo de 1812 hasta el 4 de mayo de 1814, cuando también fue anulada por el mismo Fernando VII, al restaurarse la Monarquía absoluta, iniciándose la persecución política contra todos aquellos que habían colaborado en su sanción y ejecución.

En cuanto a las provincias de Ultramar, durante sus cortos años de vigencia inicial, la repercusión de la Constitución de 1812 fue muy limitada. En aquellas provincias como las de Venezuela que para 1812 ya habían declarado su independencia e, incluso, ya habían sancionado mediante Congreso de representantes una Constitución, la vigencia e influencia de la Constitución de Cádiz fue completamente nula.[128] Fue en realidad después de

---

127 Expresado por Paine en su "Disertación sobre los Primeros principios del Gobierno" que escribió en los tiempos de la Revolución Francesa. Véase en Manuel García de Sena, *La Independencia de Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha*, Edición del Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas 1987, p. 90. La expresión la utilizó también en otros Discursos, pp. 111, 112.

128 Véase lo que hemos expresado en Allan R. Brewer-Carías, "Sobre el inicio del constitucionalismo en América hispana en 1811, antes de la sanción de la Constitución de Cádiz de 1812," en *Revista Pensamiento Constitucional*, No. 17, 2013, Escuela de Posgrado, maestría de Derecho Constitucional, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2013, pp. 45-78; "La ausencia de influencia de la Constitución de Cádiz en el inicio del constitucionalismo venezolano e hispanoamericano," en *Revista Estado Constitucional*, No. 2, Lima

1820 cuando la gran mayoría de las antiguas Colonias españolas lograron su independencia,129 que la Constitución de Cádiz, tuvo su mayor influencia en América Latina, llegando Incluso, en algunos casos, a ser aplicada provisionalmente, a pesar de que ya en 1824 había cesado en su vigencia en España, en las nacientes Repúblicas, como por ejemplo ocurrió en México donde los Alcaldes juraron en 1824 "guardar la Constitución española, mientras se concluye la de la Nación mexicana".[130]

Por ello, en realidad, fue seis años después de la anulación de la Constitución de Cádiz, en 1820, cuando su texto efectivamente comenzaría a tener repercusión como consecuencia de una revolución de origen militar que se desarrolló en España, y que impuso a Fernando VII el juramento de Constitución de Cádiz, la cual entonces volvió a entrar en vigencia, aún cuando por otro corto período de tres años y medio, desde el 10 de marzo de 1820 al primero de octubre de 1823[131]. Esa imposición fue consecuencia de la rebelión militar que estalló el 1 de enero de 1820 en el pueblo de Cabezas de San Juan por el cuerpo de expedicionarios que se había conformado y que debía partir para América para sofocar las rebeliones que ya para esa fecha se habían generalizado en todo el Continente.

2012, pp. 53-85; y *El paralelismo entre el constitucionalismo venezolano y el constitucionalismo de Cádiz (o de cómo el de Cádiz no influyó en el venezolano) en Libro Homenaje a Tomás Polanco Alcántara*, Estudios de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2005, pp. 101-189.

129 Véase por ejemplo, Jorge Mario García Laguardia, Carlos Meléndez Chaverri, Marina Volio, *La Constitución de Cádiz y su influencia en América (175 años 1812-1987)*, San José, 1987; Manuel Ferrer Muñoz, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, UNAM México, 1993; Ernesto de la Torre Villas y Jorge Mario García Laguardia, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, UNAM, México 1976.

130 Véase Diario de sesiones del Congreso (México), 2 de mayo de 1824, p. 586. Citado por Demetrio Ramos, "Las Cortes de Cádiz y América" en *Revista de Estudios Políticos*, N° 126, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962, nota 422, p. 631.

131 Véase José F. Merino Merchán, *Regímenes históricos españoles,* Tecnos, Madrid 1988, pp. 60 y 61.

La voz de la revolución se expresó con el pronunciamiento de coronel Rafael del Riego, quien, como dijo Juan Ferrando Badía, consideró "más importante proclamar la Constitución de 1812 que conservar el imperio español"[132].

El conflicto fue entre, por una parte, embarcarse para América para luchar contra un proceso independentista cuyos ejércitos ya habían derrotado, por ejemplo, a la expedición de Morillo de 1815 la cual había sido las más grande fuerza militar enviada a las Colonias en toda su historia colonial; y por otra parte, la sublevación, el Ejercito con la connivencia de sociedades secretas como la masonería, optó por lo segundo[133] e hizo la revolución, imponiendo al Rey la Constitución de 1812, quien la juró el 2 de marzo de 1820.

En este nuevo período de vigencia, a partir de 1820, la influencia de la Constitución se manifestó en América, en algunas provisiones de los textos Constitucionales de los países en los cuales, para esa fecha, aún no se había proclamado la independencia, que eran la mayoría[134].

En cuanto a la influencia de la Constitución de Cádiz en Europa, debe recordarse que fue en dicho texto constitucional donde por primera vez en el viejo continente se recogieron los principios del constitucionalismo moderno que habían legado las Revoluciones norteamericana y francesa, lo que implicó que con motivo de su nueva puesta en vigencia entre 1820 y 1824 a raíz del

---

132 Véase Juan Ferrando Badía, *Proyección exterior de la Constitución de Cádiz*, en M. Artola (ed), Las Cortes de Cádiz, Ayer, 1-1991, Marcial Pons, Madrid 1991, p. 207.

133 Véase F. Suárez, *La crisis política del Antiguo Régimen en España (1800-1840)*, Madrid, 1950, p. 38. Citado por Juan Ferrando Badía, *Idem*, p. 177.

134 Véase por ejemplo, Manuel Ferrer Muñoz, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España*, UNAM, México 1993. La excepción, como se dijo, la constituyeron las provincias de Venezuela y de Colombia, donde meses antes, en 1819, ya se había adoptado la Constitución política de Venezuela de Angostura, la cual rigió también en las antiguas provincias de Cundinamarca; y en el mismo se dictó, en 1821, la Ley constitucional de la Unión de los pueblos de Colombia, en la cual se dispuso que el Congreso de Colombia debía formar la constitución conforme a "los principios liberales que ha consagrado la sabia práctica de otras naciones"(art. 7); y como consecuencia, se sancionó la Constitución de Cúcuta de 1821 con la que se conformó la República de Colombia, comprendiendo las provincias de Venezuela, Cundinamarca y Ecuador.

golpe de Estado que obligó al Rey a jurarla, la Constitución de Cádiz adquiriera una importante connotación, particularmente porque en ese momento, en el mundo latino no había otro modelo constitucional que pudiera servir de fuente de inspiración para las ideas democrático liberales. No debe olvidarse que para 1812 y luego, para 1820, las Constituciones francesas iniciales (1791, 1793) ya habían caído en un olvido histórico con el consiguiente desdibujamiento de su contenido, entre otros factores, por el régimen revolucionario del Terror y de su producto inmediato, el Directorio, que se había constituido de acuerdo a la Constitución de 1795 (Año III); por el golpe de Estado que ya Bonaparte había dado en 1799 que, entre otros aspectos, condujo a la eliminación de la misma Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, símbolo fundamental de la Revolución, del contenido de la Constitución de 1799 (Año VIII); por la creación del Consulado vitalicio, a cargo de Napoleón, con la Constitución de 1802 (Año X); por la formación del Imperio y la consagración de Napoleón Bonaparte como Emperador vitalicio con la Constitución de 1804 (Año XII) y la posterior eliminación de la República (1808); y finalmente, por la restauración de la Monarquía a partir de 1814, con la coronación de Luís XVIII, luego de la derrota de Napoleón por los aliados europeos, que veían en la Revolución francesa la fuente de todos los males políticos del momento.

Ante el vacío conceptual revolucionario francés que había resultado de todos esos factores, puede decirse que fue entonces la Constitución de Cádiz de 1812 la que sustituyó a las francesas como fuente de inspiración para los movimientos liberales, al haber incorporado en su texto, desde 1812, los principios del constitucionalismo que se había iniciado tanto en Norteamérica como en Francia; sirviendo a su vez de fuente de inspiración para otros países europeos, particularmente a partir de 1820, como sucedió con los movimientos revolucionarios de Portugal y de Italia, en Nápoles y en el Piamonte, que vieron en la Revolución española el ejemplo a seguir, imponiendo también a los Monarcas su producto, que había sido, precisamente, la Constitución de Cádiz.

La revolución española y la Constitución de Cádiz, las cuales se basaron en el principio de la soberanía nacional limitando las potestades del Rey y del estamento aristocrático, en efecto, se convirtieron en un mito político que movilizó a las élites europeas contra los Monarcas. Por ello, el hecho político de que mediante una revolución se hubiera podido imponer a un Monarca una Constitución que limitaba sus poderes y prerrogativas, fue lo que provocó, en definitiva, la reacción de las potencias europeas contra España y la convocatoria de la Santa Alianza para condenar la revolución y buscar

restablecer el orden institucional en la Península, todo lo cual se precipitó por la repercusiones que la revolución española tuvo a partir del mismo año 1820, en el inicio de los movimientos revolucionarios en Portugal e Italia, los cuales tomaron la Constitución de Cádiz como modelo para los mismos, en sustitución de la Constitución francesa de 1791.[135]

La chispa se propagó por el trabajo de las sociedades secretas, específicamente la masonería, produciéndose pronunciamientos en diversos países. Por una parte, fue el caso de Portugal, donde seis meses después de los acontecimientos españoles, el 24 de agosto de 1820, y como consecuencia de una revolución militar iniciada en Oporto con apoyo de la sociedad secreta denominada Sanderín, se constituyó una Junta de Gobierno que veinte días más tarde se juntaría con la Junta de Lisboa. De ello resultó la constitución, con apoyo español, de la Junta Provisional del Supremo Gobierno del Reyno, la cual convocó a elecciones de diputados a las Cortes Generales Extraordinarias y Constituyentes de la nación Portuguesa, precisamente conforme al modelo de la Constitución de Cádiz. De ello resultó la promulgación de una nueva Constitución de Portugal, dos años después, el 22 de septiembre de 1822, siguiendo la línea de la Constitución española, aún cuando más democratizadora[136]. Esa Constitución fue jurada el 1 de octubre de ese mismo año por el Rey Juan VI luego de que éste regresara desde el Brasil donde desde 1807 se había refugiado como consecuencia de la invasión napoleónica.[137]

---

135 Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de Cádiz y los principios del constitucionalismo moderno: Su vigencia en Europa y en América*, en Asdrúbal Aguiar (Coordinador), La Constitución de Cádiz de 1812, fuente del derecho Europeo y Americano. Relectura de sus principios fundamentales. Actas del IV Simposio Internacional Unión Latina, Ayuntamiento de Cádiz, Cádiz 2010, pp. 35-55.

136 Véase además, Jorge Martíns Ribeiro, "La importancia de la ideología y de los artículos de la Constitución de Cádiz para la eclosión de la revolución de 1820 en Oporto y la Constitución Portuguesa de 1822", en Alberto Ramos Santana y Alberto Romero Ferrer (ed.), *Cambio Político y Cultural en la España de Entresiglos*, Universidad de Cádiz, Cádiz 2008, pp. 79 ss.

137 Antes de que llegaran las tropas francesas que desde noviembre de 1807 ya habían invadido España, a la frontera con Portugal, el Príncipe Juan de Braganza, quien era regente del reino de Portugal por enfermedad de su madre la Reina María, y su Corte, se refugiaron en Brasil, instalándose el gobierno real el Río

Los gobiernos europeos, por supuesto, destacaron la influencia de España en la revolución de Portugal, y dada las presiones de la Santa Alianza, luego de que la Reina de Portugal se negara a jurar la Constitución y los movimientos contrarrevolucionarios prevalecieran, el Rey Juan VI, el 4 de junio de 1824, derogaría la Constitución de 1822.

Para esa fecha, por otra parte, ya España había sido invadida de nuevo por los ejércitos franceses (los llamados Cien Mil Hijos de San Luís) pero esta vez por cuenta de la Santa Alianza, tal y como se había acordado en el Congreso de Verona (1823), ejército que amenazaba llegar a Portugal. El ensayo revolucionario fracasó y la nueva Constitución portuguesa sólo tendría dos años de vigencia, aun cuando luego, en 1836, entraría de nuevo en vigor.

En Italia, la revolución española y la Constitución de Cádiz también serían la bandera que adoptarían las sociedades secretas, La Carbonaria y los Federados, tanto en el sur como en el norte de la Península[138]. En el Reino de las dos Sicilias, los Carbonarios napolitanos no sólo tenían a la revolución de Riego, en España como el ejemplo a seguir, sino que consideraban a la Constitución de Cádiz como la más democrática de todos los Estados europeos, que mostraba un punto de equilibrio entre los derechos del pueblo y las prerrogativas de los Monarcas.

---

de Janeiro en marzo de 1808. Ocho años después, en 1816, el príncipe Juan asumió la Corona del Reino Unido de Portugal, Brasil y Algaves (con capital en Río de Janeiro), como Juan VI. En la península, Portugal quedaba gobernado por una Junta de regencia que estaba dominada por el comandante de las fuerzas británicas. Una vez vencido Napoleón en Europa, Juan VI regresó a Portugal dejando como regente del Brasil a su hijo Pedro. A pesar de que las Cortes devolvieron al territorio del Brasil a su status anterior y requirieron el regreso a la Península al regente Pedro, este, en paralelo a las Cortes portuguesas, convocó también a una Asamblea Constituyente en Brasil, proclamando la independencia del Brasil en septiembre de 1822, donde el 12 de octubre de ese mismo año fue proclamado Emperador del Brasil (Pedro I de Braganza y Borbón). En 1824 se sancionó la Constitución Política Imperial del Brasil. Dos años después, en 1826, el Emperador brasileño regresaría a Portugal a raíz de la muerte de su padre Juan VI, para asumir el reino portugués como pedro IV, aún cuando por corto tiempo. Véase, Félix A. Montilla Zavalía, "La experiencia monárquica americana: Brasil y México", en *Debates de Actualidad, Asociación argentina de derecho constitucional*, Año XXIII, No. 199, enero/abril 2008, pp. 52 ss.

138 Véase Juan Ferrando Badía, *Proyección exterior de la Constitución de Cádiz*, en M. Artola (ed), Las Cortes de Cádiz, Ayer, 1-1991, Marcial Pons, Madrid 1991, p. 241.

En esta forma, un mes antes que se hubieran desencadenado los acontecimientos revolucionarios de Portugal, en julio de 1820, en una alianza de Los Carbonarios con el Ejército y la burguesía, obligaron al Rey Fernando I a otorgar la Constitución de Cádiz, lo cual hizo por Edicto de 7 de julio de ese año, pasando a ser dicha Constitución, la del Reino de las Dos Sicilias "salvo las modificaciones que la representación nacional, constitucionalmente convocada, creerá oportuno adoptar para adaptarla a las circunstancias particulares de los reales dominios"[139].

La reacción de la Santa Alianza, en este caso, tampoco se hizo esperar, y en el mismo año de 1820, en octubre, en el Congreso de Troppeau las Potencias condenaron la revolución napolitana que amenazaba el principio monárquico, y además, en dicho Congreso, particularmente Austria, Rusia y Prusia también condenaron a la revolución portuguesa, y a la que había inspirado a todas, que no era otra que la revolución española.

Las potencias europeas decidieron reunirse nuevamente en enero de 1821 en el Congreso de Laybach, resolviendo esta vez anular el régimen constitucional napolitano, autorizando la invasión del Reino de las Dos Sicilias para la restauración del principio monárquico, quedando en este caso, Austria, encargada de ejecutar las resoluciones. Para abril de 1821, ya la Santa Alianza triunfaba en Italia.

Pero en esos mismos días, la Constitución de Cádiz también sería el estandarte que junto con los carbonarios, los revolucionarios piamonteses utilizarían en el Reino de Cerdeña para obligar por la fuerza el Príncipe Carlos Alberto a otorgar la Constitución de Cádiz, lo que ocurrió el 13 de marzo de 1821. Sin embargo, dos días después, el 15 de marzo el rey Víctor Manuel, quien había abdicado por la revolución, proclamó la anulación de lo actuado por la Regencia y apeló al auxilio de las potencias europeas que aún estaban reunidas en el Congreso de Laybach. El Congreso también envió en auxilio del Rey a las tropas austriacas, de manera que para el 8 de abril, la rebelión había sido apaciguada y el ejército constitucional piamontés había sido derrotado. La Constitución, en definitiva, sólo había tenido menos de un mes de vigencia[140].

---

139 *Idem*, p. 237.

140 *Idem*, p. 242.

Finalmente, como se dijo, la Santa Alianza se había vuelto a reunir en el Congreso de Verona en octubre de 1822, agrupando a Austria, Prusia y Rusia, el reino de las dos Sicilias y de Modena y representantes de Francia e Inglaterra, en el cual, entre los asuntos fundamentales a considerar, estuvo no sólo la situación de Italia sino la de la revolución española.

Sobre lo primero se autorizó la permanencia de los ejércitos austriacos en Italia hasta 1823 y respecto de España, se condenó la imposición que mediante una revolución se había hecho a Fernando VII de la Constitución de 1812, solicitándole al gobierno español cambiar su régimen político y reponer al Fernando VII como Monarca absoluto, bajo amenaza de guerra.

Este Congreso de Verona concluyó sus sesiones el 4 de diciembre de 1822 con la resolución de la Santa Alianza de formularle a España un ultimátum, encargando a Francia el asegurar la restitución del régimen monárquico que se reclamaba; y así fue que en abril de 1823, como se dijo, el ejército francés de nuevo invadió a España, esta vez con los Cien Mil Hijos de San Luís, acción que por supuesto fue rechazada por las Cortes.

Ante la invasión, las Cortes, como había ocurrido diez años atrás, pero esta vez junto con el Rey, se retiraron a Andalucía, y luego, en junio de 1823, de nuevo, a Cádiz. Aquí sesionaron hasta agosto de ese año, de manera que la Constitución de Cádiz y sus Cortes, no sólo nacieron en esta ciudad suelo de hombres libres, sino que fue aquí que también cesaron.

Luego de la derrota del ejército constitucional en la batalla de Troacadero, el Rey se plegó a las exigencias francesas, y el 1 de octubre de 1823, nuevamente, por segunda vez, anuló la Constitución de Cádiz, restaurando la Monarquía. Fue así como "los Congresos de Troppau, Laybach y Verona dieron muerte oficial a la Constitución de 1812 en España y en Italia"[141] y, además, en Portugal.

Quedó, en todo caso, como el primer texto constitucional latino europeo que a comienzos del siglo XIX había recogido los principios del constitucionalismo moderno que habían legado las Revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII, de lo que deriva su importancia singular, y la influencia directa que tuvo, tanto en los nuevos movimientos revolucionarios liberales europeos, como en la conformación de las Constituciones de muchas naciones latinoamericanas. Como tal, sin duda, sus principios tuvieron importante vigencia en Europa y en América, tanta que doscientos años después seguimos estudiándola.

---

[141] Como lo destacó Juan Ferrando Badía, *Idem*, p. 247.

LA CONSTITUCIÓN DE PAPEL

Humberto BRICEÑO LEÓN*

I. INTRODUCCIÓN

En este articulo examino el rol que juega, si es que es alguno, la denominada Constitución de Papel en aquellos estados cuyas prácticas políticas se alejan significativamente de la letra expresa de sus constituciones. Aun en los sistemas sin constitucionalismo, en los que la práctica política se aleja y contradice valores republicanos-liberales, la Constitución desempeña algunas funciones, por supuesto alejadas de esos valores. Las aproximaciones al tema no han sido unánimes, una visión expandida en América Latina ha considerado que las constituciones cuando son significativamente contradichas por la práctica política real no juegan papel alguno, son letra muerta. Cercano a esta idea, el profesor Pérez Perdomo señala: "Para explicar qué puede estar en juego conviene destacar que la constitución de papel es un documento cuyo valor es fundamentalmente simbólico."[1]

En el pasado algunos análisis como el de Loewenstein y Sartori ubicaban a las constituciones en cuyos sistemas existían formas autoritarias en categorías como nominales o falsas sin puntualizar la función que en esos

---

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Licenciado en Ciencias Políticas y Administrativas Universidad Central de Venezuela; Diplomè D'Etudes Approfondies (Máster) Instituto de Estudios Políticos de Paris; LL.M (Máster) en Derecho Internacional Universidad de Miami; Profesor e investigador en Venezuela por más de 35 años; académico Visitante en Lewis & Clark Law School, Yale Law School (Fullbright), Oxford UK Centre for Socio-Legal Studies, y profesor adjunto en Duke School of Law.

1 Rogelio Pérez Perdomo, *La Constitución de papel y su reforma*, Revista de derecho público, ISSN 1317-2719, Nº 112, 2007 (Ejemplar dedicado a: Estudios sobre la reforma constitucional), p. 13-16, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/112/rdpub_2007_112_13-15.pdf

regímenes cumplían esas mismas constituciones.[2] Hoy la academia ha abordado el tema, explica cómo países con una Constitución y realidades aceptablemente liberales experimentan la decadencia democrática, y como consecuencia el uso y atropello de la Constitución por parte de los nuevos regímenes con fines autoritarios. De acuerdo con Toth los autócratas contemporáneos utilizan las propias instituciones constitucionales de la democracia para transformarla en una especie de despotismo; afirma de esta forma el autor antes citado: "los académicos advierten que el siglo XXI podría convertirse en un siglo de autoritarismo como resultado de la erosión institucional de la democracia. Parece haber consenso en que, si bien los nuevos regímenes difieren en algunos aspectos, comparten características clave con sus predecesores: aversión a los principios de la democracia constitucional, intolerancia hacia las minorías vulnerables y una floreciente oligarquía en torno a la cabeza del régimen."[3] El nuevo sistema intenta cumplir con criterios aparentes de legalidad y democracia al menos de manera formal, pero en verdad es antiliberal, contra-constitucional y despótico.[4]

Contemporáneamente nuevos estudios han promovido la investigación sobre el papel y la función de las constituciones en los regímenes autoritarios, Barros 2002; Brown 2002; Ginsburg & Simpser 2014; Ginsburg & Moustafa 2008; Moustafa 2014; Crouch 2020; Toth 2019.[5] De este modo se ha indagado si esas constituciones divorciadas de la práctica política desempeñan algún papel; se ha afirmado podrían cumplir propósitos propagandísticos, también se las ha considerado ilusoriamente legitimadoras, pacto entre las nuevas elites de poder, fórmula para el reparto del poder entre las nuevas elites, y también imponiendo relaciones jerárquicas entre los miembros de la nueva alianza de poder.[6] En efecto, la Constitución se ha utilizado para obstaculizar la transición a la democracia constitucional, existen evidencias que demuestran

---

2 Melissa Crouch, *Pre-emptive Constitution-Making: Authoritarian Constitutionalism and the Military in Myanmar*, 54 Law & Soc'y Rev. 487, 489.

3 Gábor Attila Tóth, *Breaking the Equilibrium: From Distrust of Representative Government to an Authoritarian Executive*, 28 Wash. Int'l L.J. 317, 319, 320.

4 Humberto Briceño León, *Despotismo Constituyente*, *Venezuela 2017,* Editorial Fundación Alberto Adriani, (2018), http://www.fundacionalbertoadriani.com.ve/documentos/despotismopercentage20contituyente.pdf

5 Tóth, *supra nota* 3. en 489.

6 Tom Ginsburg and Alberto Simpser, *Constitutions in Authoritarian Regimes*, University of Chicago Law School Public Law and Legal Theory, Working Papers Working Papers, 2014. Also in Cambridge University Press, 2014, pp. 1-20.

que los regímenes autoritarios en América Latina introdujeron una nueva Constitución en los años inmediatos después de tomar el poder como un medio para consolidar su gobierno.[7]

Detrás de una fachada de constitucionalismo, el nuevo autoritarismo pretende retóricamente apegarse a los principios democráticos. Los autoritaris-mos populistas intentan legitimarse a través de elecciones populares conservando instituciones formales asociadas a la democracia constitucional, utilizándolas tanto como apariencia de representación como herramienta de imposición autoritaria; engañan, pretenden comportarse como si fueran democracias constitucionales, es decir, como si acogieran los valores e instituciones democráticos.[8]

Ilustro con un ejemplo histórico la paradoja que abordo. Durante la segunda mitad del siglo XIX y primeras décadas del XX, transcurrieron sucesivas autocracias despóticas en Venezuela. Durante este tiempo se produjo una curiosa relación, no explicada satisfactoriamente, entre Constitución y realidad política. Todos los autócratas de la época sustentaron su poder básicamente en la fuerza de sus armas, lo ejercieron sin escrúpulos constitucionales, pero al mismo tiempo confeccionaron constituciones. Esos gobernantes no se cohibieron por efecto de la Constitución de turno para cometer actos bárbaros y crueles. Aquella realidad política caudillista contrastó con el persistente deseo de esos mismos déspotas de dotar a sus regímenes de la letra de una carta fundamental aun cuando su accionar se apartó sustancialmente de sus propios textos constitucionales.[9] ¿Por qué entonces constituciones?

Cuando formulo esa pregunta salta muy frecuentemente una respuesta casi automática, la cual por si sola aún hoy me parece insuficiente, "para legitimar el régimen". De ser así, ello supondría algún rol de esa letra constitucional; la disociación entre Constitución y vida política de la Nación no parecería entonces total. Mariano Picón Salas en su formidable obra "Los días de Cipriano Castro" nos ofrece un ejemplo del caudillismo y su supuesto de disfraz constitucional, nos dice: "Cada reforma constitucional en el eterno paño roto de nuestras constituciones, ha significado algo más misterioso,

---

7 *Id*. en 490.

8 Gábor Attila Tóth, *Breaking the Equilibrium: From Distrust of Representative Government to an Authoritarian Executive*, 28 Wash. Int'l L.J. 317, 317, 322.

9 Humberto Briceño, Cipriano Castro, El Disfraz Constitucional, en el Diario El Nacional, 13 de octubre 2016.

emboscado y torvo que lo que promete."[10] Al respecto Heller ofrece una perspectiva: "No existe Constitución política alguna que, cabalmente como estatus real, no sea a la vez, un ser formado por normas, es decir, una forma de actividad normada, además de una forma de actividad meramente normal."[11]

II. SEUDOCONSTITUCIONALISMO, CONSTITUCIÓN SIN CONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO

El término constitucionalismo autoritario ha sido propuesto por algunos académicos como Isiksel 2013; Somek 2003; Tushnet 2015 y también el de constitucionalismo abusivo por Landau en el 2013; se han formulado para describir manipulaciones del orden constitucional por parte de gobernantes autoritarios a través de medios constitucionales.[12]

La sola existencia de una Constitución escrita no autoriza per se a considerar el sistema respectivo como formando parte del constitucionalismo. En mi opinión los sistemas contemporáneos en los que la práctica política está disociada de modo importante de la letra constitucional no podrían ser considerados parte del constitucionalismo; claro, esas realidades, en general, corresponden a sistemas político-constitucionales dictatoriales, despóticos-autoritarios, aun cuando sus constituciones escritas contengan en la letra de sus textos algunos elementos republicanos-liberales.

Los sistemas en los que la realidad política este disociada de la letra constitucional, y por ello de valores liberales republicanos, podrían más bien ser, a lo sumo, calificables como parte de un seudoconstitucionalismo tal y como lo define Lassalle:

> El seudoconstitucionalismo no es, por tanto, conviene mucho, señores que no olvidemos, una conquista del pueblo, sino, por el contrario, un triunfo del absolutismo, con el cual consigue este mantener su régimen el mayor tiempo posible.

---

10 Picon-Salas Mariano, *Los días de Cipriano Castro Historia venezolana del 1900*, bid & co, Caracas 2011.

11 Hermann Heller, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1977, p. 272.

12 Crouch, supra nota 2, en 486-487.

> El seudoconstitucionalísmo consiste, según esto, como ya ustedes han podido comprobar, en que el Gobierno proclame lo que no es; consiste en hacer pasar por constitucional a un Estado que es, en realidad, un Estado absoluto; consiste en el engaño y la mentira.[13]

También podría ser apropiada para dicha calificación la noción de constitución sin constitucionalismo:

> Constituciones sin constitucionalismo estarían en aquellos países que tienen una forma de constitución, pero sin haber articulado instituciones que limiten al gobierno.[14]

Varios han sido los términos para referirse a constituciones cuyas realidades políticas concretas no están acordes o están alejadas de sus propios textos constitucionales. De este modo, conceptos como constituciones letra muerta, fachada, trampa, disfraz, cosmética, pseudo-constitución, propaganda, aspiración, semántica, nominal,[15] aun cuando podrían referirse a grados distintos de incongruencias, tienen en común atender a un nivel de incompatibilidad entre letra constitucional y práctica política real.

Aproximando el tema, Loewenstein denominó Constitución Semántica, e incluso Nominal, aquella que no es un instrumento honesto sino un medio por el cual un gobierno autocrático disfraza su verdadero carácter, para él la Constitución de la Unión Soviética era un caso claro de Constitución Semántica.[16] Por su parte Sartori identificó otra calificación de Constitución a la que llamó Constitución Fachada, la cual tiene la apariencia de una verdadera Constitución compatible su letra con los valores y principios del constitucionalismo normativo incluyendo controles, equilibrios y elecciones multipartidistas; no obstante, estos principios son ignorados como garantías esenciales, así para este tipo de sistemas los derechos a la libertad e igualdad

---

13 Ferdinand Lassalle, *¿Y AHORA? Segunda conferencia sobre problemas constitucionales*, noviembre de 1862, p. 91. https://norcolombia.ucoz.com /libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf

14 Tom Ginsburg & Alberto Simpser, *Introduction, Chapter 1 of Constitutions in Authoritarian Regimes*, (University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 468, 2014) 2.

15 Ver Jesús María Casal, ¿De la Constitución nominal a la Constitución fachada? Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana, Anuario 2011 Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2011, 363.

16 Crouch, supra nota 2, en 489. Ver Tóth, supra nota 8, en 324.

son letra muerta.[17] También Corrales sugiere el concepto de Legalismo Autocrático como el uso y abuso de la ley para influir en la política hacia fines autoritarios, como ha ocurrido en Venezuela (Corrales 2015); de similar forma Scheppele (2018), basándose en Corrales, utiliza el concepto Autócratas Legalistas para los gobernantes autoritarios que afirman trabajar en nombre del pueblo, pero erosionan la democracia y principios asociados al liberalismo; sostiene así que esta táctica pone a la democracia en contra del principio del constitucionalismo al abusar o eliminar los límites constitucionales del poder del gobierno en nombre del populismo (Scheppele 2018).[18] Como un caso de estado sin Constitución, recordaré el de Myanmar que fue gobernada durante 36 años, primero de 1962 a 1974 y luego de 1988 a 2010, sin una Constitución.[19]

El nivel de congruencia entre realidad y norma contribuye a revelar el rol del texto de una Constitución en una realidad política concreta, es decir, a observar como la norma impacta la práctica política y si esta última es fuente del sistema normativo constitucional; en otras palabras, permite observar el nivel de inter-relación entre normalidad y normatividad. De este modo, como tipos ideales, atendiendo a las nociones de Constitución a las que alude la relación referida, podríamos trazar un continuo o escala en la cual en uno de sus extremos se encontraría una disociación total entre práctica y norma, aquí ubicaríamos a aquellas constituciones calificadas de letra muerta, sin función alguna, lo que hoy, parcialmente, no parece ser en puridad el caso de los autoritarismos plenos contemporáneos; en el extremo opuesto se ubicarían los sistemas liberales-republicanos en los que existe una congruencia significativa entre realidad política y norma constitucional por lo cual podrían incluirse en la noción de constitucionalismo.

Difícilmente hoy encontramos constituciones, al menos en el hemisferio occidental, cuya letra desconozca expresa, total y abiertamente los valores básicos republicanos-liberales como el estado de derecho, la libertad y los derechos humanos fundamentales, aun cuando no se respeten en la práctica. Asumiendo que las constituciones escritas contemporáneas admiten en su letra de manera amplia o reducida, expresa o implícitamente, dichos valores, solo un grado razonable de su realización práctica permitiría ubicar ese sistema en el llamado constitucionalismo.

---

17 Tóth, *supra nota* 8, en 325.

18 Crouch, supra nota 2, en 490.

19 Crouch, supra nota 2, en 492.

En 1947, Mcllwain, formuló una noción de constitucionalismo que aún comparto:

> [C]onstitucionalismo tiene una cualidad esencial: es una limitación legal al gobierno; es la antítesis de la regla arbitraria; su opuesto es el gobierno despótico, el gobierno de la voluntad en lugar de la ley… [L]a esencia más duradera del verdadero constitucionalismo sigue siendo lo que ha sido casi desde el principio, la limitación del gobierno por la ley.[20]

Esta perspectiva en su contenido es comparable con el termino propuesto por Loewenstein de Constitución Normativa, la real, viva, efectiva que realmente gobierna la dinámica del proceso de poder. Este concepto es equivalente a la Constitución Garantista de Sartori, que obstaculiza el poder gubernamental arbitrario y asegura un gobierno limitado, y Dieter Grimm la llama logro del constitucionalismo, es decir a aquella Constitución que descarta cualquier poder absoluto o arbitrario del hombre sobre el hombre.[21]

Debido a que los sistemas políticos-constitucionales despóticos, dictatoriales, antiliberales, y autoritarios plenos no cumple con los requisitos expuesto por Mcllwain no podrían etiquetarse como constitucionalismos por el solo hecho de tener constituciones. La utilidad científica de la noción constitucionalismo se erosionaría severamente si por el solo hecho de tener constituciones se aplicase también a los regímenes políticos sin estado de derecho y con gobiernos no sometidos a control alguno, incluidos aquellos que sustituyen a la Constitución con prácticas erráticas, inestables, manipuladoras y sin principios jurídicos. De admitirse ese uso, Constitución y constitucionalismo no aludirían a nociones diferenciables, con lo cual la noción de constitucionalismo perdería especificidad y por ello utilidad teórica.

Respecto a la idea de constitucionalismo Karl Loewenstein en 1942, estudiando las constituciones de América Latina, y los estándares democráticos de sus gobiernos, con la excepción, para aquel momento, de Uruguay y Colombia con variaciones en Chile y Venezuela, señaló:

---

[20] Charles Howard McIlwain, Constitutionalism: Ancient and Modern (Indianapolis: Liberty Fund, 2008). 10/23/2019, at 21, accessible: https://oll.libertyfund.org/titles/mcilwain-constitutionalism-ancient-and-modern. See also, Mark Tushnet, AUTHORITARIAN CONSTITUTIONALISM, 100 Cornell L. Rev. 391, 394 (citando a McIlwain).

[21] Tóth, *supra nota* 8, en 324.

> Todos los demás son prácticamente oligarquías controladas por una clase gobernante numéricamente pequeña apenas disfrazada de constitucionalismo, como en Argentina, o por una dictadura abierta como en Brasil.[22]

El mismo autor también nos ofrece una hipótesis al porque las repúblicas de América Latina al nacer optaron por constituciones a principios del siglo XIX; nos dice "Al sur del Río Grande, muy pocos estados son democracias, aunque todos se adhieren a la forma republicana de gobierno y la mayoría de ellos tienen sus constituciones modeladas por el patrón de la constitución de los Estados Unidos."[23]

Ahora bien, la exclusión de esos sistemas de las formas pertenecientes al constitucionalismo no supone en sí mismo que esas constituciones no desempeñen o sirvan a un propósito, por supuesto distinto al que alude Mcllwain. Otra perspectiva, correspondiente a formulas en extremo positivista, podría pretender justificar que cualquier Constitución en un sistema totalitario y dictatorial sea incluido como forma de constitucionalismo al margen de la expresión real de su práctica política. En efecto, el discurso según el cual hay aproximaciones a problemas que son exclusivamente políticos y por ello no constitucionales, tiende a colocar a la Constitución en una zona ideal abstracta en la que se explicaría a sí misma desde la razón lógica normativa. Al separarse de este modo teoría del estado y práctica se admite al devenir habitual de la vida política como entronizada en una lógica que les propia. Para esta noción, práctica política y Constitución corresponden a dos órdenes sin necesaria conexión. En 1934 Hermann Heller contestó esta visión,[24] afirmó se había intentado trazar una tajante línea divisoria entre Política, como ciencia práctica y de valoración y teoría del estado, incluido el estudio de la Constitución como ciencia teórica no valorativa. Para este autor, en su época había predominado la opinión de que la ciencia política se diferencia de la teoría del estado incluido el estudio de la Constitución, siendo la primera ciencia práctica y valorativa, y la segunda teoría libre de valoración. Refutando esta concepción Heller afirmó: "La Teoría del Estado es también una ciencia práctica y no una ciencia libre de toda valoración y de toda

---

22 Karl Loewenstein*, South American Impressions of a Political Scientist*, Amherst Graduates' Quarterly, vol. xxxi–february, 1942– No. 2, 91, 92.

23 *Id*, en 91.

24 Herman Heller, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 272, 1942, accesible: https://www.academia.edu/15180027/252369991-Heller-Hermann-Teoria-del-estado-p141-298-pdf

política; y, por su parte, la ciencia política, en cuanto es ciencia, es también teoría. El ser y el deber ser aparecen tan entrañablemente entrelazados en todas las ciencias de la sociedad como la teoría y la práctica"[25]. Si se admitiese que la política practica puede ser de naturaleza extra-constitucional, es decir, no necesariamente vinculada con la normatividad constitucional, entonces, podríamos pensar, en ciertas circunstancias, que la norma pueda no desempeñar rol alguno, es decir que exista sin existir. No obstante, esta perspectiva no parece resolver la paradoja que planteamos: ¿para qué constituciones si el autoritarismo despótico parece basar su poder y estabilidad casi exclusivamente en la fuerza de sus armas?

III. CONSTITUCIÓN DE PAPEL. CONSTITUCIÓN EN DICTADURA

Se atribuye a Ferdinand Lassalle la formulación original de la noción de Constitución de Papel. Al respecto escribió dos celebérrimos textos: ¿Que es una Constitución? y ¿Y ahora qué? que presentó en dos conferencias en Berlín, la primera en abril de 1862 y la segunda en noviembre del mismo año.[26] El estudio de estas dos conferencias y el análisis que sobre ellas hizo Mehring[27] nos permite observar que Lassalle no pretendió exclusivamente reflejar con la idea de Constitución de Papel un inocuo o inexistente uso de un texto o letra constitucional en las circunstancias históricas de su momento. Más bien, dirigió su análisis al contexto en el que la práctica de las fuerzas políticas imperantes era incompatible con la letra constitucional, contexto ese en el que sofisticadas manipulaciones sirvieron al poder opresor imperante para obstaculizar el logro de objetivos aspirados por las fuerzas progresistas, mayoritarias pero inorgánicas de la sociedad de su época. Es decir, en mi criterio, la noción de Constitución Papel se formuló más bien en el marco de un modelo efectivo de manipulación engañoso compuesto por la letra de una carta fundamental disociada de lo que ocurre en la vida política; por la supremacía imperante en esa vida política de una alianza minoritaria pero organizada de poder que incluye a la fuerza militar; y por las fuerzas mayoritarias de una sociedad desorganizada e inorgánica aspirando fines

---

25 *Id*. p. 68 y siguientes.

26 Franz Mehring (1908), Ferdinand Lasalle *¿Qué es una Constitución?, Introducción Histórica*, conferencia pronunciada ante una agrupación ciudadana de Berlín, en abril de 1862*; ¿Y Ahora?,* segunda conferencia sobre problemas constitucionales, noviembre de 1862, elaleph.com, 1, https:// norcolombia.ucoz. com /libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf

27 *Id*. 4-29.

liberales-republicanos. En efecto, esta ruta de análisis parece confirmarla el propio autor al señalar "Hemos visto, señores, qué relación guardan entre sí las dos constituciones de un país, esa Constitución real y efectiva, formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen en la sociedad, y esa otra Constitución escrita, a la que, para distinguirla de la primera daremos el nombre de la hoja de papel."[28]

Entendía Lassalle que "Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son."[29] Quiso destacar con esta noción a la sociedad progresista y liberal en su conjunto pero desorganizada, pero también a la alianza monárquica, que estimo imperante junto con el ejercito como un poder mucho menos fuerte pero organizado, lo que le permitió imponerse y sostenerse por muchos años, sofocando el poder, mucho más fuerte, pero desorganizado e inorgánico de la nación, "hasta que ésta un día, a fuerza de ver cómo los asuntos nacionales se rigen y administran tercamente contra la voluntad y los intereses del país, se decide a alzar frente al poder organizado su supremacía desorganizada."[30] Lassalle se refería al conflicto de su época entre dos factores, uno la alianza Monárquica que controlaba el ejército y el otro los sectores mayoritarios de la sociedad no organizados. El primero se impuso sobre el segundo. El tratadista respondía su propia pregunta: "¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí. Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y, a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, es castigado."[31]

De este modo, a la Monarquía la Constitución de Papel le fue útil, la desobedeció para controlar el ejército, pero a la vez se permitió pasivamente al rey la atribución de proveer todos los cargos y presupuesto del Ejército, y con ello la supremacía de su poder. Al mismo tiempo, la letra constitucional parecía tener en cuenta al deseo de la sociedad parcialmente plasmado en ese

---

28 *Id*. 47.

29 *Id*. Lassalle, 36.

30 *Id.* Lassalle, 47, 57.

31 *Id*. Lassalle, 42.

documento fundamental pero las fuerzas de la sociedad representadas en la Asamblea Nacional sin atender a sus verdaderos intereses, contribuyeron a su propia derrota; von Unruh, presidente de la Asamblea Nacional, proclamó la célebre "resistencia pasiva" en su discurso de 1849; se interpretó como "aquella oscura resistencia, que no era tal resistencia, que no era más que una mala intención impotente, sin realidad externa, producto a la par de la conciencia claramente sentida del deber de resistir y de la cobardía personal, que no se atrevía a cumplir ese deber por no exponer en él la persona o la vida".[32] Al respecto, Lassalle consideró que "allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país."; agrego Lassalle "¿Qué debió suceder entonces al triunfar la revolución de 1848? Pues, sencillamente, debió anteponerse a la presión por hacer una Constitución escrita, el cuidado de hacer una Constitución real y efectiva, desarraigando y desplazando en beneficio de la ciudadanía las fuerzas reales imperantes en el país"; en ese momento las fuerzas imperantes, según el autor referido, eran las del ejército monárquico; se debió, según Lassalle, "convertir al Ejército, de un Ejército del rey, en un instrumento de la nación." [33]

Mehring se pregunta: ¿Por qué el Gobierno no dio al traste de una vez con aquella Constitución, que indudablemente le estorbaba;? y también yo me pregunto ¿porque el antiliberal Bismarck, primer ministro de Prusia y primer Canciller del Imperio Alemán durante la revolución liberal de Europa del siglo XIX, pensó, en criterio de Lassalle, que "ningún Gobierno podía modernamente salir adelante sin la ficción del pseudoconstitucionalismo?"[34] Según Lassalle "Cierto es que la Asamblea nacional fue licenciada, pero el propio rey, recogiendo los papeles póstumos de la Asamblea nacional, proclamó el 5 de diciembre de 1848 una Constitución que en la mayoría de los puntos correspondía exactamente con aquella Constitución que de la propia Asamblea Constituyente hubiéramos podido esperar."[35]; agregó el tratadista "Su majestad prestó el juramento constitucional [], pero con una reserva todavía: que con la nueva Constitución se le permitiera gobernar." Es decir, la letra de esa Constitución, el seudoconstitucionalismo, sirvió al gobierno pro-

---

32 *Id*. Mehring, 10.

33 *Id*. Lassalle, 56, 60.

34 *Id.* Lassalle, 27.

35 *Id.* Lassalle, 61.

monárquico "a salir adelante", a apaciguar las fuerzas mayoritarias e inorgánicas de la sociedad. En efecto, nos indica "en casi todos los Estados modernos vemos, en un determinado momento de su historia, la tendencia a darse una Constitución escrita, cuya misión es resumir y estatuir en un documento, en una hoja de papel, todas las instituciones y principios de gobierno vigentes en el país.[36] Consiguientemente, a la hoja de papel el tratadista le asignó una función que seria "buena y duradera" si reflejase las verdaderas y reales relaciones de poder.[37] Lassalle, en sus conferencias, estaba cuestionando la pasividad, la falta de organización de las fuerzas progresistas de la sociedad de entonces, les reclamo haber permitido, como Constitución real, al rey el control del ejército y así imperar, todo a pesar de la letra constitucional. Consecuentemente, la hoja de papel adicionalmente a las fuerzas imperantes no debía excluir a las desorganizadas fuerzas existentes del resto de la sociedad, pero cuya expresión política tendría que imponerse para ser parte de la Constitución real.

Para él notable jurista no hay más que una alternativa, o el Gobierno acomete la reforma de la Constitución para poner la Constitución escrita a tono con los factores materiales de poder de la sociedad organizada o ésta, con su poder inorgánico, se alza para demostrar, una vez más, que es más fuerte y pujante que el poder organizado, desplazando fatalmente los resortes organizados de poder de esa sociedad.[38]

Un análisis actual sobre el tema, publicado en el 2014, asume una perspectiva que en su esencia básica no difiere de Lassalle. Los profesores de la Universidad de Chicago Tom Ginsburg & Alberto Simpser sostienen que existe una percepción habitual sobre las constituciones dictatoriales como papeles sin sentido, sin otra función que la de dar la ilusión de legitimidad al régimen; según este criterio, no hay duda, algunos regímenes autoritarios gastan esfuerzos políticos en hacer una Constitución, y se preguntan ¿Por qué se molestarían en hacerlo si ese documento no tiene sentido? [39] La respuesta estándar indica que la constitución es un dispositivo de legitimación, lo que a su vez plantea la pregunta: ¿Cómo puede un documento obviamente falso

---

36 *Id*. Lassalle, 49-50.

37 *Id*. Lassalle, 56.

38 *Id*. Lassalle, 66.

39 Tom Ginsburg & Alberto Simpser, Introduction, *Chapter 1 of Constitutions in Authoritarian Regimes*, (University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper N° 468, 2014, 1,7.

generar alguna legitimidad? [40] Para responder los académicos sostienen que esas cartas sirven para coordinar múltiples actores, controlar a los subordinados, obtener la cooperación de una variedad de sujetos, y así agrupan las funciones de esas constituciones dictatoriales en cuatro categorías: manual operativo, cartel publicitario nacional e internacional, proyecto aspiracional o anteproyecto que describe las cosas no como son sino como podrían ser para motivar a las personas a construir una sociedad futura, y finalmente cumplen el roll de fachadas engañosas.[41] Conforme a esta tesis las constituciones pueden funcionar como "vasijas sagradas", su contenido gozaría de especial visibilidad pública y un estatus normativo privilegiado que podría ser de especial importancia en momentos de conflictos intra-élites o de crisis del régimen.[42] Resulta significativo observar que las constituciones totalitarias frecuentemente contienen una extensa lista de derechos que difícilmente tienen la intención real de limitar al gobierno, más bien constituyen una especie declaraciones grandilocuentes que adoptan retóricamente sobre esos derechos sin la intención verdadera de ejecutarlos; lo hacen para dar la sensación de encajar en los guiones globales, universalmente compartidos sobre valores liberales, sin que en verdad sean restricciones de importancia.[43]

CONCLUSIONES

Los nuevos autoritarismos plenos del siglo XXI parecen haber modificado en alguna medida su antigua estrategia de poder que estuvo basada más en el uso directo de la fuerza militar que en constituciones con referencias esencialmente retoricas a valores liberales. Ese proceso de adaptación estratégica de los autoritarismos plenos se inició como respuesta a la escena internacional que se fue estructurando como resultado del fin de la segunda guerra mundial, luego con la caída del muro de Berlín, y se acentuó por el efecto que en la escena internacional produjo las masivas violaciones a la dignidad humana en los territorios de la antigua Yugoslavia, en parte del continente africano y en ahora en América Latina.

Las realidades políticas despóticas no se vieron verdaderamente compelidas a tener que mostrar al mundo globalizado realidades domésticas ciertamente liberales. La escena internacional no contaba y tal vez aun no

---

40 *Id*. 1,7.

41 *Id*. 3, 10, 13.

42 *Id.* at 4, 24.

43 *Id.* at 12.

cuenta con fórmulas e instituciones suficientes de control e imposición de esos valores. De este modo, a medida que internacionalmente fue aumentando el conceso en torno a principios liberales sobre la libertad, el estado de derecho y los derechos humanos, los autoritarismos plenos se han ido adaptando, han ido modificado su estrategia, basándola ahora no solo en las fuerzas de sus armas, también en formas altamente sofisticadas de apariencia democrática y republicana. Esto ha contribuido internamente al mantenimiento del poder despótico por servir la manipulación perversa de esas constituciones a obstaculizar con engaños la realización de aspiraciones liberales-democráticas de la sociedad. Al mismo tiempo, esas cartas fundamentales han operado como pactos intra-elites para al reparto y jerarquización del poder político de esas nuevas elites dictatoriales.

Al propósito de la preservación del poder anti-democrático contribuye, en países con realidades políticas dictatoriales, totalitarias, y despóticas, la manipulación perversa de la letra, del texto, del papel expreso de la Constitución, aun en estados con constituciones que explícitamente prescriben valores liberales republicanos. En esos contextos, los factores reales, vitales, y mayoritarios pero inorgánicos y desorganizados de la sociedad tienden al desasosiego, a ser subyugados, desplazados, derrotados, a menos que se organicen y se estructuren adecuadamente para imponer su fuerza real sobre las armas de gobiernos opresores y sus engaños constitucionales.

Hoy en contextos de incongruencia significativa entre Constitución y realidad política parece haber una simetría entre la insuficiencia internacional para ejecutar sus principios democráticos-liberales con las inorgánicas fuerzas nacionales. Es decir, a la desorganización de los factores mayoritarios de la sociedad que comparten esos principios hoy se suma la inhabilidad internacional para ejecutarlos. Tal vez ambos elementos se nutren mutuamente por efecto de la siniestra estrategia despótica y como resultado se fomenta el desasosiego y la incapacidad domestica para ofrecer una formula exitosa contra la adaptación estratégica contemporánea de los autoritarismos plenos. Los factores democráticos deben estructurarse, tienen que abandonar su propensión a la desorganización; de este modo, para triunfar deben formular una respuesta estratégica también novedosa contra la fuerza, aunque menor pero organizada de los autoritarismos plenos contemporáneos y su perversa manipulación constitucional.

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA CONTROVERSIA DEL ESEQUIBO

Héctor FAÚNDEZ LEDESMA*

"*Escribo estas líneas en recuerdo de Raúl Arrieta Cuevas, con quien tuve encuentros y desencuentros, pero a quien me unieron firmes lazos de amistad y afecto*".

La controversia entre Guyana y Venezuela, por el territorio situado al oeste del río Esequibo, ha vuelto a poner sobre el tapete las características del arbitraje internacional como medio de solución de controversias entre Estados. Puesto que la demanda de Guyana pide reconocer la validez de un laudo arbitral, con el que se quiso poner fin a esta controversia, habrá que comenzar por escudriñar un poco en torno al arbitraje como tal, al contexto en que se convino el compromiso arbitral correspondiente, y al estado en que se encontraba la institución del arbitraje al momento de emitir el laudo cuya validez hoy está en discusión.

Para examinar el Laudo de París, no basta con conocer su texto, o los episodios que puedan haber ocurrido durante el procedimiento arbitral, sino que se requiere conocer cómo había evolucionado el Derecho Internacional en lo concerniente al arbitraje, cuál era el Derecho Internacional en vigor al momento del arbitraje, y en qué tipo de arbitraje habían convenido las partes.

---

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, con 'distinción máxima', de la Universidad de Chile. Es Diplomado en Derecho Internacional y Comparado de los Derechos Humanos, Estrasburgo, Francia; Master en Leyes (LL.M.), Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard; Doctor of Philosophy (Ph.D.), King's College, Universidad de Londres. Actualmente es Profesor titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Central de Venezuela.

Por eso, escribir unas líneas sobre el arbitraje internacional moderno no es, sencillamente, un paréntesis en el análisis de la controversia del Esequibo, sino una tarea indispensable para determinar la validez del laudo.

I. LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

No está clara la etimología de *arbitraje*, o de *árbitro*. La expresión latina *arbiter* es traducida, sencillamente, como juez, sin señalar qué lo distingue de otros jueces, y sin ofrecer una pista sobre el procedimiento propio del arbitraje; pero de la misma raíz también deriva la palabra *arbitrio*, esto es, una voluntad que no se rige por la razón o el sentido común, y tampoco por reglas preestablecidas, lo cual parece responder, aunque sea preliminarmente, a las preguntas anteriores.

En una de sus acepciones, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define el arbitraje como un "procedimiento extrajudicial para resolver conflictos de intereses mediante sometimiento de las partes, por mutuo acuerdo, a la decisión de uno o varios árbitros."[1] Según Black, en el Derecho Romano, el árbitro era un juez investido "*con poderes discrecionales*"; éste era una persona designada por el pretor para examinar y decidir las disputas calificadas como "*bona fide*" (vale decir, aquellas en las que no había engaño o fraude de las partes), y que tenían el poder de juzgar de acuerdo a principios de equidad (*ex aequo et bono*), a diferencia del *judex*, que estaba obligado a decidir de acuerdo al Derecho.

Por el contrario, en el Derecho actual, Black distingue entre el árbitro (*arbiter*), que está obligado a decidir de acuerdo a reglas de Derecho y equidad, y el arbitrador (*arbitrator*), que puede proceder enteramente a discreción, aunque nunca en forma caprichosa.[2] En opinión de Paul Reuter, el arbitraje es una práctica legal bien establecida, y nadie discute que su propósito es resolver controversias internacionales sobre la base del Derecho

---

1 *Cfr.* Una definición coincidente, en *The New Encyclopaedia Britannica*, Encyclopaedia Britannica, Inc., Chicago/London/Toronto, 1988, vol. I, *Micropaedia*, p. 521.

2 *Cfr.* Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, revised fourth edition by the publisher's editorial staff, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1968, p. 134.

("*sur la base du respect du droit*");[3] pero, como apunta Reuter, ha habido arbitrajes en los cuales hay una cierta confusión entre el arbitraje de Derecho y el arbitraje en equidad o, como él lo llama, el arbitraje dictado como parte de una solución amistosa.[4] Esta distinción, entre el arbitraje de pleno Derecho y el arbitraje en equidad, es de particular importancia en el arbitraje internacional moderno, y en el arbitraje que decidió la disputa entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda y Venezuela por el territorio situado al oeste del río Esequibo; pero, puesto que nadie puede ser juez en su propia causa, en el arbitraje, siempre se está apostando a la sabiduría -y a la buena fe- de un tercero desinteresado.

Según James Brierly, el arbitraje y el arreglo judicial son dos procedimientos estrechamente ligados, siendo el primero una especie del segundo, pues un árbitro es un juez, aunque difiere del juez de un tribunal permanente pues aquel es escogido por las partes, y el ejercicio de sus funciones judiciales concluye cuando decide el caso para el cual fue designado.[5] Asimismo, Moore sostenía que el arbitraje era el "*procedimiento judicial*" para resolver controversias internacionales.[6] En el mismo sentido, Cavaré afirma que, si el árbitro es un juez, es un juez especial, pues la jurisdicción arbitral se caracteriza por ser, por lo menos en su origen, obra de la voluntad de las partes; la jurisdicción arbitral es establecida y definida por el Tratado particular que la crea. La gran idea que domina el arbitraje es que es organizado por las partes en la controversia; es una institución que está a disposición de los Estados; de ahí que haya una gran variedad de arbitrajes, entre las que siempre subsiste una característica común, que es la libertad de las partes.

---

3 *Cfr.* Paul Reuter, *La motivation et la révision des sentences arbitrales à la Conférence de la paix de La Haye (1899) et le conflit frontalier entre le Royaume Uni et le Vénézuéla*, en Mélanges offerts à Juraj Andrassy / Essays in International Law in honour of Juraj Andrassy / Festschrift fur Juraj Andrassy, Texte rédigé par Vladimir Ibler, Martinus Nijhoff, La Haye, 1968, pp. 237–247, p. 237.

4 *Cfr. Ibidem*.

5 *Cfr.* James L. Brierly, *The Law of Nations*, six edition, edited by Humphrey Waldock, Clarendon Press, Oxford, 1963 (reprinted 1980), p. 347.

6 *Cfr.* John Bassett Moore, *International arbitration*, discurso pronunciado en la Conferencia Nacional de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos, celebrada bajo los auspicios de la Academy of Political Science, Long Beach, N. Y., 29 de mayo de 1917, en Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York, Vol. 7, N° 2, p. 213.

Esta idea se manifiesta, sobre todo, en la manera como el arbitraje es instituido en cada caso particular, a través de un tratado, llamado compromiso.[7]

En contraste con la investigación, la conciliación, la mediación, los buenos oficios, y otros medios diplomáticos de solución pacífica de controversias, el arbitraje conduce a un arreglo obligatorio de la controversia. El órgano arbitral está compuesto por árbitros que, en principio, son designados por las partes, pero que no están sujetos a sus instrucciones. La diferencia fundamental entre los medios diplomáticos y los medios jurisdiccionales de solución pacífica de controversias es que, en los primeros, los Estados partes tienen pleno control de los términos de una posible solución; en cambio, en el arbitraje y el arreglo judicial la decisión del tribunal es obligatoria para los Estados que hayan aceptado someterse a alguno de esos procedimientos.

Aunque, normalmente, el tribunal arbitral es establecido por las partes de manera *ad hoc*, también puede ser un órgano permanente, creado para resolver cierto tipo de disputas que ya han surgido, o que puedan surgir en el futuro.

El arbitraje difiere del arreglo judicial en que, como regla general, las partes en la controversia tienen competencia para designar a los árbitros, para determinar el procedimiento y, hasta cierto punto, para indicar el Derecho aplicable.[8] Es en este sentido que, como observa Shaw, el arbitraje ofrece mayor flexibilidad que el arreglo judicial ante la Corte Internacional de Justicia.[9] Además, a veces el arbitraje requiere de árbitros expertos en una determinada ciencia o arte; por ejemplo, en el arbitraje entre Argentina y Chile, en 1966, el tribunal estaba integrado por un abogado y dos geógrafos (P. Kirwan y K. M. Papworth). Mientras el arreglo judicial concluye con una sentencia, a la decisión del tribunal arbitral se le denomina laudo, aunque, a veces, también se le llama sentencia. Según Schwarzenberger y Brown,

---

7 *Cfr.* Louis Cavaré, *Le Droit International Public Positif*, Editions A. Pedone, París, 1969, tomo II, pp. 262 y ss.

8 *Cfr.* Louis Henkin, Richard C. Pugh, Oscar Schachter, and Hans Smit, *International Law: Cases and Materials*, successor to Friedmann, Lissitzin and Pugh, *Cases and Materials on International Law* (1969), West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1980, pp. 844 y ss.

9 *Cfr.* Malcolm N. Shaw, *International Law*, Third edition, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1991, p. 654.

además de la facultad de seleccionar a los jueces, la diferencia radica en que, mientras el procedimiento arbitral es el objeto de un acuerdo entre las partes, el arreglo judicial supone la existencia de un tribunal, con sus propios jueces y con sus propias reglas de procedimiento, que las partes en la disputa deben aceptar;[10] como mucho, en el arreglo judicial las partes podrán recusar alguno de los jueces, o solicitar su inhibición,[11] pero no tienen el control de la composición del tribunal, como sí la tienen en el arbitraje. Además, en el arreglo judicial, el Derecho sustantivo, al cual está sometida la controversia, es el que es, y tampoco puede ser pactado por los litigantes. En este sentido, una de las razones para preferir el arbitraje al arreglo judicial radica en el mayor grado de control que tienen los Estados, en la elección de los jueces, la elección de la controversia o del tipo de controversias que se somete al tribunal y, sobre todo, en la determinación del procedimiento y del Derecho aplicable. Según Brownlie, luego de la desaparición de las *excentricidades* del arbitraje propias del siglo XIX, el arbitraje moderno y el arreglo judicial son esencialmente iguales.[12] Aunque, como acertadamente observa Merrills, históricamente el arbitraje surgió primero, y fue la inspiración para la creación de tribunales permanentes.[13]

No hay, en la historia de la humanidad, un momento en el que el arbitraje haya sido desconocido como un instrumento para el mantenimiento de la paz. La historia del arbitraje, como medio de solución pacífica de controversias, se remonta a las antiguas ciudades griegas,[14] a cuya Liga acudían las ciudades que podían tener una disputa y que querían evitar la guerra; los consejos anfictiónicos, aunque tenían orígenes y finalidades esencialmente religiosos,

---

10 *Cfr.* Georg Schwarzenberger and E. D. Brown, *A Manual of International Law*, Professional Books Limited, Milton, near Abingdon, Oxon, sixth edition, 1976, p. 195.

11 *Cfr.* Roger Pinto, *Le Droit des Relations Internationales*, Payot, París, 1972, p. 194.

12 *Cfr.* Ian Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / London / Boston, 1998, pp. 110 y 116.

13 *Cfr.* John Graham Merrills, *International Dispute Settlement*, Third edition, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, p. 88.

14 *Cfr.* David J. Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 167 y ss. *Cfr.*, también, Jackson H. Ralston, *International Arbitration: From Athens to Locarno*, Stanford University Press, Stanford, 1929.

también ejercieron funciones de árbitro.[15] 445 años antes de la era cristiana, Esparta y Atenas concluyeron un tratado de paz, en el que se incluían cláusulas de arbitraje en caso de diferencias surgidas entre ellas; asimismo, en el año 428 a. C., Esparta y Argos concluyeron una alianza militar, en la que se incorporaron cláusulas de arbitraje. También Persia recurrió al arbitraje, en las relaciones con sus vecinos.[16] Por el contrario, tanto en la República Romana como en el Imperio, el arbitraje era incompatible con la pretensión de dominio universal, que prevalecía sobre las relaciones de justicia entre Roma y sus pueblos vecinos.[17]

Según Rosenne, con el crecimiento de los imperios -en Macedonia, Roma y Bizancio-, esta forma de arreglo a través de un tercero cayó en desuso, en parte por la imposibilidad de encontrar un tercero verdaderamente desinteresado, y en parte porque las tendencias imperialistas y expansionistas de las superpotencias de esa época eran irreconciliables con el arreglo de sus disputas mediante la aplicación del Derecho, por más rudimentario que pudiera ser el Derecho Internacional de esa época.[18]

En la Edad Media, en que el Papa[19] y el Emperador se disputaban el poder, eran ellos los llamados a resolver las controversias que surgieran entre sus vasallos dentro de sus respectivas esferas de influencia, aunque no porque fueran llamados a ello por las partes en conflicto, sino en virtud de un supuesto Derecho superior; después de todo, el Papa era el representante de Dios en la tierra. Entre los asuntos más notables resueltos por el Papa, debe recordarse que fue Alejandro VI quien, en 1493, decidió, mediante la bula *inter caetera*, la disputa entre España y Portugal por las tierras descubiertas por Cristóbal Colón. Durante la Edad Media, el arbitraje también fue utilizado, con frecuencia, por las diversas unidades políticas que surgieron de las ruinas del

---

15 *Cfr.* Julio Diena, *Derecho Internacional Público* (Título original: *Diritto Internazionale*, Luigi Pierro, Tip. Editore, Napoli, 1908), traducción de la cuarta edición italiana por J. M. Trías de Bes, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1948, p. 452. *Cfr.*, también, Shabtai Rosenne, *The World Court: What it is and how it works*, Fourth revised edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1989, p. 3.

16 *Cfr. Ibid.*, pp. 93 y ss.

17 *Cfr.*, en este sentido, Charles Rousseau, *Droit International Public*, Sirey, París, 1983, Tome V, p. 308.

18 *Cfr.* Shabtai Rosenne, *op. cit.*, p. 4.

19 *Cfr.* Dominique Carreau, *Droit International*, Pedone, París, 1986, p. 542.

Imperio Romano;[20] a título ilustrativo, puede citarse el tratado de Montebello, del 15 de abril de 1175, entre el Emperador Federico Barbarroja y la Liga Lombarda, o el tratado de 1310 entre el Emperador de Alemania, Enrique VII, y Felipe el Hermoso, rey de Francia. Subrayando los lazos familiares entre las casas reinantes de la época, en 1176, un tratado de arbitraje celebrado entre los reyes de Castilla y Navarra dispuso que sus disputas serían sometidas al arbitraje del rey Enrique II de Inglaterra, suegro del rey de Castilla y sobrino del rey de Navarra. En los siglos XII y XIII, el arbitraje se utilizó también en las relaciones entre las ciudades italianas, y entre los cantones suizos.[21]

Con la decadencia del Imperio y del Papado, desde las postrimerías del siglo XV, coincidiendo con la formación del Estado territorial moderno[22] y con las monarquías absolutas, el arbitraje cayó en desuso.[23]

Al parecer, en defensa de su joven soberanía, los nuevos Estados no aceptaban someterse al juicio de un tercero,[24] y si lo hacían era sólo respecto de disputas menores.

---

20 *Cfr.* Jackson H. Ralston, *International Arbitration: From Athens to Locarno*, Stanford University Press, Stanford, 1929, reimpreso por Lawbook Echange, Ltd., New Jersey, 2016; Georg Schwarzenberger and E. D. Brown, *A Manual of International Law*, Professional Books Limited, Milton, near Abingdon, Oxon, sixth edition, 1976, p. 195; Charles Rousseau, *Droit International Public*, Sirey, París, 1983, Tome V, p. 307; y Lassa Oppenheim, *Tratado de Derecho Internacional Público* (título original: *International Law: A treatise*, séptima edición editada por Hersch Lauterpacht, Longmans, Green and Co., Londres / Nueva York / Toronto, 1952), traducción por Antonio Marín López, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1966, Tomo II, vol. I, p. 35.

21 *Cfr.* Lassa Oppenheim, *Tratado de Derecho Internacional Público* (título original: *International Law: A treatise*, séptima edición editada por Hersch Lauterpacht, Longmans, Green and Co., Londres / Nueva York / Toronto, 1952), traducción por Antonio Marín López, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1966, Tomo II, vol. I, p. 35.

22 *Cfr.* Dominique Carreau, *op. cit.*, p. 542.

23 Según Julio Diena, este decaimiento se habría producido a partir del siglo XVI, extendiéndose hasta la Revolución Francesa. *Cfr. op. cit.*, p. 452.

24 *Cfr.* Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier y Alain pellet, *Droit International Public*, 2e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1980, p. 778.

Aun así, en tiempos de Cromwell, en 1655, Inglaterra y Francia se sometieron al arbitraje de Hamburgo para la determinación de los daños sufridos por ambas partes desde 1640.[25]

Luego de un interregno, que se produjo a partir de comienzos del siglo XVII -coincidiendo con el *Gran Proyecto* (*The Great Design*) de Enrique IV de Francia, difundido por su ministro, el Duque de Sully,[26] en lo que sería el primer proyecto de Unión Europea o de un gobierno mundial, en el que los Estados necesariamente tenían que renunciar a parte de su independencia y, por consiguiente, podían prescindir del arbitraje-, éste se retomó nuevamente, a partir de 1794, cuando los hombres de Estado volvieron a ocuparse de las disputas que requerían su atención inmediata. En ese momento, los teóricos también prestaron más atención al arbitraje como medio de solución de controversias internacionales que a la idea de un gobierno mundial.

Para Moore, el uso del arbitraje ha estado íntimamente relacionado con los períodos de paz; por lo tanto, cada vez que volvían las guerras, la práctica del arbitraje desaparecía. Por eso, durante los siglos XVI y XVII, debido a las condiciones belicosas que prevalecían de manera persistente, apenas se encuentran ligeras huellas del arbitraje. Resucitó, efectivamente, en tiempos recientes, comenzando con el Tratado Jay, de 1794.[27] Hubo que esperar hasta fines del siglo XVIII para que el arbitraje tuviera un nuevo impulso y, a través de sucesivos ajustes, se transformara en lo que es hoy; ya no se recurre al arbitraje en forma improvisada y como último recurso, sino que, sistemáticamente, se le ha incorporado en los tratados, como un mecanismo jurisdiccional y obligatorio de solución de controversias. Según Alexander M. Stuyt -uno de los grandes estudiosos del arbitraje internacional-, fue a fines del siglo XVIII que éste experimentó un cambio, pasando de un procedimiento estrictamente diplomático a uno de carácter jurídico, asumiendo –inicialmente–, la forma de comisiones mixtas.[28] En el comentario de Stuyt se percibe ese

---

25 *Cfr.* David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 73.

26 Recogido en las *Mémoires des sages et royales oeconomies d'Estat, domestiques, politiques et militaires de Henri le Grand*, publicado en 1638.

27 *Cfr.* John Basett Moore, *The organization of the Permanent Court of International Justice* (originally published en Columbia Law Review, June 1922, vol. 22, N° 6, pp. 497-526), en *Essays on International Law* from the Columbia Law Review, Columbia Law Review, New York, 1965, p. 367.

28 *Cfr.* Alexander M. Stuyt, *Survey of International Arbitrations – 1794-1970*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, p. ix.

conflicto entre dos visiones muy diferentes del arbitraje. La primera, más arcaica, lo percibía como un procedimiento estrictamente diplomático, reflejado en una instancia arbitral en que ambas partes estaban *representadas*, sin que los árbitros fueran independientes de quienes les habían designado como tales; en la segunda, el arbitraje es un mecanismo *jurisdiccional* de solución de controversias, en el que, una vez instalado el tribunal, los árbitros pasan a integrar un órgano judicial internacional -aunque temporal-, cesando de estar sometidos a la voluntad de las partes. En la visión del arbitraje como un instrumento jurisdiccional para la solución de controversias internacionales, los árbitros tienen la condición de jueces independientes, y están llamados a decidir, conforme a Derecho, las controversias que se le sometan. Pero tendrían que transcurrir varias décadas antes de que, con certeza, el arbitraje experimentara un giro de 180 grados, convirtiéndose en un mecanismo de arreglo judicial puro y simple. Según Georges Scelle, la concepción jurisdiccional del arbitraje es poco apreciada por los gobiernos de los Estados, que desean mantener, durante todo el desarrollo del procedimiento, no sólo el contacto con los jueces que han designado como tales, sino también su influencia sobre ellos.[29] En este sentido, Cassese sostiene que, en muchos aspectos, el arbitraje implicó un salto cualitativo, pues las disputas ya no eran resueltas con el único propósito de preservar la paz y de acomodar los intereses de las partes de una manera mutuamente aceptable, sino que perseguía solucionar las controversias sobre la base de los estándares del Derecho Internacional previamente aceptados por los Estados.[30]

No está demás volver a subrayar que el procedimiento arbitral es distinto de la conciliación. Mientras la función del primero es decidir conforme al Derecho, la de la segunda es, como su nombre lo indica, *conciliar* las posiciones divergentes de las partes.[31] Con matices, lo mismo puede decirse de la diferencia del arbitraje con los otros medios políticos de solución pacífica de controversias. Pero, con frecuencia, la urgencia y la importancia de lo que está en juego no dejan espacio para la diplomacia. A veces, en la vida internacional, el arbitraje puede ser la diferencia entre la guerra y la paz.

---

29 *Cfr.* Georges Scelle, Informe del Relator Especial sobre Procedimiento arbitral, documento A/CN.4/109, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1957, vol. II, p. 7, párrafo 42.

30 *Cfr.* Antonio Cassese, *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford / New York, 2005, p. 281.

31 *Cfr.* Stephen M. Schwebel, *International arbitration: Three salient problems*, Grotius Publications Limited, Cambridge, U. K., 1987, p. 180.

Al operar entre Estados independientes, que no pueden ser forzados a someterse al arbitraje o a ejecutar lo dispuesto por el árbitro, el elemento central del arbitraje es el consentimiento de las partes. En cuanto al mecanismo de activación del arbitraje, y de la manifestación de la voluntad de las partes de consentir en él, éste podría ser: a) un convenio especial, esto es, un compromiso para someter a arbitraje una disputa pendiente, b) una cláusula compromisoria, esto es, una cláusula prevista en un Tratado (bilateral o multilateral), mediante la cual las partes han convenido someter a arbitraje cualquier controversia futura que, eventualmente, pueda surgir en relación con dicho Tratado, o c) un tratado permanente de arbitraje, o un tratado cuya única función es establecer mecanismos, libremente acordados por las partes, para someter a este medio de solución pacífica cualquier controversia que surja en el futuro. Ejemplos de este último son la Convención para el arreglo pacífico de controversias internacionales, suscrita el 29 de julio de 1899, el Acta General para el Arreglo Pacífico de Controversias, de 1928 y enmendada en 1949, el Pacto de Bogotá, suscrito el 30 de abril de 1948, la Convención Europea para la solución pacífica de controversias internacionales, del 29 de abril de 1957,[32] o el Tratado General de Arbitraje, suscrito por Chile y Argentina, el 28 de mayo de 1902. En esta hipótesis, el arbitraje adquiere carácter obligatorio, y cualquiera de las partes puede, unilateralmente, recurrir al arbitraje.

En ausencia de tribunales permanentes, el arbitraje obligatorio era un viejo sueño de juristas y de hombres de Estado; pero, con ello, se restringía el poder discrecional de los Estados respecto de la libre elección de los medios de solución de controversias, lo cual no era una respuesta práctica.[33] Además, si el *status quo* favorece a una de las partes, ésta no tendrá interés en resolver la controversia pendiente.

La amplitud de las facultades de que disponen las partes para determinar, respecto de cada controversia, los términos del arreglo arbitral, hace que este proceso sea fácilmente adaptable a las más variadas situaciones; ésta es una de las razones que explican por qué, a finales del siglo XIX, este modo de solución de controversias experimentó un crecimiento vertiginoso. Y como este período es también el de los primeros intentos de organización de la sociedad internacional y de los esfuerzos por codificar el Derecho

---

32 En vigor desde el 30 de abril de 1958.

33 *Cfr.* Simone Dreyfus, *Droit des Relations Internationales*, deuxième édition revue et augmentée, Cujas, París, 1981, p. 168.

Internacional, es normal que el arbitraje haya figurado entre los problemas fundamentales tratados por la Primera Conferencia de Paz de La Haya, celebrada en 1899,[34] en el curso de cuyos debates la controversia del Esequibo estuvo muy presente.

Puesto que una de las premisas del arbitraje era la ausencia de tribunales permanentes, a partir de 1922, con la entronización de la Corte Permanente de Justicia Internacional, sustituida, en 1945, por la Corte Internacional de Justicia, el arbitraje internacional comenzó a ser menos utilizado. Ahora, con la existencia de tribunales internacionales permanentes, con un secretariado y una estructura institucional permanente, que hace menos costoso el arreglo judicial, el arbitraje internacional ha perdido atractivo. Además, actualmente, con la modificación del Reglamento de la Corte y la incorporación de un sistema de Salas, cuya composición se determina teniendo en cuenta la voluntad de las partes,[35] la diferencia entre el arbitraje y el arreglo judicial se ha visto más diluida. En este sentido, se recuerda que, en el caso del Golfo de Maine, por primera vez, en un acuerdo suscrito el 29 de marzo de 1979 (ratificado el 20 de noviembre de 1981), las partes se comprometieron a someter dicha controversia a una Sala de la Corte Internacional de Justicia; dicho compromiso fue notificado a la Corte el 25 de noviembre de 1981, mediante una carta conjunta de los Embajadores de Canadá y los Estados Unidos acreditados ante el gobierno de Holanda, pidiendo la conformación de una Sala de cinco jueces. Por once votos a dos, con el voto en contra de los jueces Morozov y El-Khani, la Corte accedió a la conformación de esa Sala, eligiendo para ello a cinco de sus jueces, y el presidente interino de la Corte le pidió al primero de ellos (el juez Ruda) que cediera su lugar a un juez *ad hoc* a ser elegido por Canadá.[36] Posteriormente, en el caso relativo a la disputa fronteriza entre Burkina Faso y Mali, las partes pidieron al presidente de la Corte Internacional de Justicia la conformación de una Sala de cinco miembros, dos de los cuales serían sus respectivos jueces *ad hoc*;[37]

---

34 *Cfr.* Simone Dreyfus, *Droit des Relations Internationales*, deuxième édition revue et augmentée, Cujas, París, 1981, p. 167.

35 *Cfr.* El artículo 17, párrafos 1 y 2, del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia en vigor desde el 1 de julio de 1978.

36 *Cfr.* International Court of Justice, Case *Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada / United States of America), Order of 20 January 1982, Constitution of Chamber.

37 *Cfr.* International Court of Justice, *Frontier Dispute* (Burkina Faso / Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986, párrafo 6.

igualmente, en el caso de la disputa por la frontera terrestre, insular y marítima entre El Salvador y Honduras, las partes pidieron al presidente de la Corte Internacional de Justicia que procediera a la conformación de una Sala de cinco miembros, dos de los cuales serían sus respectivos jueces *ad hoc*.[38]

2. *Las modalidades del arbitraje internacional moderno*

Desde la formación de los Estados nacionales y el nacimiento del Derecho Internacional[39] hasta fines del siglo XIX, en ausencia de tribunales permanentes, era frecuente que las controversias entre Estados se remitieran a las negociaciones directas entre las partes, lo cual no siempre garantizaba una solución pacífica. A partir de fines del siglo XVIII, con la celebración del Tratado Jay,[40] entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América, el arbitraje se puso de moda nuevamente, asumiendo distintas modalidades: las comisiones mixtas, el arbitraje de reyes o arbitraje soberano, los tribunales colegiados (con o sin participación de nacionales de las partes), y los árbitros únicos. Pero, como se verá, la clave del arbitraje siempre está en la intervención de un tercero neutral.

a. *El arbitraje de reyes*

Históricamente, el arbitraje de reyes era, inicialmente, el que parecía natural, y el que resultaba más atrayente entre Estados soberanos, reticentes a someter sus diferencias a quien no pudieran mirar, al menos, como su igual. Someterse a las órdenes de alguien inferior en majestad constituía –en la Edad Media– una violación de la soberanía de los Estados, por lo que, con frecuencia, se recurría a la intervención del papa o del Emperador del Imperio

---

38 *Cfr.* International Court of Justice, *Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador / Honduras: Nicaragua intervening), párrafo 3, artículo 1 del compromiso.

39 Marcado por los Tratados de Paz de Westfalia, suscritos en Osnabrück y Münster, el 24 de octubre de 1648, que pusieron término a la Guerra de los Treinta Años, reconociendo la igualdad jurídica de los Estados, sin distinción de formas de gobierno. Ellos señalan el nacimiento del Estado territorial moderno.

40 Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, suscrito en Londres, el 19 de noviembre de 1794, entre Gran Bretaña y Estados Unidos de América, para aliviar las tensiones y resolver las controversias derivadas de la guerra de independencia.

Romano.[41] Sin embargo, Lieber no creía que el arbitraje soberano fuera una buena elección, porque rara vez un rey o un presidente de la república examina por sí mismo el asunto; normalmente, él hace preparar el fallo por sus ministros o consejeros de Estado que, sintiéndose libres de toda responsabilidad, no se preocuparían de cumplir celosamente su misión.[42] En el mismo sentido, Ralston observa que no se podía asumir que en la Edad Media -así como en el presente- un monarca nombrado como árbitro actuara en su capacidad personal; las partes sabían que el monarca iba a delegar ese asunto a sus consejeros, sin que esta circunstancia le restara validez al laudo.[43] En realidad, los reyes actuaban sólo nominalmente de árbitros, en una controversia que, de hecho, iba a ser decidida por sus consejeros.

Según observa Emmanuel Decaux, el arbitraje por soberano era la forma primitiva del arbitraje, porque la autoridad del laudo descansaba en el prestigio moral y en el peso político del árbitro.[44] Sin embargo, rara vez un rey o Jefe de Estado examinaba por sí mismo el asunto y, generalmente, su decisión era preparada por sus ministros o consejeros;[45] paulatinamente, esta tarea se fue delegando en expertos, o en comisiones de expertos, encargadas de dar una

---

41 *Cfr.* Jackson H. Ralston, *International Arbitration from Athens to Locarno*, originalmente publicado por Stanford University Press, Stanford, 1929, reimpreso por The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2016, p. 181.

42 *Cfr.* Francis Lieber, Revue de Droit International, 1870.

43 *Cfr.* Jackson H. Ralston, op. cit, p. 183.

44 *Cfr.* Emmanuel Decaux, *Droit International Public*, 2e édition, Dalloz, París, 1999, p. 154.

45 Por ejemplo, en asunto de la Cordillera de Los Andes, entre Argentina y Chile, para el que, por el Tratado del 17 de abril de 1896, las partes se habían sometido al arbitraje de la reina Victoria, para examinar el caso, ésta designó una comisión, presidida por Lord Macnaghten, John C. Ardagh, T. Hungerford Holdich, y E. H. Hills. Luego del fallecimiento de la reina Victoria, el Laudo fue anunciado el 19 de noviembre de 1902, por el rey Eduardo VII, siguiendo el informe que le presentó la Comisión antes referida. *Cfr. The Cordillera of the Andes Boundary Case* (Argentina, Chile) 20 November 1902, Reports of International Arbitral Awards, vol. IX pp. 37-49. En este mismo sentido, en el asunto de la frontera argentino chilena, sometido a la reina Isabel II, de acuerdo con el Tratado General de Arbitraje suscrito entre las partes el 28 de mayo de 1902, para el cumplimiento de su misión, la reina Isabel II designó un Tribunal de arbitraje, presidido por Lord McNair, e integrado por dos geógrafos, L. P. Kirwan y K. M. Papworth. *Cfr.* Argentine-Chile Frontier Case, 9 December 1966, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI, pp. 109-182.

decisión razonada.[46] Pero, efectivamente, el arbitraje era un asunto de reyes y reinas (o, por lo menos, de Jefes de Estado), y así se reflejó durante un largo ciclo de la historia. En 1818, en el caso de una disputa entre Gran Bretaña y Estados Unidos, por la restitución de unos esclavos huidos, según lo establecido en el artículo 1 del Tratado de Ghent, las partes se sometieron al arbitraje de Alejandro I, Emperador de Rusia.[47] En el mismo sentido, en 1827, la solución de una disputa fronteriza entre Gran Bretaña y los Estados Unidos fue encomendada a Guillermo I, Rey de los Países Bajos.[48] En 1839, mutuas reclamaciones de guerra, de Francia y México, fueron sometidas al arbitraje de la Reina Victoria;[49] Francia y Gran Bretaña decidieron someter al arbitraje de Federico Guillermo, rey de Prusia, las reclamaciones derivadas del bloqueo de las costas de Portendick;[50] la disputa por la captura de tres naves (*Veloz Mariana*, *Victoria*, y *Vigie*), entre Francia y España, fue sometida al arbitraje de Guillermo III, rey de los Países Bajos;[51] el conflicto entre Portugal y Estados Unidos por los deberes de un Estado neutral en el hundimiento de un barco estadounidense en aguas portuguesas, se acordó someterlo al arbitraje de "*un soberano, potentado, o jefe de una nación amiga*", recayendo ese nombramiento en Luis Napoleón, entonces Presidente de la II República Francesa, pero tal vez intuyendo que muy pronto sería Emperador, como Napoleón III.[52] Una captura marítima, que provocó una contienda entre Ecuador y Perú, fue sometida al arbitraje del Gobierno de Chile, "*quedando ambas partes sujetas a lo que éste decidiere como árbitro*";[53] por la Convención de Caracas, del 5 de agosto de 1857, Holanda y Venezuela sometieron la determinación de la soberanía sobre la Isla de Aves "al arbitraje de una potencia amiga", recayendo ese nombramiento en Isabel II, reina de

---

46 *Cfr.* Hazel Fox, *op. cit.*, p. 168.

47 Convención de Londres, del 20 de octubre de 1818. El laudo fue emitido el 22 de abril de 1822.

48 *Cfr.* el artículo I de la Convención de Londres, suscrita el 29 de septiembre de 1827. El laudo fue emitido el 10 de enero de 1831.

49 *Cfr.* el Tratado de Vera Cruz, del 9 de marzo de 1939.

50 *Cfr.* la Declaración de París, del 14 de noviembre de 1842. El laudo se dictó el 30 de noviembre de 1843.

51 *Cfr.* la Declaración de Madrid, del 15 de febrero de 1851. El laudo, parte en favor de España y parte en favor de Francia, fue dictado el 13 de abril de 1852.

52 *Cfr.* el artículo 2 del Tratado de Washington, suscrito el 26 de febrero de 1851. El laudo, a favor de Portugal, fue dictado el 30 de noviembre de 1852.

53 *Cfr.* el artículo 5 del Tratado de Lima, suscrito el 16 de marzo de 1853.

España;[54] Chile y Estados Unidos, en el caso relativo a la captura en tierra, por órdenes de Lord Cochrane, Almirante de la flota chilena, de monedas y lingotes de plata que provenían de la venta de mercancía transportada en un barco de la marina de los Estados Unidos –el "*Macedonian*"–, las partes convinieron en someterlo al arbitraje de Leopoldo I, rey de Bélgica, para que decidiera "con plenos poderes y procediendo *ex aequo et bono*" sobre la referida reclamación;[55] en 1862, Perú y los Estados Unidos de América designaron árbitro a Leopoldo I, rey de Bélgica, confiriéndole amplios poderes para decidir todas las cuestiones, de hecho y de Derecho, relacionadas con la captura y confiscación, por el Perú, de los barcos "*Lizzie Thompson*" y "*Georgiana*",[56] aunque Leopoldo I declinó servir como árbitro en este caso. El arresto de oficiales de una fragata británica llevó a Brasil y Gran Bretaña a convenir en el arbitraje de Leopoldo I, rey de Bélgica;[57] de nuevo, en 1863, el arresto arbitrario de un ciudadano británico llevó a Gran Bretaña y Perú a someterse al arbitraje de Leopoldo I;[58] una querella entre Argentina y Gran Bretaña, por los daños causados a ciudadanos británicos, al negar a unos cargueros el ingreso al puerto de Buenos Aires, llevó a las partes a designar como árbitro a lo que, quizás, podría llamarse *un rey temporal*, el presidente de Chile, que entonces era José Joaquín Pérez.[59] En fin, y sin que el arbitraje de reyes acabara aquí, en 1869, Gran Bretaña y Portugal sometieron al arbitraje del Presidente de los Estados Unidos de América –otro *rey temporal*– una disputa territorial por la isla de Bulama, en la costa occidental de África.[60]

Siendo que esta tarea no tenía que estar necesariamente encomendada a juristas, en la práctica, se recurría a "*soberanos amigos*", o a gobiernos amigos, incluso si la controversia versaba sobre cuestiones jurídicas. Gillis Wetter sostiene que, con frecuencia, en el siglo XIX, y también a fines del

---

54 *Cfr.* el artículo 1 de la Convención de Caracas, del 5 de agosto de 1857. El laudo, a favor de Venezuela, fue dictado el 30 de junio de 1865.

55 *Cfr.* la Convención de Santiago, del 10 de noviembre de 1858. El laudo, a favor de los Estados Unidos de América, se dictó el 15 de mayo de 1863.

56 *Cfr.* la Convención de Lima, suscrita el 20 de diciembre de 1862.

57 *Cfr.* el intercambio de notas del 3 y 5 de enero de 1863, entre los gobiernos de Gran Bretaña y Brasil, y el laudo arbitral del 18 de junio de 1863.

58 *Cfr.* nota verbal de julio de 1863, y laudo del 13 de abril de 1864.

59 *Cfr.* Protocolo de la Conferencia de Buenos Aires, suscrito el 15 de julio de 1864. El laudo es del 1 de agosto de 1870.

60 *Cfr.* el Protocolo de la Conferencia de Lisboa, suscrito el 13 de enero de 1869, y el laudo del 21 de abril de 1870.

siglo XX, el arbitraje internacional, "era *un negocio de Reyes y Reinas*, Zares y Emperadores, y otros jefes de Estado."[61] En las postrimerías del siglo XX, el 2 de mayo de 1977, la reina Isabel II de Inglaterra, asistida por un Tribunal arbitral designado por ella,[62] confirmó esta vieja práctica del arbitraje como cosa de reyes, notificando a las partes *su* laudo arbitral, en el caso de la disputa entre Argentina y Chile, por las islas del Canal de Beagle.[63]

Apartándose de esa tradición, en la segunda mitad del siglo XIX, hubo dos casos que se sometieron al arbitraje del Senado de la Ciudad Libre de Hamburgo, y ambos involucraban a Gran Bretaña y Portugal. El primero se refería a una reclamación por la denegación de justicia a un ciudadano británico en Portugal,[64] y el segundo a una controversia sobre la interpretación de un tratado y las reparaciones por daños causados a súbditos británicos en Portugal.[65] Hay, también, dos casos que se encargaron a autoridades de inferior jerarquía, como la disputa fronteriza entre el Estado Libre de Orange y el Transvaal, para cuya resolución se designó al vicegobernador de Natal,[66] y la controversia entre Italia y Turquía, por la detención y abordaje de una nave mercantil italiana por parte de la marina imperial otomana, asunto para el cual se designó como árbitro a Selim d'Ehrenhoff, un diplomático al servicio del rey de Suecia y Noruega.[67]

---

61 J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1979, vol. I, p. xxiii.

62 El Tribunal arbitral estuvo integrado por Hardy C. Dillard (Estados Unidos de América), Gerald Fitzmaurice (Reino Unido), André Gros (Francia), Charles D. Onyeama (Nigeria), y Sture Petrén (Suecia).

63 El asunto se sometió al arbitraje de la reina de Inglaterra, mediante el Tratado General de Arbitraje de 1902 y un compromiso arbitral de 22 de julio de 1971. *Cfr. Beagle Channel Arbitration between the Republic of Argentina and the Republic of Chile*, Report and decision of the Court of Arbitration, 18 February 1977. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, pp. 53-264.

64 *Cfr.* el Memorándum del 14 de mayo de 1855. El laudo, en favor de Portugal, fue acordado el 7 de febrero de 1856.

65 *Cfr.* el memorándum suscrito el 8 de marzo de 1861. El laudo fue emitido el 21 de octubre de 1861.

66 *Cfr.* la Convención del 30 de octubre de 1869, y el laudo del 19 de febrero de 1870.

67 *Cfr.* Nota colectiva del 30 de diciembre de 1869, y laudo del 4 de mayo de 1870.

Añorando el arbitraje de reyes y reinas, en 1871, en el Tratado de arbitraje entre Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, para resolver, *inter alia*, las reclamaciones del *Alabama*, se dispuso que dicha controversia se referiría a un Tribunal Arbitral compuesto de cinco árbitros, designados uno por el presidente de los Estados Unidos, uno por la reina de Inglaterra, uno por el rey de Italia, uno por el presidente de la Confederación Suiza, y uno por el emperador de Brasil;[68] en el caso de que, en el lapso de dos meses de hecha esta solicitud, el rey de Italia, el presidente de la Confederación Suiza, o el emperador de Brasil, no cumplieran su cometido, o en el caso de muerte, ausencia, incapacidad o renuncia de los árbitros así designados, se preveía que el rey de Suecia y Noruega llenara tales vacantes.[69] A fines del siglo XIX, en el artículo II del Tratado de Washington, de 1897, la elección del quinto miembro del tribunal arbitral que iba a conocer de la disputa fronteriza entre Venezuela e Inglaterra por el territorio del Esequibo[70] se encomendó, en primer lugar, a los cuatro miembros designados por las partes en la controversia; pero, tal vez recordando ese privilegio de reyes que, hasta hacía muy poco, había caracterizado al arbitraje, en el evento de que, en un lapso de tres meses contados a partir del canje de los instrumentos de ratificación del tratado, los árbitros designados por las partes no se pusieran de acuerdo, ese quinto árbitro –que sería el presidente del tribunal– sería designado por el rey de Suecia y Noruega.[71]

Hasta aquí, algunos ejemplos del arbitraje como una práctica reservada a los reyes y Jefes de Estado, que asumían enteramente la responsabilidad de ese procedimiento, aunque en dicha tarea, normalmente, estuvieran asesorados por más de un experto.

---

68 *Cfr.* el artículo I, tercer párrafo, del Tratado de Washington (Amity), suscrito el 8 de mayo de 1871, entre los Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda.

69 *Cfr. Ibid.*, último párrafo del artículo I.

70 Con esta expresión, nos referimos al territorio al Oeste del río Esequibo, que es el objeto de la controversia.

71 *Cfr.* el artículo II del Tratado entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de Venezuela, relativo al arreglo de la frontera entre la Colonia de la Guyana Británica y los Estados Unidos de Venezuela, firmado en Washington, el 2 de febrero de 1897.

b) *Las comisiones mixtas*

Por su propia naturaleza, las comisiones mixtas, conformadas por un número paritario de representantes de ambas partes en la controversia –que son una extensión de la diplomacia–, obligan a un esfuerzo racional para solucionar la disputa. Si no hay acuerdo, va a persistir el estancamiento en las posiciones de las partes. De ahí que, para romper el impase, se haya introducido la figura del super árbitro, que es un tercero en la discordia, y que sólo entra en escena en caso de desacuerdo entre los comisionados de las partes.

En 1794, para resolver las controversias surgidas de la guerra de independencia, y la guerra civil por la que pasó Estados Unidos, con el Tratado Jay, celebrado entre Gran Bretaña y Estados Unidos, tomaron cuerpo las Comisiones conjuntas, mixtas o especiales, designadas por las partes en la disputa. Las comisiones previstas en el Tratado Jay (una de las cuales funcionaba en Filadelfia y la otra en Londres), estaban integradas por cinco comisionados, dos designados por cada una de las partes, y un quinto elegido unánimemente por los cuatro anteriores; si no había acuerdo sobre el quinto árbitro, éste se elegía a la suerte. Los comisionados mesclaban sus habilidades como negociadores y su función como jueces. El procedimiento seguido ante la Comisión era conducido sobre la base del mismo procedimiento contradictorio utilizado por los tribunales, y aplicando reglas de Derecho. Más de quinientas reclamaciones habrían sido resueltas por dichas comisiones.

En casos posteriores, comenzando con el Tratado de Gante, del 24 de diciembre de 1814, suscrito entre Estados Unidos y Gran Bretaña, se copió la fórmula anterior, recurriendo a Comisiones Mixtas, de carácter paritario, integradas por representantes de ambas partes, aunque incorporando ese elemento novedoso del Tratado Jay, que permitía a los comisionados,[72] o a un tercero,[73] designar un super árbitro para resolver aquellos asuntos en los que ellos no hubieran logrado ponerse de acuerdo.

---

72 *Cfr.*, por ejemplo, el Tratado de Londres, del 8 de febrero de 1853, suscrito entre Gran Bretaña y Estados Unidos de América, el Tratado de Washington, suscrito el 5 de junio de 1854, entre Gran Bretaña y Estados Unidos, la Convención de Washington, del 10 de septiembre de 1857, suscrita entre Nueva Granada y Estados Unidos de América, o la Convención de Río de Janeiro, del 2 de junio de 1858, entre Brasil y Gran Bretaña.

73 *Cfr.*, por ejemplo, el tratado de Washington, entre México y los Estados Unidos de América, en el cual se encomienda al rey de Prusia designar un árbitro, o la

Las comisiones mixtas no estaban concebidas como un tribunal de tres (o cinco) miembros, sino como una instancia paritaria que, excepcionalmente, *en caso de desacuerdo*, podía incorporar a ese tercer (o quinto) miembro, para que decidiera como super árbitro, o como árbitro único, los asuntos no resueltos por la comisión mixta. Sin embargo, era posible que, una vez constituida la comisión mixta, se invitara a ese super árbitro a sentarse con ellos, e incluso a presidir el procedimiento, como miembro de la Comisión, estando en capacidad de actuar con prontitud cada vez que surgiera un desacuerdo.[74]

La elección del super árbitro correspondía a los comisionados nacionales, o se echaba a la suerte. Las partes también podían escoger a un tercero imparcial para designar al super árbitro y, si no había acuerdo sobre ese tercero imparcial, de nuevo se recurría a la suerte.[75] Recientemente, numerosos tratados internacionales encomiendan esta elección al Secretario General de las Naciones Unidas; por ejemplo, en el *caso de Rann of Kutch*, como India y Paquistán no lograron ponerse de acuerdo en el tercer miembro del tribunal, el Secretario General de la ONU designó al juez sueco Gunnar Lagergren, que actuó como presidente.

Los comisionados nacionales no eran simples "*representantes*" de las partes en conflicto; ellos asumían el compromiso de examinar el caso y comportarse de manera imparcial. A título ilustrativo, en una controversia sobre concesiones de tierras, entre Gran Bretaña y Nicaragua, las partes convinieron en designar cada una a un comisionado, para decidir "*bona fide*" sobre dichas concesiones, y tales comisionados debían hacer y suscribir una declaración solemne de que examinarían *imparcialmente* el caso, para decidir *de acuerdo con la justicia y la equidad, sin temor, favor o afecto hacia su propio país*.[76] En el mismo sentido, en el caso de unas reclamaciones recíprocas entre Ecuador y Estados Unidos, la Convención de Quito estableció que los comisionados harían un compromiso solemne o juramento de que

---

Convención de Atenas, del 18 de julio de 1850, suscrita por Gran Bretaña y Grecia, que encargó al gobierno de Francia designar el árbitro.

74 *Cfr.* Stephen Schwebel, *International arbitration: Three salient problems*, Grotius Publications Limited, Cambridge, U. K., 1987, p. 217.

75 *Cfr.*, en este sentido el artículo 45 de la Convención para el arreglo pacífico de las controversias internacionales, suscrita en La Haya, el 18 de octubre de 1907.

76 *Cfr.* el Tratado de Managua, suscrito el 28 de enero de 1860, artículos 9 y 10. Estos comisionados, en los puntos en que no llegaran a un acuerdo, podían nombrar a una tercera persona como árbitro.

todas las reclamaciones que recibieran las examinarían "*imparcial y cuidadosamente*", y que las decidirían de acuerdo a la justicia y en cumplimiento de las disposiciones de esta Convención;[77] en otros casos, se requería decidir "*imparcial y escrupulosamente.*"[78] Cuando, a pesar de estas precauciones, las Comisiones Mixtas no lograban ponerse de acuerdo y, por lo tanto, subsistía la controversia,[79] ahí estaba el super árbitro.

---

77 *Cfr.* el artículo 1 de la Convención de Quito, suscrita el 25 de noviembre de 1862, por Ecuador y los Estados Unidos de América. Lo mismo, a título ilustrativo, en el caso del artículo 3 de la Convención de Lima, suscrita entre Perú y los Estados Unidos de América, el 12 de enero de 1863, también para resolver reclamaciones recíprocas.

78 *Cfr.* el artículo 1 de la Convención de Quito, suscrita el 25 de noviembre de 1862, por Ecuador y los Estados Unidos de América. Lo mismo, en el caso del artículo 3 de la Convención de Lima, suscrita entre Perú y los Estados Unidos de América, el 12 de enero de 1863, también para resolver reclamaciones recíprocas. *Cfr.*, también, el artículo 2 del Tratado de Washington, suscrito entre Gran Bretaña y los Estados Unidos de América, el 1 de julio de 1863, en relación con derechos posesorios en la bahía de Hudson; el artículo 1 de la Convención de Caracas, suscrita el 25 de abril de 1866, por los Estados Unidos de América y Venezuela, en relación con ciertas reclamaciones de empresas e individuos estadounidenses en contra de Venezuela; en el art. 1 de la Convención de México, suscrita el 26 de junio de 1866, entre Gran Bretaña y México, para resolver reclamaciones de súbditos británicos, los comisionados se comprometían solemnemente a examinar y decidir tales reclamaciones "*imparcial y escrupulosamente*". *Cfr.*, también, el artículo 2 de la Convención de Madrid, del 4 de marzo de 1868, suscrita entre Gran Bretaña y España, para conocer de la destrucción de la goleta *Mermaid*. También, el artículo 1 de la Convención de Washington, suscrita el 4 de julio de 1868, entre México y Estados Unidos de América, para conocer de reclamaciones recíprocas; el artículo 1 de la Convención de Lima, del 4 de diciembre de 1868, para conocer de reclamaciones mutuas entre Perú y Estados Unidos de América. En fin, para no hacer más larga esta relación, *Cfr.*, también, el art. 2 del Acuerdo de Madrid, suscrito el 12 de febrero de 1871, entre España y los Estados Unidos de América, para conocer de reclamaciones derivadas de la insurrección en la isla de Cuba.

79 A título ilustrativo, en la disputa sobre la frontera del río Santa Cruz, entre Gran Bretaña y Estados Unidos, mediante el Tratado de Ghent, del 24 de diciembre de 1814, se había encomendado a los comisionados para que, imparcialmente, examinaran y decidieran las reclamaciones de las partes, sobre la base de la evidencia presentada ante ellos (artículo 4 del Tratado). Siete años después, los comisionados presentaron su informe, sin haber logrado ponerse de acuerdo.

En todo caso, como observa Hazel Fox, los miembros de un tribunal arbitral de esta naturaleza eran, "*casi en su totalidad*", nacionales de las partes en litigio.[80] Tendrían que pasar décadas antes de que se redujera, o eliminara, esa representación nacional.

c) *Los tribunales colegiados*

De las comisiones mixtas se pasó naturalmente a tribunales arbitrales colegiados, creados *ad hoc*, que siempre suponían la intervención de un tercero imparcial, a veces como única persona encargada de zanjar las disputas, y a veces como el super árbitro, que dirimía las diferencias en un tribunal colegiado, similar al papel que tenía en las comisiones mixtas previamente referidas. En caso de tribunales colegiados, el número de árbitros suele ser impar.[81]

En el caso de la determinación de la frontera occidental de India y Paquistán (*Rann of Kutch*), las partes establecieron un tribunal de tres árbitros, ninguno de los cuales era nacional suyo.

Asimismo, mediante el Tratado de Viena, suscrito el 31 de mayo de 1815, Nassau y Prusia sometieron a una Comisión Mixta la disputa sobre determinados territorios, sin que los comisionados llegaran a ponerse de acuerdo. Cuando fallaban las Comisiones Mixtas, las partes recurrían a un tratado, o el asunto quedaba sin resolver.

80 *Cfr.* Hazel Fox, *Arbitration*, en *The International Regulation of Frontier Disputes*, compilado por Evan Luard, Thames and Hudson, London, 1970, p. 168.

81 Excepcionalmente, en el caso de la disputa entre Paraguay y los Estados Unidos de América, sometida a arbitraje por la Convención de Asunción, del 4 de febrero de 1859, ésta se encomendó a la decisión de dos comisionados (uno por cada parte). En el caso de la disputa por la frontera de Alaska, el 24 de enero de 1903, Gran Bretaña y Estados Unidos convinieron en un tratado de arbitraje que encomendó la solución de la misma a un tribunal de seis árbitros, tres designados por Gran Bretaña y tres por Estados Unidos de América. Asimismo, en 1917, en un conflicto entre Alemania y Holanda por la actividad de buques de guerra alemanes en aguas neutrales, mediante un intercambio de notas del 10 y 19 de mayo de 1917, las partes convinieron en una Comisión Arbitral integrada por ocho miembros, cada parte designando a cuatro de ellos.

II. EL TRÁNSITO DEL ARBITRAJE EN EQUIDAD AL ARBITRAJE DE DERECHO

Si lo anterior se refiere a la composición del Tribunal, un segundo aspecto, que surgió de manera paralela a los cambios ocurridos en la composición del Tribunal, tiene que ver con la naturaleza de las reglas que el Tribunal debía aplicar.

Según Moore, a falta de tribunales permanentes, con un personal fijo, el arbitraje es –y siempre ha sido– considerado por el Derecho Internacional como un proceso judicial.[82] Menos tajantemente, Brownlie sostiene que, en la historia del Derecho, tanto nacional como internacional, el proceso judicial fue el resultado de la maduración de procedimientos políticos y administrativos relativamente informales.[83] Si el arbitraje es un proceso judicial, es un proceso regido por principios y normas pre establecidas, en el que se observan las reglas del debido proceso, oyendo a las partes en la controversia y dándoles la misma oportunidad de presentar su caso; ese proceso culmina con una sentencia –o laudo– en la que, luego de examinar la evidencia aportada por las partes, se señala los hechos que se tienen por probados, se evalúan los argumentos de las partes, se señalan las consideraciones para decidir, y se decide, sobre la base del Derecho y con carácter vinculante, la disputa que las partes hayan sometido al tribunal.

Cuando, en la primera mitad del siglo XIX, se comenzó a recurrir a un tercero imparcial para resolver las controversias entre Estados, el procedimiento arbitral comenzó a perder su naturaleza diplomática, convirtiéndose en una forma de arreglo judicial puro y simple. En la primera etapa de la experiencia arbitral que se reinició con el Tratado Jay, suscrito en 1794, los tribunales arbitrales estaban, con frecuencia, llamados a decidir sobre la base de "*principios de justicia y equidad*"; sin embargo, a fines del siglo XIX, el arbitraje estaba asociado principalmente, si no exclusivamente, con un proceso de toma de decisiones de acuerdo al Derecho, y respaldado por las garantías procesales pertinentes. Según Dominique Carreau, la "judicialización" progresiva del arbitraje, esto es, de un arbitraje sometido a reglas, se habría producido a partir del Tratado de Washington, del 8 de mayo de 1871, para el arbitraje de las reclamaciones del *Alabama*.[84] Por eso, la distinción entre

---

82 *Cfr.* John Basett Moore, *op. cit.*, p. 367.

83 *Cfr.* Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Third Edition, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 706.

84 *Cfr.* Dominique Carreau, *Droit International*, Pedone, París, 1986, p. 543.

arbitraje y arreglo judicial ha llegado a ser puramente formal,[85] aunque, en el arbitraje, además de elegir al juez, los Estados litigantes tienen mayor control sobre el procedimiento y sobre el Derecho aplicable. Excepto por la decisión final, que es vinculante para las partes, el arbitraje internacional, como forma de adjudicación, depende enteramente de la voluntad de los Estados.

Aunque históricamente el árbitro era designado después de surgida la disputa, y sólo para ese caso particular, lo característico del arbitraje internacional clásico es que no se ceñía a un procedimiento preestablecido, quedaba indeterminado si la cuestión de fondo debía resolverse conforme a principios o reglas de Derecho, y no había una exigencia expresa de fundamentar su decisión.[86]

Gillis Wetter considera que el arbitraje internacional es, esencialmente, procedimiento, y que es ese procedimiento el que rige y le da forma a la sustancia.[87] Puede que esa apreciación resulte acertada para definir el arbitraje internacional contemporáneo; pero, en su fase de formación, en la primera mitad del siglo XIX, la sustancia del arbitraje era lo que decidía el árbitro; para eso, las partes habían confiado en su imparcialidad, y le habían dado plenos poderes para decidir lo que considerara correcto, sometiéndose a lo que éste dispusiera, sin fijar las reglas según las cuales debía decidir, o aceptando la interpretación que el árbitro hiciera de dichas reglas. Por eso, por lo menos hasta pasada la segunda mitad del siglo XIX, el arbitraje estaba sometido a muy pocas reglas y, en principio, los laudos arbitrales no necesitaban ser motivados. Ésta fue la fase formativa del arbitraje internacional, en que el árbitro tenía un amplio margen de maniobra y todavía no estaba atado por el Derecho Internacional general, o por reglas expresamente convenidas por las partes. Pero eso cambió a partir de 1871.

---

85 *Cfr. Ibid.*, pp. 706 y ss.

86 En la historia moderna, el primer arbitraje –distinto de las comisiones mixtas– del que se tiene noticia, en el que la solución de la controversia fue encomendada a un tercero y claramente con el encargo de resolver conforme a Derecho, fue establecido en el artículo 69 del Acta Final del Congreso de Viena, suscrita el 5 de junio de 1815, con el encargo de resolver la controversia surgida entre Felipe de Auvernia y el príncipe de Rohan sobre la herencia del ducado de Bouillon, tarea que se encomendó a cinco personas (el Barón de Binder, el Barón de Brockhausen, el Conde de Castelalfer, el Caballero J. Sewell, y el Conde de Fitte de Soucy), quienes, el 1 de julio de 1816, emitieron su laudo.

87 *Cfr.* J. Gillis Wetter, *op. cit.*, vol. I, p. xxiii.

Tampoco es que, después del Tratado de Washington de 1871, los mismos reyes y reinas no volvieran a ser árbitros; pero, como producto de la evolución del Derecho Internacional sobre esta materia, ahora lo serían con un mandato que se regía por otras reglas.

En un primer momento, que se extendió hasta la suscripción del Tratado de Washington de 1871, celebrado entre Inglaterra y Estados Unidos de América, los arbitrajes eran un mecanismo flexible y novedoso de solución de controversias, que, por la discrecionalidad con que solía contar el árbitro para decidir, estaba lejos de caracterizarse como un procedimiento estrictamente judicial.[88] Con frecuencia, era el ejercicio pleno de la diplomacia y, hasta cierto punto, también de la política. Por eso, la decisión arbitral –el laudo– era muy distinta a una sentencia, y no tenía necesariamente que estar motivada. Siendo una tarea reservada esencialmente a los "*reyes y reinas*", no se podía poner en duda sus razones; además, los reyes no tenían por costumbre dar explicaciones de sus actos o de sus decisiones. Pero el arbitraje para resolver las reclamaciones del *Alabama* marcó un antes y un después en la historia del arbitraje internacional.

Todavía no había reglas pre establecidas a las que el tribunal debiera ceñirse, ni existía la convicción jurídica de que el laudo debía ser motivado; sin embargo, salvo los casos de arbitraje en equidad, lo normal era que así se hiciera. En este sentido, el laudo arbitral de la reina Isabel II de España, en el *caso de la Isla de Aves*, se extiende largamente en los argumentos alegados por Holanda y Venezuela en apoyo de sus respectivas reclamaciones, y hace consideraciones sobre los mapas que tuvo a la vista (incluyendo uno inglés, publicado en 1802, y otro de 1857), y considera que la circunstancia de que los habitantes de una posesión holandesa (la isla de San Eustoquio) fueran esporádicamente a pescar tortugas a la isla de Aves no servía para sustentar su pretensión de soberanía, implicando solamente una ocupación temporal y precaria, que no es manifestación de un derecho exclusivo; asimismo, el laudo se refiere, en su parte considerativa, a las consecuencias jurídicas que tenía para Venezuela el privilegio de la extracción de guano en la citada isla; el Tribunal arbitral (Isabel II) considera que, aunque el reino de España no haya ocupado materialmente el territorio de la Isla de Aves, era indudable que éste le pertenecía, como parte de las Indias Occidentales que, hasta la constitución

---

88 *Cfr.* la opinión en contrario de Alexander M. Stuyt, quién afirma que, a partir de fines del siglo XVIII, como resultado del Tratado Jay, del 19 de noviembre de 1794, el arbitraje internacional pasó a tener un carácter judicial. *Survey of International Arbitrations – 1794-1970*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, p. ix.

de la república de Venezuela, estuvieron bajo el dominio de los reyes de España; el laudo vuelve a referirse a la residencia temporal de indígenas de posesiones holandesas, considerando que la suya no era más que una ocupación precaria, desprovista de posesión, mientras que Venezuela había sido la primera en desplegar actos de soberanía, confirmando así el dominio que había adquirido de un título derivado de España.[89]

Si la motivación del laudo todavía no formaba parte de una costumbre jurídica, o si aún no había llegado a constituir un principio de Derecho Internacional, era, por lo menos, una sana práctica, habitual entre los árbitros. Gracias a esa práctica, tardó muy poco en formase esa *opinio juris* que la transformó en una necesidad jurídica, aportando el elemento que le faltaba para llegar a ser una costumbre jurídica internacional.

IV. EL ARBITRAJE DE PLENO DERECHO Y EL CASO DEL ALABAMA

En el último tercio del siglo XIX, estaba fresca, en la memoria de los estadounidenses, el apoyo que, a pesar de haberse declarado neutral, Inglaterra había brindado a los Estados del sur durante la guerra de secesión, permitiendo que, en sus astilleros, se construyeran barcos de guerra ordenados por los insurgentes. Estados Unidos quería que Inglaterra respondiera por lo que consideraba una violación de sus deberes jurídicos como Estado neutral. Inicialmente, la propuesta de recurrir al arbitraje fue rechazada por los ingleses, por considerar que el objeto de la controversia involucraba el "honor" del Gobierno británico; pero, finalmente, Inglaterra accedió. En 1871, el Tratado de Washington, celebrado entre Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda,[90] quiso poner fin a esas y a otras diferencias, que enturbiaban las relaciones entre ambas naciones. Los primeros once artículos de dicho Tratado se referían específicamente a lo que genéricamente se ha conocido como las "*Reclamaciones del Alabama*", originadas por el apoyo y suministro de armas brindado a los sudistas por barcos ingleses o proporcionados por los ingleses, incluyendo al cañonero

---

89 *Cfr.* Laudo arbitral de la reina Isabel II, en el caso de la Isla de Aves, entre Holanda y Venezuela, del 30 de junio de 1865.

90 Treaty between Great Britain and the United States for the amicable setting of all causes of difference between the two countries, suscrito el 8 de mayo de 1871.

Alabama,[91] instituyendo un tribunal arbitral encargado de resolverlas. Durante la guerra de secesión en los Estados Unidos, sólo al *Alabama*, construido en puertos ingleses, se atribuía ser responsable de la captura o hundimiento de cerca de setenta barcos de la Unión, antes de que él mismo fuera hundido, en 1864. En parte, esas eran las reclamaciones sobre las que tendría que pronunciarse el Tribunal arbitral.

Esta vez, el arbitraje no se encomendó a un rey o a un Jefe de Estado, sino a un tribunal colegiado, integrado por cinco personas que, sin embargo, serían designadas por los reyes o Jefes de Estado señalados por el Tratado. Al presidente de los Estados Unidos de América, a la reina de Inglaterra, al rey de Italia, al presidente de la Confederación Suiza, y al emperador de Brasil les correspondería nombrar, a cada uno, a uno de esos árbitros.[92] Siguiendo este procedimiento, se designó como árbitros a cinco diplomáticos: Charles Francis Adams, de los Estados Unidos de América, Alexander Cockburn, de Inglaterra, Jacques Staempfli, de Suiza, Marcos Antônio d'Araujo, de Brasil, y Federico Sclopis di Salerano, de Italia, quien lo presidió. Los árbitros así designados no eran reyes ni diplomáticos legos en materia jurídica, sino cinco juristas, lo cual marcaba una diferencia importante con la práctica anterior. En segundo lugar, se puede apreciar que, aunque los contendientes mantenían su presencia entre los miembros del tribunal, había mayor número de árbitros nacionales de terceros Estados, lo que hacía más fácil llegar a acuerdos, sin que estos pudieran ser bloqueados por los árbitros nacionales de las partes en la controversia. Por lo menos en su composición, el tribunal arbitral así establecido era enteramente distinto a las antiguas comisiones mixtas, comisiones conjuntas, o comisiones especiales. Era ésta la primera vez que un asunto de esta envergadura se confiaba a un tribunal arbitral colegiado, e integrado por simples particulares.[93]

---

91 Otros barcos involucrados en esta reclamación incluían al *Florida*, al *Shenandoa*, al *Tuscaloosa*, al *Clarence*, al *Tacony*, al *Archer*, y otros.

92 *Cfr.* el tercer párrafo del artículo I del Tratado.

93 *Cfr.* E. Rouard de Card, *L'Arbitrage International dans le passé, le présent et l'avenir*, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, París, 1877, p. 74. Hay una traducción al castellano: *El Arbitraje Internacional en el Pasado, en el Presente i (sic) en el Porvenir* (No se indica el nombre del autor de la traducción. En una Advertencia del traductor, firmada en La Paz, el 26 de julio de 1877, éste firma como F. V. V.), Imprenta Nacional, Santiago de Chile, 1877. También, Simone Dreyfus, *Droit des Relations Internationales*, deuxième édition revue et augmentée, Cujas, París, 1981, p. 167.

Así se acentuó la naturaleza estrictamente jurisdiccional del arbitraje, despojándolo del carácter político o diplomático que había tenido en el pasado.[94]

De acuerdo con el artículo 2 del compromiso arbitral, estos árbitros se obligaban a examinar y decidir *imparcialmente*, y *de manera cuidadosa*, la cuestión que se les sometía; por lo menos en teoría, los árbitros nacionales de las partes en litigio no eran sus agentes ni sus abogados. Todas las cuestiones a ser consideradas por el Tribunal, incluyendo el Laudo, se decidirían por mayoría. El procedimiento escrito que debían observar las partes estaba estrictamente regulado, en cuanto a la forma y a los plazos.[95] Asimismo, en el artículo VI, se indicaban las reglas sustantivas (por la naturaleza del caso, relativas a los deberes de los neutrales) a las que deberían atenerse los árbitros, junto con la aplicación de los principios de Derecho Internacional que no fueran incompatibles con dichas reglas. En cuanto a las *reglas* acordadas por las partes, Inglaterra quiso dejar constancia (en el artículo 6 del compromiso) que tales reglas no eran una declaración de principios del Derecho Internacional que estuvieran en vigor al momento en el que surgió la disputa, aunque, en lo futuro, se comprometía a comportarse según esos principios. Las partes estaban conscientes de que, en materia de neutralidad, ese no era el Derecho vigente en ese momento; sin embargo, ellas acordaron aplicar esas reglas al presente caso, observarlas "*en el futuro*", ponerlas en conocimiento de otras potencias marítimas, e invitarlas a que accedieran a ellas.[96] Pero, esta vez, el Derecho que debía aplicar el Tribunal era el Derecho acordado por las partes, con lo que –a diferencia de lo que ocurría en el pasado– el margen del árbitro para utilizar la discreción estaba enteramente descartado.

Al acordarse las reglas sustantivas a que deberían ceñirse los árbitros, se abrió el camino a una fase más avanzada del arbitraje internacional moderno, como una decisión definitiva e irrevocable, adoptada según reglas preestablecidas, y aceptada como obligatoria por las partes en la disputa. Esas reglas eran la condición bajo la cual se aceptaba la competencia del Tribunal arbitral, y bajo la cual las partes se comprometían a aceptar y ejecutar su decisión.

---

94 *Cfr.* Simone Dreyfus, *Droit des Relations Internationales*, deuxième édition revue et augmentée, Cujas, París, 1981, p. 167.

95 *Cfr.* los artículos III al V del Tratado.

96 *Cfr.* el último párrafo del artículo VI del Tratado.

El artículo VII se refería a la decisión del Tribunal, que, en principio, debería adoptarse dentro de los tres meses siguientes al cierre de los argumentos de las partes, debiendo ser firmada por los árbitros que asintieran en ella. Según el artículo IX, se debía levantar actas de los procedimientos seguidos ante el Tribunal.

Al dictar su laudo, en siete breves páginas, el Tribunal se refirió a la documentación aportada por las partes, a la correspondencia oficial, a la prueba rendida, y a los argumentos de las partes, todo lo cual fue debidamente considerado para llegar a una decisión prolijamente razonada. El Tribunal se refirió a las disposiciones del Tratado de Washington que fijaban los límites de su competencia, así como a las reglas sustantivas que habían acordado las partes; hizo su interpretación del término "*debida diligencia*" requerida de los Estados neutrales según las reglas de Washington, a las circunstancias en que surgió la controversia, a los efectos de la violación de la neutralidad en el conflicto armado de que se trataba en este caso, a los alcances del privilegio de extraterritorialidad del que gozaban los barcos de guerra según el Derecho Internacional, a las circunstancias en que el abastecimiento de carbón o el uso de puertos neutrales como base de operaciones navales era incompatible con las reglas acordadas por las partes, a la construcción del barco *Alabama* en el puerto de Liverpool, a la falta de la debida diligencia de Inglaterra en el cumplimiento de sus obligaciones como Estado neutral, a la falta de medidas preventivas por parte del gobierno inglés, no obstante las advertencias hechas por los agentes diplomáticos estadounidenses durante la construcción del *Alabama* a fin de asegurar su detención, a las inadecuadas medidas para la captura del barco después de que éste había escapado, a la circunstancia de que, posterior a su escape, el barco confederado *Alabama* había sido admitido en varias ocasiones en puertos de las colonias británicas, y a la circunstancia de que el gobierno inglés no podía justificar su falta de debida diligencia en una supuesta insuficiencia de medios legales para haber actuado de otra manera. Fue por un largo razonamiento, fundado en consideraciones sobre cada uno de los puntos antes referidos, que, cuatro de los cinco árbitros, acordaron el laudo que finalmente emitieron. No fue por capricho o como una solución de compromiso.

A lo largo del laudo, existe un claro hilo conductor entre el compromiso arbitral, las reglas acordadas por las partes, los hechos probados, y la decisión que surgía como consecuencia de un razonamiento puramente lógico, en estricto acatamiento de las competencias que las partes le habían conferido al tribunal.

Sobre las bases establecidas en el Tratado de Washington, el 14 de septiembre de 1872, se emitió, por cuatro votos a uno, un laudo en favor de Estados Unidos, quedando Inglaterra obligada a pagar, a título de indemnización, la suma de US $ 15.500.000 –una suma considerable para su época y la más cuantiosa que nunca se había acordado–, a lo cual se dio cumplimiento pleno el 9 de septiembre de 1873. En los términos del artículo VII, que sólo exigía la firma de quienes asintieran en él, Alexander Cockburn, designado como árbitro por Inglaterra, ejerció su derecho de no firmar el laudo.

Las novedades introducidas en el procedimiento, así como el éxito alcanzado en resolver pacíficamente un conflicto de envergadura que involucraba a dos grandes potencias, inspiraron mayor confianza en el arbitraje. El caso del *Alabama* marcó un punto de inflexión en la historia del arbitraje internacional, convirtiéndolo en un proceso racional de solución de controversias, sometido a reglas jurídicas. Atrayendo la atención del mundo, dicho arbitraje sirvió de modelo para compromisos arbitrales posteriores;[97] además, en 1875, inspiró la adopción de un *Proyecto de Código de Procedimiento*

---

[97] Por ejemplo, la Convención de Santiago, celebrada el 4 de enero de 1883, entre Gran Bretaña y Chile, en cuyo artículo 6 se estableció que la Comisión Mixta decidiría las reclamaciones sobre la base de los méritos de la prueba rendida, de acuerdo con los principios de Derecho Internacional y la práctica y la jurisprudencia establecidas por tribunales modernos análogos de la más alta autoridad y prestigio, debiendo entregar sus resoluciones interlocutorias o definitivas por mayoría de votos, y señalando brevemente, en cada decisión definitiva, los hechos y los fundamentos de la reclamación, la prueba producida por las partes a favor y en contra de esa reclamación, y los principios de Derecho Internacional en que dicha decisión se basaba. *Cfr.*, también, los artículos 3 y 6 de la Convención de Santiago, suscrita el 23 de agosto de 1884, entre Alemania y Chile, y el artículo 6 de la Convención de Lima, suscrita el 5 de abril de 1897, entre Chile y Perú. En el caso Cerruti, un arbitraje encomendado a Grover Cleveland –entonces presidente de los Estados Unidos–, mediante el Protocolo de Castellamare di Stabia, suscrito el 18 de agosto de 1894, se dispuso que el árbitro debería "proceder a examinar y decidir de acuerdo a la documentación y evidencia presentada… y según los principios de Derecho Público." La Convención de Santiago, suscrita el 11 de julio de 1885, entre el Imperio Austro-Húngaro y Chile, para decidir reclamaciones surgidas por daños supuestamente causados por Chile a ciudadanos austro-húngaros durante la Guerra del Pacífico, dispuso que la Comisión Mixta tendría que ceñirse a las mismas reglas prescritas por la Convención suscrita entre Alemania y Chile el 23 de agosto de 1884 ya mencionada.

Arbitral, preparado por el Instituto de Derecho Internacional,[98] y sirvió de base para la preparación de las Convenciones de La Haya, de 1899 y de 1907, sobre el arreglo pacífico de los conflictos internacionales.

Después del traspaso de Alaska a los Estados Unidos por parte de Rusia,[99] en 1892, otro conflicto entre Estados Unidos de América e Inglaterra, esta vez sobre la jurisdicción de las partes en disputa en el mar de Behring y la preservación de las focas, condujo a un nuevo compromiso arbitral que destacó la naturaleza jurídica de este procedimiento.[100] En efecto, de acuerdo con el artículo I de dicho tratado, el Tribunal arbitral estaría compuesto por siete árbitros (dos nombrados por cada una de las partes en disputa, y los otros tres por el presidente de Francia, el rey de Italia, y el rey de Suecia y Noruega), los cuales debían ser "*juristas* de reconocida reputación en sus respectivos países". Los árbitros debían proceder a examinar "*imparcial y cuidadosamente*" los asuntos que se le habían sometido; además, se identificó cinco asuntos que debían ser abordados separadamente por el laudo (artículo IV del Tratado). De ser necesario, se pedía al Tribunal establecer regulaciones para la preservación de las focas en los espacios en que fuera indispensable la actuación conjunta de ambos Estados (artículo VII). Ajustándose a esos términos y a las demás disposiciones del compromiso arbitral, el laudo fue dictado el 15 de agosto de 1893.

El arbitraje del *Alabama* es, sin duda, el punto de partida de lo que es el arbitraje internacional moderno, caracterizado por el desarrollo de las reglas de Derecho que rigen la composición del tribunal, las actuaciones de las partes y del tribunal en el curso del procedimiento, el Derecho aplicable respecto del objeto de la controversia, y el proceso de deliberación y adopción del laudo, señalando incluso cuál debe ser su contenido. A partir de 1872, ese sería el modelo a seguir en materia arbitral.

La Convención de La Haya, de julio de 1899, sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales, terminó de cerrar ese ciclo, para hacer del arbitraje internacional un procedimiento sometido estrictamente al Derecho.

---

98 *Cfr.* Institut de Droit International, Projet de Règlement pour la Procédure Arbitrale International, Session de La Haye, 1875, en *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1877, p. 126 y ss.

99 Ocurrido el 30 de marzo de 1867.

100 *Cfr.* el Tratado de Washington, del 29 de febrero de 1892, suscrito entre Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

No por casualidad, ya en 1877, Rouard De Card sostenía que el arbitraje era una jurisdicción compuesta de verdaderos jueces.[101]

V. LA PRIMERA CONFERENCIA DE PAZ DE LA HAYA Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En 1898, el Zar Nicolás II había invitado a las grandes potencias a una conferencia internacional sobre arbitraje y desarme, la cual se celebró al año siguiente, en La Haya, del 18 de mayo al 29 de julio de 1899, paralelamente al proceso arbitral que tenía lugar en París, por el asunto de la Guayana Esequiba. La conferencia tuvo lugar en uno de los palacios reales de Holanda –la Casa en el Bosque-, y en ella estuvieron representados 26 de los 59 Estados reconocidos como tales en ese momento. A diferencia de otras conferencias de paz, convocadas para poner fin a un conflicto armado, ésta se celebró en tiempo de paz, con el propósito de elaborar los instrumentos jurídicos indispensables para prevenir la guerra, tales como el arbitraje. Algunos de los protagonistas de la controversia entre Inglaterra y Venezuela, como Julian Pauncefote y Federico de Martens, participaron, en esa I Conferencia de Paz de La Haya, como delegados de Inglaterra y Rusia respectivamente; el Tribunal Arbitral que presidía de Martens, y que estaba conociendo de la controversia del Esequibo, suspendió sus sesiones en tres oportunidades (en junio, y julio de 1899), para facilitar que de Martens pudiera participar en la referida Conferencia, en la que Venezuela no estuvo representada, por no haber sido invitada. De allí resultó, *inter alia*, una Convención para el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales.[102]

En el curso de la Conferencia, Julian Pauncefote, quien –en nombre de Gran Bretaña– había negociado el Tratado de arbitraje de 1897 entre Gran Bretaña y Venezuela, propuso la creación de un tribunal permanente de arbitraje; en nombre de Rusia, Federico de Martens hizo su propia propuesta. Según el artículo 1 del proyecto que el Comité de Examen presentó a la Tercera Comisión de la Conferencia de Paz, las partes convendrían en organizar un tribunal permanente de arbitraje, con el objeto de facilitar el recurso inmediato al arbitraje en caso de disputas internacionales que no

---

101 *Cfr.* E. Rouard De Card, *L'Arbitrage International dans le passé, le présent et l'avenir*, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, París, 1877, p. 74.

102 Suscrita en La Haya, el 29 de julio de 1899. Entrada en vigor, el 4 de septiembre de 1900.

hubieran podido resolverse por vía de la diplomacia.[103] El mecanismo propuesto no era, realmente, un tribunal, ni tampoco era permanente, sino una lista de juristas, proporcionada por los mismos Estados partes, a la que las partes podían recurrir para designar árbitros en una controversia. Su lugar de funcionamiento estaría en el sitio que escogieran las partes en la controversia o, en ausencia de un acuerdo al respecto, en el lugar que decidiera el Tribunal Arbitral así designado. Un Consejo Permanente, presidido por el Ministro de Relaciones Exteriores de Holanda, estaría encargado del establecimiento del secretariado, prepararía las reglas de procedimiento, y adoptaría las medidas necesarias para el funcionamiento de los tribunales arbitrales así constituidos. Se estableció un conjunto de reglas de procedimiento arbitral, sin perjuicio de que las partes pudieran convenir en otras diferentes. Según una propuesta de Chevalier Descamps, el compromiso arbitral era lo que determinaba el objeto preciso de la controversia y la extensión de las atribuciones del árbitro. El Tribunal arbitral podía estar integrado por uno o varios árbitros, escogidos por las partes de entre la lista de miembros de la Corte Permanente de Arbitraje. En principio, el procedimiento consistía en una fase escrita y en una fase oral. De los debates ante el Tribunal debía levantarse un acta.

Durante esta primera Conferencia de La Haya, Chevalier Descamps propuso una cláusula según la cual "el arbitraje internacional tenía por objeto el arreglo de controversias entre Estados por jueces de su propia elección y de acuerdo con sus derechos recíprocos."[104] El artículo 15 de la Convención para

---

103 *Cfr. Proceedings of The Hague Peace Conferences* – Translation of the Official Texts (The Conferences of 1899 and 1907). The Conference of 1899, Prepared in the Division of International Law of the Carnegie Endowment for International Peace, under the supervision of James Brown Scott, Publications of the Carnegie Endowment for the International Peace, Division of International Law, Washington, Oxford University Press, New York, / London, / Toronto / Melbourne / Bombay, 1920, p. 840.

104 *Proceedings of The Hague Peace Conferences* – Translation of the Official Texts (The Conferences of 1899 and 1907). The Conference of 1899, Prepared in the Division of International Law of the Carnegie Endowment for International Peace, under the supervision of James Brown Scott, Publications of the Carnegie Endowment for the International Peace, Division of International Law, Washington, Oxford University Press, New York, / London, / Toronto / Melbourne / Bombay, 1920, Propuesta de Chevalier Descamps, presentada al Comité de Examen, presentada a la Tercera Comisión, el 5 de julio de 1899, p. 837.

el Arreglo pacífico de las Controversias Internacionales,[105] que finalmente adoptó la Conferencia de 1899, modificó levemente esta propuesta, indicando que el arbitraje tiene por objeto el arreglo de controversias entre Estados, por jueces de su elección, y "*sobre la base del respeto del Derecho*." Esa era, según Charles Rousseau, la mejor definición del arbitraje.[106] En ese entendido, el arbitraje era un medio de arreglo *judicial*, excepto porque las partes podían elegir a sus propios jueces, y porque su mandato concluía con el laudo que decidía la controversia que específicamente se le había sometido; pero la obligación de dar una respuesta razonada a los conflictos planteados por las partes, "*sobre la base del respeto del Derecho*", seguía estando allí. En su preámbulo, la partes en la Convención se manifiestan deseosas de hacer prevalecer el imperio del derecho y de fortalecer la aplicación de la justicia internacional. El compromiso con el Derecho se reflejaba, igualmente, en el artículo 23 de la Convención, que estipula que las personas seleccionadas para formar parte de la "Corte Permanente de Arbitraje"[107] debían ser, *inter alia*, personas de reconocida competencia en Derecho Internacional. En caso de que las partes en la controversia no hayan convenido algo diferente, el capítulo III de la Convención, en sus artículos 30 y siguientes, estipula las reglas de procedimiento aplicables. Dichas reglas son esencialmente las mismas que indica el Reglamento que, paralelamente, había adoptado el Tribunal Arbitral en la controversia de Venezuela e Inglaterra por el territorio de la Guayana Esequiba, excepto por el artículo 52 de la Convención, que dispone expresamente que el laudo "*debe indicar las razones en que se basa*." Según el artículo 54, el laudo, debidamente pronunciado y notificado a las partes, resuelve la controversia definitivamente, y sin derecho a apelación.

En 1907, como producto de la II Conferencia de Paz de La Haya,[108] se suscribió la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos

---

105 Adoptada en La Haya, el 29 de julio de 1899. Entrada en vigor, el 4 de septiembre de 1900.

106 *Cfr.* Charles Rousseau, *Droit International Public*, Sirey, París, 1983, Tomo V, p. 305.

107 No era propiamente una Corte, ni era permanente. Era, simplemente, una lista de árbitros a los que podían recurrir las partes en una controversia.

108 En esta oportunidad estuvieron representados cuarenta y cuatro Estados, aunque Venezuela tampoco estuvo entre ellos. Durante esta Conferencia, gracias a una donación de Andrew Carnegie, se colocó la primera piedra de lo que hoy es el Palacio de la Paz, que alberga al Secretariado (*the International Buureau*) de la

Internacionales,[109] que aún está en vigor, y que enmendó ligeramente a su homóloga de 1899. Ésta nueva versión del tratado de 1899 se suscribió con el convencimiento de que la institución permanente de una "jurisdicción arbitral", accesible a todos, podría contribuir, *inter alia*, al mantenimiento de la paz, a extender el imperio del derecho, y a fortalecer la justicia internacional. En su artículo 37, se reitera que el arbitraje es un procedimiento que tiene por objeto el arreglo de litigios entre los Estados "por jueces de su elección y *sobre la base del respeto del derecho*." En el caso que nos ocupa –la validez del laudo arbitral dictado en parís el 3 de octubre de 1899–, la única forma de saber si se respetó el Derecho es explicando cuál era el Derecho aplicable en esa época, qué disposiciones o principios jurídicos se aplicaron, a qué hechos, y por qué.

Inicialmente, se había planteado que el arbitraje fuera obligatorio, aunque sólo fuera para una categoría limitada de disputas; dicha idea fue desestimada, y reemplazada por un sistema de arbitraje voluntario, que requería, para cada caso, contar con el consentimiento de los Estados involucrados, tanto para determinar la composición del tribunal como para fijar el objeto de la controversia. En todo caso, siendo que el arbitraje había probado su utilidad, y que había un amplio deseo de transformarlo, de una institución exclusivamente *ad hoc* en una con características de permanencia, codificando las grandes líneas del procedimiento arbitral,[110] se acordó la creación de una Corte Permanente de Arbitraje Internacional. Como ya se dijo, ésta, sin embargo, no era una Corte, en el sentido de un tribunal preestablecido, sino una lista de árbitros a la que, a su entera discreción, podían recurrir las partes cada vez que surgiera una controversia; por ende, tampoco era permanente, en el sentido de que el mismo tribunal arbitral, con una composición pre establecida, conocería de los casos que se presentaran en el futuro.

Corte Permanente de Arbitraje, a la Corte Internacional de Justicia, y a la Academia de Derecho Internacional.

109 Suscrita en La Haya, el 18 de octubre de 1907. Venezuela no estuvo entre los signatarios de la Convención antes referida, que modificó la que se había adoptado el 29 de julio de 1899, y que estaba en vigor desde el 4 de septiembre de 1900.

110 *Cfr.* Shabtai Rosenne, *The World Court: What it is and how it works*, Fourth revised edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1989, p. 8.

Por eso, Federico de Martens habría dicho que la Corte de 1899 es sólo una sombra que, de vez en cuando, se materializa, sólo para volver a desaparecer.[111]

En cuanto tratado, la Convención del 29 de julio de 1899 sólo obliga a los Estados que lo hayan ratificado, teniendo en cuenta que muchas de sus normas tienen carácter supletorio de la voluntad de las partes en un compromiso arbitral, y que otras pueden ser objeto de reservas. Sin embargo, allí también hay principios que, en ese momento, estaban cristalizando como normas de Derecho consuetudinario, o como principios generales de Derecho Internacional, y que, en cuanto tales, obligaban –y obligan– a los Estados, como normas de Derecho Internacional general, independientemente de que hubieran ratificado o no la Convención. Ese es el caso de la obligación de motivar el laudo, a menos que las partes, expresamente, hayan exonerado al Tribunal de esta obligación, o a menos que se tratara de un arbitraje en equidad. Por lo menos en este punto, la Convención no hizo otra cosa que codificar el Derecho preexistente.

Lo que vendría después sería, simplemente, el salto definitivo al arbitraje internacional moderno, y a la aplicación de esos principios y reglas que habían ido tomando forma entre la suscripción del Tratado de Washington de 1871 y la suscripción de la Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, del 29 de julio de 1899. Ese era el Derecho imperante para el momento en que se adoptó el Laudo de París.

En opinión de Aldrich y Chinkin, indiscutiblemente, la Primera Conferencia de Paz de La Haya tuvo éxito en el desarrollo y la codificación del Derecho en lo concerniente al arreglo pacífico de controversias,[112] aunque no en lo concerniente al desarme.

Para Hazel Fox, aparte de la controversia del *Alabama*, que, luego del fin de la guerra civil en los Estados Unidos, resolvió la tensión política existente en ese momento entre Estados Unidos y el Reino Unido por las actividades británicas en apoyo de la causa secesionista, es difícil señalar un arbitraje que haya resuelto disputas que afectaran intereses vitales de los Estados; pero, aunque Fox considera que es peligroso sobreestimar la

---

111 Citado por Antonio Cassese, International Law, Second Edition, Oxford University Press, Oxford / New York, 2005, p. 281.

112 *Cfr.* George H. Aldrich and Christine M. Chinkin, *Symposium: The Hague Peace Conferences / Introduction*, en American Journal of International Law, January 2000, vol. 94, N° 1, p. 1.

capacidad del arbitraje para resolver conflictos políticos de la mayor importancia, también le parece poco sabio subestimar su valor como un medio suplementario para la demarcación de las fronteras entre los Estados.[113] Lo cierto es que la determinación del territorio de un Estado no es un asunto de poca entidad, y lo cierto es que, más de una vez, el arbitraje ha marcado la diferencia entre la guerra y la paz.

A MODO DE CONCLUSIÓN

A falta de tribunales permanentes, el arbitraje fue el mecanismo al que tradicionalmente recurrieron los Estados para resolver sus diferencias. Inicialmente, éste fue el fruto de la confianza en la rectitud y el sentido de la justicia de un tercero escogido de común acuerdo por las partes en la disputa, lo que hacía que –a veces– éste omitiera fundamentar su decisión; pero, paulatinamente, el arbitraje fue dejando de lado la discrecionalidad, para dar paso a una estricta regulación, con las características de un arbitraje de pleno Derecho. Desde 1871, el arbitraje internacional se diferencia del arreglo judicial sólo en la circunstancia de que el Tribunal es escogido por las partes y, en principio, es establecido para un caso particular. En todo lo demás, el arbitraje se rige por las mismas reglas del procedimiento judicial. Es a partir de esas premisas que se debe evaluar el arbitraje entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda y Venezuela por el territorio situado al oeste del río Esequibo, presidido por Federico de Martens, y que, en 1899, condujo al laudo de París, cuya validez –en el caso Guyana c. Venezuela– hoy está en tela de juicio ante la Corte Internacional de Justicia.

---

[113] *Cfr.* Hazel Fox, *op. cit.*, p. 193.

PROTECCIÓN DE MUJERES PERIODISTAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: LOS CASOS DE YOANI SÁNCHEZ Y JINETH BEDOYA

Mariateresa GARRIDO V.*

INTRODUCCIÓN

La preocupación internacional por fortalecer la protección de la persona ante los horrores de la guerra tomó una nueva dimensión después de la Segunda Guerra Mundial. En ese momento, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) incluyó la protección de los derechos humanos como uno de sus pilares fundamentales, y a partir de ese momento inició el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.[1] Posteriormente en diciembre de 1948 los estados miembros adoptaron la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De igual forma, en el Sistema Interamericano, en abril de 1948 se adoptó la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, y en 1978, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH). Estos instrumentos establecen los términos de protección del derecho a la libertad de expresión.

Debido a la forma en la que fue establecida la libertad de expresión en los mencionados documentos, se entiende como un derecho complejo ya que supone la protección simultánea de la libertad de buscar, recibir y difundir información, así como también el derecho de la persona que lo ejerce y la sociedad que se ve beneficiada por dicho ejercicio.

---

* Profesora del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad para la Paz (UPAZ) y Coordinadora del Programa de Doctorado de la misma Institución. Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela y con Doctorado en Estudios de Paz y Conflicto por la UPAZ.

1 Carta de las Naciones Unidas 1945, artículo 1.

Sin embargo, cabe destacar que la interpretación de dicho derecho ha evolucionado. Por ejemplo, en la década de 1980 este derecho se concebía como libertad de información, o en otras palabras, "el derecho a ser mantenido informado de todo lo que pudiera afectar la vida diaria [del ciudadano], ayudarlo a tomar decisiones y contribuir a su vida".[2] En la década de 1990 se entendía como "motor y punto de partida de los derechos básicos del ser humano".[3] En el siglo XXI, los estudiosos indican que

> "la libertad de expresión significa la libertad de **considerar** lo que se dice en público (una formación social cada vez más difusa y volátil), la capacidad de **imaginar** lo que sus palabras y acciones significan para los demás, y la responsabilidad de **reconocer** los daños causados y las medidas que se exigen."[4]

Hoy en día, la dimensión colectiva del derecho a la libertad de expresión supone la participación de diferentes actores en los procesos comunicacionales, especialmente de periodistas y medios de comunicación. En la actualidad, quienes ejercen el periodismo son las personas que más contribuyen en la creación y diseminación de información, pero, gracias a su labor, también reciben amenazas y ataques que tienen por fin silenciarlas; de allí que su protección sea esencial.

La forma más grave de violencia contra periodistas es el asesinato, y el Comité para la Protección de Periodistas, estima que desde 1992, hasta noviembre 2023, 1.503 periodistas han sido asesinados por el ejercicio de su profesión, de las cuales 111 han sido mujeres.[5] Por su parte, en la evaluación de otras formas de violencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha registrado casos que evidencian que las mujeres periodistas "están sujetas de manera desproporcionada y habitual a diversas

---

2 International Commission for the Study of Communication Problems 1980, página 20.

3 Declaración de Chapultepec, adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México, D.F. el 11 de marzo de 1994, preámbulo.

4 Kunelius, R. (2013). The Satanic Pendulum. Notes on Free Speech the Public Sphere and Journalism in 2013. In U. Carlsson (Ed.), Freedom of Expression Revisited (pp. 27-43). Gothenburg: Nordicom. Traducción propia, página 40.

5 Comité para la Protección de Periodistas, *"Journalists Killed",* noviembre de 2023. Disponible en: https://cpj.org/data/killed/?status=Killed&motiveConfirmed%5B%5D=Confirmed&type%5B%5D=Journalist&start_year=1992&end_year=2023&group_by=year

formas de violencia y discriminación basada en su género tanto en el ejercicio de la profesión como en los lugares en donde desempeñan su labor."[6]

Partiendo de esta problemática, este artículo tiene como objetivo principal demostrar cómo la protección de periodistas ha sido tratada por los órganos del sistema interamericano, y cómo ha favorecido la protección de mujeres periodistas en la región. El análisis jurídico se enfoca en la identificación del marco legal aplicable en la región, por lo que la primera sección presenta las principales regulaciones en la materia. En la segunda sección se evalúa la aplicación de dichas regulaciones a través del análisis de dos casos emblemáticos dentro del sistema: la decisión de la CIDH en el caso de la periodista Yoani Sánchez, y la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) en el caso de Jineth Bedoya.

MARCO REGULATORIO INTERAMERICANO

La libertad de expresión es uno de los derechos humanos más importantes dentro del sistema interamericano ya que favorece el debate democrático y el ejercicio de otros derechos.[7] La CADH lo protege en el artículo 13 en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

---

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión, *Mujeres periodistas y salas de redacción: avances, desafíos y recomendaciones para prevenir la violencia y luchar contra la discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF. 24/22, Washington DC, 2022, párrafo 2.

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Reporte de la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2008,* OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 5, Washington DC, 2009, párrafo 5.

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones…

Del párrafo 1 es de donde se deriva la complejidad del derecho, mientras que los párrafos 2 y 3 indican las formas permitidas de restricción al ejercicio del derecho, y hay un elemento que debe ser resaltado para los efectos de este artículo: la imposibilidad de restricción previa. La censura previa no se limita a la imposición de leyes, sino que también incluye la utilización de medios indirectos que busquen impedir la libre circulación de ideas; y es precisamente bajo esta disposición que se justifica la adopción de medidas tendientes a proteger a periodistas y representantes de medio de comunicación.

Debido a la importancia de las y los periodistas en el proceso comunicacional, en el año 2000 los estados americanos decidieron adoptar la Declaración Interamericana de Principios sobre Libertad de Expresión, la cual estableció lineamientos precisos para la protección del derecho, y en particular indica en el principio 9 que

> El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Es deber de los Estados prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una reparación adecuada.

A partir de la firma de estos principios se observa un incremento en la adopción de medidas tendientes a garantizar la protección de periodistas en la región.

Por ejemplo, en 2012 México promulgó la “Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas”; en 2015, Honduras adoptó la “Ley de protección para las y los defensores de derechos humanos, periodistas, comunicadores sociales y operadores de justicia”, y en

2021 Brasil creó "Programa Estatal de Protección de las Personas Defensoras de los Derechos Humanos" que opera a nivel federal y que incluye la protección de periodistas.[8]

Es posible afirmar, que esta evolución favoreció la adopción del "Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe" mejor conocido como el Acuerdo de Escazú, que no sólo favorece el acceso a la información pública, sino que también prevé la protección de defensores medioambientales, y en particular el artículo 9.2 indica que,

> Cada Parte tomará las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico.

Si bien es cierto que el mencionado artículo no hace referencia directa a periodistas, la existencia de leyes internas que crean mecanismos de protección tanto para defensores de derechos humanos como de periodistas, así como también la inclusión de temas relacionados con el acceso a la información pública, ha abierto un debate, todavía sin resolver, en cuanto a la posibilidad de brindar una protección especial a periodistas dedicados a temas medioambientales a través de esta regulación.[9]

En lo relativo a la protección de mujeres, la "Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer", también conocida como la "Convención De Belem do Para", establece que las mujeres tienen "derecho a vivir una vida libre de violencia",[10] y en particular el artículo

---

8 Para acceder la ley mexicana, visitar: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPPDDHP.pdf; para información sobre Honduras: https://observatoriop10.cepal.org/es/instrumento/ley-proteccion-defensores-derechos-humanos -periodistas-comunicadores-sociales, y para más información sobre Brasil ver: https://www.focus-obs.org/es/lugar/brasil/.

9 Kidd 2023.

10 Organización de los Estados Americanos 1994, artículo 3.

4 garantiza el "reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos."

El 03 de mayo de 2022, los relatores especiales para la libertad de expresión, tomando en cuenta la importancia de la participación de las mujeres en los procesos comunicacionales, adoptaron la "Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y Justicia de Género", en la que recordaron que

> **Los Estados están obligados, en virtud del derecho internacional, a eliminar de forma proactiva los obstáculos estructurales y sistémicos a la igualdad**, así como las leyes, políticas y prácticas discriminatorias que impiden a las mujeres el pleno disfrute de todos los derechos humanos, **incluido el derecho a la libertad de opinión y expresión**. La obligación implica deberes positivos para eliminar los estereotipos de género, las normas sociales negativas y las actitudes discriminatorias en la sociedad a través de programas de educación, políticas sociales, prácticas culturales y leyes y políticas que prohíban la discriminación y la violencia sexual y de género y para promover la igualdad y la inclusión.[11]

El marco legal descrito en esta sección demuestra la existencia de la obligación del estado de garantizar que las mujeres periodistas puedan ejercer su profesión en un ambiente libre de violencia, y sentencias de la CrIDH han establecido que las amenazas, los ataques físicos o morales, e inclusive el acoso, constituyen graves obstáculos para el ejercicio del derecho,[12] por lo que en las siguientes secciones consideraré los casos de Yoani Sánchez y Jineth Bedoya para ilustrar cómo se ha utilizado este marco normativo en dos de los casos más recientes del sistema.

---

[11] Relatora Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información 2022. Párrafo 1.a, énfasis añadido.

[12] Ver por ejemplo el caso Vélez Restrepo y familia Vs. Colombia. Objeciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Decisión del 03 de Septiembre de 2012. Serie C No. 248.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: CASO YOANI MARÍA SÁNCHEZ CORDERO VS. CUBA

Yoani Sánchez es una reconocida periodista cubana, internacionalmente conocida por su blog Generación Y, por haber ganado el premio Ortega y Gasset en 2008 y por el reconocimiento que medios como el Time y El País le han otorgado.[13] Debido al ejercicio de su profesión, ha sido víctima de persecución y amenazas, por lo que en 2012 presentó la petición ante la CIDH que fue decidida el 30 de octubre de 2021, y que constituye el objeto de análisis de esta sección. La petición se fundamentó en el uso de intimidación y persecución, que incluyen los siguientes actos

> …la interceptación de sus teléfonos; intimidación de su entorno físico y familiar; vigilancia de su residencia; presión sobre su entorno social para suspender contacto con la presunta víctima; campaña de desprestigio a través de la televisión; amenazas verbales directas; restricción de acceso a lugares públicos, principalmente espacios culturales y de ponencia pública; y diseño de una campaña de acoso mediático a través de Internet, lo anterior se suma a la denegación del debido proceso en su intento de acceder a la justicia ante la administración pública. Asimismo, informan que su esposo, Ronaldo Escobar, habría sido víctima de agresiones, intimidaciones y detenciones cometidas por personas afines al régimen cubano.[14]

La petición se enfocó en la violación de los artículos XXV (derecho a no ser detenida arbitrariamente), I (derecho a la vida), VIII (derecho de residencia y tránsito), XXVIII y XXIV (derecho de justicia y petición), XXI y XXII (derecho de reunión y asociación), V (derecho a la honra y reputación personal), X (derecho a la inviolabilidad de la correspondencia), IX (derecho a la inviolabilidad del domicilio), XX (derecho de sufragio y participación en el gobierno), II (igualdad ante la ley) y IV (libertad de expresión) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. A pesar de que la decisión supone la protección simultánea de los derechos anteriormente mencionados, esta sección se limita a lo decidido por la CIDH en lo relacionado con la libertad de expresión.

---

13 Sanchez 2014.

14 CIDH, Informe N° 297/21. Caso 13.639. Admisibilidad y Fondo (Publicación). Yoani María Sánchez Cordero. Cuba. 30 de octubre de 2021. Párrafo 7.

Sin embargo, antes de considerar los argumentos específicos respecto al artículo IV de la Declaración, es importante señalar que en el análisis realizado por la Comisión destacan varios elementos que nos ayudan a comprender la protección brindada por el Sistema Interamericano. En primer lugar, destaca la posición de la CIDH en cuanto a la interpretación de los derechos contenidos en la declaración. En su análisis destaca que la declaración es fuente de obligaciones para Cuba, y reitera su competencia para conocer el caso. También, reconoce la importancia de otros tratados del Sistema Interamericano, incluyendo la Convención de Belem do Para,[15] las interpretaciones brindadas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en materia de género.[16]

En segundo lugar, el uso de los reportes elaborados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión para brindar el contexto generalizado de restricciones al ejercicio de este derecho en Cuba. Estos reportes constituyen parte del monitoreo realizado por la CIDH a través de la relatoría y que tienen como fin registrar las situaciones que limitan o impiden el ejercicio del derecho, y además son útiles para demostrar el marco en el cuál ocurren las violaciones a la libertad de expresión. En este caso, dichos reportes fueron instrumentales para comprender el marco en el cuál ocurrieron los hechos y el impacto de las violaciones en el ejercicio de la libertad de expresión.

En tercer lugar, a través de la descripción de los hechos que dieron lugar a los reclamos por violaciones de otros derechos la CIDH destacó que las situaciones estuvieron vinculadas a la labor de la periodista. Destaca las limitaciones para viajar al extranjero a recibir premios otorgados por la labor periodística[17] y la intercepción de las comunicaciones como parte del sistema de vigilancia impuesto a la periodista.[18] Inclusive, la CIDH destacó que "el presente caso no se enfoca en el análisis de sucesos aislados, sino en una alegada persecución cometida a través de una secuencia de alegadas violaciones de derechos humanos."[19] Esto es importante ya que el ejercicio del periodismo depende del ejercicio constante de otros derechos que pueden ser afectados por las restricciones impuestas a quienes se dedican a la profesión.

---

15 *Ibidem*, sección V.A.

16 *Ibidem*, párrafo 122.

17 *Ibidem*, Sección IV.E.

18 *Ibidem*, Sección IV.H.

19 *Ibidem*, párrafo 100.

En cuarto lugar, y con relación al género, la Comisión realiza análisis diferenciados respecto a cada derecho. Por ejemplo, con relación a la detención arbitraria indicó que "[l]a posición de garante del Estado adquiere especiales matices cuando la persona detenida es una mujer, ya que están expuestas a un mayor riesgo".[20] Pero la CIDH no se queda allí, y siguiendo al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, indica que "la *opinio juris* y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer ha pasado a ser un principio del derecho internacional consuetudinario",[21] que requiere la eliminación de estructuras estadales que impidan la protección de las mujeres.[22] No obstante, es notable que no utilizó la Convención de Belem do Para para la interpretación de los derechos violados.

En quinto lugar, destaca que la CIDH no indicó de forma expresa que estuviera realizando un análisis interseccional de la situación, sin embargo, fue exactamente lo que hizo al considerar la violación de la integridad personal. La Comisión indicó que "Las mujeres periodistas son sometidas a violencia, en particular de tipo sexual, con el fin de acallarlas, pero también con el objetivo de enviar un mensaje disuasorio sobre las consecuencias que podrían ocurrir contra las personas que pensaran como ella",[23] y, con base a este criterio, decidió a favor de la periodista. Adicionalmente, al considerar la violación del derecho a la justicia, a pesar de que la comisión no consideró de forma particular la condición de género, sí recordó que en los casos contra periodistas el estado tiene un deber diferenciado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, a fin de favorecer el ejercicio de la profesión.[24]

CONSIDERACIONES RESPECTO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La complejidad del ejercicio de la libertad de expresión se manifiesta de manera especial en el periodismo, ya que quienes se dedican a esta profesión dependen de la protección simultánea de otros derechos. La CIDH consideró la protección de la libertad de expresión en una sección aparte y hay interpretaciones relevantes para entender las obligaciones del estado en esta materia que vale la pena destacar.

---

20 *Ibidem*, párrafo 121.

21 *Ibidem*, párrafo 124.

22 *Ibidem*, párrafo 126.

23 *Ibidem*, párrafo 127.

24 *Ibidem*, párrafo 212.

En el análisis del tipo de discurso protegido, la CIDH recordó que "que la libertad de emitir opiniones y difundir informaciones de índole político o crítico contra el actuar de las autoridades estatales o de un gobierno es absolutamente central al derecho protegido por el artículo IV de la Declaración Americana."[25] Esta consideración reitera el criterio de la necesidad de la medida que pretende restringir el derecho, ya que de acuerdo con los estándares internacionales, no es posible limitar de forma legal la diseminación de ideas y opiniones que cuestionen la actuación de las autoridades.

De hecho, el reconocimiento de la periodista como una persona crítica del gobierno, fue lo que sirvió de fundamento para determinar que existió una violación al derecho a la igualdad a la ley. Sobre este particular la CIDH indicó que lo actos diferenciados que experimentó

> …tuvieron la finalidad de sancionar a la periodista por sus opiniones políticas críticas, y de enviar un mensaje a los demás periodistas y personas disidentes sobre las consecuencias de no seguir el ideario comunista en Cuba. Esto notablemente, no atiende a criterios de una diferenciación de trato justificado, sino que la diferenciación fue arbitraria al basarse en un móvil concreto y tuvo como objetivo el silenciar opositores.[26]

En este sentido, en el caso de Yoani Sánchez, la CIDH destacó que "El derecho a que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su domicilio o en su correspondencia, es un presupuesto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, que debe ser protegido por la ley y estrictamente promovido en la política pública."[27] Esta consideración le permitió a la Comisión decidir en favor de la periodista respecto a las injerencias arbitrarias en sus comunicaciones.

De igual forma, en relación con el medio utilizado, la decisión de Yoani Sánchez otorga una interpretación detallada de lo que significa el ejercicio de la libertad de prensa en la era digital. En primer lugar, la CIDH recordó que "el acceso a internet constituye una condición sine qua non para el ejercicio efectivo de los derechos humanos,"[28] y en consecuencia el deber del estado es

---

25 *Ibidem*, párrafo 172.

26 *Ibidem*, párrafo 232.

27 *Ibidem*, párrafo 159.

28 *Ibidem*, párrafo 175.

favorecer el acceso igualitario, la pluralidad, promover la neutralidad de la red, garantizar el uso autónomo, independiente y responsable.[29] Sobre este particular es necesario mencionar que la víctima indicó que el estado impuso restricciones indebidas al acceso a su sitio web, por lo que la CIDH indicó que

> El bloqueo o suspensión obligatoria de sitios web enteros o generalizados, plataformas, conductos, direcciones IP, extensiones de nombres de dominio, puertos, protocolos de red o cualquier tipo de aplicación, así como medidas encaminadas a eliminar enlaces (links), datos y sitios web del servidor en los que están alojados, constituyen una restricción que solo será excepcionalmente admisible en los estrictos términos establecidos anteriormente, y con base en el respeto de garantías mínimas de debido proceso.[30]

Debido a que la periodista también indicó que el estado utilizó campañas difamatorias en su contra, la CIDH recordó que los discursos estigmatizantes en contra de periodistas y medios de comunicación deben ser evitados. Este tipo de discurso coloca a periodistas en una situación mayor de riesgo y limita las posibilidades de tener diálogos respetuosos y democráticos, por lo cual los funcionarios públicos deben abstenerse de usarlos.[31]

Para concluir, la CIDH manifestó que "la violencia en general, y en particular la de género, así como los demás actos de persecución en contra de Yoani como mujer periodista, no solo violaron su derecho a la libertad de expresión, sino que generaron un impacto en el resto de mujeres periodistas críticas y disidentes en Cuba."[32]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: CASO BEDOYA LIMA VS. COLOMBIA

Durante la década de 1990 la violencia contra periodistas y de género hizo que Colombia fuera uno de los países más peligrosos para el ejercicio del periodismo, y es justamente en ese contexto, en el que se dio el caso del

---

29 *Ibidem*, párrafos 176-177.

30 *Ibidem*, párrafo 180.

31 *Ibidem*, párrafos 187-189.

32 *Ibidem*, párrafo 206.

secuestro y violación de la periodista Jineth Bedoya Lima que dio lugar a la decisión analizada en esta sección.[33]

El caso se presentó por la violación de los artículos 5 (integridad personal), 7 (libertad personal), 11 (honra y dignidad), 13 (libertad de expresión), 24 (igualdad ante la ley), 8.1 y 25.1 (garantías judiciales). Sin embargo, al igual que en el caso anterior, el análisis de esta sección se limita a lo decidido por la Corte respecto a la libertad de expresión, no sin antes destacar algunos elementos.

En primer lugar, la violación de la Convención de Belem do Para. El caso presentado detalló como los hechos experimentados por la periodista constituyeron una violación del artículo 7.a y 7.b del mencionado acuerdo.[34] De hecho, destaca la evaluación que realizó la Corte respecto al conocimiento del estado de la situación de la periodista antes del secuestro y durante la realización del mismo.

Este caso es emblemático por considerar las obligaciones diferenciadas del estado respecto a casos de mujeres, y la necesidad de evitar la perpetuación de sistemas de opresión tanto a nivel organizacional como a nivel social. Al respecto, el análisis de la Corte consideró que las notificaciones enviadas a la policía, reuniones con la policía, e inclusive, el hecho de que el secuestro ocurrió en la entrada de una cárcel eran suficientes razones para demostrar que el estado conocía la situación de riesgo de la periodista, y por esos motivos, "la Corte advierte la existencia de indicios graves, precisos y concordantes de la participación estatal,"[35] y que dieron lugar al reconocimiento de la responsabilidad internacional de Colombia por la violación del artículo 7 de la CADH y el artículo 7.a y b de la Convención de Belem Do Para.

---

33 Corte IDH. Caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C N° 431. Sección a.1.

34 Convención Belem do Para. Articulo 7: Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

35 Corte IDH. *Op. Cit.*, 34. Párrafo 98.

En relación al fondo del asunto, la Corte detalló el contexto en el cual ocurrieron los hechos del caso, hizo una relación detallada entre el ejercicio del periodismo y los ataques experimentados por la periodista, y, siguiendo lo indicado por la Comisión en diferentes reportes, afirmó que las periodistas que trabajan en zonas de conflicto enfrentan un mayor riesgo ya que

> si bien las mujeres periodistas enfrentan los mismos riesgos que sus compañeros hombres cuando realizan investigaciones en materia de corrupción, crimen organizado y violaciones de derechos humanos, también enfrentan unos riesgos específicos por el hecho de ser mujeres, riesgos que además se interseccionan con otros factores de vulnerabilidad como lo son la raza, la clase, la orientación sexual y el origen étnico, entre otros.[36]

Inclusive, en la evaluación de los riesgos específicos por la condición de género la Corte recordó que la violencia sexual puede ser considerada como tratos crueles, inhumanos, degradantes o de tortura, y, en consecuencia, no sólo suponen una violación de la CADH sino también de una norma de *ius cogens*.[37] En el caso de Bedoya, la Corte reconoció que la violencia sexual de la cual fue víctima tuvo como objetivo principal "castigarla por su actividad periodística",[38] y lo que en definitiva constituyó una violación de su derecho a la integridad personal (artículo 5 CADH) y a la honra y reputación (artículo 11 CADH).

Adicionalmente, en la consideración del deber de prevenir violaciones a los derechos humanos, la Corte destacó la importancia de la adopción de medidas de protección, y detalló que, en el caso de periodistas, los estados deben observar los siguientes criterios:

> "...identificar e investigar con la debida diligencia los riesgos especiales que corren de manera diferencial por el hecho de ser mujeres periodistas, así como los factores que aumentan la posibilidad de que sean víctimas de violencia, así como b) adoptar un enfoque de género al momento de adoptar medidas para garantizar la seguridad de mujeres periodistas, las cuales incluyen aquellas de carácter preventivo, cuando sean solicitadas, así como aquellas dirigidas a protegerlas contra represalias."[39]

---

36 *Ibidem*. párrafo 49.

37 *Ibidem*, párrafos 100-101.

38 *Ibidem*, párrafo 103.

39 *Ibidem*, párrafo 91.

La situación de Bedoya requería la adopción de medidas que evitaran la materialización del riesgo, sin embargo, la falta de atención de los requerimientos presentados por la periodista constituyó una violación del deber del estado colombiano de protegerla. De forma similar, la Corte destacó que el trato diferenciado debe ser considerado en los procesos de investigación, y señaló que:

> "…a la hora de investigar actos de violencia dirigidos contra mujeres periodistas, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas que sean necesarias para abordar dicha investigación desde una perspectiva interseccional en la que se tengan en cuenta estos diferentes ejes de vulnerabilidad que afectan a la persona en cuestión los cuales, a su vez, motivan o potencian la diligencia reforzada." [40]

Finalmente, la Corte también destacó que dichas investigaciones deben ser realizadas tomando en cuenta la perspectiva de género, por profesionales debidamente capacitados, de forma diligente y con el objetivo de evitar la impunidad y afectaciones al acceso a la justicia por motivo de género.[41] En este sentido, es notable que el tribunal analizó con detalle cómo el género de la víctima incidió negativamente en la realización de las investigaciones. Por ejemplo, la Corte señaló que:

> "...se hicieron indagaciones con respecto a la alegada existencia de relaciones amorosas entre la señora Bedoya con un guerrillero, lo cual se enmarca en una serie de concepciones sexistas y estereotipos discriminatorios contra la mujer que se tradujeron en un obstáculo más a la hora de determinar las diferentes líneas de investigación respecto de los hechos." [42]

CONSIDERACIONES RESPECTO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Este caso involucraba el ejercicio directo de la libertad de expresión, por eso la Corte se enfocó en ratificar sus criterios previos. En primer lugar recordó sus criterios respecto de la perspectiva individual y colectiva del ejercicio del derecho, y destacó que el ejercicio profesional del periodismo no sólo constituye un ejercicio continuado de este derecho, sino que también

---

40 *Ibidem*, párrafo 126.

41 *Ibidem*, párrafos 134-135.

42 *Ibidem*, párrafo 138.

depende de la libertad de recolectar y analizar las ideas que serán transmitidas. Por ese motivo, la Corte consideró el secuestro y las agresiones físicas, verbales y sexuales vividas por Lineth Bedoya para determinar la violación del derecho a la libertad de expresión.[43]

La Corte destacó que las agresiones estuvieron directamente vinculadas con el ejercicio del periodismo y con el objetivo de "castigar e intimidar a la periodista en particular y afectar así la dimisión individual de su derecho a la libertad de expresión",[44] lo que a su vez también tuvo un impacto social que afectó en primer lugar a sus colegas y en segundo lugar a la sociedad en general ya que los asuntos investigados por Bedoya eran de interés público. Respecto al impacto que su caso generó en sus colegas, la Corte indicó:

> "…otra consecuencia del efecto amedrentador de los hechos descritos en el presente acápite es que el público pierde voces y puntos de vista relevantes y, en particular, voces y puntos de vista de mujeres, lo cual, a su vez, deriva en un incremento en la brecha de género en la profesión periodística y ataca el pluralismo como elemento esencial de la libertad de expresión y de la democracia." [45]

Un aspecto interesante que la Corte consideró en lo relacionado con la investigación penal fue la conducta procesal de la víctima. El hecho de ser periodista, y su deseo de identificar a los responsables, hizo que investigara la situación y aportara pruebas para garantizar que el procedimiento continuara su curso. Sin embargo, la Corte no detalló las diferencias entre las investigaciones periodísticas y las investigaciones procesales, lo que hubiera aportado claridad respecto a las obligaciones diferenciadas del estado en la prosecución de crímenes contra periodistas.

Asimismo, en la consideración de la afectación de la integridad personal de Luz Nelly Lima, madre de la periodista, la Corte revalidó decisiones previas respecto de la posibilidad de que familiares de la víctima puedan ver su derecho a la integridad vulnerados, sin embargo, no consideró que los ataques contra mujeres periodistas se extienden contra sus familiares. La Corte se limitó al análisis de género, e inclusive indicó que "cuando las víctimas de violencia sexual son estigmatizadas y alienadas, las madres son quienes se quedan a lado de sus hijas amplificando el impacto emocional que la madre

---

43 *Ibidem*, párrafo 107.

44 *Ibidem*, párrafo 109.

45 *Ibidem*, párrafo 113.

sufre y exponiéndose también a la revictimización y estigma de la violencia sexual".[46]

El ataque contra familiares de mujeres periodistas constituye una de las formas de agresión que busca silenciar a la mujer para evitar que sus seres queridos sean afectados por su trabajo. Esta situación ha sido ampliamente estudiada,[47] y es una pena que la Corte no haya utilizado este caso para visibilizar esta forma de ataque, ni para considerarlo en el análisis diferenciado de casos de periodistas con otros casos.

Para finalizar, respecto a las medidas de satisfacción ordenadas por la Corte, es relevante indicar que la sentencia obligó al estado a

> "…garantizar la difusión del programa trasmedia "No es hora de callar", el cual se transmitirá por el sistema de medios públicos, cuyo contenido comprenda al menos 60 minutos mensuales durante 5 años a contar desde la primera difusión, con el fin de generar conciencia respecto a los derechos de las mujeres en el ejercicio del periodismo en Colombia."[48]

De forma similar, y también relacionado con la protección de la libertad de expresión a largo plazo, la Corte ordenó la creación de un centro de memoria histórica que se llamará "Centro Investigativo No es Hora de Callar", que entre otras actividades, realizará actividades destinadas a visibilizar el trabajo de Bedoya, la violencia experimentada por mujeres con énfasis en las situaciones vividas por mujeres periodistas en el marco del conflicto, y la celebración de encuentros que permitan la participación de periodistas, defensores de derechos humanos, víctimas y otras personas interesadas. Para el funcionamiento de este centro, la Corte indicó que el estado debe destinar por los menos USD 200,000 para su funcionamiento, y debe contar con la participación de la periodista Jineth Bedoya.[49]

---

46 *Ibidem*, párrafo 159.

47 Ver por ejemplo, UNESCO, *The Chilling: global trends in online violence against women journalists; research discussion paper* 2021; Garrido V. 2021.

48 Corte IDH. *Op. Cit,* 34. Párrafo 179.

49 *Ibidem*, párrafos 190-192.

La también Corte resolvió obligar al estado a desarrollar un sistema que permita la recolección de datos desagrados por género sobre los crímenes contra periodistas, las investigaciones iniciadas y decisiones adoptadas.[50] Finalmente, dentro de las garantías de no repetición, se estableció la creación de un fondo de USD 500,000 para financiar

> Programas dirigidos a la prevención, protección y asistencia de mujeres periodistas víctimas de violencia basada en género en el ejercicio de su profesión, así como para la adopción de medidas eficaces de protección para garantizar la seguridad de las mujeres periodistas que se encuentran sometidas a un riesgo especial por el ejercicio de su profesión, desde una perspectiva de género.[51]

CONCLUSIONES

A través de los casos analizados el sistema interamericano sigue demostrando su importancia para la defensa de la libertad de expresión en la región. Tanto la Comisión como la Corte destacan la relevancia de este derecho para el establecimiento de diálogos democráticos, la presentación de información relevante para informar esos diálogos, y la relevancia de la protección de periodistas. No sólo utilizaron criterios previamente establecidos, sino que también se valieron del uso de análisis interseccionales para considerar la protección de mujeres periodistas.

Ambos órganos utilizaron criterios de análisis que permitieron evaluar la situación particular de las victimas, e inclusive contextualizaron los hechos en el marco de las realidades de cada país. Ese análisis es relevante para entender las situaciones en las cuales tienen lugar los ataques y las amenazas contra periodistas, y permitió que los instrumentos interamericanos (declaración y convenciones) fueran utilizados de manera adecuada para la identificación de las responsabilidades de los estados y la determinación de las violaciones experimentadas por ambas mujeres.

De hecho, es relevante que tanto la Corte como la Comisión siguieron criterios interseccionales en la consideración de los hechos y las violaciones determinadas en cada caso. Esta aproximación sigue la tendencia mundial en

---

50 *Ibidem*, párrafo 193. Es notable que esta decisión contribuye con el cumplimiento del objetivo de desarrollo sostenible 16, y en particular con la medición de los indicadores establecidos para la meta 16.10.

51 *Ibidem*, párrafo 194.

cuestiones de género y demuestra la importancia de estos análisis para comprender en detalle la afectación que tienen los casos contra mujeres periodistas, tanto a nivel individual como a nivel colectivo.

De igual manera, la investigación en la materia de protección de periodistas ha sido constante en señalar que las personas allegadas a las mujeres periodistas son objeto de ataques y amenazas que tienen por objetivo silenciarlas. Los dos casos considerados en este artículo demuestran cómo familiares de las víctimas se convierten en el objetivo de los ataques contra las periodistas y el efecto que tienen para promover la autocensura. En el caso de Yoani Sánchez, su esposo fue víctima de agresiones, mientras que sus amigos fueron hostigados para evitar el contacto con la periodista. En el caso de Jineth Bedoya, su madre fue víctima de un atentado, por el cuál también fue reconocida como víctima en el caso decidido por la corte. Sin embargo, tanto la Comisión como la Corte perdieron la oportunidad de utilizar estos casos para considerar la violencia diferenciada que experimentan los familiares y las personas cercanas a las mujeres periodistas.

Finalmente, ambos casos demuestran cómo las estructuras del estado pueden ser utilizadas para cometer ataques y crímenes contra periodistas. Por un lado, el caso de Yoani Sánchez demuestra como a través de medios digitales y en situaciones de paz se puede restringir el derecho a la libertad de expresión. Por el otro, el caso de Jineth Bedoya ejemplifica como periodistas de medios análogos pueden ser instigados y atacados por los diferentes actores de un conflicto armado.

En definitiva, las decisiones adoptadas evalúan el amplio espectro en el cuál las amenazas y ataques contra periodistas pueden ser utilizados, sus efectos tanto a nivel personal como a nivel colectivo, la utilidad del sistema interamericano para la determinación de la responsabilidad internacional del estado y para la adopción de medidas de reparación adecuadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carta de las Naciones Unidas, 26 junio 1945

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe,” Escazú, marzo 04, 2018.

Comité para la Protección de Periodistas, "Journalists Killed", disponible en: https://cpj.org/data/killed/?status=Killed&motiveConfirmed%5B%5D=Confirmed&type%5B%5D=Journalist&start_year=1992&end_year = 2023&group_by=year, consultada en noviembre de 2023

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 297/21, Caso 13.639, Admisibilidad y Fondo (Publicación), Yoani María Sánchez Cordero, Cuba, 30 de octubre de 2021, Párrafo 7

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Reporte de la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión", 2008, OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 5, Washington DC, 2009

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "OEA: Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión" Washington D.C, Octubre, 2000

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión, Mujeres periodistas y salas de redacción: avances, desafíos y recomendaciones para prevenir la violencia y luchar contra la discriminación", OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF, 24/22, Washington DC, 2022

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia", en *Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431.

Declaración de Chapultepec, adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México, D.F, el 11 de marzo de 1994

GARRIDO V., Mariateresa, "Seguridad de Mujeres Periodistas en El Salvador, Honduras y Nicaragua", 2019, San José: UPEACE, disponible en: https://www.upeace.org/files/Publications/Garrido-Seguridad%20Mujeres%20Periodistas%20CA.pdf.

International Commission for the Study of Communication Problems, *Many Voices One World.* Paris: UNESCO, 1980

KIDD, Natalia, "¿Son los periodistas defensores ambientales? Un debate a la luz de Escazú", 22 de abril, 2023, disponible en: https://efecomunica.efe.com/son-los-periodistas-defensores-ambientales-un-debate-a-la-luz-de-escazu/, consultada el 11 de noviembre de 2023.

KUNELIUS, R, "The Satanic Pendulum. Notes on Free Speech the Public Sphere and Journalism in 2013", *In U. Carlsson (Ed.), Freedom of Expression Revisited* (pp. 27-43), Gothenburg: Nordicom. 2013.

Organización de los Estados Americanos (OEA), "Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", San José, 1969.

Organización de los Estados Americanos, "Convencion Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer "Convencion de Belem do Para", Belem do Para, Junio 04, 1994.

Relatora Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comun, 2022, "Declaración Conjunta de relatorías especiales resalta el rol de la libertad de expresión para la igualdad de las mujeres", Washington DC/Ginebra/Viena /Banjul, mayo 03.

SANCHEZ, Yoani., "Generación y Yoani Sánchez". 01 de enero, 2014, disponible en: https://www.14ymedio.com/blogs/generacion_y/generacion_y-yoani_sanchez-cuba-habana_7_1558714114.html, consultado el 11 de noviembre de 2023.

"CÓMO UNA CLASE CON ARRIETA ME CONDUJO A MI TESIS DE GRADO"

Veronique GONZÁLEZ*

Liber Amicorum Raúl ARRIETA CUEVAS

A mi respetado y querido tutor

Cuando recibí la invitación por parte de Instituto de Derecho Público para participar en este libro homenaje, lo primero que pensé fue, en cómo puede aglutinare en un solo ejemplar la vasta trayectoria que en el mundo legal, jurídico, académico y político tuvo el Dr. Raúl Arrieta Cuevas, y es que, difícilmente, se pueda recoger en una única edición la huella que dejó el Profesor en todos los que tuvimos la dicha de compartir con él, de ser sus alumnos, de escuchar sus anécdotas, en fin, de disfrutar de su sapiencia.

Acto seguido, sentí un enorme agradecimiento y profundo honor de poder ser partícipe de esta obra, a la cual, espero honrar con mis humildes palabras y conocimientos adquiridos durante el Postgrado de Derecho y Política Internacionales.

Así las cosas, comencé a recordar las clases y me vino a la mente una que recuerdo especialmente porque allí el Dr. Raúl Arrieta Cuevas, para nosotros sus alumnos Arrieta, nos dio una sacudida de profesionalismo al hacernos entender lo importante del estudio y la formación integral para llegar a ser grandes profesionales en nuestras áreas de acción. Ese día, estábamos analizando una decisión de la Corte Penal Internacional, que estaba escrita en

---

* Abogada egresada de la Universidad Santa María. Especialista en Derecho y Política Internacional en la UCV. Trabajo en el área jurídica en la Super Intendencia Pro Competencia. Actualmente ejerce el derecho de manera privada en Caracas.

inglés y en francés, dos de los idiomas de la diplomacia, y uno de los alumnos se molestó porque no manejaba esas lenguas, por ende, no entendía la sentencia, y valientemente le puso la queja al Profesor, quien, con su particular acento sureño le dijo más o menos esto: "*Caballero para estar en un Postgrado de Derecho y Política Internacionales, lo mínimo que debe hacer es estudiar algún idioma aparte del español. Lo invito a que lo haga*".

Tan contundentes palabras retumbaron en las paredes de ese salón, provocando un estruendo en cada uno de nosotros, porque aún y cuando hubiesen parecido altisonantes no dejaban de tener sentido. ¿Cómo íbamos a querer entrar en el mundo de la política y derecho internacionales sin ser bilingües? En ese momento, con meridiana claridad mis compañeros y yo entendimos que la formación académica no termina nunca, que para considerarnos especialistas debíamos estudiar más, esforzarnos más, para lo cual, la primera acción que muchos tomamos al salir de allí casi fue abalanzarnos a inscribirnos en un curso de idiomas. Esto gracias a Arrieta.

Y es que así era él, una persona aguda, precisa, inteligente, muy preparada, alguien que te impulsaba a ser mejor profesional y persona. En cada clase, había que ir bien documentado porque se iba a hablar de Derecho con un Doctor en la materia, que de seguro, escudriñaría hasta la último buscando la respuesta perfecta.

También gracias a esas clases, despertó en mí el interés por la Corte Penal Internacional, en específico, todo lo referente a las inmunidades y privilegios, en el sentido de poder lleva a juicio ante la Corte a un funcionario de alto nivel incluso estando activo en el ejercicio de sus funciones, de hecho, este tema pasó a convertirse en el año 2009 en mi tesis de grado, cuyo tutor, no podía haber sido otra persona que el Dr. Raúl Arrieta Cuevas; quien, estoy segura, hoy día estaría complacido observando los acontecimientos recientes sobre este particular. Gracias al Profesor, logré tener la gigantesca alegría de subirme al estrado del Aula Magna para recibir mi medalla como especialista. Siempre se lo agradeceré.

Hechas estas memorias, atendiendo a mi tema de la tesis y vistas las más recientes actuaciones de la Corte Penal Internacional, he decidido, dedicar mi artículo a las investigaciones llevadas por el Máximo Tribunal Internacional, principalmente, dar un vistazo al llamado *"Caso Venezuela",* cuyo interés es evidente, pues, se trata de una investigación sin precedentes sobre un Presidente en pleno ejercicio de sus funciones, donde cabe la pregunta de si perderá o no las inmunidades propias de su cargo para ser juzgado o si, por el contrario, habrá algún hecho inverosímil que impida de algún modo el avance de la investigación.

Pero también se trata de la primera vez que la Corte centra la investigación en un país América; que se consideraba de los países democráticos, organizados y felices del Caribe, nunca comparable con África o Europa del Este, más sin embargo, comenzó a ser noticia mundial cuando salieron a la luz las denuncias de torturas perpetradas en "La Tumba", lugar desdeñable, donde según relatan las víctimas se han cometidos atrocidades de tal magnitud que bien pueden ser consideradas crímenes de lesa humanidad.

En este sentido, conviene recordar que desde el año 2009, hasta la actualidad, los casos más emblemáticos de la Corte Penal Internacional han sido el de **Omar al-Bashir, Sudán,** quien fungía como Presidente de esa nación, el cual enfrenta cargos por crímenes de guerra y de lesa humanidad; **Muamar el Gadafi, Libia, 2011,** personaje que se mantuvo en el poder durante cuarenta y dos (42) años y murió a manos de los rebeldes; y **Nicolás Maduro Moros, República Bolivariana de Venezuela, 2021,** Presidente en ejercicio quien enfrenta cargos por crímenes de lesa humanidad cometidos por las autoridades venezolanas desde febrero de 2014.

El llamado "*Caso Venezuela*", comenzó a investigarse formalmente en el mes de noviembre de 2021, cuando el Fiscal de la Corte Penal Internacional abrió una investigación sobre la presunta comisión por parte del Estado Venezolano de crímenes de lesa humanidad, en concreto, por la privación ilegítima de libertad, tortura, violación y/o otras formas de violencia sexual de gravedad comparable y la persecución por motivos políticos, cometidos, por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, autoridades civiles y grupos irregulares afectos al gobierno –autodenominados colectivos- desde aproximadamente abril del año 2017.

Ahora bien, ahondando en los delitos investigados, tenemos que conforme al artículo 7 del Estatuto de Roma, se entienden por crímenes de lesa humanidad:

> "(…) cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos,

culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. A los efectos del párrafo 1: (…) 5 e) *Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control;* sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; (…) g) Por *"persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;* (…)" Subrayado añadido.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en sentencia número 1.712 del 12 de septiembre de 2001 (criterio reiterado en sentencias 1.485/2002, del 28 de junio; 1.654/2005, del 13 de julio; 2.507/2005, del 5 de agosto; 3.421/2005, del 9 de noviembre; 147/2006, del 1 de febrero, entre otras), esta Sala señaló al respecto lo siguiente:

> "(…) *Los delitos de lesa humanidad, se equiparan a los llamados* ***crimen majestatis****, infracciones penales máximas, constituidas por crímenes contra la patria o el Estado y que, al referirse a la humanidad, se reputan que perjudican al género humano* (…)"

Posteriormente, esa misma Sala del Máximo Tribunal de la República, señaló que tales delitos son imprescriptibles, con lo cual, pueden ser denunciados en cualquier momento sin que pese sobre ellos la sombra de un lapso de ley fatal.

Por su parte, el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que: "*El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen*".

Como se aprecia, el texto constitucional reconoce categóricamente el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, según el cual, el Estado está en el deber de garantizar a toda persona natural o jurídica, sin discriminación de ninguna categoría, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de tales derechos. Siendo obligatorio por parte de los órganos estadales su cumplimiento. Obligación que conforme a las denuncias elevadas ante la Corte Penal Internacional, parecen no haberse cumplido.

Por su parte, las Reglas de Procedimiento y Pruebas de la Corte Penal Internacional en su regla #85 define a las víctimas como:

> "*Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas*:
>
> *a. Por "víctimas" se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;*
>
> *b. Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios"*.

Estas serían las definiciones a tener en cuenta para la investigación: derechos humanos, progresividad, imprescriptible, víctima, lesa humanidad; conceptos todos aceptados por el Estado Venezolano, ampliamente desarrollados en normas y jurisprudencia, pero tal parece, que no son aplicados a cabalidad, toda vez, que se encuentra inmerso en una investigación ante la Corte Penal Internacional.

Dicho esto, queda la reflexión de si estas investigaciones llegarán a un veredicto acorde con la situación que por años ha vivido el país valientemente denunciado por las víctimas, no sólo se espera que se haga justicia, sino, principalmente que la justicia llegue a tiempo. Recordemos el adagio que reza "*Justicia tardía, no es Justicia*".

EL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL COMO UNA HERRAMIENTA DEL DERECHO COMPARADO

Víctor Hugo GUERRA HERNÁNDEZ*

> *...en los últimos tiempos, nuestras democracias no "mueren" de manera "abrupta" como solía ocurrir en el Siglo XX, digamos, a través de "golpes de estado" militares. Contemporáneamente…lo que se advierte es un fenómeno diferente, de "erosión lenta", en donde los gobernantes de turno van desmantelando, poco a poco, y a través de pasos en apariencia legales, los sistemas de "frenos y controles" existentes, hasta vaciar a la democracia de contenido, y poder gobernar así, libres de ataduras y fiscalizaciones molestas…*[1]

I. INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTO

Este artículo nace de la generosa idea de mis colegas del Instituto de Derecho Público, más concretamente de la invitación que me hicieran mis amigos *ius internacionalistas* Juan Carlos Sainz-Borgo y Juan Carlos Vargas, a quienes agradezco esta iniciativa de rendir homenaje académico a nuestro querido y recordado Profesor Dr. Raúl Arrieta.

---

* Doctor en Derecho y Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado. Magister in Law Universidad de Harvard. Prof. Asociado de Derecho Internacional Privado de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela, Caracas, Venezuela. Prof. de Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial en las Universidades del Rosario, Sergio Arboleda, Santiago de Cali, y del Magdalena, Colombia. Profesor Adjunto en la Universidad para la Paz, Organización de las Naciones Unidas. Costa Rica.

1 Roberto Gargarella: Sobre «*Abusive Constitutional Borrowing*»: Algunos problemas conceptuales (Parte I), IberICONnect, 20 de enero de 2022. Disponible en: https://www.ibericonnect.blog/2022/01/sobre-abusive-constitutional-borro wing -algunos-problemas-conceptuales-parte-i/

Conocí al Profesor Arrieta en la Universidad Central de Venezuela a mediados de los años 90, cuando comencé en mis lides de investigador y profesor en el Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, en Caracas. Desde esa época el Profesor Arrieta ya era un profesional reconocido, que se hacía sentir y respetar en la Facultad, y siempre fue muy amable conmigo.

Con el tiempo y durante mi proceso de formación y aprendizaje, tuve la fortuna de tener al Dr. Arrieta como mi Profesor del Doctorado en Ciencias mención Derecho. Fue allí, precisamente, donde descubrí y aprendí por primera vez la noción del "préstamo constitucional", en su Curso sobre Derecho Constitucional Comparado (2006). Este artículo, el cual dedico a su memoria, se basa justamente en el "préstamo constitucional" como una herramienta del Derecho Comparado. Herramienta que me permitió a su vez analizar los posibles límites constitucionales al Derecho Internacional Privado ("DIP").

Finalizo esta introducción señalando que Raúl también me ayudó mucho con mi tesis doctoral, fue parte de mi Jurado evaluador. Tesis que defendí en el 2011, en medio de alborotos y protestas callejeras,[2] que amenazaban la realización del acto de defensa y el acceso a las aulas de "*esta casa que vence la sombra*", frase con la que inicia la segunda estrofa del himno de la Universidad Central de Venezuela. Colegas y amigos de ésta, su Casa de siempre, y de otras latitudes, rinden un muy merecido homenaje a su memoria, al que yo, humildemente, me he sumado.

II. ¿QUÉ ES EL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL?

Al incursionar por primera vez en la idea del préstamo constitucional, analizamos los trabajos sobre este tema, publicados por el *Internactional*

[2] Al menos 5.338 protestas se registraron en Venezuela el 2011. Cifra, revelada por el Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCD), que mostró un aumento del 70% respecto al 2010. El informe dio a conocer que 2.093 protestas fueron por reclamos laborales; 1.592 a los pedidos de vivienda; 1.300 a la seguridad ciudadana, justicia y cárceles, y 353 por temas educativos. Ver https://www.latercera.com/pulso/venezuela-tuvo-un-70-mas-de-protestas-durante-en-2011/

Journal of Constitutional Law.[3] Ellos fueron de gran utilidad para entender el alcance, ventajas y desventajas, del préstamo constitucional en diversos contextos culturales, jurídicos y realidades históricas. En el pasado reciente se ha hablado de los llamados "trasplantes jurídicos", como un mecanismo metafórico, utilizado originariamente en el Derecho Comparado para analizar la importación de normas extranjeras a los sistemas jurídicos propios.[4] Hoy preferimos utilizar los términos "préstamo constitucional", o el "*constitutional borrowing*" por su expresión en inglés pues, la idea de un préstamo o un "*borrowing*" nos resulta más amable, ya que patrocina una interacción respetuosa entre los sistemas jurídicos y las realidades existentes en el Estado de origen y en el Estado receptor.

Ahora bien, no hemos encontrado un concepto único sobre el "préstamo constitucional" o "*constitutional borrowing*", por lo cual, nos atrevemos a definirlo por nuestra propia cuenta como:

> *Aquella actividad de alcance normativo general, desplegada por un operador jurídico sea éste de naturaleza legislativa, es decir un congreso, parlamento o asamblea durante el proceso de formación de una ley; o, judicial, es decir algún representante del poder judicial, normalmente una sala o corte constitucional; o, por último, y excepcionalmente, un operador jurídico de naturaleza administrativa en creación de políticas públicas y/o regulación secundaria con alcance erga omnes. Esta actividad de préstamo podría tomar cualquier parte, grande o pequeña, del régimen constitucional del sistema jurídico del Estado de origen, por ejemplo, una sola oración en el texto constitucional;*

---

[3] El *Internactional Journal of Constitutional* es una revista de derecho trimestral que cubre derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional y otras ramas del derecho público. Fue establecida en 2003 por Norman Dorsen de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, y si bien originalmente solo estaba disponible en inglés, la revista ahora también publica números en español. Ver https://academic.oup.com/icon/pages/About

[4] Los trasplantes jurídicos son una poderosa metáfora, y tuvieron un papel relevante en la revitalización de las teorías difusionistas sobre la circulación normativa y el préstamo jurídico a partir de la década de los setenta con la obra de Alan Watson, quien acuñara por primera vez la expresión en 1974, definiéndolo como "el desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro, o de un grupo de personas a otro" (Watson, 1993, p. 21). Véase Christian J. Backenköhler Casajús: Transplante jurídico. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, 17, 262-275. (2019). doi: https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5032

o un artículo o disposición completa de la constitución; o una doctrina judicial que interpreta alguna parte del texto constitucional; o un conjunto de interpretaciones formales o informales entre los legisladores del dispositivo constitucional, dado por alguno de los poderes del Estado de origen, o incluso, por su población en cuanto a lo que realmente exige la constitución; con el fin de mejorar y adaptar, respetuosamente, algún aspecto de alcance constitucional en el Estado o sistema jurídico receptor.

El préstamo constitucional es además una de las herramientas clave del Derecho Comparado, disciplina que aporta la información necesaria para alcanzar los mejores resultados en los procesos de codificación y creación normativa, tanto de carácter legislativo como judicial constitucional, sobre todo en contextos sociales, económicos y políticos complejos e inciertos, y a veces hasta irracionales.[5]

Pero hoy también se habla del abuso del préstamo constitucional, enmarcado en los trabajos del abuso del constitucionalismo.[6] En tal sentido, nos parece muy interesante la afirmación que señala que no es claro que, en el derecho constitucional contemporáneo, exista alguna institución que no merezca ser reconstruida en términos de "préstamo constitucional". En otras palabras, ¡que todo el derecho constitucional comparado es "derecho prestado"![7]

---

5 Víctor Hugo Guerra Hernández: Rol del Derecho Comparado en los procesos de Codificación Nacional. Aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández. Revista de la Facultad de Derecho, N. 75, pp. 474 y ss. (2022). Código de LATINDEX: Folio Nº 19150 (http://www.latindex.org). Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Caracas, Venezuela. https://revistas enlinea.saber.ucab. edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/5654/4980

6 Rosalind Dixon y David Landau "*Abusive Constitutional Borrowing. Legal globalization and the subversion of liberal democracy*", Oxford University, Sep. 2021. Enlace: https://academic.oup.com/book/42100

7 Roberto Gargarella, "Sobre «Abusive Constitutional Borrowing»…, *op.cit*. Nota 2. Este autor además ilustra su afirmación indicando que "…*En principio -puede decirse con razón- el liberalismo constitucional democrático que hoy rige en buena parte del mundo, encuentra sus raíces en las discusiones propias del "momento fundacional" de los Estados Unidos; las discusiones de la Asamblea Federal y los trabajos de El Federalista y de James Madison en particular -así, en la defensa de un sistema representativo, con sus elecciones periódicas, su*

Un adecuado uso del préstamo constitucional puede servirnos a los intelectuales y hacedores de normas, decisiones y políticas públicas, como una herramienta de freno al apetito voraz de gobernantes de turno inescrupulosos, que pretendan vaciar el contenido democrático y de Estado de Derecho a las normas constitucionales. Veamos a continuación algunos ejemplos del préstamo constitucional, y cómo éste ha sido útil para el desarrollo de los sistemas jurídicos, y para la actividad judicial que lo ha empleado.

III. ALGUNOS EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS DEL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL

i. Redacción de nuevos textos constitucionales.

El primer ejemplo que analizaremos será el de la Constitución japonesa de 1947, como un caso de redacción de un nuevo texto constitucional, luego de un conflicto bélico: la Segunda Gran Guerra.[8]

---

sistema de checks and balances, etc. Pero lo cierto es que dicho sistema alumbrado entonces resulta, al mismo tiempo, y sin dudas, heredero de infinidad de "préstamos": préstamos que derivan del legado de Montesquieu, de Machiavelo, de Locke, de Rousseau, del "gobierno mixto británico", de la República Romana, de Polibio reconociendo, en Roma, la mejor expresión de la teoría que Aristóteles había presentado tiempo atrás; etc., etc. Quiero decir -e insisto con esto: todo el derecho constitucional es "comparado" y todo el derecho que hoy conocemos es el resultado de sucesivos "préstamos." En tal sentido, y por tanto, no hay nada que pueda ser considerado como "auténtico" o "autóctono" ("nosotros primero") y, por tanto, ajeno a la idea de "préstamos constitucionales." Con lo cual, la noción de "préstamo constitucional" se convierte en una categoría "vacía", en una "tautología": "todo" es "préstamo constitucional", y "nada" deja de serlo realmente.".

8 Muchos países adoptaron nuevas constituciones después de la Segunda Guerra Mundial presentando cinco características fundamentales: i. disposiciones que establecen las principales instituciones de gobierno, y los lineamientos para su renovación; ii. disposiciones que establecen la distribución de los poderes gubernamentales en el territorio del Estado; iii. disposiciones relativas a los derechos y libertades de los ciudadanos; iv. disposiciones relativas a la posibilidad de enmienda constitucional; y v. disposiciones que establecen un poder judicial relativamente independiente armado con la autoridad para revisar las prácticas ejecutivas, los decretos administrativos y las leyes promulgadas por las legislaturas, incluyendo la autoridad para declararlas inconstitucionales por estar en conflicto con los principios fundamentales protegidos por la constitución.

Así, el trabajo del Profesor Hasebe nos permitió apreciar la influencia de textos constitucionales entre dos países, específicamente entre los Estados Unidos y Japón.[9]

La Constitución japonesa es un texto corto, sólo cuenta con 5.000 palabras, en comparación con el promedio de otras constituciones que alanzan las 21.000 palabras. Es el texto constitucional no enmendado más antiguo del mundo, pues su texto no ha tenido ninguna enmienda en más de setenta años. Es conocida como la "Constitución MacArthur"[10] pues, si bien fue redactada con la colaboración de eruditos y doctrinarios japoneses, su texto estuvo siempre bajo la supervisión del general estadounidense Douglas MacArthur, comandante de las potencias aliadas, durante la ocupación aliada de Japón después de la Segunda Guerra Mundial. Por lo tanto, la redacción de esta Constitución estuvo bajo la influencia directa del texto constitucional norteamericano.

La Constitución de 1947 constituyó un avance significativo en relación con el texto constitucional precedente, la Constitución del Imperio Japonés de 1889, conocida como Constitución Meiji, pues modificó el sistema anterior del Japón, basado en una monarquía seudo constitucional y de estratos, por una nueva monarquía parlamentaria. En la práctica, sin embargo, no se lograron los resultados esperados en materia de desarrollo democrático al estilo francés y tampoco, de protección de las libertades individuales al estilo norteamericano.

Así, el caso del préstamo constitucional en Japón pone de relieve el rol fundamental que juega el poder judicial para una adecuada implementación y desarrollo de la norma constitucional en el sistema legal de un país. La Corte Suprema del Japón, así como sus doctrinarios constitucionalistas, son culturalmente conservadores. Por lo tanto, el préstamo constitucional en este caso se tradujo, en general, en una transcripción de soluciones constitucionales norteamericanas, que no han tenido en Japón el impacto y desarrollo práctico que han tenido soluciones similares en los Estados Unidos, gracias a la labor de la Corte Suprema y tribunales de ese país.

---

9 Yasuo Hasebe: *Constitutional borrowing and political theory*. International Journal of Constitutional Law, Oxford University Press and New York School of Law, Apr. 2003; Vol. 1, pp. 224 y ss.

10 También es conocida como la "Constitución de Posguerra" o la "Constitución de la Paz", ya que obliga a Japón a renunciar a su derecho a la guerra, y a no mantener fuerzas militares (Art. 9).

Un ejemplo clásico, ha sido la interpretación dada en Japón al Art. 21 de su Constitución, relativo al derecho de libertad de expresión y prohibición de la censura. Imaginemos lo que esta libertad ha significado para los japoneses, en el marco de una sociedad en donde, culturalmente, se considera valioso el guardar silencio. En Japón, el "*Haragei*" que significa literalmente "*el arte del vientre*",[11] es la costumbre japonesa de dar paso al silencio, y comunicarse a través de las insinuaciones. Así, en Japón quedarse sin decir nada es una parte vital de su cultura y, contrario a lo que puede significar para otras culturas, el guardar silencio es una verdadera muestra de respeto.

Otro ejemplo más reciente es el de la Constitución de Irak, luego de la llamada "Segunda Guerra del Golfo".[12] El 30 de enero de 2005, una Asamblea Nacional Constituyente aprobó una nueva Constitución Nacional, que fue ratificada por el pueblo de Irak el 15 de octubre de 2005, con el 82% de los votos a favor.[13] Esta nueva Constitución evidencia una influencia clara del sistema político norteamericano y del sistema liberal occidental en general, especialmente al considerar a Irak como una República Parlamentaria Federal, con un Primer Ministro al mando del gobierno, y una figura presidencial simbólica de unidad de la nación. En este préstamo también se aprecia la apertura hacia la cultura del Estado receptor, pues esta Constitución reconoce al islam como fuente prioritaria del Derecho en Irak, imponiendo su supremacía, incluso, a la propia Constitución.[14]

---

11 Veáse https://en.wikipedia.org/wiki/Haragei

12 A principios del Siglo XXI, la política de los Estados Unidos respecto a Irak era la de provocar un cambio de régimen, ya sea mediante un golpe militar o mediante una invasión estadounidense, justificada como "ataque anticipatorio" contra un Estado díscolo, que se dedica a desarrollar y desplegar armas de destrucción masiva. Véase Paul Sweezy, Harry Magdoff, John Bellamy Foster y Robert McChesney: *Irak, en el mundo unipolar de Washington*. Enlace https://www.monthlyreview.org.es/1-guerra-de-irak

13 Véase http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4374000/4374920.stm

14 En un Seminario relativo al rol de la mujer en la redacción de la constitución de Irak, celebrado en Amman, Jordania (Mayo-2005) y auspiciado por el Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer (UNIFEM), se analizaron las constituciones de diferentes Estados, entre ellas la norteamericana. Entre otras conclusiones de este Seminario se indicó que la Constitución es un documento vivo, que se va desarrollando a través de la actividad de los diversos operadores jurídicos. En particular, fue preocupación del Seminario como reducir la

ii. Interpretación de normas constitucionales en la generación de políticas públicas.

El segundo ejemplo tiene que ver con el uso del préstamo constitucional para la interpretación formal y positiva de las normas constitucionales en otros países en el proceso de desarrollo de políticas públicas. Es el caso de la era postcomunista en Europa Central, en donde se rechazó el federalismo norteamericano por oponerse a las condiciones socialistas de esos países europeos.[15]

Este es un caso que evidencia la importancia que tiene el contexto jurídico y cultural vigente en los Estados o sistemas jurídicos de origen frente a los Estados o sistemas jurídicos de recepción, a los fines de facilitar la viabilidad de un préstamo constitucional.[16]

iii. Redacción de sentencias judiciales.

El tercer ejemplo tiene que ver con el alcance del préstamo constitucional en el análisis de casos particulares y la redacción de sentencias por parte de tribunales supremos o constitucionales que hacen uso de la doctrina constitucional extranjera, o de las normas constitucionales extranjeras para argumentar la solución de un caso concreto.

---

discriminación hacia las mujeres, y garantizarles derechos iguales a través del texto constitucional. El debate también giro entorno a una regulación detallada en las normas constitucionales, o más bien una regulación genérica que fuese adquiriendo contenido a través de las decisiones de la autoridad, esta última fue la tesis que prevaleció. Véase en este sentido https://news.un.org/es/story/2005/08/1062011.

15 Kim Lane Scheppele: *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studiying cross-constitutional influence through negative models*. International Journal of Constitutional Law, Oxford University Press and New York School of Law, Apr. 2003; Vol. 1, pp. 296 y ss.

16 Carlos E. Rosenkrantz: *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. International Journal of Constitutional Law, Oxford University Press and New York School of Law, Apr. 2003; Vol. 1, pp. 269 y ss. En este artículo nos impactó la importancia que para la máxima autoridad judicial argentina tienen las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, prefiriéndose sus decisiones a la búsqueda de una solución local o propia.

Quizás sea éste el más importante rol del préstamo constitucional, al decir de algunos autores, pues permite dar respuesta de manera dinámica a las necesidades de una sociedad en un momento histórico determinado.[17]

Así, podemos citar el emblemático fallo que determinó la inconstitucionalidad de la pena de muerte en Sudáfrica. El Tribunal Constitucional de este país basó su decisión luego de examinar en detalle la jurisprudencia pertinente de Alemania, Botsuana, Canadá, Estados Unidos, Hong Kong, Hungría, India, Jamaica, Tanzania, Zimbabue, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.[18]

La Corte Suprema de los Estados Unidos, quizá el último bastión del "*parroquialismo"* entre los principales tribunales constitucionales del mundo, también se ha sumado a la tendencia de la referencia y estudio comparado. Ejemplo de ello son los casos *Lawrence c. Texas, 539 U.S. 558* (2003), en donde se revisaron decisiones del tribunal europeo de los derechos humanos para reforzar el principio del debido proceso, a partir del cual la libertad individual de cada ser humano no puede ser vulnerada por la autoridad, incluso cuando las prácticas de tales individuos sea contrarias a algún concepto moral de una colectividad, y siempre y cuando tales prácticas (en este caso fueron prácticas de parejas de un mismo sexo), sean efectuadas en la privacidad que garantizan las leyes.[19] Un segundo caso más reciente es el de *Roper c. Simmons, 543 U.S. 551* (2005),[20] en el cual la opinión mayoritaria de la Corte también citó sentencias extranjeras en apoyo de su decisión.

---

17 Lee Epstein y Jack Knight: *Constitutional borrowing and noborrowing*. International Journal of Constitutional Law, Oxford University Press and New York School of Law, Apr. 2003; Vol. 1, pp. 196 y ss. En la discusión sobre este artículo durante el curso llegamos a la conclusión del falso supuesto en el que incurrían ambos autores pues, pretendieron sustentar su tesis sobre la base de una uniformidad de cultura jurídica en los países que conformaron la ex Unión Soviética, lo cual no fue cierto, ejemplo de ello eran por ejemplo los contraste que existen entre Polonia y la propia Rusia.

18 Corte Constitucional de la República de Sudáfrica, "The State v. T. Makwanyane and M. Mchunu", del 6-6-1995, Caso N. CCT/3/94, Juez A. Chaskalson. Enlace http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html

19 Véase https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/

20 Véase https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/

En Venezuela, decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, por ejemplo, han justificado el empleo de la doctrina extranjera en materia de interpretación constitucional. Interesante resaltar que, en el caso venezolano, se ha insistido en el uso de las teorías políticas que mejor justifique una interpretación axiológica de las normas constitucionales favorables al pensamiento político imperante.[21]

---

[21] Ejemplo de ello es la Sentencia de la Sala Constitucional, Caso Baker Hughes S.R.L., del 25-01-01, con ponencia del Magistrado Delgado Ocando, en la cual se señalo que: "*...Esta especialización se concreta en el ejercicio de la tutela constitucional en su máxima intensidad. No precisamente al modo en que la ejercía la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia, la cual estaba restringida en sus funciones de garantía constitucional como si de un legislador negativo se tratase, es decir, la Sala Plena actuaba como un complemento del Poder Legislativo (único ente propiamente sujeto a la Constitución) en tanto se encargaba de revocar los actos de rango y fuerza de ley que éste dictaba contraviniendo la Constitución. Siendo que ésta no era concebida como un cuerpo jurídico normativo directamente aplicable a los distintos operadores jurídicos, se entendía que las interpretaciones de la Constitución que hiciera la Sala Plena no tenían carácter vinculante, y su influencia estaba asociada al efecto abrogatorio de los fallos de nulidad de actos con rango o fuerza de ley.* ***Muy por el contrario, a esta Sala Constitucional le corresponde no sólo anular actos de esa naturaleza, sino que tiene asignada tanto la interpretación del texto constitucional, con el fin de salvar sus dificultades o contradicciones, como hacer valer el principio jurídico-político según el cual los derechos fundamentales preceden y limitan axiológicamente las manifestaciones del poder.*** *Para ello se le ha puesto al frente del aparato jurisdiccional respecto a su aplicación, al punto de vincular sus decisiones a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, no sólo en gracia a su potestad anulatoria, sino como derivación de la función antes apuntada.*" (Resaltado nuestro). Otras sentencias en ese mismo sentido han sido: Acción de Amparo caso *Faitha Marina Nahmens Larrazábal y Ben Ami Fihman Z.* del 1-06-01, Sala Constitucional, ponencia del Magistrado Delgado Ocando. De este mismo Magistrado fue crucial la sentencia en el caso de una Acción de Interpretación Constitucional interpuesta por el Dr. Herman Escarra, del 19-07-01, en la que sostuvo: "*...Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución),* ***y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica***." (*Interpretatio Favor Constitutione*) (Resaltado nuestro).

Quisiera concluir señalando que, desde Alemania y España hasta Rusia y Turquía, los tribunales constitucionales de toda Europa se han convertido en importantes traductores de las normas y soluciones constitucionales, convirtiéndolas en verdaderas directrices prácticas para su uso en la vida pública cotidiana. Igual ha sucedido con países como Sudáfrica, en donde su Tribunal Constitucional se han convertido en un símbolo de la renovación post apartheid en ese país. Incluso países como Gran Bretaña, Canadá, Israel y Nueva Zelanda han emprendido rápidamente la tendencia global y cosmopolita hacia la constitucionalización de sus sistemas jurídicos.

IV. USO DEL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL Y LOS LÍMITES AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como he dicho antes, examiné inicialmente las ideas del préstamo constitucional en el marco de la investigación y redacción de mi tesis doctoral. Éste fue un esfuerzo importante para identificar y examinar cuáles podían ser los límites constitucionales del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, a los fines de establecer una jurisdicción o un procedimiento especial para conocer y decidir los casos de DIP.

Antes de seguir, quiero recordar que, en nuestra opinión, existen tres posibilidades para considerar un caso como un "caso de DIP". En primer lugar, cuando a decir de la propia Ley de DIP "los supuestos de hecho" estén relacionados con ordenamientos jurídicos extranjeros (Ley de DIP, artículo 1). En segundo lugar, cuando expresamente sea definido el caso por la norma jurídica como un caso de DIP. Un ejemplo de ello en Venezuela es el supuesto de los contratos internacionales, los cuales según la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales se considera a un contrato como internacional si las partes del mismo tienen su establecimiento o domicilio en Estados Parte diferentes (Convención, artículo 1).[22] En tercer lugar, cuando en el caso existan elementos de extranjería relevantes, en nuestra opinión dicha relevancia viene dada por el tipo de factor o elemento de conexión que utilice la norma de conflicto, por ejemplo, el domicilio de la persona física puede ser un elemento extranjero relevante para los casos de existencia, estado y capacidad de la persona física en tanto el artículo 16 de la Ley de DIP lo establece como el factor de conexión para determinar el Derecho aplicable a estos casos.

---

[22] México, 1994, Ley Aprobatoria publicada en la G.O. Ext. N. 4.974 del 22-09-95.

Retomando el punto de lo límites constitucionales, partimos de la idea del principio del debido proceso, sobre cuya base debería replantearse en Venezuela el actual procedimiento ordinario, civil y mercantil aplicado por los tribunales venezolanos a los casos de DIP. Este replanteamiento podría implicar o bien un nuevo procedimiento especial para los casos de DIP, o una jurisdicción especial que los conozca y decida.[23]

¿Hasta dónde a través de la herramienta comparada, brindada por el préstamo constitucional, el sistema venezolano podía conocer mejor y adecuar sus soluciones procedimentales en materia de DIP? Y, ¿Hasta dónde se podría establecer en Venezuela una jurisdicción, o al menos un procedimiento especial, en materia de DIP? Las respuestas a estas interrogantes aún siguen inconclusas. Sin embargo, desde nuestra perspectiva y modesta contribución académica hemos señalado que:

> "*…en otras experiencias comparadas no existe tampoco una jurisdicción y procedimiento especial en materia de DIP. Por ello, si bien lo ideal en Venezuela es la creación de una jurisdicción venezolana de DIP, lo cierto es que su logro puede ser un salto enorme para la realidad venezolana… La segunda alternativa que hemos planteado, en ausencia de una jurisdicción especial, es la creación de un procedimiento nuevo y especial para resolver los casos de DIP, especialmente para determinar si el caso es de DIP, y si lo fuera poder analizar adecuada y oportunamente, cuál es el Derecho aplicable y cuál es la jurisdicción competente.*
>
> *Este procedimiento especial debe cumplir con las condiciones de efectividad y agilidad consagradas constitu-cionalmente como características esenciales de una adecuada adminis-tración de justicia. Igualmente, debe asegurarse en este procedimiento el respeto al debido proceso y a la tutela judicial efectiva prevista en la Constitución.*
>
> *Asimismo, hemos propuesto que la alzada de la decisión de instancia, generada en el marco de este procedimiento especial, y en resguardo del derecho a la doble instancia, sea la Sala Político-*

---

[23] Víctor Hugo Guerra H.: Límites constitucionales del Derecho Internacional Privado ¿Hacia una jurisdicción especial? Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Diké, Cali/Medellín, Colombia. ISBN: 978-958-731-104-4, 2022. Primera Edición (2013). Véase especialmente el Capítulo IV, "Análisis Comparado, Préstamo Constitucional y Posibles Alternativas para el DIP: Una Jurisdicción o un Procedimiento Especial", pp. 257 a 307.

Administrativa, la cual en materia de jurisdicción deberá revisar tanto la negativa como la confirmatoria de la misma, en resguardo del sistema y de los intereses de las partes…".[24]

No olvidemos que el sistema venezolano también consagra el principio del debido proceso (Artículo 49 de la Constitución), el cual debe servir como límite necesario en cualquier proceso de mejora y revisión de las soluciones dadas a los casos de DIP, especialmente si procuramos establecer una jurisdicción o un procedimiento especial en esta materia. Más adelante, veremos como el principio del debido proceso o "*due process of law*" ha guiado la jurisprudencia constitucional en países como los Estados Unidos, Canadá y Australia.

Gracias a las clases impartidas por nuestros profesores del Doctorado, incluyendo sin duda las lecciones del Profesor Arrieta, reforzamos, la importancia que tiene y el rol tan relevante que cumple el poder judicial, para el desarrollo y evolución de un sistema jurídico. Incluso, en los sistemas de raigambre civilista, y muy especialmente a través de las decisiones de sus cortes supremas y salas constitucionales.

Así recordemos que las atribuciones de la Sala Constitucional en materia de interpretación constitucional se fundamentan en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 ("Constitución"),[25] Título VIII De la Protección de esta Constitución, Capítulo I, De la garantía de la Constitución, en el cual se prevé que:

Artículo 335. "El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación.

Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República." (Resaltado nuestro)

---

[24] Guerra H.: *Límites constitucionales del Derecho Internacional Privado*…, pp. 321 y 322.

[25] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, G.O. N° 36.860 del 30-12-99. El texto constitucional fue reimpreso por errores materiales en la G.O. Ext. N° 5.453 del 24-03-00.

Advertimos que desde la década de los 90s del siglo pasado y principios de este siglo, se ha configurado un nuevo constitucionalismo en nuestra región. Hemos podido apreciar una vinculación a soluciones normativas prestadas desde otros ordenamientos jurídicos, pero, con la incorporación de nuevos derechos, instituciones públicas y organizaciones estatales más acordes a la realidad social latinoamericana.[26] Así, el ejemplo de la Corte Constitucional colombiana, creada por la Constitución de 1991 es interesante pues, su labor y decisiones han influido en el desarrollo particular del sistema jurídico colombiano, y han repercutido también en el resto de nuestro continente.[27]

En el caso del sistema anglosajón, examinaremos tres textos constitucionales, el norteamericano, el canadiense y el australiano, para mirar cómo soluciones de otras familias jurídicas, las del *common law*, podrían trasladarse a ordenamientos o familias jurídicas del *civil law*. Este ejercicio nos parece válido, sobre todo cuando se trata de resolver temas transversales a la ciencia jurídica, como lo es una adecuada administración de justicia y la protección y respeto a un debido proceso, específicamente en esta sección para los casos de DIP.

i. La Constitución Americana.

Históricamente en el mundo anglosajón, el origen escrito del principio del debido proceso se ubica en el Capítulo XXXIX de la Carta Magna de

---

26 Jairo Vladimir Llano Franco: Constitucionalismo en América Latina, reto para la Justicia Constitucional. En: Tribunales y Justicia Constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional Colombiana Tomo I. EDITORES ACADÉMICOS Liliana Estupiñán Achury Carlos Arturo Hernández y William Guillermo Jiménez. Edición de la Universidad Libre y la Universidad de Bolonia, 2017. p. 188.

27 En este sentido, es importante recordar que esta Corte ha sostenido que el *decisum* de sus sentencias no es el precedente judicial, pero si la *ratio decidendi* de las mismas. Dicho precedente se configura con una sola sentencia de constitucionalidad, y esto ha sido así desde la sentencia de esta corporación Número C-104 de 1993. Véanse también: i. Sentencia Número SU354/17. En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm; ii. Sentencia Número T-260 de 1995, según la cual es precedente la *ratio decidendi* en las sentencias de tutela. En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-260-95.htm; y quizás la más aventurada, la Sentencia Número C- 836 de 2001, según la cual para el derecho colombiano el precedente judicial no se restringe a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm.

Inglaterra (1215), según el cual se protegía el debido proceso de los barones normandos que buscaban frenar la arbitrariedad y el abuso de poder del Rey Juan Sin Tierra.[28] Por su parte, en los Estados Unidos el principio del debido proceso o "*due process of law*" fue recogido en la Declaración de Derechos "Bill of Rights" (1791) y luego en la Enmienda V,[29] y posteriormente, se reiterado en la Enmienda XIV.[30]

En un sentido general, la doctrina norteamericana se ha planteado sí el problema de los límites constitucionales al DIP deberían analizarse desde una perspectiva de DIP, o si, por el contrario, éste es un tema cuya discusión pertenece al Derecho Constitucional. Al respecto, una respuesta aparentemente natural apunta hacia el Derecho Constitucional ya que se trata de las relaciones entre los Estados que forman parte de la Unión Norteamericana, incluyéndose las relaciones de sus distintos Derechos.

Así, el problema del Derecho aplicable o "*choice-of-law*", deberían venir de la propia Constitución que crea y agrupa a tales Estados y, en

---

28 Iñaki Esparza Leibar: El Principio del Proceso Debido. Edit. J.M. BOSCH EDITOR, S.A., Barcelona, 1995.

29 Enmienda V: "*Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal;* ***ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal****; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización*" (resaltado nuestro). El texto en español de esta enmienda fue consultado en: https://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america

30 Enmienda XIV: "*1.- Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residan. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos;* ***tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal****; ni negar a cualquiera persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos*" (resaltado nuestro). https://www. elcato.org/biblio tecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de -los-estados-unidos-de-america.

consecuencia, sería un problema de Derecho Constitucional y no de DIP.[31] En otras palabras, se trata de aspectos relacionados con la distribución de competencias normativas y judiciales entre los Estados que forman parte de la Federación, y es la Constitución la que debe dar respuesta a la distribución de tales poderes y autoridades entre los Estados, a través de principios generales que limiten dicha distribución de poderes.[32]

De tal manera que, según la doctrina norteamericana un Estado no está en absoluta libertad de aplicar cualquier Derecho que él desee para solventar un caso particular pues, su elección del Derecho aplicable deberá estar sometida a ciertos límites constitucionales. Estos límites constitucionales son: (i) el "*due process of law clause*" (Enmiendas V y XIV) y (ii) el "*full faith and credit*" (Artículo Cuarto).[33]

Igualmente, el desarrollo y soluciones dadas al conflicto interterritorial se ha trasladado al tema del *choice-of-law problem* en la doctrina norteamericana de DIP y, por lo tanto, se ha partido de problemas interestatales para generar soluciones que luego se reflejan y aplican a los problemas internacionales, estos últimos los verdaderos problemas de DIP.[34]

El análisis jurisprudencial del concepto del debido proceso en los casos de derecho interestatal o interterritorial se resume en una trilogía de decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de los años ochenta: (i) *Allstate Ins. Co. v. Hague* (1981); (ii) *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* (1985); y (iii) *Sun Oil Co. v. Wortman* (1988). Estas decisiones responden, además, a la necesidad de una intervención y respuesta de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre los aspectos de *choice-of-law* que se estaban generando a partir

---

31 Douglas Laycock: Equal Citizens of Equal and Territorial States: The Constitucional Foundations of Choice of Law. 92 Colum. L. Rev. 249.

32 Symeonides, Symeon C. y otros, *op. cit.*, p. 440.

33 Richman W. & Reynolds W.: Understanding Conflict of Law, 2edic. Matthew Bender & Company Editores, 1993, Reimpresión 2000, p. 269. Los orígenes de la protección constitucional a los problemas de *choice-of-law* interestatales encontraron respuesta en las cláusulas de *due process* y *full faith and credit*, en especial para proteger el derecho a la propiedad y el comercio interestatal. También los origines de estos problemas durante el siglo XX encuentran respuesta en la doctrina de los "Derechos Adquiridos" (Vested Rights") atribuida a Joseph Beale y plasmada en el Primer Restatement of Conflict of Law.

34 Symeonides, Symeon C., Wendy Collins Perdue y Arthur T. von Mehren: Conflicts of Laws: American, Comparative, International. West Publishing Co. 2nd ed., (1998), pp. 439 y ss.

de la aplicación, por cortes estatales de inferior jerarquía, de las modernas teorías de elección del derecho aplicable como la del "*interest analysis*", lo cual estaba conduciendo a una exagerada libertad de elección de derecho por dichas cortes y produciendo resultados injustos e irracionales.[35]

En la sentencia *Allstate Ins. Co. v. Hague*, la Corte Suprema de Minnesota, basada en la doctrina de Robert Leflar,[36] aplicó el derecho de Minnesota. Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos conoció del caso a fin de determinar sí los principios del *due process* y del *full faith and credit* (Enmienda XIV y Artículo IV, respectivamente) limitaban a la Cote Suprema de Minnesota en su elección del derecho de dicho Estado para regir el caso en cuestión.

La opinión mayoritaria, escrita por el Juez Brennan, acompañado de los Jueces White, Marshall y Blackmun, se basó en la discusión de ¿qué debía ser más importante: (i) la acumulación de contactos con un determinado Estado, o por el contrario (ii) los contactos más significativos? El Juez Brennan siguió la primera opción y confirmó la aplicación del derecho del Estado de Minnesota por tener un cúmulo de contactos suficientes con el caso.

Adicionalmente, el Juez Stevens que concurrió con la opinión del Juez Brennan, pero basado en otros argumentos: (i) el respeto al debido proceso impone la no aplicación injusta y/o arbitraria del derecho de un Estado sobre el derecho de otro Estado. En este caso, no hay una violación del debido proceso pues, (a) no es arbitrario que el foro aplique su propio derecho; y (b) la regla de combinación/acumulación de coberturas es aplicada en la mayoría de los Estados y no contiene problemas "serios" de injusticia, además la aplicación de dicha regla no frustra las expectativas de las partes, en particular las expectativas de la empresa aseguradora, *Allstate*. (ii) la cláusula del *full faith and credit* implica que todos los Estados deben respetar los intereses legítimos de los demás Estados, pero el interés de un Estado, individualmente considerado, también es legitimo, en consecuencia, no hay violación del *full*

---

35 En este sentido se cita la decisión *Rosenthal v. Warren* (475 F.2d 438 (2d Cir. 1973) como ejemplo de esas decisiones [en ella se favoreció la aplicación del derecho de New York en lugar de la aplicación de una ley del Estado de Massachussets, lugar en la que se practicó una cirugía, que limitaba la responsabilidad de los cirujanos en caso de muerte de pacientes, siendo que el único contacto con Nueva York era el lugar en donde vivía la víctima].

36 Entre los artículos que pueden consultarse de este Autor citamos: Robert Leflar: The "New" Choice of Law, 21, Am. U.L. Rev. 457 (1972).

faith and credit a menos que la elección de un derecho sobre el derecho del otro Estado afecte y/o amenace a la unidad de la federación.[37]

En la sentencia *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, se marcó un hito jurisprudencial pues, fue una decisión que invalidó por primera vez la elección de derecho hecha por un Estado. La Corte de Kansas aplicó el derecho contractual del Estado de Kansas lo cual confirmó la Corte Suprema de Kansas. Tal decisión fue impugnada por *Phillips Petroleum Co.* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. La Corte Suprema de los Estados Unidos conoció del caso a fin de determinar sí los principios del *due process* y del *full faith and credit* (Enmienda XIV y Artículo IV, respectivamente) limitaban la decisión de la Corte de Kansas de aplicar su propio derecho a transacciones ocurridas fuera de su jurisdicción y que además afectaban intereses de personas que mayoritariamente también residían fuera del Estado de Kansas. La opinión de la Corte, de mano del Juez Rehnquist, sostuvo que el control constitucional sólo opera si existe un verdadero conflicto entre los potenciales derechos aplicables, y que el test aplicable para la determinación de un determinado derecho debe estar vinculado al contacto significativo o agregación de contactos de un caso con un Estado determinado, creando interés en ese Estado para la aplicación de su derecho, siempre y cuando dicha elección de derecho no sea arbitraria e injusta, excediendo lo límites constitucionales.

Según el Juez Rehnquist, en este caso no existía un contacto significativo con Kansas capaz de aplicar su propio derecho a un problema de extensión nacional, por lo tanto, revocó la decisión de la Corte Suprema de Kansas y ordenó se dictará una nueva sentencia.[38]

Por último, la sentencia *Sun Oil Co. v. Wortman*, se presenta nuevamente como un caso relacionado con el pago de royalties por la explotación de gas ante la corte estatal de Kansas. En este caso, la corte de Kansas aplicó su propio derecho sosteniendo que la prescripción de acciones es un problema de naturaleza procesal. La Corte Suprema de los Estados Unidos conoció del caso a fin de determinar (a) sí los principios del *due process* y del *full faith and credit* (Enmienda XIV y Artículo IV, respectivamente) limitaban a la corte estatal de Kansas de aplicar su propio derecho en materia de prescripción de

---

37 Esta decisión tuvo votos disidentes por parte los Jueces Powell, acompañado de los Jueces Burger y Rehnquist.

38 Symeonides, Symeon C. y otros, *op. cit.*, pp. 470 a 477. Richman W. & Reynolds W., *op. cit.* pp. 277 a 279.

acciones visto que era su derecho sustantivo el que se aplicaba al fondo de la demanda; y (b) sobre la base de esos mismos principios, determinar si un Estado podía interpretar el derecho sustantivo de otro Estado.

La Corte Suprema confirmó la decisión de la Corte Suprema de Kansas en relación con la afirmación de la naturaleza procesal de las normas sobre prescripción de acciones. El Juez Scalia, basó su opinión en el análisis de las cláusulas del *due process* y el *full faith and credit*, especialmente esta última, señalando de manera concluyente y sobre un razonamiento histórico (la tradición vigente cuando las normas constitucionales fueron adoptadas), que la sociedad que aprobó la Constitución no consideró a la normativa sobre prescripción de acciones (*statute of limitations*) como un problema sustantivo, todo lo contrario, se trataba de la forma como cada Estado iba a desarrollar los procesos que debían seguir sus cortes.

El Juez Scalia descartó también la posibilidad de actualizar qué nociones son sustantivas y cuáles son procesales, pues en su opinión esto escapa de las facultades dadas a esa Corte. Señaló igualmente que en materia de prescripciones aplicadas por cada Estado se sigue la tradición y práctica subsiguiente al respecto, lo cual ha permanecido así desde los orígenes de la Enmienda XIV, por lo tanto, no puede reputarse como una práctica arbitraria o injusta que cause sorpresa a cualquiera de las partes. Finalmente, los Jueces Brennan, Marshall y Blackmun consideraron en su opinión concurrente que la *lex fori* debe regir al proceso, y el hecho que un Estado sea el que va a conocer y decir un caso crea suficiente interés procesal en aplicar sus propias normas.[39]

En perspectiva las tres decisiones anteriores nos dejan las siguientes enseñazas:

a. *Allstate* y *Phillips* hacen énfasis en dos tipos de análisis para considerar que la elección de derecho hecha por las cortes de un determinado Estado es correcta (a) cuando hay agregación o cúmulo de contactos con dicho Estado; o (b) cuando los contactos con dicho Estado son significativos;

b. *Sun* agrega a lo anterior, de la mano del Juez Scalia, que el análisis histórico es fundamental para entender la aplicación de una determinada regla de derecho. En tal sentido, creemos que las soluciones modernas de *choice-of-law* como las de Leflar –aplicación del mejor

[39] Symeonides, Symeon C. y otros, *op. cit.*, pp. 480 a 490. Richman W. & Reynolds W., *op. cit.* pp. 280 a 281.

derecho- o Currie –*interest analysis*– enfrentan un escrutinio mayor por parte de la Corte Suprema, que las reglas clásicas previstas en el Primer *Restatement of Conflict of Laws*, por ejemplo la aplicación de la solución *lex loci delicti*; las cuales a diferencia de las primeras gozarán de la ventaja histórica que las precede; y

c. Los principios del *due process* y del *full faith and credit* constituyen un límite a la jurisdicción legislativa de los Estados en tanto la elección de derecho que éstos hagan no puede conducir a resultados irracionales, injustos o que frustren las expectativas de las partes, es decir, la protección del *due process* o debido proceso, o que atenten contra la integridad de la federación y unidad de la nación, es decir la cláusula del *full faith and credit*.

De lo anterior podemos concluir que no hay una regulación constitucional expresa sobre los límites que la Constitución puede imponer a las soluciones de DIP, especialmente en el Derecho norteamericano. Por el contrario, lo que ha habido es un desarrollo doctrinal, debates entre los constitucionalistas y los *ius privatistas*, y el desarrollo de la propia jurisprudencia.

Así, los principios generales del *due process of law* y el *full faith and credit* son desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos como un límite a la elección del Derecho que hacen los Estados en un caso determinado, elección que se denomina en ese sistema el ejercicio de la jurisdicción legislativa, cuando dicha elección se ha basado en modernas teorías de elección del Derecho, tales como el *interest analysis* y, en tal sentido, la tendencia general en las decisiones de la Corte ha apuntado hacia criterios de racionalidad y justicia en la elección del Derecho aplicable, a fin de no violar el *due process of law*, y a mantener la unidad de la federación para no atentar en contra la cláusula del *full faith and credit*.

Un mayor escrutinio a las teorías modernas sobre elección de Derecho nos puede llevar a considerar también otros principios constitucionales orientados, por ejemplo, hacia la no discriminación en materia comercial y protección de los ciudadanos, es decir, la aplicación de las *"Commerce Clause"*; la *"Equal Protection Clauses"* y la *"Privileges and Imunities Clause"*.

Finalmente, la Corte Suprema también ha sostenido que un tribunal norteamericano no puede negarse a conocer y decidir un caso con elementos de extranjería pues, ello conllevaría no sólo a una violación de la cláusula del *full faith and credit* ya comentada, sino también de la cláusulas del *Equal Protection Clauses* y del *Privileges and Imunities Clause* y del *Commerce*

Clause por un tratamiento discriminatorio a una persona extrajera y residente en otro Estado, así como la negación del acceso a los órganos de justicia norteamericanos.[40]

ii. Las Constituciones de Canadá y Australia.

A pesar de ser Canadá y Australia sistemas federales y anglosajones, debemos reconocer de antemano que existen diferencias entre ellos y con relación al ordenamiento norteamericano.

Principalmente, observamos que en Canadá y Australia la Corte Suprema de estos Estados juega un rol más centralizador y controlador de las decisiones del poder judicial estatal, unificando los criterios jurídicos en dichos países. La autoridad federal canadiense y australiana tiene una mayor injerencia en la esfera de las relaciones privadas, reservada en el caso norteamericano al Derecho estatal. Adicionalmente, bajo la influencia inglesa, los Estados en Australia y las Provincias en Canadá no pueden actuar extraterritorialmente, a diferencia de los Estados Unidos.[41]

A diferencia de la Constitución Americana de 1787, la Constitución de Canadá de 1867,[42] no contiene una cláusula de *full faith and credit* y, por lo tanto, no se aprecia una limitación de las Provincias en ese sentido a los fines de la elección del Derecho aplicable. Tampoco, consagra la Constitución de Canadá un catálogo de los derechos del hombre y ciudadano al estilo del "*Bill of Rights*", los cuales apenas fueron adoptados en 1960 por una normativa de rango legal. Ello significa, según los autores, que en el sistema constitucional canadiense y, salvo por lo que respecta al debido proceso, no se impongan límites constitucionales a la elección de Derecho aplicable, en base al derecho a la vida, libertad y seguridad a las personas, como si se hace en el sistema americano.[43]

Es notorio apreciar que cuando los jueces de las Provincias canadienses han tenido que decidir sobre casos con elementos de extraterritorialidad, en particular relaciones entre las Provincias en temas, por ejemplo, contractuales y ambientales, hayan considerado que estos casos tienen una índole federal y que, por lo tanto, deben ser decididos por la autoridad central o federal.

---

40 Symeonides, Symeon C. y otros, *op. cit.*, pp. 292 y 293.

41 J. G. Castel: *Constitutional Aspects of Private International Law in Australia and in Canada*. Recueil des Cours, Collected Courses, 1969, Vol. 126.

42 Ver la *Constitution Act* de 1982 (Sección 92, subsecciones 8, 12 y 13).

43 Peter Herzog: *Constitutional Limits on Choice of Law. Recueil des Cours*, Collected Courses, 1992, Vol. 234, p. 295.

Por otra parte, y al igual que en el caso norteamericano, se ha considerado que el Derecho de una Provincia deberá aplicarse al caso concreto cuando éste presente contactos suficientes con dicha Provincia, o si se encuentra de alguna manera localizado en dicha Provincia. Esta posición, ha llevado a la pregunta ¿qué son contactos suficientes? Generándose entonces el mismo cuestionamiento que en los Estados Unidos acerca del tratamiento igualitario entre residentes y no-residentes, y a diferencia del caso norteamericano, a una menor tensión sobre la eventual violación del libre reconocimiento de las decisiones y actos entre los Estados que conforman la federación, pues como hemos indicado en Canadá no existe una cláusula del *full faith and credit*.

Sin embargo, los autores han sostenido que en Canadá, a pesar de la no existencia expresa en la Constitución de la cláusula del *full faith and credit*, en la práctica hay la tendencia a reconocer que las decisiones y la normativa entre las Provincias deben recibir un reconocimiento directo e inmediato, en especial porque (i) se trata de una misma administración de justicia, la cual a todo evento contará con el control de la Corte Suprema de Canadá, y (ii) porque la propia Constitución de 1867 creó un mercado común entre las Provincias.[44]

En el caso australiano se ha señalado que sus normas constitucionales en materia de límites a los casos de *choice-of-law* interterritoriales, potencialmente trasladables al DIP, están poco desarrolladas. La Constitución australiana de 1900 incorporó deliberadamente, y a diferencia de la canadiense, en sus Secciones 117 y 118 cláusulas sustancialmente similares a las cláusulas norteamericanas relativas a: (i) "*privileges and immunities*", y (ii) "*full-faith and credit*". Adicionalmente, Australia aprobó en 1901 la Ley sobre reconocimiento de Estados y Territorios. Por ende, era plausible pensar que al igual que en los Estados Unidos se desarrollaría una gama importante de *case-law*, lo cual no ha ocurrido.

A diferencia de los Estados Unidos y Canadá, en Australia, de acuerdo con la *Australia Act* de 1986, Sección 2,[45] se previeron ciertas facultades

---

44 Peter Herzog: *op. cit.*, p. 304. En tal sentido, ha sido relevante la decisión de *De Savoye v. Morgard* (76 DLR (4th) 256 (1990), de la Corte Suprema de Canadá.

45 *Australia Act* es el título abreviado de dos leyes separadas pero relacionadas entre sí, la Ley del Parlamento de la Commonwealth de Australia o "*Act of the Commonwealth Parliament of Australia*", y la otra la Ley del Parlamento del Reino Unido o "*Act of the Parliament of the United Kingdom*".

extraterritoriales de los Estados australianos. La jurisprudencia de la Corte Suprema australiana en estos temas no es exhaustiva, y por el contrario, ha resultado ambigua sobre las facultades de los Estados en los casos extraterritoriales y de DIP, lo cual se ha dejado el desarrollo de la normativa federal.[46]

CONCLUSIONES

A continuación, nuestras conclusiones:

i. El préstamo constitucional es una de las herramientas del Derecho Comparado. En nuestro criterio esta herramienta permite el desarrollo y evolución de la estructura del Estado, a través de la revisión y mejora de su ordenamiento jurídico, y de las instituciones que lo integran.

ii. Por lo general, el uso del préstamo constitucional está relacionado con: (a) situaciones de cambios políticos trascendentales, tales como los conflictos bélicos de gran magnitud, que imponen la revisión y adopción de un nuevo ordenamiento jurídico; (b) cambios económicos, sociales y culturales, que también demandan la adaptación del sistema jurídico, por ejemplo, el auge y caída de la llamada Unión Soviética, y los procesos de integración regional, como el de la Unión Europea, Comunidad Andina de Naciones, o el MERCOSUR; (c) situaciones novedosas como los avances tecnológicos planteados por la Cuarta Revolución, es decir el auge de la inteligencia artificial, el uso de cripto activos, el Internet de la cosas, y la llamada "Big Data", que demandan una aproximación jurídica global de estos temas; y finalmente, (d) temas controversiales a los que se enfrenta una sociedad, por ejemplo, casos de discriminación racial, religiosa o de género; o inesperados como los efectos contundentes de la pandemia del COVID-19 (año 2020 y siguientes).

iii. El préstamo constitucional se puede dar en varios niveles del ordenamiento jurídico. En este artículo hemos mencionado tres: (a) el legislativo, cuando por ejemplo se está redactando un nuevo texto constitucional, por ejemplo, el caso de la Constitución Japonesa de 1947, o más recientemente, el de la Constitución de Irak de 2005; (b) el administrativo usado para la interpretación de normas constitucionales

---

46 Peter Herzog: *op. cit.*, pp. 307 y ss.

en la generación de políticas públicas; y (c) el judicial, cuando los tribunales constitucionales hacen uso del préstamo para el análisis del caso concreto y redacción de sus sentencias, por ejemplo, el caso emblemático de la Corte Constitucional Sudáfrica del año 1995, sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de la pena de muerte en ese país.

iv. Analizamos también y para los casos de DIP, tres ejemplos de Constituciones anglosajonas, la norteamericana, la canadiense y la australiana, como un posible intento de préstamo constitucional para la mejora del sistema venezolano de DIP. Así, apreciamos que, a pesar de pertenecer a la misma familia jurídica dentro del Derecho Comparado, estas Constituciones tienen sus semejanzas y diferencias, en relación con los posibles límites a la selección y aplicación de un determinado Derecho. Como factor común entre ellas observamos el respeto al *due process of law* o debido proceso, como uno de los límites que se han establecido para la adecuada elección del Derecho aplicable. Ahora bien, como lo señaláramos en la Sec. IV de este artículo, en estos tres sistemas jurídicos se han abordado tales límites a la aplicación del Derecho como problemas interterritoriales y de las relaciones entre el Derecho Estatal o Provincial y el Derecho Federal. Sin embargo, estas soluciones pueden llegar a trasladarse, con las precisiones de extranjería del caso, a los problemas de Derecho aplicable en el DIP.

v. El llamado préstamo constitucional, como toda actividad humana, ha evolucionado. Así, situaciones pasadas en las que se haya podido apreciar una imposición o trasplante de normas jurídicas de un sistema a otro, se convierten hoy bajo la idea del "préstamo" en una actividad negociada, en donde se respetan las características, condiciones y realidades propias del Estado receptor. Con algo de razón algunos autores han señalado que la expresión "préstamo constitucional" es tautológica, pues, todo fenómeno de creación constitucional obedece necesariamente a un ejercicio comparado previo. La globalización, quizás, también ha acelerado los procesos de unificación y armonización normativa. A pesar de las críticas que se le puedan hacer, concluyo señalando que aprecio la importancia que tiene el Derecho Comparado para el desarrollo y mejor aplicación de las disciplinas jurídicas, a través de sus distintas metodologías y herramientas, como lo es el préstamo constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian., "Transplante jurídico", Eunomía, *en Revista en Cultura de la Legalidad,* 17, 262-275, 2019 disponible en: https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5032

CASTEL, J., "Constitutional Aspects of Private International Law in Australia and in Canada", *Recueil des Cours, Collected Courses*, Vol. 126, 1969

DIXON, Rosalind y LANDAU, David. "Abusive Constitutional Borrowing. Legal globalization and the subversion of liberal democracy", Oxford University, Sep. 2021, disponible en: https://academic.oup.com /book/42100

ESPARZA LEIBAR, Iñaki. "El Principio del Proceso Debido", en *Edit. J.M. BOSCH EDITOR, S.A*., Barcelona, 1995.

EPSTEIN, Lee y KNIGHT, Jack. "Constitutional borrowing and noborrowing", in *International Journal of Constitutional Law,* Oxford University Press and New York School of Law, Apr. 2003, Vol. 1, pp. 196 y ss.

GARGARELLA, Roberto. "Sobre Abusive Constitutional Borrowing: Algunos problemas conceptuales (Parte I)", in *IberICONnect*, disponible en: https://www.ibericonnect.blog/2022/01/sobre-abusive-constitutional-borrowing-algunos-problemas-conceptuales-parte-i/, consultado el 20 de enero de 2022

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor. "Límites constitucionales del Derecho Internacional Privado ¿Hacia una jurisdicción especial?", *Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Diké,* Cali/Medellín, Colombia. ISBN: 978-958-731-104-4, 2022, Primera Edición, 2013

_____. "Rol del Derecho Comparado en los procesos de Codificación Nacional. Aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández", en *Revista de la Facultad de Derecho*, N. 75, pp. 474 y ss. 2022, Código de LATINDEX: Folio Nº 19150 (http://www.latindex.org), UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO, Facultad de Derecho, Caracas, Venezuela, disponible en: https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/5654/4980

HASEBE, Yasuo. "Constitutional borrowing and political theory", in *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York School of Law, Vol. 1, pp. 224 y ss, 2003

HERZOG, Peter. *Constitutional Limits on Choice of Law*, Recueil des Cours, Collected Courses, 1992, Vol. 234, p. 295.

LANE SCHEPPELE, Kim. "Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studiying cross-constitutional influence through negative models", in *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York School of Law, Vol. 1, pp. 296 y ss, 2003

LAYCOCK, Douglas. "Equal Citizens of Equal and Territorial States: The Constitucional Foundations of Choice of Law",. 92 Colum. L. Rev. 249.

LEFLAR, Robert. "The New Choice of Law", 21, Am. U.L. Rev. 457, 1972.

LLANO FRANCO, Jairo. "Constitucionalismo en América Latina, reto para la Justicia Constitucional", en: *Tribunales y Justicia Constitucional,* Homenaje a la Corte Constitucional Colombiana Tomo I, EDITORES ACADÉMICOS Liliana Estupiñán Achury, Carlos Arturo Hernández y William Guillermo Jiménez, Edición de la Universidad Libre y la Universidad de Bolonia, pp. 188 y ss. 2017.

PEGORARO, Lucio. "Derecho Constitucional Comparado. La ciencia y el método", Título original en italiano: Diritto costituzionale comparato, La scienza e il metodo, Bolonia University Press, Bolonia, 2014, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial astrea, México, 2016, Edición en español, disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4276/1.pdf

RICHMAN W. & REYNOLDS W. "Understanding Conflict of Law", in *Matthew Bender & Company Editores*, 2edic, 1993, Reimpresión 2000.

ROSENKRANTZ, Carlos. "Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law", in *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York School of Law, Vol. 1, pp. 269 y ss, 2003

SWEEZY, Paul. Magdoff, Harry., Bellamy Foster, John., y McChesney, Robert. WIrak, en el mundo unipolar de Washington", disponible en: https://www.monthlyreview.org.es/1-guerra-de-irak

SYMEONIDES, Symeon C. COLLINS PERDUE, Wendy, y T. VON MEHREN, Artur. "Conflicts of Laws: American, Comparative, International", in *West Publishing Co*,. 2nd ed., 1998.

Enlaces relevantes

– Estudios de Derecho Constitucional Comparado Elementos del Derecho Constitucional Comparado – Plataforma de Derecho y Ciencias Sociales (leyderecho.org) https://leyderecho.org/elementos-del-derecho-constitucional-comparado/

– Noticias La Tercera https://www.latercera.com/pulso/venezuela-tuvo-un-70-mas-de-protestas-durante-en-2011/

– *Internactional Journal of Constitutional* https://academic.oup.com/icon/pages/About

– Concepto de Haragei https://en.wikipedia.org/wiki/Haragei

– Corte Constitucional de la República de Sudáfrica http://www.saflii.org /za/cases/ZACC/1995/3.html

– Corte Suprema – Estados Unidos https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/ y https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/

– Corte Constitucional – Colombia https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm; https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-260-95.htm; https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm.

– Constitución Estados Unidos - https://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america

ALGUNAS REFLEXIONES PARA VENEZUELA DEL MARCO REGULATORIO EN MATERIA DE COMPETENCIA DE LA CAN Y MERCOSUR

Litsay GUERRERO ALBORNOZ*

Dedicado a la memoria del Profesor Raúl Arrieta Cuevas.

En los espacios académicos en Venezuela es poco común que los economistas hagan estudios de tercer nivel en el ámbito de las ciencias jurídicas, sin embargo, en la especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, tuve la oportunidad como economista de hacerlo y además, el privilegio de ser alumna del Profesor Raúl Arrieta Cuevas, y quien también fue mi tutor de tesis de grado.

En el recorrido de los semestres y en la elaboración de la tesis, hubo espacios para discutir e intercambiar ideas, para compartir análisis académico y profesional desde el ámbito del derecho y de la economía[1]. Precisamente,

---

* Economista egresada de la Universidad de Carabobo (UC), Especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración de la UCV. Es parte de la red de ex Alumni del Union Europe Visitor Program y del World Investment Network de la UNCTAD. Ha participado en comunidades prácticas en temas de Comercio Exterior del BID. Consultora, en el ámbito académico es profesora de la Especialización de Derecho de Economía de la Universidad Monteávila.

1 La conjunción del Derecho y la Economía se conoce como Análisis Económico del Derecho, que permite evaluar conducta de los agentes sujetos a normas sociales (políticas, económicas, laborales, etc.). En este sentido, a través del análisis económico del derecho se aplican las herramientas de la teoría económica para el estudio de todas las interacciones humanas, en donde las

partiendo de lo que fue la disertación para la elaboración de la tesis de grado bajo la tutoría del Dr. Arrieta, paso a compartir algunas reflexiones acerca de la relevancia de la regulación de competencia en el marco del comercio internacional, y más específicamente, en procesos de integración como el de la Comunidad Andina (CAN) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), a propósito de lo que ha sido la participación de Venezuela en ambos bloques, y teniendo en cuenta el reciente anuncio de la intención de reincorporación del país a la CAN, luego de más de una década de haberse retirado, y en el marco de un contexto económico global que cambió sustancialmente luego de la crisis generada por la Pandemia en el año 2020, en donde los temas de competencia han sido parte de la discusión académica y práctica.

EL CONTEXTO

El comercio global ha tenido una dinámica cada vez más acelerada por los cambios en patrones de consumo, en los patrones de producción de bienes y servicios derivados de procesos de innovación, y de la forma en cómo los países intercambian bienes y servicios; esto último vinculado con un contexto internacional bajo un enfoque de mayor liberalización comercial, sumado a nuevos actores importantes como miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), como lo es China.

Toda esta dinámica se ha visto marcada por el redimensionamiento de los procesos de integración económica y de los acuerdos comerciales, con dos datos claves de acuerdo con la OMC: (i) hasta marzo 2023 se registran 356 acuerdos comerciales regionales en vigor a nivel global, y a partir del 2022 el Acuerdo de Asociación Económica Regional Integral (RCEP) pasó a ser el acuerdo más grande a nivel global por lo que representan las economías que

---

normas jurídicas inciden en la conducta de los individuos, siendo estas, desde la simple transacción de compra – venta de bienes y/o servicios, pasando por situaciones en donde se plantea la revisión de conductas para determinar si se ha violentado alguna norma, hasta la simple decisión de infringir o no una señalización de tránsito que pueden tomar los individuos. Richard Posner lo define como: "....*Este enfoque nos permite ver, entender y estudiar al derecho como un sistema: un sistema que el análisis económico puede aclarar, revelar como algo coherente y mejorar en algunos puntos*..." (POSNER: 1.998; 7). Por su parte Andrés Roemer lo define como "… *La aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas*..." (Roemer: 1.994; 5,6).

lo conforman con respecto al PIB global. Asimismo, de acuerdo con las estadísticas del organismo, todos los bloques comerciales, han tenido un importante desempeño en el comercio global.

Mapa de los principales bloques comerciales a nivel global

Fuente: El Orden Mundial

La integración económica ha sido entendida como el escenario en el cual los países ubicados en una región o entre regiones, eliminan progresivamente las fronteras económicas entre sí. La Integración económica resulta no solo una complementación para un mayor flujo comercial, sino que involucra decisiones políticas integrales en dónde los países van cediendo espacios de soberanía para dar paso al ámbito de la supranacionalidad.

A medida que se han redimensionado las relaciones económicas entre los países, el soporte legal de las mismas se ha ajustado en principio a los supuestos del derecho económico internacional, así como de las distintas etapas de los procesos de integración[2]. La estructura de incentivos presentes en cada uno de los entramados jurídicos sobre los que descansan los acuerdos de integración y los acuerdos comerciales encierra no solo el aspecto entre Estados, sino que involucra las relaciones entre Estados y particulares, y particulares entre sí.

---

2 Es oportuno recordar que el núcleo del Derecho Internacional Económico compila el aspecto jurídico del conjunto de normas que regulan las relaciones económicas de los Estados y las Organizaciones Internacionales entre sí (Herdegen: 1998; 23).

Para la conformación de los bloques de integración económica se exponen los distintos marcos normativos en toda la amplia gama de áreas que conforman la estructura del intercambio, en este sentido, se consensan entre otros elementos: tarifas arancelarias, normas fitosanitarias, régimen aduanero, subsidios y salvaguardias comerciales, provisiones para promover y proteger las inversiones, relaciones laborales, y normas de competencia.

Desde la perspectiva de la teoría económica, la libre competencia es una base fundamental para que los agentes económicos puedan llevar a cabo transacciones eficientes en los mercados, ante la existencia de las fallas en estos, por lo tanto, la regulación en materia de competencia se encargará de velar por el aseguramiento de las condiciones más idóneas para el intercambio[3].

En la estructura de negociación para procesos de integración económica y de acuerdos comerciales en general, los capítulos dedicados al tema de competencia contienen las discusiones que buscan armonizar las legislaciones internas de los países, de cara a lo que sería una norma supranacional considerando su incidencia en las decisiones de los agentes en las transacciones de comercio exterior del bloque económico[4]. Asimismo, para el caso de países que no cuenten con legislación local en materia de competencia, existe la posibilidad de que acuerden la adopción de la norma del bloque como propia, tal y como ocurrió con Ecuador en la CAN.

---

[3] De acuerdo con Baldwin y Caves (1999), la regulación es una actividad que restringe conductas y previene la ocurrencia de ciertas actividades indeseables, pudiendo ser de un tipo restrictivas (luces rojas), o del tipo facilitadora de ciertas conducta (luces verdes), esto en función del tipo de mercado del cual se trate y de las condiciones. En este sentido, en materia de regulación de competencia, se adoptan leyes y estrategias que son utilizadas en conjunto con otros órdenes jurídicos para sostener los niveles de competencia, como si fuesen aquellos quienes aseguren la provisión adecuada de los bienes y servicios para los consumidores y el público.

[4] El análisis que se contempla en general en las provisiones de competencia en los acuerdos de integración incluye la perspectiva en el tratamiento de las distintas conductas anticompetitivas, y en este sentido, de acuerdo a lo contemplado en la literatura de regulación de competencia, las prácticas podrán ser consideradas per sé nocivas para el mercado o podrán analizarse bajo la regla de la razón, es decir, una vez verificada la conducta, se analizarán tanto el contexto como la posibilidad de beneficios para la sociedad.

Además del entramado legal, también resulta importante el cómo los países acuerden la aplicación de la norma y los procedimientos vinculados, tomando en cuenta el constante dinamismo de las relaciones comerciales y de la conducta de los agentes económicos.

Parte de las discusiones que se han realizado en el seno de los distintos organismos multilaterales como el caso del Organismo de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) y en la propia OMC han versado acerca del por qué beneficia la inclusión de los temas de competencia en los acuerdos para liberalización comercial entre países, al respecto, el documento *Competition Provision in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains* (ALVAREZ, BRUSIK, CERNAT: 2005) señala:

- *Los beneficios de la liberalización comercial no pueden ser disfrutados si, la eliminación de barreras comerciales son sustituidas por otras formas privadas de prácticas restrictivas como por ejemplo la fijación de precios o el abuso de posición de dominio por parte de los agentes económicos*

- *Si los procesos para la conformación de mercados comunes no están sustentados en una institucionalidad que vaya más allá de las normas y organismos internos, pudiesen presentarse elementos distorsionadores que no permitirán la conformación de dicho mercado común en el bloque comercial*

- *La apertura de los mercados a la conformación de un bloque y el intercambio económico con el resto del mundo abre la posibilidad para que las economías del mercado regional sean susceptibles a presentar efectos nocivos de las prácticas restrictivas a la competencia en sus mercados internos (por ejemplo, carteles, abuso de la posición de dominio, efectos de fusiones y adquisiciones)*

Por lo tanto, una mayor liberalización comercial per sé no minimiza los riesgos para que las prácticas restrictivas que realizan las empresas incidan negativamente en los mercados, considerando además que la dinámica económica cada vez más cambiante, hace que las conexiones de las empresas en los distintos mercados den paso a elementos que pueden facilitar que incurran en las prácticas anticompetitivas si no existe *ex ante* un marco normativo que limite esas conductas.

No en vano procesos como el de la Unión Europea, la Comunidad Andina, MERCOSUR, han establecido normas para garantizar que los agentes económicos del bloque, cuenten con las condiciones ideales para competir en

mercados, y que desde la perspectiva de cada bloque pueden presentar diferencias, que se vinculan con los niveles de desarrollo institucional de los países que conforman cada bloque, es decir, qué tan avanzada está la aplicación de las políticas de competencia y las legislaciones en los países miembros y en lo que desarrolló y sigue desarrollando los espacios comunes.

ALGUNOS COMENTARIOS ACERCA DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA EN LA CAN Y EN EL MERCOSUR

Tanto la Comunidad Andina como el MERCOSUR cuentan con normas comunitarias en materia de competencia:

- Comunidad Andina: Decisión 608 "Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina", publicada en la Gaceta Oficial 1180 del Acuerdo de Cartagena.
- MERCOSUR: Acuerdo de Defensa de la Competencia del Mercosur, de fecha 16 de octubre de 2010.

En ambos casos, se define el entramado jurídico sobre el cual se basa la defensa de la libre competencia en los bloques, pero con diferencias en cuanto a cómo se abordan desde la perspectiva comunitaria las posibles situaciones derivadas de presuntas prácticas anticompetitivas.

En el caso de la Decisión 608 de la CAN, contempla una clara definición de las conductas tipificadas como restrictivas, incorpora los aspectos vinculados al control de operaciones de concentraciones económicas, siendo además un texto que recoge la importancia de la exclusión de las actividades que son neurálgicas para el desarrollo de los países, bajo un análisis de la regla de la razón. Asimismo, establece el procedimiento administrativo ante las distintas instancias de la jurisdicción comunitaria, instancias que *per sé* ya cuentan con las respectivas atribuciones, establece esquema de medidas correctivas y de sanciones. También establece la cooperación entre la instancia de defensa de la competencia comunitaria y las instancias nacionales. Un aspecto de importancia no menor es que la norma andina en materia de competencia incluye además la promoción o *advocacy* de la competencia en el bloque comunitario.

Por su parte la norma en materia de competencia del MERCOSUR tiene como objetivos principales el promover la cooperación y coordinación entre los Estados Partes, en la defensa de la competencia, partiendo de las normas nacionales de cada país para la eliminación de las presuntas prácticas anticompetitivas a través del procedimiento en ellas establecido. Asimismo,

se enfoca en la asistencia mutua entre las instancias nacionales y la jurisdicción correspondiente del bloque comunitario de acuerdo con las políticas de competencia y que se realicen los exámenes cuidadosos para la revisión de las presuntas prácticas anticompetitivas.

Desde la perspectiva del análisis económico, considerando el contenido de cada norma, se tienen que las fronteras de posibilidades para los agentes económicos en términos de la competencia en cada bloque son distintas, pareciera que la normativa de la CAN establece un estadio más integral y desarrollado para tratar cualquier eventual presunta práctica restrictiva en el mercado comunitario.

VENEZUELA EN EL CONTEXTO DE LA REGULACIÓN DE COMPETENCIA DE LA CAN Y DEL MERCOSUR

En el marco de la participación de Venezuela en la Comunidad Andina, el país fue parte activa en el tema de competencia, la ley vigente desde 1992 hasta el 2014 fue un marco normativo de avanzada en el tema, muy en línea con el enfoque contenido en la Decisión 608. Asimismo, desde el punto de vista de actuación, la entonces Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia), incluyó en algunos de sus análisis el ámbito comunitario, en tal es el caso de la evaluación de la fusión Bayer – S.C. JOHNSON & SON DE VENEZUELA, en la que a través de la Resolución N° SPPLC/007-03 del 24 de marzo del 2003, determinó:

> "*… En el estudio del mercado relevante en términos geográficos se concluyó que la operación de concentración objeto de análisis afecta los territorios de la República Bolivariana de Venezuela, Colombia, Perú y Ecuador, de tal forma que debe considerarse que en el caso de que la cláusula de no competir llegara a abarcar un espacio más amplio al definido como relevante se estaría incurriendo en una conducta de restricción a la competencia, … . Para evitar esta situación debe acotarse expresamente que el límite del compromiso a la no participación como fabricante en los mercados producto definidos en el presente análisis, quedará determinado por la amplitud del mercado geográfico relevante, es decir, el territorio nacional, Y ASÍ SE DECLARA …*"

El análisis de la entonces Procompetencia incluyó los beneficios de la operación de concentración económica considerando el territorio del bloque andino, extrapolándose una evaluación desde el punto de vista territorial.

Luego de la salida de Venezuela de la CAN, cesó la aplicación de la norma andina, para dar paso a la incorporación en el estamento legal del MERCOSUR, que por supuesto incluyó la normativa en materia de competencia, dispositivo que nunca fue utilizado por el país desde entonces y tampoco se han conocido de resultados de intercambios u otros avances en esta materia en los que Venezuela participara. Adicionalmente, el país se encuentra suspendido en su condición de Estado Parte del MERCOSUR desde el 05 de agosto de 2017, por la aplicación del segundo párrafo del artículo 5° del Protocolo de Ushuaia.

Por otra parte, de darse un eventual levantamiento de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del Protocolo de Ushuaia, Venezuela aplicaría en materia de competencia y de cara a lo establecido en Acuerdo de Defensa de la Competencia del Mercosur, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio[5], que es su normativa y que contiene un enfoque distinto al que tuvo la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia de 1992.

ALGUNOS COMENTARIOS FINALES

A pesar de que Venezuela cuenta con una ley antimonopolio, desde el punto de vista de integración tiene retos para poder contar con un marco normativo que permita resguardar a sus empresas nacionales ante posibles prácticas restrictivas en el marco del intercambio comercial del bloque de integración al cual pertenezca. De mantenerse en el MERCOSUR, es importante la consideración de lo que el Acuerdo de Defensa de la Competencia del Mercosur dispone en línea con la ley antimonopolio vigente y si todo ello representa un esquema normativo eficiente para la defensa de la competencia.

Por otra parte, ante el anuncio de las intenciones de retorno a la Comunidad Andina, es importante el cómo se materializará, de si se trata de un regreso como miembro asociado o como miembro pleno[6], a todo efecto, suponiendo que se trate de una reincorporación plena, será importante el cómo se aplique la norma andina de acuerdo a lo contemplado en el estamento jurídico de la CAN, considerando la ley antimonopolio vigente y loque deberá

---

5 Publicada en la Gaceta Oficial Nº 40.549 de fecha 26 de noviembre de 2014.

6 Lo que genera la necesaria revisión del estamento jurídico tanto de MERCOSUR como de la CAN, para que se evalúe si efectivamente es posible que pueda estar como miembro pleno de ambos bloques de integración.

ser el trabajo técnico de la actual Superintendencia Antimonopolio, teniendo en cuenta los cambios que ha tenido la economía venezolana y su entorno legal para el desarrollo de actividades económicas.

La crisis generada por la Pandemia por COVID 19, generó un shock del lado de la demanda y de la oferta global, en medio de las medidas implementadas por los países (principalmente de cierre de actividades generales, limitaciones de movilidad, etc.) para mitigar el avance del virus, se vieron afectados tanto individuos, como empresas y los Gobiernos. En específico, en el caso de las firmas, además de afectarse su normal operatividad dadas las suspensiones de actividades económicas no esenciales, también se afectaron los modelos de negocios a nivel local e internacional. Estos reacomodos estratégicos dieron paso a cambios en las estructuras de mercado en cuanto a número de oferentes, debido al cierre de empresas así como también a fusiones y adquisiciones. En medio de estos cambios a nivel local y global, también se suscitaron discusiones acerca de cómo debían actuar las autoridades de competencia en medio de una situación crítica que tenía como fondo temas de salud pública y bienestar de los ciudadanos, y qué se requería de los marcos normativos vigentes en materia de competencia.

Por lo tanto, el replanteamiento de estrategias regulatorias en la etapa postpandemia será clave, y esto incluye a la regulación de competencia, con la consideración de las lecciones aprendidas tanto en esta crisis, así como en los cambios que previo a la aparición del COVID19 se estaban dando, sobre todo en el marco de la 4ta Revolución Industrial, el avance de la economía digital. Los cambios en los acuerdos regionales tomando en cuenta el enfoque de una mayor regionalización, el *nearshoring*, plantean nuevos retos para los Estados y el cómo abordan mejoras en sus normas nacionales de competencia, en las normas comunitarias y la vinculación de estas normas con otras, como por ejemplo, la regulación a las inversiones extranjeras, que tienen aspectos importantes a considerar en cuanto a cómo se revisan las posibles inversiones trasnacionales y cómo afectan la competencia en los países receptores, todos estos temas de importancia para el caso de Venezuela.

Seguramente con el profesor Arrieta se hubiese tenido una interesante discusión acerca de estos temas, por lo pronto, han quedado sus enseñanzas en quiénes tuvimos el privilegio de ser sus alumnos, incluidos los economistas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDWIN, Robert y CAVE, Martin. "Understanding Regulation", Oxford University Press, 1999.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas. "Derecho y Economía", en *Fondo de Cultura Económica*, México.

EGGERTSSON, Thráinn. "El Comportamiento Económico y las Instituciones, en *Alianza Editorial*. Madrid, 1995.

HERDEGEN, Matthias. "Derecho Económico Internacional", en *Biblioteca Jurídica DIKE*, Konrad Adenauer Sttiftung, 2da Edición Española, CIEDLA.

KELSEN, Hans. "Teoría Pura del Derecho", en *Editorial Universitaria de Buenos Aires, Sociedad de Economía Mixta*, Traducido del francés por Moisés Nilve, Decimoséptima edición, 1981.

POSNER, Richard. "El Análisis Económico del Derecho", en *Fondo de Cultura económica*. México. 1992.

ROEMER, Andrés. "Introducción al Análisis Económico del Derecho", en *Fondo de cultura Económica*, México, 1994.

Enlaces relevantes:

https://www.comunidadandina.org/

https://elordenmundial.com/mapas-y-graficos/mapa-bloques-comerciales-mundo/

https://www.mercosur.int/

www.wto.org

"EL PROTOCOLO DE MINNESOTA SOBRE LA INVESTIGACIÓN DE MUERTES POTENCIALMENTE ILÍCITAS. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE SU CONTENIDO E IMPORTANCIA"

Valentina GUZMÁN RAMOS*

I. INTRODUCCIÓN

Tras de recibir la invitación del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela para colaborar con el libro en honor al querido Profesor Raúl Arrieta Cuevas, sucedieron al menos cuatro eventos que me llevaron a tomar la decisión de indagar y escribir sobre el "Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas". El primero, el interesantísimo *podcast* de Radio Ambulante[1] titulado "El muerto que no

---

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho y Política Internacional por la UCV. Master en Derecho por la Universidad de Carleton en Canadá. Ha ejercido el derecho en Venezuela, en Fondo de Garantía de Depósitos Bancario (FOGADE) y en el ejercicio privado. Actualmente trabaja para la firma de comunicaciones satelitales TELESAT, en Canadá.

1 Radio Ambulante es una organización de periodismo narrativo conformado por un grupo de productores de radio, periodistas e ilustradores latinoamericanos que cubren historias de América Latina. Sus episodios son distribuidos por la *National Public Radio* (NPR), la radio pública de los Estados Unidos. Han colaborado con varios medios incluyendo *The New York Times*, *Radiolab*, *This American Life*, *Planet Money*, *All Things Considered*, *Reply All*, *ESPN 30 x 30*,

muere", el cual hace un recuento de las horas posteriores al fallecimiento del otrora líder de Sendero Luminoso Abimael Guzmán, el 11 de septiembre de 2021, en una cárcel de la Base Naval del Callao en Perú y los pasos que tuvieron que seguir los médicos forenses para examinar el cadáver siguiendo los lineamientos del mencionado protocolo[2]. Luego, recordar las circunstancias en las que falleciera el concejal venezolano Fernando Albán Salazar mientras estuvo detenido en la sede del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (Sebin) y las contradicciones que surgieron en relación a las causas de su fallecimiento por parte de las autoridades[3]. A esto –y sin ningún orden

---

PopUp Magazine, *California Sunday Magazine*, *Latino USA*, *Rough Translation*, Univision, Centro de Periodismo Investigativo de Puerto Rico y Las Raras Podcast, entre otros.

2 Cita del episodio "El muerto que no muere" de Radio Ambulante: "Como era una persona que había muerto en una prisión, no se le podía hacer una necropsia común y corriente. Con el cadáver de Guzmán aplicaron el Protocolo de Minnesota, un manual muy detallado que debe cumplirse ante potenciales asesinatos." La transcripción completa se puede encontrar en el siguiente enlace https://radioambulante.org/transcripcion/el-muerto-que-no-muere-transcripcion.

3 Luego de su detención el 5 de octubre de 2018, Fernando Albán Salazar –para entonces concejal por el partido Primero Justicia– fue detenido y llevado a la sede del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (Sebin) donde permaneció tres días hasta su muerte, el 8 de octubre. Según artículos de prensa publicados por *The Guardian* y *The New York Times*, las autoridades venezolanas afirmaron que Fernando Albán Salazar se había suicidado saltando desde el décimo piso de la sede del (Sebin). El cuerpo del concejal fue trasladado a la morgue de Bello Monte y posteriormente al Cementerio del Este en Caracas sin que se pudieran conocer los resultados de la autopsia. Líderes de la oposición venezolana negaron la versión oficial y solicitaron una investigación para determinar las causas de su fallecimiento. Ravina Shamdasani, vocera de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, dijo que las autoridades venezolanas estaban obligadas a garantizar la seguridad de Fernando Albán Salazar mientras estuviera bajo su custodia. Tarek William Saab, fiscal general de Venezuela, dijo que investigaría lo sucedido pero lo catalogó como un suicidio en una primera oportunidad. Posteriormente, en una entrevista transmitida por el canal de televisión Globovisión, el fiscal indicó que en el Ministerio Público "consideraban que hubo una actuación negligente de los funcionarios en custodia, pero que eso no los hacía responsables y que existía una autopsia perfectamente auditada que estaba a disposición de las partes"; días después Tarek William Saab anunció que la autopsia determinó que Albán murió por traumatismo con objeto contundente y que serían imputados los funcionarios

cronológico– le siguieron las noticias sobre la "guerra contra pandillas" del presidente Nayib Bukele en El Salvador y los abusos a los que están siendo sometidos los detenidos[4] y finalmente, el fallecimiento el pasado mes de octubre de Gershun Freeman, luego de recibir unas agresiones físicas por parte de los custodios de la cárcel donde cumplía condena en Memphis, Tennessee[5].

Miguel David Dos Santos Rodríguez (inspector) y el detective Keiberth José Cirelli Moreno por su presunta responsabilidad en el incumplimiento de mecanismos necesarios de custodia del concejal.

Uno de los principios en los que se fundamente el Protocolo establece que la investigación sobre toda muerte de un detenido o acusado deberá efectuarse sin distinción entre causas naturales, muerte por accidente, suicidio y homicidio. Efecto Cocuyo –medio de comunicación independiente venezolano– agrega en el artículo que se menciona más abajo que "Desde que ocurrió la muerte del concejal su familia ha venido pidiendo la aplicación del protocolo de Minnesota y Estambul donde se establece la exhumación del cuerpo en presencia de expertos internacionales independientes avalados."

Los artículos citados pueden leerse en estos enlaces: https://www.theguardian.com/world/2018/oct/09/fernando-alban-death-venezuela-opposition-politician-custody. https://www.nytimes.com/2018/10/09/world/americas/venezuela-opposition-death-alban.html. https://efectococuyo.com/politica/fiscalia-incumplio-cuatro-de-seis-principios-de-protocolo-de-minnesota-en-investigacion-de-alban/. https://efectococuyo.com/politica/tribunal-anula-sentencia-contra-funcionarios-acusados-por-el-caso-fernando-alban/. https://accesoalajusticia.org/cronologia-del-caso-de-fernando-alban/

4 Según un artículo de "El País" de España cuyo enlace copio al final de este párrafo, una investigación llevada a cabo por la Organización No-Gubernamental "Human Rights Watch" que tuvo acceso a una base de datos del Ministerio de Justicia de El Savaldor, "reveló que solamente durante los cinco primeros meses del régimen de excepción, de marzo a agosto, se registraron al menos 32 personas muertas bajo custodia sin aclarar las circunstancias". El artículo también señala que en los penales de Mariona e Izalco el número de muertes se elevó a 80 para finales de octubre de 2022. https://elpais.com /internacional/2023-03-26/los-abusos-en-las-carceles-de-bukele-lo-mataron-a-golpes-en-la-celda-y-lo-sacaron-a-rastras-como-a-un-animal.html

5 Gershun Freeman fue severamente golpeado por oficiales del Shelby County Criminal Justice Center, en Menphis, Tennessee, el pasado 5 de octubre de 2022. Un informe de la autopsia de la oficina del médico forense del condado de Shelby proporcionado a la cadena de noticias CNN dijo que Freeman estuvo involucrado en un altercado físico con oficiales correccionales antes de colapsar por un paro cardíaco. La autopsia detalla numerosas contusiones en el cuerpo de Freeman,

Las preguntas que surgen cuando se presentan situaciones como las arriba mencionadas siempre me han preocupado: ¿Quiénes son los responsables de conducir una investigación en el supuesto que se lleve a cabo?, ¿Cuáles son los parámetros y/o criterios para realizarla con objetividad y transparencia?, ¿Cuáles son las obligaciones del Estado donde se producen estas irregularidades?, ¿Se puede exigir un efectivo resarcimiento de daños en cumplimiento con las normas internacionales que regulan estas situaciones? ¿Qué han hecho los Estados para incluir lo estipulado en los tratados internacionales, protocolos y principios en su legislación interna?

Michael S. Pollanen[6] explica que cuando las personas mueren bajo custodia de agentes estatales, ya sea durante la detención policial o en prisión durante un encarcelamiento prolongado, la investigación de la muerte es **imperativa** (el resaltado es mío). El examen forense de las personas que mueren durante o bajo custodia de las autoridades estatales y el estudio sistemático de los casos y sus víctimas es vital para la protección de los derechos humanos y la estabilidad del régimen democrático; en concreto, el conocimiento de lesiones relacionadas con tortura y cómo realizar una autopsia médico-legal satisfactoria es fundamental para que la comunidad internacional, la sociedad en general y las familias de la víctima en particular, conozcan la verdadera causa de la muerte, se lleve a cabo un juicio justo contra quienes perpetraron algún delito en estas circunstancias y el correspondiente resarcimiento.

---

laceraciones en el cuero cabelludo y múltiples hemorragias en la cabeza y el cuello. Los médicos forenses determinaron que la causa de la muerte fue una exacerbación de "enfermedad cardiovascular debida a altercado físico y sometimiento". La noticia sobre este hecho puede leerse en el siguiente enlace: https://www.cnn.com/2023/03/18/us/gershun-freeman-memphis-jail-family-justice/index.html

6 Michael S. Pollanen MD, PhD, es el patólogo forense jefe de la provincia de Ontario –Canadá–, profesor de medicina de laboratorio y patobiología en la Universidad de Toronto, fundador del programa de patología forense del Real Colegio de Médicos y Cirujanos de Canadá y forense investigador de homicidios y muertes criminalmente sospechosas en Ontario.

II. APROBACIÓN DEL "PROTOCOLO DE MINNESOTA SOBRE LA INVESTIGACIÓN DE MUERTES POTENCIALMENTE ILÍCITAS" / "PRINCIPIOS RELATIVOS A UNA EFICAZ PREVENCIÓN E INVESTIGACIÓN DE LAS EJECUCIONES EXTRALEGALES, ARBITRARIAS O SUMARIAS"

En los últimos años, a raíz de los juicios de Nuremberg y las convenciones de Ginebra, se han elaborado varios documentos y protocolos internacionales para ayudar a garantizar una investigación adecuada de una muerte bajo custodia. Los conjuntos más importantes de directrices aceptadas internacionalmente se compilaron en lo que hoy conocemos como el "Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas" elaborado por las Naciones Unidas[7] (en lo adelante y por razones de brevedad, el "Protocolo") basado a su vez en los "Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias"[8].

La versión original del Protocolo se elaboró con la participación de un grupo multidisciplinario de expertos –juristas, médicos y peritos forenses,

---

7 La versión más reciente del "Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas" fue aprobada en el 2016. Se trata de una actualización de la original titulada "Manual de las Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias" aprobada en 1991 por la división de Prevención del Delito y Justicia Penal del Centro de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios. Este manual original se basó en los llamados "Principios de Minnesota" que son los "Principios de las Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias". Estos Principios fueron aprobados por la Resolución 44/162 (1989) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y abordan la prevención, investigación y enjuiciamiento de las muertes potencialmente ilícitas, y los recursos para las violaciones de derechos humanos asociados; siguen siendo válidos y no fueron modificados durante la actualización del Protocolo. Es importante destacar que los Principios son un instrumento de derecho blando (*"soft law"*), lo que significa que no son un tratado que tiene que ser firmado y ratificado por los Estados.

8 El documento completo de los "Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias" se puede encontrar en el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/principles-effective-prevention-and-investigation-extra-legal#:~:text=1.,la%20gravedad%20de%20tales%20delitos.

funcionarios policiales, antropólogos, etc.– dirigidos por el *Minnesota Lawyers International Human Rights Committee* con aportes del Programa de Ciencia y Derechos Humanos de la Asociación Estadounidense para el Avance de la Ciencia[9] cuya motivación fue "la toma de conciencia de algunos agentes de la sociedad civil de la inexistencia en esos momentos de una clara referencia internacional que sirviese de guía práctica para los encargados de llevar a cabo la investigación de muertes ocurridas en circunstancias sospechosas o como norma para evaluar ese tipo de investigación."[10]

Vale la pena destacar y describir a grandes rasgos los cuatro ámbitos que cubren los Principios citados y que sirvieron como fundamento para la redacción y posterior aprobación del Protocolo, a saber: **la prevención**, **la investigación, el enjuiciamiento, la interposición de recursos y la reparación**.

En relación a la **prevención** y partiendo de que el derecho a la vida es una norma de *jus cogens,* universalmente reconocido y protegido por los tratados internacionales y regionales, el derecho consuetudinario internacional y los sistemas jurídicos nacionales, se exige a los gobiernos que prohíban por ley, todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias y sumarias; que garanticen que cualquier ejecución se tipificará como delito en su legislación penal y que dichas actuaciones serán sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de la conducta.

La **investigación** de todos los posibles casos de ejecución –extralegales, arbitrarias y sumarias– deberá realizarse de forma exhaustiva, efectiva, oportuna e imparcial; se deberá determinar la causa, manera y momento de la muerte, la(s) persona(s) responsable(s) y los procedimientos o prácticas que

---

9 La Asociación Estadounidense para el Avance de la Ciencia (AAAS, por sus siglas en inglés) es una organización sin fines de lucro, cuyo propósito es promover la cooperación entre científicos, defender la libertad, fomentar la responsabilidad, apoyar la educación y divulgación científica a nivel internacional. Es la mayor y una de las más reconocidas sociedades científicas del mundo con más de 120.000 miembros.

10 Palabras de Zeid Ra'ad Al Hussein - Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos- durante la presentación de la versión revisada del Protocolo.

pudieran haberla provocado, incluyendo una autopsia adecuada[11], la recopilación y análisis de todas las pruebas físicas y documentales y las declaraciones de testigos[12]. El consecuente informe deberá ser escrito, público y dentro de un plazo razonable; deberá incluir el alcance de la investigación, los procedimientos y métodos utilizados para evaluar las pruebas, así como las conclusiones y recomendaciones basadas en los hechos y la legislación aplicable.

Para que sea efectivo el **enjuiciamiento** de los responsables y la **interposición de recursos,** los gobiernos velarán por el cumplimiento del debido proceso y que las personas responsables comparezcan frente a la justicia, sean juzgadas como corresponde y cumplan sus penas así amerite la solicitud de extradición del responsable en caso de no encontrarse en el territorio o jurisdicción donde se cometieron los hechos. En la "Guía para Profesionales No. 14 para la Investigación y Enjuiciamiento de Muertes Potencialmente Ilícitas" redactada por la Comisión Internacional de Juristas señala que "en se ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra u otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de enjuiciamiento a las personas presuntamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumaria[13]".

---

11 "… quienes realicen la autopsia deberán ser capaces de operar de forma imparcial e independiente frente a cualquier persona, organización o entidad potencialmente implicada." Cita extraída de la "Guía para profesionales No. 14 para la Investigación y Enjuiciamiento de Muertes Potencialmente Ilícitas" de la Comisión Internacional de Juristas.

12 "Los denunciantes, los testigos, quienes realicen la investigación y sus familias estarán protegidos de la violencia, amenazas de violencia o cualquier otra forma de intimidación. Aquellas personas potencialmente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias serán retiradas de cualquier posición de control o poder –directa o indirecta– sobre los denunciantes, los testigos y sus familias, así como sobre quienes realicen las investigaciones." Cita de la "Guía para Profesionales No. 14 para la Investigación y Enjuiciamiento de Muertes Potencialmente Ilícitas" de la Comisión Internacional de Juristas.

13 Davis Ohlin, autor del libro *The Assault on International Law* comenta que durante las semanas posteriores al 11 de septiembre y a petición de la Casa Blanca, se sometió a consideración del *Office of Legal Council* una serie de preguntas jurídicas cruciales para enfrentar la "Guerra contra el terrorismo" iniciada por la administración de George W. Bush: ¿Podía el presidente ordenar el bombardeo de los campos de entrenamiento de Al Qaeda en Afganistán? ¿Qué

Las personas cuyos derechos hayan sido violados deberán contar con el derecho a un recurso pleno y efectivo, acceso equitativo a la justicia y a una reparación adecuada, efectiva y rápida.

Finalmente, la **reparación** completa comprende "restitución, indemnización, readaptación, garantías de no repetición y satisfacción. La satisfacción incluye la verificación de los hechos y la revelación de la verdad al público por parte del gobierno, una explicación precisa de las violaciones ocurridas, la aplicación de sanciones a los responsables… y la búsqueda de las personas desaparecidas y de los cadáveres de las personas asesinadas.[14]"

III. CONTENIDO DEL "PROTOCOLO MINNESOTA SOBRE LA INVESTIGACIÓN DE MUERTES POTENCIALMENTE ILÍCITAS"

El Protocolo "establece una norma común de desempeño en la investigación de una muerte potencialmente ilícita y un conjunto común de principios y directrices para los Estados, las instituciones y las personas que

---

tipo de autorización del Congreso era necesaria para que el presidente pudiera utilizar la fuerza militar? Y, la más importante a los fines de este trabajo, ¿Podían los interrogadores torturar a los detenidos para extraer información vital sobre futuros atentados terroristas y cuáles son las potenciales consecuencias en caso de muerte de los sospechosos sometidos a estos interrogatorios?

Esta última pregunta la respondió John Yoo –profesor de Derecho en la Universidad de California y para ese entonces, asesor del *Office of Legal Council* y del Departamento de Estado–, quien llegó a la conclusión de que era "legal y moralmente permisible que los interrogadores utilizaran medidas coercitivas -e incluso la tortura- para inducir a un detenido a revelar información que pudiera salvar vidas estadounidenses". Yoo redactó el famoso "Memorando sobre la tortura" (oficialmente el "Memorando sobre el interrogatorio militar de combatientes ilegales extranjeros detenidos fuera de Estados Unidos") y concluía que "… aunque la ley federal contra la tortura no definía el "dolor agudo", podía extraerse una definición de una disposición de Medicare que permitía la prestación de servicios médicos de urgencia en casos de dolor agudo "capaz de producir un fallo orgánico o la muerte". Así pues, según el abogado, los interrogadores podían infligir todo el dolor que quisieran a un detenido, siempre que no le causara un fallo orgánico o la muerte, **y no se calificaría de tortura según la ley federal**" (el resaltado es mío).

14 Cita extraída de la sección Marco Jurídico Internacional, Sección B. "Rendición de cuentas y recursos" del "Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas".

participen en la investigación"[15] así como también describe los marcos jurídicos, técnicos y médicos que deben aplicarse para garantizar una investigación satisfactoria de la muerte de presos o detenidos. A continuación, se enumeran y describen brevemente cada una de las secciones de este instrumento jurídico.

La **Sección I** "**Objetivos y Ámbito de Aplicación**" enlista los principales escenarios en los que los Estados están en la obligación de seguir los lineamientos de este documento, a saber:

> "a) La muerte puede haber sido causada por actos u omisiones del Estado, de sus órganos o agentes, o puede ser atribuible al Estado, en violación de su obligación de respetar el derecho a la vida. Incluye, por ejemplo, todas las muertes posiblemente causadas por funcionarios de las fuerzas del orden u otros agentes del Estado; las muertes causadas por grupos paramilitares, milicias o "escuadrones de la muerte" sospechosos de actuar bajo la dirección del Estado o con su consentimiento o aquiescencia; así como las muertes causadas por fuerzas militares o de seguridad privadas en el ejercicio de funciones del Estado.
>
> b) La muerte sobrevino cuando la persona estaba detenida, o se encontraba bajo la custodia del Estado, sus órganos o agentes. Incluye este supuesto, por ejemplo, todas las muertes de personas detenidas en prisiones, en otros lugares de reclusión (oficiales y de otro tipo) y en otras instalaciones donde el Estado ejerce un mayor control sobre su vida.
>
> c) La muerte podría ser resultado del incumplimiento por el Estado de su obligación de proteger la vida. Incluye este supuesto, por ejemplo, cualquier situación en que un Estado no ejerza la diligencia debida para proteger a una persona o personas contra amenazas externas previsibles o actos de violencia por agentes no estatales.
>
> También es una obligación general del Estado investigar toda muerte ocurrida en circunstancias sospechosas, aun cuando no se denuncie o se sospeche que el Estado fue el causante de la muerte o se abstuvo ilícitamente de prevenirla."

---

[15] Preámbulo del documento en el que se aprueba el "Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas".

La **Sección II. "Marco jurídico internacional"** reúne los principios que dieron origen al Protocolo resaltando la importancia de "proteger el derecho a la vida y promover la justicia, la rendición de cuentas y el derecho a una reparación mediante la promoción de una investigación eficaz de toda muerte potencialmente ilícita o sospecha de desaparición forzada".

En la **Sección III. "Ética profesional"**, se señala la importancia de cumplir con las más estrictas normas profesionales y éticas durante el desarrollo de la investigación con el fin de asegurar la integridad, dignidad, bienestar y privacidad de las partes involucradas y la efectividad del proceso, resguardando el cumplimiento de la justicia y el respeto por los derechos humanos. El principio subyacente más importante para la investigación de las muertes bajo custodia policial es la independencia, es decir, la separación del aparato gubernamental o estatal y de los funcionarios involucrados en el proceso *per se*. La independencia de la investigación establece la necesidad de que desde el inicio los agentes involucrados actúen con transparencia, objetividad y claridad para lograr la credibilidad de las partes interesadas[16]. A su vez, es impostergable que la investigación sea pronta[17], efectiva[18], exhaustiva e imparcial[19].

La **Sección IV. "Desarrollo de una investigación"** enlista con detalle las medidas prácticas que deberán adoptarse en una investigación en las que

---

16 Pollanen, Michael S. *The Investigation of Human Rights Abuse: The Minnesota Protocol*. Extracto de una presentación efectuada en la Universidad de Ottawa, Canadá..

17 En la Sección II. Letra D "Elementos y principios de las investigaciones" del Protocolo, se hace énfasis en que "Las autoridades deben realizar una investigación lo antes posible y proceder sin demoras injustificadas."

18 En la sección citada en el punto anterior, el Protocolo señala que "Los investigadores deben, en la medida de lo posible, reunir y verificar… todas las pruebas testimoniales, documentales y físicas…" incluyendo la realización de una autopsia a tiempo. En caso de que no poder realizarse, se deberá justificar por escrito y someterse a la revisión judicial. La investigación también deberá llevarse a cabo con diligencia y por los organismos facultados para ello.

19 "Las investigaciones debe ser independientes de los presuntos culpables y de las unidades, instituciones y organismos a los que pertenezcan." La imparcialidad también conlleva que las conclusiones de la investigación no sea alteradas y que los profesionales encargados de conducirlas no sean intimidados, obstaculizados en sus labores y que pueda actuar sin estar expuestos a persecuciones, amenazas o sanciones. Sección II. Letra D del Protocolo.

se incluyen, entre otros, la determinación del lugar de la muerte o del delito[20], la identificación plena de la(s) víctima(s)[21], realización de entrevistas[22], recuperación de restos humanos y exhumación de cadáveres[23], la realización

[20] El Protocolo señala que es imperante que se localice e identifiquen todos los lugares físicos importantes, incluidos los lugares en que se encontraron la(s) víctima(s) con su(s) victimario(s) o cualesquiera sospecho(s), la ubicación del delito y los posibles lugares de enterramiento. Es impostergable preservar el lugar tal y como se encontró y evitar que circunstancias externas –como el clima, lluvias, tráfico de vehículos, paso de animales, etc. – deterioren o contaminen la escena del delito; para ello se insiste en que se deberá impedir la entrada de personal no autorizado para proteger y reunir de forma eficaz la mayor cantidad de pruebas posibles –documentales, materiales, biológicas y digitales– y reducir la contaminación o pérdida de cualquier tipo de evidencia. Los encargados de la investigación deberán contar con la indumentaria y los equipos apropiados tanto para el desarrollo de cada una de las etapas del proceso como para el mantenimiento de las pruebas –obtención de las pruebas, almacenamiento, transporte y análisis, etc.–

[21] Las letras A y E "Principios generales de las investigaciones" e "Identificación de cadáveres", respectivamente, describen la importancia de identificar a las víctimas. "Para que una identificación sea válida se precisan datos *ante morten* y *post mortem.* Informaciones relacionadas con el estilo de vida de la(s) víctima(s) y sus antecedentes políticos, religiosos, económicos, rutinas y actividades contribuyen a que la investigación sea más certera y cercana a la verdad. Existen numerosas técnicas para la identificación, algunas de ellas señaladas en el documento, a saber: reconocimiento visual del cadáver por parte de los familiares o conocidos, fichas dentales, registros físicos fiables o datos *ante mortem,* huellas dactilares y las pruebas de ADN (o ácido desoxirribonucleico).

[22] La sección *in commento* aconseja que se deben reunir todas las declaraciones de los testigos pertinentes, así como los relatos de los hechos facilitados por los funcionarios encargados de cumplir la ley. Es importante asegurar que la identidad y relatos de los testigos así como de los entrevistadores se mantengan en absoluta confidencialidad para asegurar la protección de los involucrados. De igual forma, es esencial contar con un programa de protección eficaz a los testigos desde el inicio de la investigación e incluso una vez terminado el proceso de recolección de información para evitar que los participantes sean objeto de malos tratos, amenazas o intimidación. El Protocolo compila todos estos puntos en la Sección IV. Letra C. "Entrevistas y protección de testigos".

[23] Según el Protocolo, los restos humanos son la prueba más importante en la escena de un delito y por ende, su manipulación y recuperación requieren especial atención y cuidado a través de prácticas forenses llevadas a cabo por personas con la capacitación y conocimientos adecuados (patólogos, antropólogos

de la autopsia[24], el análisis de los restos óseos[25], la elaboración de un informe que contenga los detalles de las líneas de investigación y sus resultados médicos y científicos los cuales deberán ser completos, precisos, oportunos y públicos. Para complementar estas instrucciones, la **Sección V "Directrices detalladas"** hace una descripción técnica más detallada de los procesos que deberán seguir los expertos durante la investigación para que el resultado de la misma sea lo más cercano posible a la verdad.

Finalmente se incluye un **"Glosario"** con los términos utilizados en el documento y varios **"Anexos"** con información técnica para ser utilizada como guía durante la investigación.

IV. TRES CASOS EN LATINOAMÉRICA: MÉXICO, BRASIL Y VENEZUELA

Junto con los Principios de Minnesota, el Protocolo ha sido utilizado por tribunales nacionales, regionales e internacionales y otros entes, incluyendo Tribunales Europeos de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Comité de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia. No obstante, se desconoce con qué frecuencia las investigaciones de las muertes se ajustan a lo establecido en el Protocolo; por ejemplo, se sabe que estos lineamientos no se aplican de forma generalizada en muchas jurisdicciones de Norteamérica, Europa, Latinoamérica o Australasia. Los responsables de los sistemas de investigación de muertes de todo el mundo deberían asegurarse de que sus propias jurisdicciones cumplan con lo establecido en el Protocolo.

---

y médicos forenses, detectives de la policía, etc.). En la Sección IV. Letra D. "Recuperación de restos humanos" se enlista una serie de prácticas para la preservación, análisis y tratamiento de los restos humanos según el estado y condiciones en las que se encuentran (por ejemplo, cadáveres intactos, restos óseos en superficie, cadáveres o restos óseos enterrados, etc.).

24 Siguiendo lo esgrimido por el Protocolo la función fundamental de una autopsia es (i) determinar la identidad del difunto; (ii) contribuir a asegurar que se descubran la causa y las circunstancias de la muerte por las implicaciones legales que esto acarrea. Por ejemplo, el informe de la autopsia puede determinar si el fallecido fue agredido, torturado o maltratado y si las lesiones le causaron la muerte o contribuyeron a ella.

25 Se trata de un examen post mortem adecuado del cadáver con resultados basados en pruebas y susceptibles de revisión independiente.

A título ilustrativo encontramos tres casos interesantes en relación a su aplicabilidad en Latinoamérica: México, Brasil y Venezuela.

En la decisión Nro. 449/2022 fechada 7 de diciembre de 2022, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México[26] determinó que, en cumplimiento de obligaciones y estándares internacionales asumidos por ese país, era pertinente que en la investigación de hechos delictivos que deriven de una ejecución extrajudicial por parte de miembros del Ejército Mexicano, las autoridades competentes revisaran si se habían aplicado las reglas contenidas en el Protocolo.

En su fallo, la Primera Sala consideró que el deber de realizar una investigación eficaz es consecuencia de la prevalencia derecho a la vida, a las garantías judiciales, el derecho al acceso a la justicia, del debido proceso y el deber del Estado de respetar los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, la Sala destacó lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido que, "en términos generales, el Protocolo de Minnesota es aplicable en toda investigación de muertes violentas, súbitas, inesperadas y sospechosas, incluidos los casos en que se presuma que ha habido una ejecución extralegal, arbitraria o sumaria… Por lo tanto, el Protocolo referido no debe ser desconocido en el contexto de la investigación de una ejecución extrajudicial pues, aunque fue elaborado como instrumento de *soft-law* o no vinculante, lo cierto es que se trata de un documento jurídicamente relevante cuya observancia podría desarrollar, maximizar y potencializar diversos derechos humanos, entre ellos el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente."

Adicionalmente sostuvo la Sala que los diversos protocolos, manuales y guías, entre otros, pueden expandir y mejorar el contenido de los derechos humanos y que su aplicación concuerda con el principio de progresividad de los derechos humanos previsto en el artículo 1° de la Constitución Mexicana que, en términos generales, "… ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas."

---

[26] El extracto de la sentencia en referencia se puede conseguir en este enlace de la página oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se cita a continuación: https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=7174.

Más adelante concluye que "… el alcance y nivel de protección reconocidos a los derechos humanos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, deben ser concebidos como un mínimo de que el Estado Mexicano tiene la obligación inmediata de respetar (no regresividad) y, a la vez, el punto de partida para su desarrollo gradual (deber positivo de progresar)."

En el caso de Brasil, el Supremo Tribunal Federal ha sostenido en diversas sentencias el carácter vinculante del Protocolo y la necesidad de crear un órgano pericial externo a la policía civil, en un escenario de urgente reforma estructural del Sistema de Justicia Penal y que es necesario, "… junto con la creación de un órgano pericial autónomo, un marco normativo a la luz del Protocolo de Minnesota, la capacitación de los profesionales involucrados y un plan presupuestario que garantice la viabilidad de tales medidas[27]."

Vale la pena también considerar el caso "Favela Nova Brasilia" sometido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 19 de mayo de 2015 y el importante precedente que se creó en relación a la responsabilidad del Estado brasileño frente a las fallas y demora en la investigación y sanción de los responsables por las presuntas ejecuciones extrajudiciales de 26 personas en el marco de dos redadas policiales efectuadas por la Policía Civil de Río de Janeiro el 18 de octubre de 1994 y el 8 de mayo de 1995 efectuadas en la ciudad de Río de Janeiro y la aplicabilidad del Protocolo. A tales efectos, la Corte decidió –entre otros aspectos– que: (i) el Estado era responsable por la violación del derecho a las garantías judiciales de independencia e imparcialidad de la investigación, debida diligencia y plazo razonable, establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (ii) el Estado debe conducir eficazmente la investigación sobre los hechos relacionados con las muertes ocurridas en la redada de 1994, con la debida diligencia y en un plazo razonable para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables; (iii) el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, en relación con los hechos del caso y su posterior investigación; (iv) el Estado… "debe establecer los mecanismos normativos necesarios para que en supuestos de presuntas muertes, tortura o violencia sexual derivadas de intervención policial, en que *prima facie* aparezca como posible imputado personal policial, desde la *notitia criminis* se encargue la investigación a un órgano independiente y diferente

---

27 Prates, Fernanda y Bottino, Thiago. *"Diretrizes para a Investigação de Mortes por Intervenção de Agentes o Estado: Uma Análise do Protocolo de Minnesota (Alto Comissariado Das Nações Unidas para os Direitos Humanos"*.

de la fuerza pública involucrada en el incidente, tales como una autoridad judicial o el Ministerio Público, asistido por personal policial, técnico criminalístico y administrativo ajeno al cuerpo de seguridad al que pertenezca el posible imputado o imputados."[28]

En el caso de Venezuela, la muerte del concejal Fernando Albán Salazar es uno de los varios ejemplos en los que se aprecia la carencia de mecanismos internos para hacer valer lo estipulado en el Protocolo y del poco interés que tiene el Estado en respetarlo[29]. Aunque el fiscal designado por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), Tarek William Saab, se pronunció de manera inmediata para confirmar la muerte del funcionario, lo hizo a las pocas horas del fallecimiento sin que concluyera una investigación exhaustiva. El portal de noticias Efecto Cocuyo además señaló que (i) la autopsia no fue realizada por un médico forense calificado y los resultados fueron contradictorios y no esclarecidos; (ii) los familiares no tuvieron acceso a la víctima durante su detención ni a la investigación luego de su muerte; y (iii) se vulneraron los principios de independencia e imparcialidad del proceso dada la evidente afiliación política de los funcionarios del Ministerio Público encargados de investigar el caso[30].

---

[28] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Favela Nova Brasilia vs. Brasil". Sentencia del 16 de febrero de 2017.

[29] Rafael Acosta Arévalo y más reciente Leoner Azuaje, son dos casos más donde el Estado venezolano ha incumplido con lo estipulado en el Protocolo. Según la Organización No Gubernamental Amnistía Internacional, "Contrariamente al resultado de la investigación de la justicia venezolana, Rafael Acosta Arévalo no murió en un hospital. Fue desaparecido forzosamente, torturado y murió ante un juez." El caso de Leoner Azuaje se asemeja al de Fernando Albán Salazar toda vez que el fiscal general emitió un comunicado a los tres días de su fallecimiento, aduciendo que el motivo de la muerte de este individuo había sido suicidio. La información sobre ambos casos puede leerse en los siguientes enlaces: https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2020/09/venezuela-nueva-evidencia-muerte-rafael-acosta-arevalo/. https://www.asambleanacionalvenezuela.org/noticias /an-rechaza-muerte-de-leoner-azuaje-en-extranas-circuns tancias-y-pide-aplicar-el-protocolo-de-minnesota

[30] El artículo en referencia se puede encontrar en el siguiente enlace: https://efectococuyo.com/politica/fiscalia-incumplio-cuatro-de-seis-principios-de-pro tocolo-de-minnesota-en-investigacion-de-alban/

CONCLUSIÓN

Partiendo del reconocimiento universal del derecho a la vida como un derecho humano fundamental "cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos"[31] los Estados están en la obligación no sólo de propiciar las condiciones para evitar arbitrariedades por parte de los funcionarios encargados de la custodia de detenidos, enjuiciados o encarcelados, sino de comprometerse a adoptar medidas efectivas para la preservación de la vida y en el caso lamentable de ejecuciones ilegales y extrajudiciales, proveer mecanismos efectivos para realizar la investigación que conduzca a la verdad, que los responsables rindan cuentas, sean juzgados y castigados como consecuencias de sus actos criminales y posteriormente adoptar las medidas para la reparación completa a los familiares, lo cual comprende la restitución, indemnización, readaptación, garantías de no repetición y el resarcimiento de los daños morales. El trabajo que la comunidad internacional ha desarrollado para contar con tratados, protocolos, instrucciones, manuales y/o lineamientos en este sentido es extenso, exhaustivo y detallado, como es el caso del "Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas". Toca pues implementar estos instrumentos con rigurosidad y efectividad para que no prevalezca la impunidad, se fortalezca la confianza en el debido proceso y en el estado de Derecho, tengamos plena seguridad jurídica como individuos y sigamos construyendo mejores democracias.

Tuve el privilegio de conocer y ser alumna del Profesor Raúl Arrieta Cuevas en una primera oportunidad, en el curso de Obligaciones en la Universidad Católica Andrés Bello y luego, en el post-grado en Derecho y Política Internacional de la Universidad Central de Venezuela. No pareciera coincidencia que primero aprendiera la responsabilidad que conlleva el proceder de un individuo, los entes u órganos del Estado frente a un tercero por sus acciones u omisiones y después, en una esfera más amplia, la connotación internacional que adquiere la conducta u omisión de los sujetos en sus actuaciones, más aún cuando los derechos a preservarse son el de la vida y la integridad. Siempre incisivo y directo, agudo y profundo en sus análisis, nos enseñó a escudriñar al detalle, a ser profundos en nuestros análisis, a investigar, producir y compartir conocimientos en el siempre interesante y dinámico mundo del Derecho Internacional Público. A él, este homenaje por su contribución a la Academia, al Derecho y a cada uno de sus alumnos.

---

31 Cofavic. "Ejecuciones extrajudiciales y el Protocolo de Minnesota" (2017).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Comisión Internacional de Juristas, "Guía para Profesionales No. 14 para la Investigación y Enjuiciamiento de Muertes Potencialmente Ilícitas", 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 16 de febrero de 2017, Caso "Favela Nova Brasilia vs. Brasil, Fondo, Reparaciones y Costas*"*.

OHLIN, Jens David. "The Assault on International Law", Oxford University Press, 2015.

O'NEILL, Onora. "Justice Across Boundaries. Whose Obligations?", Cambridge University Press, 2017.

POLLANEN, Michael S. "The pathology of torture", Forensic Science International, Elsevier Ireland Ltd, 2018.

PRATES, Fernanda y BOTTINO, Thiago. "Diretrizes para a Investigação de Mortes por Intervenção de Agentes o Estado: Uma análise do Protocolo de Minnesota (Alto Comissariado Das Nações Unidas para os Direitos Humanos", Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2022.

Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, 2016.

Suprema Corte de Justicia de la Nación México, Amparo directo en revisión 13/2021, Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, Resuelto en sesión de 7 de diciembre de 2022.

¿ES POSIBLE UNA CONCEPTUALIZACIÓN CONSENSUADA Y UNIVERSAL DEL TERRORISMO?

Karla HERNÁNDEZ SCOTT*

Existe una multiplicidad de conceptos de terrorismo, los cuales responden a intereses particulares dependiendo de cada uno de los Estados que conforman el actual Sistema Internacional que, en términos de seguridad, a raíz de los hechos acontecidos en Estados Unidos de América el 11 de septiembre de 2001[1].

Este Sistema Internacional se pudiera caracterizar por la **existencia de una correlación de importancia entre el poder y la seguridad**, que distingue la "proyección de poderío" de la "proyección de seguridad"; y ha influenciado de manera directa l**o imprevisible y variado** que identifica a las actuales amenazas como consecuencia de la existencia de Estados inestables transformados en agresores, así como las guerras regionales y conflictos fronterizos, étnicos, raciales y religiosos, bien sean en su forma interestatales e intraestatales.

---

* Aspirante a Doctora en Historia (UCAB), Magister en Historia de América (UCAB), Especialista en Derecho y Política Internacionales (UCV), Licenciada en Ciencias Políticas y Administrativas (UCV), Analista internacional en la Asamblea Nacional.

1 Se toma en consideración a los EE.UU., por ser un país que ostenta Política Internacional, en cuanto que su Política Exterior condiciona a otras políticas exteriores, que forman una totalidad de la Política Internacional. Sin embargo, esa singularidad la comparte con otros países, como Rusia y China. Una balanza de poder en cuanto a términos económicos y de seguridad, pero en términos de su concepción sobre los valores democráticos.

Según la Organización de Naciones Unidas[2], seis grupos de amenazas deben preocupar al mundo: guerras entre Estados; violencia dentro del Estado, con inclusión de guerras civiles, abusos en gran escala de los Derechos Humanos y Genocidio; pobreza, enfermedades infecciosas y degradación del medio ambiente; armas nucleares, radiológicas, químicas y biológicas; terrorismo; y delincuencia transnacional organizada. En consecuencia, el terrorismo se considera una amenaza actual para la humanidad, de ahí la importancia de su estudio, y la construcción de una definición universal y consensuada.

El terrorismo internacional representa una fuente constante de riesgos para la paz del mundo, particularmente en su modalidad de narcoterrorismo que amenaza el capital social y la estabilidad de los países en América Latina, constituyéndose en un factor influyente geopolíticamente hablando, cuyas múltiples aristas son susceptibles de análisis profundo.

Pero más allá de esta exigencia jurídico-política, está la necesidad de plantearse interrogantes dirigidas a esclarecer desde la perspectiva teórica el fenómeno del terrorismo internacional, especialmente en estos momentos tan confusos en los cuales la seguridad se convierte en el principal factor de poder. Entre algunas de las interrogantes planteadas tenemos: ¿Protestar o manifestar públicamente desde cualquiera de sus perspectivas de justificación y propósito, puede considerarse un acto terrorista? ¿Calificar al terrorismo como un hecho delictuoso, en un momento dado, contribuye a la lucha contra el terrorismo internacional? ¿Cómo se concibe la libertad para las distintas civilizaciones en el mundo? ¿Es igual el terrorismo para las distintas civilizaciones en el mundo? ¿Es igual asesinar a un ciudadano común que a un agente del Estado? O ¿Acaso el argumento de la lucha contra el terrorismo se está convirtiendo en un instrumento de poder que viola constantemente los Derechos Humanos?

Responder a estas preguntas contribuiría a definir qué es terrorismo, y qué lo diferencia de otras formas de violencia política, lo cual permitiría un acercamiento real a la definición universal y consensuada de dicho término, bien sea que se apruebe en el marco de las Naciones Unidas, o a través de las diferentes organizaciones regionales; pero lo importante es la claridad en el abordaje del problema.

---

[2] Órgano por excelencia del Derecho Internacional Público que tiene como objetivo los principios y prioridades compartidos, para lograr un mundo mejor, a través de la búsqueda de la paz y seguridad internacionales.

El término terrorismo proviene etimológicamente de la palabra terror del latín terror, –oris, de terrere: causar el temblor. Asustar, infundir miedo, atemorizar, aterrorizar del indoeuropeo ters metátesis de tres– temblar de ter – temblar y del latín or: terminación nominal "estado de": calidad, estado, actividad. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, define la palabra terror[3] como masculino, espanto, pavor de un mal que amenaza, de un peligro que se teme.

Este diccionario, define al Terrorismo, como dominación por el terror (o sea, dominación por un miedo muy intenso), y también le denomina como una sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror (es decir, un miedo muy intenso). Y al término terrorista, lo califica como adjetivo, entendiéndose por aquel que practica actos de terrorismo (es decir, actos de miedo intenso).

Desde el punto de vista de las ciencias políticas, se entiende por terrorismo un tipo específico de régimen o un instrumento de emergencia a que recurre un gobierno para mantenerse en el poder. Uno de los ejemplos históricos más conocidos lo constituye una etapa de la Revolución Francesa protagonizada por Robespierre y Saint Just, entre 1792 y 1794, la cual se caracterizó por el predominio de la represión y ejecuciones políticas sobre los adversarios al régimen, a tal punto que dicha etapa es conocida en la historiografía moderna como la etapa del terror; no obstante lo cual, tres siglos antes Maquiavelo señalaba que para "controlar el estado" (o sea para conservar el poder) era necesario periódicamente "provocar el terror y el miedo que se había producido en el momento de la toma del poder"[4].

---

[3] Terror en la mitología griega, es el dios del terror que moraba en la entrada del tártaro. Era hijo de Ares (dios de la guerra) y Afrodita (diosa del amor) y auriga del carro de Ares. Con lo cual la proverbial sabiduría griega del mito compendia dos actividades en las que se emplea la estratagema, la sorpresa y la pasión, incluso el amor también puede temerse y además desarrollando una actividad que requiere temeridad y sangre fría como componente cognoscitivo que desprecia las consecuencias: conducir un carro de guerra en el fragor del caos del combate. Sin embargo, el término terror ha sido utilizado a lo largo de la historia, remontándose su uso en sociedades más antiguas, como Egipto, Grecia y Roma, como instrumento de control político. Durante la Edad Media también fue usado con fruición, en especial en el mantenimiento de privilegios feudales o para imponer creencias religiosas como es el caso de la Inquisición y la Iglesia Católica. Se relaciona al terror con medios y formas de obtención y conservación del dominio político.

[4] Norberto Bobbio, *Diccionario de Política*, Vol. 2, Siglo veintiuno editores, México, segunda edición 1976, p. 1568-1570.

En este orden de ideas, el terrorismo se define como un conjunto de acciones de naturaleza colectiva de forma sistemática, dirigida a un grupo determinado de personas con el fin de crear un estado de inestabilidad de forma creciente. También se entiende como un tipo de violencia que persigue propósitos políticos, y que indudablemente genera temor. El Término "terrorismo" significa, pues, violencia premeditada y políticamente motivada, perpetrada contra no combatientes por grupos subnacionales o agentes clandestinos, usualmente con la intención de influir en el público. Analizando a Mary Kaldor[5] las zonas de paz y de guerra coexisten en un espacio territorial. Las fronteras entre sentirse seguro y no seguro, están cada vez más difuminadas. Los rasgos de las nuevas guerras –la política de identidades, la descentralización de la violencia, la economía de guerra globalizada– pueden ser detectadas a nivel mundial, tanto en mayor como en menor medida. Pero si no es posible contener a las nuevas guerras desde el punto de vista territorial ¿será posible lo propio desde el punto de vista político? Por ello es difícil en la actualidad dar una respuesta clara a la pacificación sin límites territoriales: *"...existe una relación compleja entre los procesos de la gobernanza (como se gestionan los asuntos humanos), la legitimidad (sobre la que reposa el poder de gobernar y las formas de seguridad (como se controla la violencia organizada) ..."*.

Falcón e Iglesias[6], en su libro ¿Qué es el terrorismo? distinguen al terrorismo del ámbito político interno del terrorismo en el ámbito de las relaciones internacionales contemporáneas, profundizando en el concepto, estos autores mencionan dos perspectivas: una desde el punto de vista de la política interna, que se entiende como el instrumento a que recurren grupos opositores al gobierno para derrocarlo, utilizando el terror como factor de coacción y movilización de la población, a fin de crear en ella la sensación de inseguridad, a la vez que la imagen de ineptitud o incapacidad del gobierno para así mantener el orden; y la otra desde el punto de vista de las relaciones internacionales. El principal problema es la unidad de definición de lo que puede o debe llamarse terrorismo. El terrorismo no es un problema local de países específicos, es un asunto que involucra un sinnúmero de aspectos internacionales, entre los cuales se destacan:

---

5 Mary Kaldor, *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*, Tusquets editores, España, 2001, p. 189.

6 Fernando Falcón y Eduardo Iglesias, *¿Qué es el terrorismo?* Editorial Panapo, Caracas, p. 22-23.

- Las organizaciones terroristas pueden llevar a cabo ataques en una variedad de países;
- Las víctimas de los ataques pueden ser de diferentes nacionalidades;
- Las oficinas, cuarteles y campos de entrenamiento de las organizaciones terroristas funcionan en varios países;
- Las organizaciones terroristas reciben ayuda directa e indirecta de diferentes estados, enrolan o reclutan apoyo de personas de distintas creencias religiosas y nacionalidades y se aseguran ayuda económica a través del complicado mundo de las finanzas internacionales.

Ahora bien, un autor importante a considerar en el análisis de la conceptualización del terrorismo es el investigador italiano Antonio Cassese quien, con su enfoque sistemático, en su obra International Criminal Law (2003) resalta los rasgos principales que caracterizan al terrorismo:

- "Despersonalización de la víctima"[7]. Para el perpetrador, la víctima carece de importancia. El terrorista ataca a las personas al azar. Lo más importante es que la víctima sea asesinada, herida, amenazada o en todo caso coaccionada a fin de que los propósitos políticos, religiosos o ideológicos puedan ser alcanzados.
- Los actos terroristas para que constituyan un delito internacional propiamente dicho deben mostrar nexos con un conflicto armado interno o internacional (esto es un enfrentamiento militar entre dos Estados o entre dos grupos armados dentro de un Estado) o debe adquirir una magnitud tal que muestre el sello característico de un crimen de lesa humanidad, o debe involucrar autoridades estatales y exhibir una dimensión transnacional, esto es que no debe permanecer confinados al territorio de un Estado sino expandirse a otros Estados poniendo en peligro su seguridad.
- El terrorismo es criminal tanto al ser perpetrado por individuos actuando privadamente (normalmente como miembros de una organización o agrupación terrorista) o por oficiales estatales. Aquí el autor no diferencia el tipo de terrorismo de Estado, sino que lo incluye como delito internacional. En este último caso, por supuesto, conjuntamente con la responsabilidad penal individual, el acto puede

[7] El autor cita esta expresión del abogado penalista francés M. Delmas – Marty.

acarrear responsabilidad internacional del estado. Ésta puede extenderse si ese Estado consiente, tolera o fomenta actividades dentro de su territorio orientadas a la comisión de tales actos en el extranjero.

A este respecto, el profesor Raúl Arrieta introdujo un enfoque de vital importancia, referido a la capacidad generalmente reconocida a las organizaciones internacionales para originar costumbre vigente tanto en el ordenamiento jurídico interno como en el internacional. Citando a Thirlway, afirma que es este el caso de las principales resoluciones de la ONU concernientes al terrorismo. Reconocía este autor que ante la ausencia de un tratado universal sobre la materia, el régimen legal internacional sobre terrorismo se ha desarrollado en base a la proliferación de acuerdos universales o regionales, Arrieta insistía, sin embargo, en que estos formaban parte del derecho consuetudinario, haciendo especial hincapié en la Declaración de 1994, la cual al ser adoptada por aclamación y reiterar en su contenido la condena al terrorismo como un crimen injustificable, constituía prueba de una Costumbre Internacional.

En opinión del autor:

> "*la evidencia de la práctica en la formación del Derecho Consuetudiario Internacional se manifiesta a través de una variedad de fuentes materiales, incluyendo la correspondencia diplomática, las declaraciones políticas, los comunicados de prensa, las opiniones de los asesores legales de los gobiernos, manuales militares, actos y prácticas administrativas, considerandos de los tratados, entre otras muchas*"[8].

En razón de este argumento, las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU adoptadas por unanimidad constituyen prueba de una Costumbre Internacional; afirma Arrieta que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha confirmado en reiteradas oportunidades que dichas resoluciones, bajo ciertas circunstancias, pueden constituir evidencia de *opinio juris,* teniendo así valor normativo e incluso, si el análisis de una serie de resoluciones así lo demuestra, revelar la evolución gradual de la *opinio juris* requerida para el surgimiento de una nueva norma.

---

[8] Raúl Arrieta, *Terrorismo transnacional: Estados que lo apoyan y Estados que los protegen,* en Homenaje a Andrés Aguilar, Instituto de Derecho Público, U.C.V. 2005.

Concluía Arrieta, en primer lugar, que en virtud de los criterios expuestos, la citada Declaración de 1994 (así como las de 1970, 1972, 1985 y 1987):

> "*…perfectamente pueden incluirse en la calificación de normas del derecho consuetudinario, que criminalizan como terrorista los actos que intentan o que calculadamente provocan un estado de terror, y que requieren de ciertas acciones por parte de los Estados para prevenir y sancionar dichos actos*"[9].

Como segunda conclusión, estimaba el autor que si bien es dudoso el carácter de los tratados contra actos específicos de terrorismo como fuentes de derecho consuetudinario, no hay lugar a duda alguna al respecto en referencia a las resoluciones precitadas, y finalmente, supone que el surgimiento de normas del derecho consuetudinario no menoscaban o derogan el derecho de los pueblos bajo dominación colonial, extranjera o de cualquier tipo a luchar por su autodeterminación o independencia, puesto que dicha conducta también constituye derecho de acuerdo al Derecho Internacional Consuetudinario, si bien debe ser ejercido de conformidad con la Carta de la ONU y la Declaración de Relaciones de Amistad y Cooperación entre Estados.[10]

El terrorismo es ominoso: requiere del sufrimiento de otros para existir, y considerándose que es una forma de violencia política, se tiene que la violencia siempre ha sido y será el instrumento de la revancha humana. El concepto de terrorismo debe expresar o estipular la desestabilización emocional, espiritual y física que sus actos causan en los ciudadanos, lo cual genera o produce un estado de ánimo de terror generalizado, implicando una ruptura de la esencia de la condición humana[11]. Los diferentes conceptos de terrorismo existentes a la fecha responden en su mayoría a intereses de poder, descuidando la consideración de la psique del hombre, y el constante miedo que numerosos ciudadanos sufren actualmente por actos terroristas.

---

9 *Ibídem*, Párrafo 47.

10 UN/AG Res. 3314 (XXIX) 14 de diciembre de 1964; Convención sobre rehenes. Art. 12 y UN/AG Res 42/159 de 1987, Preámbulo.

11 Hannah Arendt, en su libro La Condición Humana, nos plantea que esa condición humana, se manifiesta a través de la labor, trabajo y acción.

Es necesario también hacer notar que los grupos terroristas en casi todas las ocasiones actúan como ONG's[12], lo cual constituye un importante elemento a considerar a los efectos del análisis de dicho fenómeno, por cuanto la "transnacionalización" de éste, derivada del hecho de que sus miembros suelen ser ciudadanos de diferentes países, entrenándose y actuando en territorios frecuentemente distantes a su región de origen, lo que dificulta su localización y neutralización haciendo menos efectivos los planes de lucha contra el terrorismo.

Como aporte a la definición del terrorismo internacional, Cassese identificaba los siguientes elementos inherentes a dicha definición:

- Los actos deben constituir una ofensa criminal bajo la mayoría de los sistemas legales nacionales (por ejemplo, asalto, tortura, asesinato, secuestro, toma de rehenes, extorsión, atentados con explosivos e incendio);

- Los hechos en cuestión deben estar encaminados a difundir el terror (esto es, miedo e intimidación) por intermedio de acciones violentas o la amenaza de las mismas dirigidas contra un Estado, el público o grupos particulares de personas;

- Dichas acciones deben estar motivadas política, religiosa o ideológicamente, esto es, no deberse a la persecución de fines privados o particulares;

- Las acciones deben tener un interés especial: difundir el pánico entre la población.

Este autor estima que diferentes instrumentos tanto nacionales como internacionales prohíben el terrorismo, convergiendo en los elementos característicos de los hechos terroristas, entre los cuales tenemos, jurídicamente hablando, actos como: ataques a civiles, crear sensación de miedo, daños físicos y corporales, modificación de conducta, etc.

Por ello, considera que, si bien los intentos de definición del terrorismo en términos claros y generalmente aceptados por parte de la comunidad internacional han sido infructuosos, ésta existe, subyacente en todos los

---

[12] Se entiende por ONG todo grupo, asociación o movimiento constituido de forma duradera por particulares pertenecientes a diferentes países con la finalidad de alcanzar objetivos no lucrativos, según Merle, Marcel (2000), en su libro *Sociología de las Relaciones Internacionales*, p. 413.

instrumentos jurídicos internacionales y nacionales vigentes, por cuanto estos comprenden, conocen y abordan el fenómeno, pero no lo enfrentan definiéndolo, sino sólo criminalizando los diferentes actos que lo componen.

La futura redacción de un concepto de terrorismo universal y consensuado, de conformidad con las diferentes normativas legales e instrumentos internacionales de carácter universal y regional, así como los estudios científicos existentes sobre este tema nos plantea dos inquietudes intelectuales: una desde la perspectiva jurídica, calificando al terrorismo como hecho delictuoso y definiéndolo como grave o menos grave de acuerdo a la naturaleza de los actos ejecutados; y otra perspectiva de carácter político que concibe al fenómeno estudiado como problema de Estado, el cual implica por tanto la perturbación de la estructura interna, y la vulnerabilidad de los valores democráticos básicos tales como la vida, integridad, libertad y paz, así como su concepción en el marco de una guerra de independencia o liberación.

Entre las acciones concretas del Sistema Internacional está la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía Estatal (ICISS), que se creó en septiembre del 2000 para desarrollar un consenso político global sobre cómo y cuándo debe responder la comunidad internacional ante crisis emergentes con potencial de convertirse en pérdidas de vidas a gran escala y otros crímenes contra la humanidad. El concepto de "responsabilidad de proteger" comprende tres (3) elementos centrales, que agrupan las acciones a llevar a cabo en caso de conflictos violentos o catástrofes humanos, a saber: prevenir, reaccionar y reconstruir[13].

En este sentido, la Estrategia Global de las Naciones contra el Terrorismo (resolución A/RES/60/288) es un instrumento mundial único que promueve los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales de lucha contra el terrorismo. Se adoptó por consenso en 2006, todos los estados miembros de las Naciones Unidas acordaron por primera vez un enfoque estratégico y operacional común para luchar contra el terrorismo. No se logra un concepto consensuado y universal del terrorismo, pero sí una estrategia común para la lucha contra el terrorismo.

La Estrategia Global consta de cuatro pilares:

---

[13] Juan Carlos Vargas y Sharon Aiko Manno, "Resolución de conflictos en el Sistema Internacional: Gobernabilidad y Democracia cosmopolita", en *Mundo Nuevo*, Nro. 5, Año III, 2011, p. 233-234.

1. Medidas para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo.

2. Medidas para prevenir y combatir el terrorismo.

3. Medidas destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y luchar contra él, y a fortalecer el papel del sistema de las Naciones Unidas a ese respecto.

4. Medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo.

La Asamblea General examina la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo cada dos años, por lo que ésta es un documento en constante evolución que está en sintonía con las prioridades de los Estados Miembros en materia de lucha contra el terrorismo[14].

Otra acción importante en el marco del Sistema de las Naciones Unidas, es la Oficina de las Naciones Unidas contra el Terrorismo (OLCT)[15] que se estableció el 15 de junio de 2017 mediante la adopción de la resolución 71/291 de la Asamblea General de las Naciones Unidas[16]. Su función esencial es apoyar a los Estados miembros en la aplicación de la Estrategia Global[17] en concordancia con el Centro de las Naciones Unidas de Lucha contra el Terrorismo (CNULCT), que es el principal brazo de la OLCT en materia de creación de capacidad y asistencia a los Estados Miembros con proyectos y programas de lucha contra el terrorismo en todo el mundo.

---

14 El sexto examen de la Estrategia tuvo lugar el 26 de junio de 2018. La Asamblea General examinó el informe del Secretario General de las Naciones Unidas (A/72/840) sobre la aplicación de la Estrategia en los dos últimos años. La Asamblea aprobó la resolución A/RES/72/284, relativa al examen de la Estrategia por consenso, como había hecho con las otras cinco resoluciones anteriores sobre el examen de la Estrategia.

15 El Pacto Mundial de Coordinación de la Lucha contra el Terrorismo de las Naciones Unidas (antiguo Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo) y el Centro de las Naciones Unidas de Lucha Contra el Terrorismo se trasladaron del Departamento de Asuntos Políticos y de Consolidación de la Paz de las Naciones Unidas a la nueva Oficina de Lucha Contra el Terrorismo.

16 Su primer secretario general adjunto fue el Sr. Vladimir Voronkov.

17 La Asamblea General de las Naciones Unidas establece las prioridades de la OLCT a través de las resoluciones del examen bienal de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo.

Esta Oficina de Lucha Contra el Terrorismo tiene cinco funciones principales:

1. Liderar los mandatos de lucha contra el terrorismo de la Asamblea General que se encomiendan al Secretario General desde las distintas entidades del sistema de las Naciones Unidas.

2. Reforzar la coordinación y la coherencia entre las entidades del Pacto Mundial de Coordinación de la Lucha Antiterrorista de las Naciones Unidas a fin de garantizar la aplicación equilibrada de los cuatro pilares de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo.

3. Mejorar la prestación de asistencia de la Organización a los Estados Miembros para la creación de capacidad contra el terrorismo.

4. Aumentar la visibilidad y la promoción de las actividades de las Naciones Unidas contra el terrorismo, así como la movilización de recursos destinados a esas iniciativas.

5. Velar por que se dé la prioridad oportuna a la lucha contra el terrorismo en todo el sistema de las Naciones Unidas y por qué la importante labor de prevención del extremismo violento se asiente firmemente en la Estrategia.

La comunidad internacional ha creado 19 instrumentos jurídicos internacionales desde 1963 que han tenido como fin la prevención de los actos terroristas. Esos instrumentos se han elaborado en el marco de las Naciones Unidas y el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA).

1. Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, 1963. Se aplica a los actos que afecten a la seguridad durante el vuelo.

2. Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, 1970. Considera delito que una persona, estando a bordo de una aeronave en vuelo, «ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma» o intente hacerlo.

3. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 1971. Establece que comete un delito quien ilícita e intencionalmente perpetre un acto de violencia contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo si ese acto pudiera poner en

peligro la seguridad de la aeronave; coloque un artefacto explosivo en una aeronave; o intente cometer esos actos; o sea cómplice de una persona que perpetre o intente perpetrar tales actos.

4. Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, Complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 1988. Amplía las disposiciones del Convenio de Montreal para incluir los actos terroristas cometidos en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional.

5. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Relacionados con la Aviación Civil Internacional, 2010. Tipifica como delito el acto de usar aeronaves civiles como armas para causar la muerte, lesiones o daños.

6. Protocolo Complementario del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, 2010. Complementa el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves.

7. Protocolo que modifica el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, 2014. Instrumento sobre la protección de personal internacional

8. Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, 1973. Entiende por «persona internacionalmente protegida» un Jefe de Estado, Ministro de Relaciones Exteriores, representante o funcionario de un Estado o una organización internacional que tenga derecho a protección especial en un Estado extranjero y sus familiares.

9. Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, 1979. Dispone que «toda persona que se apodere de otra o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención».

10. Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, 1980. Tipifica como delito la posesión, la utilización, la transferencia y el robo de materiales nucleares sin autorización legal, y la amenaza del empleo de materiales nucleares para causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales.

11. Enmiendas a la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, 2005.

12. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, 1988. Establecen la obligación jurídicamente vinculante de los Estados Partes de proteger las instalaciones y los materiales nucleares de uso nacional con fines pacíficos, así como su almacenamiento y transporte.

13. Protocolo de 2005 del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima. Tipifica como delito la utilización de un buque como instrumento para favorecer la comisión de un acto de terrorismo.

14. Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, 1988. Establece un régimen jurídico aplicable a los actos realizados contra plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental similar a los regímenes establecidos respecto de la aviación internacional.

15. Protocolo de 2005 Relativo al Protocolo de 1988 para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental. Adapta los cambios en el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima al contexto de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

16. Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección, 1991. Su objetivo es controlar y limitar el empleo de explosivos plásticos no marcados e indetectables.

17. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, 1997. Crea un régimen de jurisdicción universal respecto de la utilización ilícita e intencional de explosivos y otros artefactos mortíferos en o contra diversos lugares concretos de uso público con la intención de matar u ocasionar graves lesiones físicas o con la intención de causar una destrucción significativa de ese lugar.

18. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999. Insta a las partes a que adopten medidas para prevenir y contrarrestar la financiación de terroristas, ya sea directa o indirectamente, por medio de grupos que proclamen intenciones caritativas, sociales o culturales o que se dediquen también a actividades ilícitas, como el tráfico de drogas o el contrabando de armas.

19. Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, 2005. Abarca una amplia gama de actos y posibles objetivos, entre ellos las centrales y los reactores nucleares.

Desde la perspectiva jurídica, la lucha contra el terrorismo podría considerarse ardua; no obstante, resulta de interés resaltar que la elaboración técnica sólo se ha centrado en criminalizar los actos terroristas y normar los procesos de extradición de los ejecutores, no abordando otras perspectivas, como, por ejemplo, las implicaciones del terrorismo como delito político que vulnera la legitimidad del poder de cualquier gobierno en un determinado Estado. Tanto la perspectiva jurídica como la política trazan elementos de análisis similares en el abordaje del término terrorismo, como lo es la finalidad expresa de crear miedo, zozobra, pánico, etc., observándose dichos elementos en cada uno de los instrumentos internacionales de forma repetitiva.

Se observa que existe en la Comunidad Internacional una obvia dificultad para la definición del terrorismo de forma consensuada y universal. Cada uno de los Estados[18] actúa de acuerdo a sus intereses de poder, alejándose del fin de contribuir al fortalecimiento del lazo consensual que siente las bases de un nuevo orden internacional caracterizado principalmente por el cumplimiento de compromisos jurídicos, políticos, sociales y culturales reales. A pesar de la firma de diversos instrumentos jurídicos internacionales tanto de carácter universal como regional en materia de terrorismo, no existe un consenso en cuanto a la definición global de éste como fenómeno de las relaciones internacionales.

Es necesario propiciar debates públicos para fijar una posición de carácter nacional que aporte sustantivamente al debate internacional sobre la necesaria armonización de intereses regionales y particulares que permita construir acuerdos generalizados para la definición convencional del terrorismo, así como defender en dicho ámbito el cese a las respuestas belicistas, violentas y represivas como única reacción ante ataques terroristas, reivindicando la vía jurisdiccional como opción privilegiada para la construcción efectiva de un equilibrio mundial y relaciones internacionales estables, armónicas y pacíficas.

---

[18] Sujeto por excelencia de las Relaciones Internacionales, desde la perspectiva de la Teoría del Realismo Político, siendo su máximo exponente Hans Morgenthau, en su libro Política entre las Naciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBIÑANA, A. "Geopolítica del Caos", en *Le Monde Diplomatique*, edición española, Madrid, España: Editorial Debate, S.A, 1999.

AMBOS, Kai. *Estudios de Derecho Penal Internacional*, Caracas, Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.

ARON, R. *Paz y Guerra entre las naciones*, Madrid, España: Alianza, 1985.

ALCAIDE F, Joaquín. *Las Actividades Terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo,* Madrid, España: Edit. Tecnos 2000.

ARRIETA, Raúl. "Terrorismo transnacional: Estados que lo apoyan y Estados que los protegen, en Homenaje a Andrés Aguilar", en *Instituto de Derecho Público*, U.C.V, 2005.

BARBÉ, Esther. *Relaciones Internacionales*, Madrid, España: Tecnos, 1995.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola y Otros. "Diccionario de Política*"*, en *Siglo veintiuno editores*, 11ª. edición. Madrid, España, Traducción de: Raúl Crisafio, Alfonso García, Miguel Martí, Mariano Martín y Jorge Tula. Título original: Dizionario di Política, 1976.

CASSESE, Antonio. *Internacional Criminal Law,* New York, United States: Oxford University Press Inc, 2003.

COOK, Ch. *Diccionario de Términos Históricos,* Madrid, España: Alianza, 1997.

DEL ARENAL, Celestino. *Introducción a las Relaciones Internacionales*, Madrid, España: Editorial Tecnos, S.A, 1994.

DUROSELLE, Jean-Baptiste. "Todo Imperio Perecerá. Teoría sobre las Relaciones Internacionales", en *Fondo de Cultura Económica*, Traducción de Abdiel Macías Arvizu, Título original: Tout Empire Périra. Théorie des Relations Internacionales, 1998.

FALCÓN, Fernando e Iglesias, Eduardo. *¿Qué es el Terrorismo?,* Caracas, Venezuela: Editorial Panapo, 2002.

FOUDA, Y. y FIELDING, N. *Mentes Maestras de Terrorismo*, México, D.F.: Editorial Diana, S.A. Traducción de Francisco Emrick Velarde, Título Original: Masterminds of Terror, 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Obras Completas. Sobre las Razones Históricas de la Razón de Estado,* Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, Tomo II, 1991.

GÓMEZ DE SILVA, Guido. *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española,* México, México: FCE, 1991.

KALDOR, Mary. "Las nuevas Guerras. Violencia Organizada en la Era Global", *en Editores Kriterios Tusquests*, Traducción de María Luisa Rodríguez Tapia, 2001.

KRASNER, Stephen D. *Soberanía, Hipocresía Organizada.* Barcelona, España: Ediciones Paídos Ibérica, Traducción de Ignacio Hierro, S.A. (original en inglés, 1999), 2001.

LAQUEUR, Walter. *The New Terrorism*, New York, United States: Oxford University Press, Inc, 1999.

_____. *La Guerra sin fin. El Terrorismo en el Siglo XXI*. Bogotá, Colombia: Ediciones Destino, S.A, Traducción de Ferran Esteve, Título original: Why terrorism Will fall, 2003.

LIROLA I. y MARTÍN M. *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, España: Edit. Ariel, S.A, 2001.

MERLE, Marcel. *Sociología de las Relaciones Internacionales,* Madrid, España: Alianza Editorial, S.A, 2000.

RAMÍREZ MONAGAS, Bayardo. *El Terrorismo Transnacional, su Financiamiento y Legitimación de Capitales como Amenaza Global Contemporánea de Carácter Político,* Caracas, Venezuela, 2003.

RENOUVIN, Pierre. *Historia de las Relaciones Internacionales. Siglos XIX y XX,* Madrid, España: Akal, S.A, Traducción de Justo Fernández Buján, Isabel Gil de Ramales, Manuel Suárez, Félix Caballero, Robredo, Título original: Histoire des relations internacionales, 1998.

RENOUVIN, P. y DUROSELLE J. *Introducción a la Historia de las Relaciones Internacionales.* México: FCE, Traducción de Abdiel Macías Arvizu, Título original: Introduction à l´historie des relations internacionales, 2000.

ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público,* España: Edit. Ariel, S.A, Traducido por Fernando Jiménez Artigues, Título original: Droit Internacional Public, 1966.

SANOJA H., Jesús. *Diccionario de Terrorismo,* Caracas, Venezuela: Editorial CEC, S.A, 2002.

SARTORI, G. *Elementos de Teoría Política*. Madrid, España: Alianza Editorial, S.A, Título original: Elementi di teoria política, Sin datos del traductor, 2002.

SOHR, Raúl. *Las Guerras que nos esperan,* Santiago de Chile, Chile: Ediciones B Grupo Zeta, 2000.

STIGLITZ, Joseph. "El malestar en la Globalización", en *Santillana Ediciones Generales, S.L*. Traducción de Carlos Rodríguez Braun, Título original: Globalization and its discontents, 2002

PEREIRA, Juan C. (Comp.), *Historia de las Historia de las relaciones internacionales contemporáneas,* Barcelona, España: Ariel, S.A, 2001

QUICENO ÁLVAREZ, Fernando (Comp.). *Delitos de Terrorismo y Narcotráfico,* Bogotá, Caracas, Panamá, Quito: Editorial Jurídica Bolivariana, 2002.

VARGAS, Juan Carlos Vargas y Aiko Manno, Sharon. "Resolución de conflictos en el Sistema Internacional: Gobernabilidad y Democracia cosmolita", en *Mundo Nuevo,* Nro. 5, Año III, p. 221-259, 2011.

EL CASO VENEZOLANO Y LAS DIMENSIONES DEL NUEVO AUTORITARISMO

Miguel Ángel LATOUCHE*

I. INTRODUCCIÓN

La situación venezolana luce desalentadora. Uno pudiera catalogarla como una de las crisis más profundas de nuestro tiempo. Se trata de una transición política que ha implicado la destrucción de las instituciones republicanas, la instalación de un proyecto radical de izquierda que ha centralizado el poder político y restringido las libertades individuales y una franca regresión autoritaria que no solo afecta todos los ámbitos de la vida nacional, sino que genera un impacto sobre la estabilidad democrática de la región (Mijares y Rojas 2018). Según Naciones Unidas, alrededor de 7.000.000 de personas han abandonado el país en los últimos años. No solo estamos ante una de las crisis de refugiados más grande del mundo, sino también ante una de las crisis humanitarias más complejas de nuestro tiempo. Es fácil, en estos tiempos, encontramos gente de Venezuela en todas partes. Muchos han huido de la situación económica y social, otros de la persecución política, de la injusticia y/o de la represión policial. Quizás una de las características fundamentales del proceso político que se ha desarrollado en Venezuela en las últimas dos décadas es que la llamada Revolución Bolivariana haya llegado al poder a través de elecciones en 1998.

---

* Doctor en Ciencias políticas y es profesor invitado en el Instituto de Política Comparada de la Universidad de Rostock / Rostock- Alemania. Fue Profesor Asociado de la Universidad Central de Venezuela y director de la Escuela de Comunicación Social de esa Casa de Estudios, Profesor del Doctorado en Ciencias políticas y de la Especialización en Derecho y Política Internacional de la Facultad de Ciencias políticas y jurídicas (UCV). Miembro del Comité Académico del Centro de Estudios Postdoctorales (CIPOST) de la Facultad de Economía UCV.

En este caso no hubo enfrentamiento armado, sino un proceso de amplia movilización popular bajo el carismático liderazgo de Hugo Chávez y una impecable organización de alianzas partidarias de izquierda. Se trata de una revolución no violenta que ha tenido un gran impacto en el proceso político de América Latina y ha definido el camino electoral de la izquierda latinoamericana. (Petkoff, 2007; Elster, 2012). No queremos decir que no se haya utilizado la violencia para posicionar el proyecto político, pero esta se ha usado de manera controlada y sobre sectores específicos. A diferencia de los autoritarismos tradicionales, este ha contado con el apoyo y la movilización popular, la vía electoral y las alianzas internacionales como factores de legitimación. Peor ciertamente la "Revolución Bolivariana" no es el resultado de la lucha armada, razón por la cual no cuenta con el elemento heroico como factor de justificación. Estanos en presencia de una revolución sin épica revolucionaria.

La llamada utopía desarmada controlaría primero el sistema político sin guerras revolucionarias (Castañeda 2003, 2006), para luego iniciar una transformación en claro contraste con los supuestos de la democracia liberal. (Ellner, 2010; Ronald y Danopoulos, 2003). Esta es una posible explicación del inestable equilibrio del sistema político latinoamericano, la dialéctica entre dictadura y democracia, la polarización política y, en los últimos años, el dinámico vaivén electoral entre izquierda y derecha. Se podría decir que la democracia en América Latina está actualmente en crisis y que se trata de una crisis revolucionaria, no porque la misma este por la violencia, sino porque implica la transformación profunda de las instituciones y el modo de vida de los países afectados. En el entendido, claro, de que cada país tiene sus propias dinámicas, características y desarrollo histórico. El caso venezolano muestra, quizás, con mayor claridad la magnitud de una crisis política regional, que se manifestó allí de manera mucho más contundente y profunda que en otros países (Latouche, 2023a). Sin duda, hay muchas controversias sobre la situación en Venezuela, también la academia es víctima de las dinámicas de la polarización. En ese sentido, no es fácil clasificar la naturaleza del régimen político. Si bien no podemos decir que Venezuela se encuentre frente a una dictadura tradicional, hay muchos elementos autoritarios que evidentemente impactan en el funcionamiento del sistema político. Si la democracia requiere de un proceso constante de negociación para la construcción de consenso entre partes que se consideran iguales (Gauthier, 1986), Venezuela no es de suyo un sistema democrático. Uno puede decir, de hecho, que el chavismo ha trabajado para debilitar la estructura del sistema democrático (Puerta, 2017).

Esto les ha permitido cambiar la naturaleza del sistema político. La llegada de Chávez al poder no solo significó un cambio en la estructura institucional asociada a la Presidencia de la República y al Mandato Constitucional, sino también el inicio de un proceso de transformación de la estructura institucional de la sociedad venezolana (Herrera y Latouche, 2008; Urbaneja, 2022). El chavismo propició un cambio de régimen político que transformó las formas de interacción entre la sociedad y el Estado, colocando a la primera en una situación de subordinación al poder abrumador del segundo (Latouche 2023b). Una vez en el poder, el chavismo restringe un número importante de libertades individuales, como el derecho a la propiedad privada, la libertad de expresión y de pensamiento. Al mismo tiempo, se han incrementado los sistemas de control y vigilancia sobre personas y organizaciones políticas (Corrales, 2015). En este contexto, es importante examinar el caso de Venezuela. Esto nos permite aproximar nuestra mirada una al estado actual del proceso político en América Latina desde el caso más radical de regresión democrática de la región. A continuación, se examinan algunas de las muchas preguntas que rodean el proceso venezolano. No solo se discute el desarrollo del chavismo en el poder, sino también las razones de la estabilidad política del régimen de Nicolás Maduro.

II. EL CHAVISMO EN EL PODER. CONTEXTO Y DEFINICIONES

En su artículo "Regreso a la normalidad", Karl Otto Apel intentó dar una explicación de lo que llamó la gran catástrofe nacional alemana. En su argumentación defiende la tesis de que el nacionalsocialismo fue el resultado de un quebrantamiento general de las normas, en el que se dejó de reconocer el contenido de las reglas del juego que hacían posible la convivencia pacífica y se afectó la legitimidad del arreglo colectivo. (Apel, 1990). La funcionalidad de las estructuras normativas de la sociedad es esencial para la estabilidad de la democracia. Desde una perspectiva comparada, parece encontrarse un paralelo entre la caída de la República de Weimar y la destrucción de la democracia representativa en Venezuela. En ambos casos, las dimensiones de la crisis política y social fueron tan grandes que las estructuras del sistema político perdieron la capacidad de asegurar la gobernabilidad. Si bien este no es el punto central de estas reflexiones, vale la pena señalar que en ambos casos una clase política erosionada, envejecida e incapaz, fue sustituida por grupos radicales con liderazgos fuertes que recurrieron a la violencia y llegaron al poder por una vía institucional.

Esto marcó el inicio de un proceso de profundas transformaciones de ambas sociedades, e indujo al desarrollo de instituciones que utilizaban una noción abstracta de pueblo y la movilización popular como factores de justificación política, que contaban con un líder carismático y una organización partidaria jerarquizada y eficiente que supo disfrazar sus intenciones para asegurar la toma del poder; contra democracias débiles y deslegitimadas incapaces de reconstruirse para permanecer en el poder en medio de una profunda agitación política.

En el caso venezolano, el quiebre normativo ya se había hecho evidente a fines de la década de 1980 (Rey, 1989; Urbaneja, 1992). Esto generó un aumento de la conflictividad social, una disminución del apoyo a la clase política dominante y un profundo cuestionamiento de la calidad de la democracia (Levine, 2002; Puerta, 2017). Esto es tanto más importante cuanto que el chavismo no es producto de la casualidad, sino que, por el contrario, existen muchas razones objetivas que explican la decadencia de la democracia representativa en Venezuela, las cuales han sido examinadas suficientemente en la literatura académica relevante (Hillman, 1994; Rey, 1991; Kornblith, 1994).

Las profundas crisis económicas de los años 80 y 90, el aumento de la corrupción, el agotamiento del contenido ideológico de los partidos políticos, la falta de representación política, la exclusión social, el aumento de la pobreza y otros son factores que bajaron las expectativas de la población con relación a lo público (Kornblith, 1998; Álvarez, 1996). A fines de la década de 1980 y principios de la de 1990, el sistema comenzó a erosionarse. Los partidos políticos dejaron de representar los intereses de amplios sectores de la población y el discurso político se volvió elitista. Al mismo tiempo, las políticas públicas fueron ineficientes e injustas en muchos sentidos. (Penfold, 2007; Guevara, 1992). Esto fue evidente en el llamado "Caracazo" de 1989, cuando las protestas antigubernamentales derivaron en saqueos que fueron duramente reprimidos por policías y militares, y posteriormente en los intentos de golpe de Estado de febrero y octubre de 1992 (López-Maya, 1993; Martínez, 2008).

Como han señalado Levitsky y Ziblatt (2018), en nuestro tiempo la democracia es propensa a ser presa de sus enemigos internos y de sus propias contradicciones. En este sentido, se podría pensar que la democracia requiere no solo de legitimidad electoral, sino también de capacidad para evaluar la realidad y adaptarse con flexibilidad al cambio (Fishkin, 2018; Landemore, 2013). En el caso de Venezuela, era evidente que desde la década de 1980 la clase política había perdido la capacidad de evaluar el contexto, responder a

las demandas de la sociedad y comprender la complejidad del momento político (Latouche, 2006; Ramos, 2002). A pesar de que el modelo "puntofijista" de las décadas de 1960 y 1970 representó los intereses de la sociedad venezolana y permitió la supervivencia de la democracia y el desarrollo de la sociedad venezolana, un proceso de industrialización progresiva, mejoras en salud y educación, este fue perdiendo a lo largo de los años capacidad para responder a las demandas de la población (Urbaneja, 1992; 2022). así, las élites perdieron capacidad para entender cómo había cambiado la sociedad en treinta años de vida democrática, para comprender que sus reclamos y valores habían cambiado, que se habían vuelto complejos hasta el punto de que ya no podían estar contenidos dentro de los límites del marco institucional establecido en 1958. (Guevara, 1992; Latouche, 2004; Latouche y Gericke 2022).

Esto condujo a la profundización de la crisis política y a un importante quiebre normativo, en el que las reglas del juego que habían moldeado la vida política venezolana desde 1958 dejaron de ser reconocidas por la mayoría (McCoy, 2004; Molina, 2004). El incumplimiento generalizado de las normas provocó un aumento de la desconfianza colectiva y la búsqueda de alternativas que reemplazaran tanto al sistema político como a la clase política dominante. En este contexto, la alternativa populista representada por Hugo Chávez encontró condiciones favorables para las actividades políticas que eventualmente lo llevaron a la presidencia. Hugo Chávez llega al poder con la promesa de cambiar el sistema político. Con este fin, está convocando una Asamblea Constituyente para redactar una nueva constitución, que será promulgada después de un referéndum favorable en 1999. Este es el inicio de la construcción de la hegemonía política del chavismo (Canache, 2002; Ceresole, 2018; Clairmont, 2002). Aunque Chávez jugó un papel importante durante su mandato y su figura ha llegado a ser considerada como un símbolo revolucionario, el chavismo no es solo un fenómeno personalista. Chávez representó una renovación de la figura tradicional del caudillo, quien logró construir un discurso popular capaz de dirigirse a las masas, movilizarlas y construir apoyos a partir de una relación directa entre el líder y las masas (Villarroel y Ledezma 2007). Pero al mismo tiempo, el chavismo se encargó de construir una institucionalidad que le permitiera garantizar paulatinamente el control sobre el sistema político y la sociedad (Kornblith, 2013; Latouche, 2019).

Un interesante artículo de los profesores Gandhi y Przeworski (2007) muestra que los regímenes autoritarios sobreviven si desarrollan instituciones que les permitan acumular poder y controlar a sus oponentes. El caso venezolano parece probar esta afirmación. Después de todo, el chavismo se

ha mantenido en el poder durante más de 20 años en una situación de equilibrio inestable, en la que ha enfrentado fuertes resistencias democráticas e internacionales, una gran crisis económica y financiera, altas tasas de inflación, sanciones internacionales, desabastecimiento y una crisis notable. Además, el caso del proceso constitucional de 1999 es muy interesante porque, desde un punto de vista teórico, permite examinar las implicaciones de las asimetrías de poder en los procesos de construcción institucional (Knight, 1992). En este contexto, vale la pena señalar que luego de cambiar la Ley Electoral, el chavismo logró ganar el 90% de los escaños con solo el 60% de los votos. Esto implica una distorsión de la voluntad popular que no reflejo la distribución de preferencias dentro del sistema político venezolano y permitió la elaboración de un proyecto constitucional que reflejó los intereses y valores de solo una parte de la sociedad venezolana.

El chavismo justificó esto argumentando que se trataba de una situación propia de la dinámica política venezolana, que respondía a la necesidad de defender los intereses de las capas populares, tradicionalmente excluidas del juego político de las élites. Lo cierto es que el exceso de poder del chavismo en ese momento permitió un cambio en el contrato social venezolano que no fue inclusivo, no los puso en igualdad de condiciones y de alguna manera favoreció los intereses del chavismo como grupo político y no necesariamente los de la sociedad en su conjunto (Kestler y Latouche, 2019; Latouche 2019). Las asimetrías significativas en la distribución del poder tienen un impacto negativo en el desarrollo institucional (Moe, 2005). El lado más fuerte tiende a usar su poder para promover sus propios intereses. Esto conduce a una distribución desigual de costos y beneficios, lo que lleva a resultados injustos e inestables (Binmore, 1994). Esto es particularmente problemático cuando consideramos que la democracia es un sistema de cooperación social que requiere un marco que pueda producir resultados justos. Esta estructura institucional requiere acuerdos y consensos mínimos entre individuos libres e iguales que se consideren moralmente iguales, se respeten unos a otros y estén convencidos de que pueden establecer una conversación de interés público con cierto grado de racionalidad y respeto mutuo (Rawls 1978). En otras palabras, el consenso es posible cuando las partes entienden que se necesitan mutuamente, que el trabajo conjunto entre ellas conducirá a un resultado superior a todos los demás. Las diferencias de poder generalizadas tienden a reducir el potencial cooperativo de una relación política (Barragán, 2003). En el caso venezolano, los partidos políticos tradicionales no representaban un contrapeso lo suficientemente fuerte al chavismo de la primera época. El chavismo tenía la capacidad suficiente para imponer su voluntad a otros

actores políticos, para cooptar a los movimientos sociales, para apropiarse de los sindicatos, y en una palabra a monopolizar el poder estatal (Corrales, 2020; Corrales y Pendfold, 2011).

Esto no quiere decir que el chavismo se haya convertido en una fuerza inmóvil, sino todo lo contrario, el chavismo ha enfrentado importantes procesos de confrontación política a lo largo de los años, incluido un golpe de Estado en 2002, reiteradas protestas populares, conspiraciones tanto de civiles como de militares y traiciones internas, que terminaron escindiendo su estructura de poder original (Guivendoni, 2021; Rosi, 2021). A pesar de ello, el chavismo dispuso de mecanismos estructurados que le permitieron mantenerse en el poder, aun cuando no haya logrado garantizar la estabilización del sistema político. Esto lleva a suponer que, en ausencia de consensos, el ejercicio del poder excedente, si bien permite el establecimiento de una estructura institucional favorable a los intereses particulares de la clase política dominante, no garantiza la reducción de la confrontación política. En realidad, el chavismo ha reinado en medio de una profunda polarización que ha dividido a la sociedad venezolana y destruido su estructura normativa democrática. Esto ha obligado al chavismo a recurrir constantemente a sistemas de inteligencia, persecución política y represión como mecanismo de control (Latouche 2023b; Jacome 2011).

El chavismo efectivamente cooptó los espacios sociales y redujo la cantidad de opciones disponibles para la población. Incluso se podría decir que trabajó para reducir la complejidad de las interacciones sociales con el fin de simplificar el funcionamiento del sistema político y dominarlo. El sistema se ha beneficiado del exilio de los venezolanos, pues ha reducido la población y la demanda de servicios sociales o públicos. Además, el control mediático tendió a impedir el libre flujo de información y a acaparar el discurso público (Bisbal, 2007; Cañizales, Hernández y Bisbal, 2018), reduciendo el número de voces y mensajes permitidos para construir una narrativa colectiva fuerte basada en los principios del antiimperialismo, la inclusión social y el reconocimiento de los sectores populares como actores políticos (Varela, 2022). De hecho, el chavismo ha desarrollado un discurso que le habla a esta población, afirmándola y visibilizándola. Al mismo tiempo, confronta a los sectores medios y altos, empresas privadas y universidades. Al hacerlo, crea una dinámica de polarización que le permite garantizar su supervivencia política, en una dinámica en la que cataloga a los distintos sectores como amigos y enemigos de la revolución, los transforma en sectores irreconciliables o los coopta a través de regalos económicos, cuotas políticas, o los disuade mediante el uso de amenazas y violencia (Jiménez, 2022).

III. EL ESTADO GUARNICIÓN

Aunque el chavismo no evolucionó hacia una dictadura militar tradicional, el factor militar ha jugado un papel importante tanto en la definición de la organización política venezolana como en la distribución del poder entre los actores políticos (Latouche 2023b). Tanto Chávez como Maduro asumieron la Presidencia de la República como actores civiles, sin embargo, en ambos casos, el mandato fue estabilizado por la institución militar. Chávez, por su parte, antes de tomar el poder se había despojado de su uniforme militar y prometió respetar la Constitución de 1961, aunque, al momento de su juramentación, la consideró una norma moribunda. Este hecho simbólico quizás marque de alguna manera el carácter implosivo y radical que el chavismo asumiría una vez en el poder. La Presidencia, según el texto constitucional vigente, es una institución civil; pero durante el chavismo adquirió un carácter y una simbología ligada al mundo castrense. Encontramos personal militar o exmilitar en Ministerios, departamentos gubernamentales, gobernaciones y alcaldías, en Secretarías de Estado, en empresas estatales, a cargo de puertos, aeropuertos e industrias básicas, incluida la industria petrolera (Jácome, 2018). Se puede decir que el militar ha desplazado a los civiles en la administración estatal y es la profesión con más funcionarios en la administración pública (Muno y Briceño, 2021). Esto implica no solo el desplazamiento de profesionales de otros campos, sino también la introducción de una lógica jerárquica ajena a la administración civil (Alcibíades, 2023).

Esto puede estar relacionado con el hecho de que los militares han sido tradicionalmente el grupo social más fuerte y cohesionado de Venezuela. Ha desarrollado gran influencia en la asignación de recursos y en el ejercicio de cargos públicos. Cabe señalar que los militares están presentes en todos los aspectos de la vida pública de Venezuela, habiéndose convertido en los principales actores del juego político y participando constantemente en los procesos de toma de decisiones (Suárez, 2021). Incluso cuando el gobierno está dirigido por civiles, la influencia militar es muy fuerte, desdibujando la línea entre cómo funciona el gobierno civil y el mundo militar. El rol de los militares va más allá de su asiento natural en los cuarteles y no se limita a la defensa de la nación y el mantenimiento del orden (Castillo, 2019). Por el contrario, se han convertido en una fuerza política que coopta las funciones gubernamentales. Ya no se trata solo de proteger al país de las amenazas externas o de velar por el orden público: el ejército es un factor estabilizador dentro de la polarización política que caracteriza al proceso venezolano. La existencia continuada del gobierno no podría explicarse sin el apoyo de las fuerzas armadas.

Pero está claro que los militares están defendiendo a un gobierno que los ha involucrado y beneficiado activamente en la distribución del poder, la influencia y los recursos (Von Bergen, 2016).

Así, el estamento castrense, junto a la estructura del PSUV (Partido Socialista Unido de Venezuela) y el ejecutivo, formaron una "alianza mínima" que les permita estabilizar el juego político, contrarrestar las amenazas de los opositores y garantizar la gobernabilidad mínima del proyecto revolucionario. Esta alianza es inmutable en el sentido de que cada uno de los elementos que la componen es fundamental para la supervivencia del gobierno. Esta funciona, hacia adentro, como instancia de negociación, agregación de intereses y toma de decisiones (Latouche, 2019). El chavismo ofrece pocas oportunidades para la negociación externa, en cambio, utiliza la coerción para unir fuerzas de oposición o reducir las protestas públicas (Jiménez, 2022). Es común hablar de la inhabilitación política y persecución de dirigentes políticos de oposición, la intervención de partidos políticos o la persecución de intelectuales y periodistas, pero a diferencia de lo que ocurre en las dictaduras tradicionales, no se trata de una represión general, sino de un ejercicio represivo selectivo contra determinados individuos, grupos políticos o instituciones, incluidos los medios de comunicación y las universidades. Es interesante notar que dentro del chavismo hay negociaciones constantes entre los representantes de los sectores que forman la alianza anterior, en las cuales se involucra a otros actores políticos o sociales, con el objetivo de estabilizar el sistema o adaptarse a las necesidades de los momentos de ajuste político (Salmerón y Salmerón, 2019).

El Estado venezolano ha conservado una estructura típica de cuarteles del llamado Estado de guarnición (Lasswell, 1941), lo que se refleja no solo en el funcionamiento de la administración estatal, sino también en la organización del partido de gobierno y en algunas formas de gobierno estatal. Esto es, una organización basada en dinámicas militares y jerárquicas. La unión cívico-militar se ha convertido en uno de los ejes centrales de la narrativa chavista. Según esto, la revolución es el resultado del trabajo conjunto del pueblo y de las fuerzas armadas actuando conjuntamente. Con lo cual se convirtió al pueblo en un pueblo de armas (Ceresole, 2018), transformando a los individuos en soldados de la revolución, junto a unos 2.000 generales, la mayoría de los cuales cumplen funciones administrativas. De acuerdo con la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, el Ejército de Venezuela consta de 4 componentes: Ejército, Armada, Aviación y Guardia Nacional. Es una fuerza de unos 235.000 soldados en servicio activo, de los cuales 150.000 son considerados combatientes. Además, se ha reclutado una

fuerza de reservistas semiactivos y unos 2.000.000 de milicianos fuertemente ideologizados y que han recibido formación militar. Aunque su eficacia en combate no ha sido probada, realizan funciones de vigilancia, logística y control. Venezuela es también uno de los mayores compradores de armas de América Latina. Desde la época de Hugo Chávez, el país ha diversificado sus compras de material bélico, privilegiando las compras de armas rusas, chinas y, más recientemente, iraníes. Estos implica el realineamiento internacional del país, la búsqueda de nuevas alianzas estratégicas y su controvertida secesión del Bloque Occidental, que incluye la salida de la Organización de Estados Americanos (Romero y Mijares, 2016; LLeras, 2005).

A esto se suma la estructura jerárquica del PSUV, con sus 5.000.000 de militantes, que responden a la dirección organizada por los líderes de la revolución como dirección política. Esta organización está presente en todo el país y forma la estructura jerárquica para la toma de decisiones. y la gestión de recursos a nivel regional y local. Además, han ideado un organigrama complejo alimentado por grupos de vecinos, líderes de la calle y de la comunidad elegidos por voto popular para representar al partido en áreas específicas. Estos participan en la distribución de programas sociales como bolsas de alimentos y ciertos bonos, pero también cumplen funciones de organización, control y seguimiento político. Bajo estos criterios, las Fuerzas Armadas, el PSUV y la organización popular coordinan su trabajo para mantener un grado de presencia territorial, control político y manejo de recursos. Esto facilita la movilización popular, la organización de la estructura partidaria en los procesos electorales, las actividades de inteligencia, el control de recursos y la vigilancia de los opositores políticos (Osorio, 2021; Azcagorta y Hernández, 2005).

El Estado venezolano se ha convertido en un mecanismo político de dominación que ha abandonado un número importante de elementos democráticos como la separación de poderes, la autonomía del sistema judicial y la búsqueda de consensos (Jácome, 2018; Corrales, 2015, 2020). En cambio, el sistema favorece la confrontación política, auspiciando una contradicción permanente entre la "revolución" y aquellos que considera sus enemigos. Las relaciones con sectores, agrupaciones políticas o individuos que no profesan creencias revolucionarias se caracterizan por el enfrentamiento discursivo o físico. Para ello se ampliaron significativamente los sistemas represivos en manos de la policía y la Guardia Nacional, así como los sistemas de inteligencia, se persigue la protesta y se buscó controlar e incluso silenciar a la opinión pública, a los políticos, militares activos y líderes de opinión. Esto implica el control de los medios de comunicación a través de la imposición de

la censura y la autocensura, el uso de mecanismos financieros para controlar la prensa, por ejemplo, dificultando el acceso a divisas para comprar papel, o el ataque a las universidades recortando la financiación pública o atacándolas de manera directa.

Al construir un estado de guarnición, el chavismo se apropió de importantes componentes simbólicos de la nación. Por ejemplo, introdujo el culto al libertador Simón Bolívar como factor de cohesión. Además de hacer un llamado duradero al pasado heroico del país, según el cual la Revolución Bolivariana del siglo XXI no es más que la continuación de la Guerra de Independencia del siglo XIX, interpretada como una confrontación inconclusa en contra del imperialismo. Esto implica una reinterpretación de la historia que intenta validar el proceso actual y encajarlo en una trama mayor. Incluso después de su muerte, Chávez se ha convertido en un elemento simbólico utilizado para unir internamente a la multitud chavista. De esta manera se fortaleció el culto a la personalidad o a la memoria del llamado "comandante Eterno", lo cual es interesante porque le da un carácter teológico a la construcción política del chavismo que se nos presenta como una religión civil (Arato, 2013). Adicionalmente, se introduce un elemento mítico según el cual el chavismo representa una "verdad revelada" y, por lo tanto, es indiscutible. Esto permite que sus líderes sean retratados como representantes indiscutibles de la Voluntad General, contra la cual solo pueden oponerse los traidores. Al mismo tiempo, se utiliza el discurso de la igualdad, la inclusión y la justicia social como elemento legitimador del sistema (Martínez y Vaisberg, 2015).

IV. LA DIMENSIÓN ELECTORAL

The Economist Democracy Index (2021) retrata a Venezuela como un régimen autoritario. Se trata de un índice complejo que mide la cultura política y la participación, el funcionamiento del gobierno, el pluralismo y las libertades civiles. Venezuela puede caracterizarse como un caso típico de regresión democrática (Roberts, 2020; Bull y Rosales, 2020). El país muestra un deterioro en las tres dimensiones de la gobernabilidad democrática: competencia, participación y rendición de cuentas" (Waldner y Lust 2018). En Venezuela se realizan regularmente elecciones en las que las organizaciones políticas pueden participar abiertamente, pero el sistema adolece de importantes sesgos que generan dudas sobre los resultados electorales. Las elecciones se llevan a cabo de manera regular y generalmente involucran una oposición política multipartidista. Sin embargo, las posibilidades de reemplazar a los titulares a través de este mecanismo son relativamente pequeñas, lo que implica la no realización del principio democrático de alternabilidad (Levitsky

y Way, 2010). Desde 1998, el chavismo ha ganado todos los procesos electorales, excepto los referéndums de reforma constitucional de 2007, las elecciones a la Asamblea Nacional de 2015 y algunas elecciones locales y regionales en las que el chavismo perdió la mayoría, pero que no implican realmente un cambio en la distribución del poder. Se puede decir que incluso después de ganar algunas elecciones, la capacidad de la oposición para administrar los recursos públicos y tomar decisiones sobre los cargos electos ha sido limitada por las acciones hegemónicas del poder ejecutivo, que controla férreamente los recursos disponibles, y las acciones de los funcionarios electos de la oposición (Corrales, 2015; Rachadel, 2007).

El gobierno responde a los "desastres electorales" con tácticas que reducen las capacidades efectivas de los poderes opositores, los reducen, limitan su capacidad de acción y presupuesto, o simplemente atacan a sus miembros más destacados. Un claro ejemplo es la situación de la opositora Asamblea Nacional en 2015-2020. La oposición llegaba a la legislatura con mayoría calificada, teóricamente podía aprobar leyes, controlar al Ejecutivo e incluso destituir al presidente. Sin embargo, el Poder Ejecutivo usó su control sobre las instituciones, incluida el Tribunal Supremo, para restringir e impedir las acciones de la legislatura. De hecho, se han desarrollado una serie de procedimientos para limitar los poderes reales del Parlamento. Inicialmente, los partidos de oposición fueron acusadosde fraude en las elecciones para definir los representantes indígenas y los diputados electos fueron acusados de "comprar votos". También se les prohibió por ley integrarse a la Asamblea, lo que provocó que la oposición perdiera la mayoría absoluta. Es importante señalar que este caso nunca se investigó ni resolvió, este grupo demográfico simplemente no estuvo representado. En 2016, el Parlamento fue acusado de no cumplir con varias órdenes judiciales y fue declarado incompetente, y la Corte Suprema asumió el papel legislativo de enero a julio de 2017 en espera de la elección de una Asamblea Nacional Constituyente convocada por el Ejecutivo torciendo el procedimiento Constitucional. A pesar de la aceptación y el reconocimiento internacionales, en 2015 se impidió que el parlamento de oposición elegido legalmente ejerciera la función legislativa. Incluso, la figura del gobierno de transición promulgada por este Parlamento en enero de 2019 y reconocida por más de 60 países se convirtió en una figura inerte y carente de la capacidad política de una figura real (Mijares y Cardozo 2020).

Las elecciones en Venezuela se han convertido en una característica permanente del Sistema Político. Junto con la constante movilización de calle y los subsidios directos a los simpatizantes, las elecciones pueden verse como una de las características clave del populismo de izquierda contemporáneo en

Venezuela (Hawkins, 2009; Ungureanu y Serrano, 2018). Estas se ha convertido en un mecanismo que le permite al gobierno justificar su permanencia en el poder no por su desempeño a largo plazo sino por su origen popular/electoral, argumentando que el apoyo de las mayorías en los procesos electorales garantiza su aceptación popular y la legitimidad del gobierno. Ahora bien, las elecciones pueden ser problemáticas como mecanismo de legitimidad, ya que muchos factores pueden influir en la participación electoral y la responsabilidad procedimental de la contabilización electoral. Más allá de discutir los resultados electorales y las denuncias de fraude, que pueden ser complicados y requieren pruebas que aún no han salido a la luz, creo que es posible discutir el tema de los resultados electorales en Venezuela desde una perspectiva diferente. A fin de cuentas, es posible identificar condiciones competitivas desiguales para los participantes en los procesos electorales. La existencia de un "campo de juego electoral desigual" en el que el gobierno utiliza los recursos públicos y las estructuras estatales para hacer campaña, movilizar a los votantes, monopolizar los medios de comunicación y presionar a otros competidores parece ser suficiente para explicar la naturaleza misma del sistema político (Levitsky y Weg 2010). El gobierno siempre parece "tener la ventaja". Como veremos, esto es suficiente para socavar la legitimidad del propio proceso electoral y, en consecuencia, invalidar sus resultados. En todo caso, podemos decir que las elecciones han favorecido al chavismo, ya que le han permitido mantenerse en el poder y aumentar su control sobre la sociedad (Geddes, 1999).

Los frecuentes procesos electorales no han favorecido una transición democrática en Venezuela, por el contrario, ha habido un cercenamiento de las libertades individuales, mientras que la oposición no ha temido la capacidad de convertirse en una fuerza electoral significativa. Después de 20 años no han podido desarrollar un proyecto político coherente y en general se han dividido en las campañas electorales, salvo en las competencias legislativas de 2015. El gobierno ha explotado estas aparentes debilidades para construir un sistema hegemónico basado en el control institucional de procesos de toma de decisiones, para desarrollar una estructura partidaria muy fuerte, altamente dependiente de los recursos públicos y controlado por el gobierno, pero también con una organización electoral muy sólida (Osorio, 2020). El gobierno ha utilizado las elecciones para aumentar su poder y control sobre la población. De hecho, el gobierno ha utilizado mecanismos democráticos para socavar la democracia (Levitsky y Ziblatt, 2018), al menos en los aspectos liberales tradicionalmente asociados a la idea moderna de régimen democrático. Con base en el principio de separación de poderes, la

Constitución de 1999 reconoce al Consejo Nacional Electoral (CNE) como independiente, pero ha sido acusado de dependencia del Ejecutivo desde el inicio del "proceso revolucionario".

Desde 1999, el Consejo Nacional Electoral CNE ha sido protagonista de una importante controversia sobre la calidad de los procesos electorales. Por un lado, tenemos el tema del voto electrónico. Venezuela introdujo hace un tiempo las herramientas del voto digital, esto incluye no solo el voto real, sino también la transmisión de datos y el procesamiento y suma de los números y asignación de los resultados. Es común que estos procesos generen dudas relacionadas con la manipulación de datos. La adjudicación de contratos a las empresas tecnológicas se produjo sin seguir el proceso legal prescrito, se pagaron sumas enormes sin transparencia ante la opinión pública, las negociaciones y los pagos se manejaron con excepcional poca atención por parte de las instituciones involucradas, incluida la Contraloría General.

Por otro lado, los miembros de la junta directiva del CNE han respondido, desde los inicios de la revolución, a los intereses del chavismo, durante su historia reciente muchas decisiones importantes del CNE han sido tomadas por mayoría simple. En una demostración de fuerza, el chavismo nombró una nueva junta en 2015 sin seguir el debido proceso, de manera que los funcionarios del órgano electoral no imparciales, incluso algunos, han tenido militancia política en el chavismo. Esto puede potencialmente distorsionar los resultados del proceso electoral al crear condiciones desventajosas o restrictivas para la oposición y sesgos partidarios a quienes corresponde liderizar los procesos electorales. La competencia electoral es, en ese sentido, desleal. Además, el gobierno suele utilizar fondos públicos para financiar sus actividades partidistas. Los funcionarios y beneficiarios se ven obligados a participar en campañas políticas, programas públicos, mítines y actividades partidistas, todo lo cual aumenta la complejidad de la participación política y hace que las condiciones de competencia política sean desiguales. Los candidatos del gobierno reciben el apoyo tanto del partido como de la estructura estatal, pueden gastar sin control fiscal, la oposición, por su parte, tiene problemas para recaudar recursos, tienen que rendir cuentas detalladas tanto al CNE como a la Contaduría Nacional. Finalmente, los líderes políticos son muy a menudo objeto de presión política, intimidación e incluso persecución judicial, como ya hemos mencionado. En otras ocasiones, enfrentan inhabilitaciones políticas por cargos de corrupción o mal manejo de fondos públicos que no son comprobados judicialmente, lo que les impide presentarse como candidatos a las elecciones. Estas dinámicas han llevado a distorsiones significativas en el proceso electoral.

Las elecciones no pueden, en este contexto, ser vistas favorablemente como un mecanismo para resolver controversias, dado que las probabilidades de reemplazar democráticamente a los titulares del poder son relativamente bajas. Los resultados electorales no parecen reflejar las preferencias políticas o aspiraciones sociales de la población general, sino que más bien dan cuenta del control que ejerce el gobierno sobre el sistema político. Las elecciones se han convertido en un mecanismo de apropiación de la sociedad que nada nos dice sobre la calidad del régimen político ni sobre su capacidad de respuesta a las demandas sociales. En Venezuela, la participación electoral tiene un carácter dual, definido según los intereses del chavismo. Algunos candidatos y partidos son admitidos y animados a participar en un proceso electoral y son considerados interlocutores válidos; mientras que a otros se les prohíbe participar o son acusados de actuar a favor de intereses extranjeros o promover una agenda antidemocrática o subversiva (Gandhi y Lust-Okar, 2009). Esto sigue debilitando la capacidad electoral y de movilización y protesta de la oposición. En cualquier caso, las elecciones son utilizadas por el gobierno como una salida para reducir la presión política y garantizar su supervivencia.

V. LAS DINÁMICAS DEL ESTADO PREDADOR

En los últimos años, los venezolanos hemos experimentado un deterioro en el bienestar general de la población, protestas constantes, persecución política, control político, privaciones y graves restricciones a las libertades individuales; muchas personas se han vuelto cada vez más dependientes de los subsidios gubernamentales directos para su supervivencia (Coronil, 2008; Penfold, 2007). Más de seis millones de personas están registradas como beneficiarias directas de las llamadas "cajas Clap", una especie de programa de cupones de alimentos que, junto a una fuerte propaganda gubernamental, distribuye alimentos a la población (Aponte 2020; Valery, 2016). Esto, junto con otros programas sociales, se ha convertido en parte de un fuerte sistema de control social que el gobierno está implementando para reducir las tensiones sociales y controlar las protestas en su contra (Cartay y Dávila 2020). Se ha pedido a los venezolanos que se registren en el "Carnet de la Patria", un sistema de identificación paralelo que contiene una gran cantidad de datos socioeconómicos sobre los titulares y que se utiliza para presionar a los funcionarios gubernamentales y beneficiarios de programas sociales (España, 2020; Ragas, 2017). El Estado interfiere cada vez más en la vida privada de la población y el gobierno ha reforzado su control sobre los medios de comunicación y las empresas privadas (Bisbal, 2009; Vasquez, 2010). La libertad de expresión está gravemente amenazada y ha habido informes de trato injusto y enjuiciamiento de periodistas (Cañizales, Hernández y Bisbal, 2018).

Recientemente, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos inició una investigación sobre la situación de los derechos humanos en el país. Las organizaciones de la sociedad civil han documentado ampliamente abusos, expropiaciones ilegales y detenciones sin debido proceso (PROVEA, 2021; Amnistía Internacional, 2022). El gobierno ha implementado varios mecanismos para incrementar su poder político y militar, así como su control sobre las inversiones de las empresas privadas y el sistema financiero (CEPAL, 2021). La protección de los derechos de propiedad es limitada (Levy-C 2020), obstaculizando la iniciativa privada y reduciendo la productividad del aparato productivo, haciendo superlativa la dependencia del petróleo, la explotación minera y de la industria primaria (Chauste y Mijares, 2020).

El hecho es que el Estado ha desarrollado su capacidad para predar tanto de la economía venezolana como de la sociedad. El gobierno ha incrementado su capacidad de apropiación de recursos económicos para maximizar los intereses especiales de los personeros gubernamentales y reducir la calidad de vida y las libertades de la población, quienes en muchos casos tienen acceso limitado a los servicios públicos y simplemente están tratando de sobrevivir (Maselle y Polak, 2001). La corrupción, la apropiación ilícita y la mala gestión han aumentado la ineficiencia y reducido la entrega de bienes públicos. La población tiene que lidiar diariamente con fallas en el sector eléctrico, falta de provisión de gas doméstico o la gasolina, la escasez de alimentos y altos niveles de delincuencia. En su informe de 2022, la Organización Freedom House clasificó a Venezuela como un país no libre. Ciertamente, en los últimos 20 años se ha producido un complejo proceso de transformación institucional que ha cambiado las reglas del juego democrático y ha contribuido a crear asimetrías en la distribución del poder entre los actores políticos y sociales. La "institucionalidad revolucionaria" está abiertamente destinada a favorecer los intereses de la clase política identificada con el chavismo y sus clientes directos e indirectos. Desde la adopción de la constitución de 1999, el país ha avanzado hacia la construcción de lo que se conoce como el socialismo del siglo XXI, caracterizado por la acumulación gradual de poder y control por parte del gobierno, una organización partidaria militante y el monopolio del discurso público. Se ha adoptado la democracia participativa como modelo de organización política, pero la participación se organiza a través de la estructura del partido, financiada y protegida por el gobierno.

El chavismo introdujo una fuerte narrativa que favorece los derechos de los excluidos de la democracia representativa y su inclusión en el "proceso revolucionario" (Bruni Celi & Rodríguez, 2017), pero esto presupone una

cierta interpretación de la realidad que favorece la radicalización del discurso y la polarización y que favorece los intereses y fines de la clase política oficial y su desarrollo hegemónico. El PSUV ha evolucionado hasta convertirse en una estructura política vertical, maniobrando en todo el espectro político para aumentar su influencia en la sociedad mediante el incremento de sus miembros e involucrándolos en las actividades proselitistas y en la movilización partidista. Dentro de esta dinámica, la política se interpreta como confrontación entre grupos irreconciliables. Durante las últimas dos décadas, el chavismo no ha mostrado interés en buscar un término medio, sino que apostó por ganar fuerza y recursos para imponer un criterio redistributivo populista. En este contexto, la oposición se ha ido reduciendo paulatinamente en su capacidad de incidir en los procesos de toma de decisiones, el control de los recursos y la implementación de políticas públicas. El objetivo estratégico del chavismo es construir el llamado socialismo del siglo XXI mientras aumenta sus ganancias y poder privados. Han implementado un sistema en el cual "los ganadores se llevan todo". Para ello, el Estado ha incrementado sus capacidades extractivas y se ha apropiado de la actividad económica productiva.

En los últimos 20 años, el Estado venezolano ha perdido la capacidad de desarrollar e implementar políticas públicas que promuevan el bienestar de sus habitantes. Podría decirse que la actividad básica del gobierno era asegurar la supervivencia del proyecto político en el tiempo en medio de importantes convulsiones políticas y económicas. Para ello, como ya se mencionó, se ha impulsado un proceso de ajuste de las reglas del juego que garanticen el control político y social de la población y el monopolio del poder público y los recursos del Estado. El Estado adquiere un carácter depredador, que se manifiesta, por ejemplo, en la explotación desmedida de los recursos naturales. Esto no quiere decir que no le interese producir beneficios para la población, sino que le preocupa, por sobre todo, asegurar sus oportunidades de apropiación en el largo plazo. Al hacerlo, mantiene una política de subsidios y favores, no solo para sus activistas sino también para los sectores que apoyan. Este proceso de privatización de lo público es una de las principales características del Estado depredador. No se puede decir que las acciones del Estado, incluido el poder judicial, sean imparciales. En realidad, favorecen los intereses de determinados grupos sociales y políticos que apoyan o pertenecen al gobierno, en detrimento de los que no lo hacen. Este ejercicio de control y segregación social pone a la sociedad en una situación de subordinación, mientras que los recursos son manejados sin control o simplemente se los apropian grupos o individuos poderosos. El uso indiscriminado de la fuerza, el creciente control policial de la protesta y el control de los medios de comunicación no solo tienen carácter represivo, sino

que constituyen mecanismos que favorecen la apropiación de los recursos públicos por parte de determinados grupos de interés, algunos de los cuales son utilizadas para profundizar el proceso de ideologización que es característico de los regímenes radicales.

El Estado venezolano ha creado una especie de orden autoritario que le permite mantener el control sobre la población y dar un grado de coherencia a las interacciones sociales, pero no ha sido capaz de crear una dinámica cooperativa entre los diferentes sectores y establecer los grupos que inventarlo. En este contexto, es inevitable que la dinámica depredadora se presente. Esto aumenta la inestabilidad del equilibrio social, lo que se refleja en las permanentes protestas sociales, que son respondidas con represión, descalificación o insultos. Venezuela se puede caracterizar como una sociedad dividida e injusta donde los costos y beneficios se distribuyen de manera muy desigual. Esto significa que los intereses de los grupos dominantes son priorizados en las diversas transacciones sociales. Esto implica una justicia distributiva regresiva y por ende la imposibilidad de encontrar un consenso en el mediano plazo. En este sentido, por ejemplo, puede explicarse no solo el control de las actividades petroleras, sino también el que se ejerce sobre la explotación de las industrias básicas y la minería. Esto permite la centralización de recursos en manos del ejecutivo, el debilitamiento de los sectores productivos y el debilitamiento de la sociedad. De manera que, el Ejecutivo monopoliza la distribución de recursos y los utiliza en una lógica de "premios y castigos" para garantizar el apoyo y la lealtad de los sectores y grupos leales de cuya participación necesita para mantenerse en el poder. Al mismo tiempo, la actividad política de los grupos de oposición se ve restringida al limitar su capacidad para acceder a los recursos. Esto aumenta el poder estatal, el control sobre la sociedad y permite la "privatización" de los intereses colectivos. Todo esto pervierte la dinámica distributiva dentro del sistema político venezolano, dificultando el desarrollo de un comportamiento cooperativo y socavando aún más cualquier vestigio de democracia que pueda quedar en el país.

CONCLUSIONES

Caracterizar el régimen político venezolano es demasiado complejo. A pesar de la existencia de un proceso electoral regular, Venezuela no puede describirse como una democracia liberal. El chavismo lleva 22 años en el poder. Durante este tiempo ha incrementado su control sobre el sistema político y la sociedad. Esto no solo reduce la competitividad de los procesos electorales, sino que también limita la influencia de los partidos de oposición

en el proceso político y la capacidad de actuación de la sociedad. La política venezolana se caracteriza por la acumulación de poder y recursos en el poder Ejecutivo y sus aliados, la erosión del sistema de separación de poderes, la creciente influencia de las fuerzas armadas en la gestión pública y los procesos de toma de decisiones, y el uso de la represión como mecanismo de control social. El sistema puede usar la fuerza para sofocar protestas y mítines y usar los tribunales para enjuiciar a líderes de la oposición o críticos independientes, muchos de los cuales se han visto obligados a exiliarse o han sido encarcelados. El régimen político se enfrenta a feroces acusaciones de abusos contra los derechos humanos, corrupción y actividades delictivas, y ha adoptado una concepción radical de la democracia que incluye la movilización permanente de partisanos, reuniones públicas y enfrentamientos violentos con la oposición. Durante los últimos años el chavismo avanzó en restringir libertades y colonizar la sociedad.

En las elecciones, el chavismo permite que la oposición participe e incluso gane cuando esto le permite proporcionar una idea de pluralidad y el impacto de la derrota electoral no afecta la gobernabilidad total del sistema, ni pone en peligro su continuidad en el poder. La oposición, por su parte, siempre tiene que sortear importantes barreras de entrada: por un lado, las dificultades para encontrar recursos para las campañas y hacer llegar información y mensajes a la población debido a los mecanismos de control desplegados por el gobierno. Por otro lado, deben enfrentar el hecho de que el chavismo ha utilizado los medios y los recursos del Estado para imponer su mensaje a los votantes. En todos los casos, el contexto político es mixto, favoreciendo a los candidatos respaldados por el gobierno, lo que les otorga una ventaja significativa. En este sentido, el sistema es semi- competitivo. El gobierno ha "secuestrado" a la sociedad, haciéndola más dependiente de ingresos directos y subsidios para sobrevivir, permitiendo la iniciativa privada, pero constreñida por la crisis económica, impuestos, violencia, inseguridad, presiones políticas y numerosos mecanismos de control social. No se silencia del todo a la sociedad, pero se le reduce la voz, dañando la pluralidad, cercenando las libertades, acaparando los recursos gubernamentales y realizando actividades depredadoras que obstaculizan la iniciativa privada, empobrecen a la sociedad y favorecen a los grupos afiliados al gobierno, lo que genera injusticia estructural y desigualdad, al tiempo que restringe los derechos individuales de los ciudadanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCIBIADES, Julia. "Discretionality and Désarticulation in Venezuelan Public Administration. Venezuela", in: *Dimensions of the Crisis* (Gericke, Latouche and Muno, editors) Springer, Berlin, 2023

ÁLVAREZ, A. (Coord.) "El sistema político venezolano: crisis y transformaciones", UCV Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1996

APEL, Karl-Otto. "Diskurs und Verantwortung Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral", Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft.Frankfurt, 1990

APONTE BLANK, Carlos. "El CLAP y la gran corrupción del siglo XXI en Venezuela Agroalimentaria", Vol. 26 (50): 147- 166, 2020

ARATO, Andrew. "Political Theology and Populism. Social Research", Vol 80 (1): 143-172, 2013

AZCARGORTA, Jesús y HERNÁNDEZ, Ivo., "PSUV ¿Partido Hegemónico o Partido Único? Temas de Coyuntura", 56: 7- 23, 2005

BARRAGAN, Julia. "The perverse normative Power of Self-Exceptions", in *Theoria: Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia*., Vol. 18 (2):209-225, 2003

BINMORE, Ken. "Game Theory and the Social Contract", Vol 1, Playing Fair MIT Press Series on Economic Learning and Social Evolution, 1994

BISBAL, Marcelino. "Hegemonía y control comunicacional", en *Editorial Alfa. Colección Trópicos*, Caracas 82, 2009

_____. "Los Medios en Venezuela. ¿Dónde estamos?", en *Espacio Abierto*, Vol. 16. (4): 643-668, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, 2007

BRADING, Ryan. "From Passive to Radical Revolution in Venezuelan", Populist Project, American Perspective, Vol 41 (6): 48- 64, 2014.

BRUNI CELLI, Josefina and RODRÍGUEZ, Javier. "El discurso de la transición al socialismo de Hugo Chávez 1999-2008", In *Gobernar: The Journal of Latin American Public Policy and Governance*, Vol. 1 (1): 84- 100, 2017.

BULL, Benedicte and ROSALES, Antulio. "The crisis in Venezuela: Drivers, transitions, and pathways", en *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, Centro de Estudios y Documentación Latinoamericanos, Universidad de Ámsterdam, 2020.

CANACHE, Damarys. "From Bullets to Ballots: The Emergence of Popular Support for Hugo Chávez", in *Latin American Politics and Society*, Vol. 44 (1): 69-90, 2002.

CARTAY, Rafael, DÁVILA, Luis Ricardo. "Anatomía política del hambre: dominación y control social en Venezuela", en *Agroalimentaria*. Vol. 26 (50): 125-146 Universidad de los Andes Venezuela, 2020.

CAÑIZÁLEZ, A., HERNÁNDEZ, L., & BISBAL, M. Libertad de expresión y medios de comunicación, Alarcón B, Ramírez S. Coords, La consolidación de una transición democrática, el desafío venezolano, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello: 379-411, 2018.

CASTAÑEDA, Jorge. 2006. "La utopía desarmada: intrigas, dilemas y promesa de la izquierda en América Latina", en *Latin America Left Turn. Foreign Affairs*, Vol. 85 (N 6): 27- 43, Editorial Ariel, Madrid, 2003.

CASTILLO, Hernán. "Militares, control civil y pretorianismo en Venezuela. La conjura pretoriana. Boletín de la academia de ciencias políticas y sociales"; N 158: 481-493, 2019.

CHAUSTRE V, María del Mar y MIJARES, Víctor. "Cómo fallan los Petroestados: análisis del caso Venezuela", en *Cuadernos del Cendes. N° 103 tercera época*, UCV, Centro de Estudios del Desarrollo, Caracas-Venezuela: 35- 62. 2020.

CLAIRMONT, Frederic. "Hugo Chávez: The Fall and Rise", in *Economic and Political Weekly*. Vol. 37. (19): 1797-1799, 2002.

CEPAL. "Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe", en *Comisión Económica para-América Latina*, Naciones Unidas, Nueva York, 2021.

CERESOLE, Norberto. "Caudillo, ejercito y pueblo", Ediciones Al andalus, 2018.

CORRALES, Javier. "Democratic backsliding through electoral irregularities: The case of Venezuela", in *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, N 19: 41- 65, 2020.

_____. "Autocratic Legalism in Venezuela", in *Journal of Democracy*, Vol 26 (2): 38-55, 2015

CORRALES, Javier and PENFOLD, Michael. "Dragon in the Tropics. Hugo Chávez and the political economy of revolution in Venezuela", Brooking's institution Press, Washington, D.C, 2011

CORONIL, Fernando. "The Magical State: Nature, Money, and Modernity in Venezuela University of Chicago Press", 2008.

DIAMOND, Larry. "The Democratic Rollback. The Resurgence of the Predatory State. the Resurgence of the Predatory State", in *Foreign Affairs*, Vol. 87 (2): 36- 48, 2008.

_____. "Elections without Democracy. Thinking About the Grid Regimes", in *Journal of Democracy*, Vol 13 (2): 21- 35, 2002

ELLNER, Steve. "Hugo Chávez's First Decade in Office: Breakthroughs and Shortcomings", in *Latin American Perspectives*, Vol. 37 (1): 77-96, 2010.

ELSTER, Steve. "The Distinguishing Features of Latin America's New Left in Power: The Chávez, Morales, and Correa Governments", Vol. 39 (1): 96-114, 2012.

ESPAÑA, Luis Pedro. "De las misiones sociales al carnet de la patria 2015-2020. La actual política social en Venezuela", Susanne Gratius, José Manuel Puente. Editores, Venezuela en la encrucijada: Radiografía de un colapso, en *ABEdiciones*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas: 223-246, 2020.

Freedom House. "Freedom Hause Index", The Global Expansion of Authoritarian Rul, 2022.

FISHKIN, James. "Democracy when the People are Thinking. Revitalizing Our Politics Through Public Deliberation", Oxford University Press, 2018.

GANDHI, Jennifer, and PRZEWORSKI, Adam. "Authoritarian Institutions and the Survival of Autocrats", in *Comparative Political Studies*, Vol 40 (11): 1279-1301, 2007

GANDHI, Jennifer and LUST-OKAR, Ellen. "Elections Under Authoritarianism", in *The annual Review of Political Science*, Nº 12. Pp. 403–422, 2009.

GAUTHIER, David. "Moral by Agreement", Oxford University Press, 1986.

GEDDES, Barbara. "Authoritarian breakdown: Empirical test of a game theoretic argument", Presented at Annual Meeting Political Science Association., Atlanta, GA, 1999.

GIAVEDONI, José. "Las guarimbas de 2017 en Venezuela. Diccionario de acontecimientos de derechas en el siglo XXI en América Latina", Iglesias, Souroujon, Pereyra Doval y Lucca (Comp). UNR Editora, Argentina, 2021.

GUEVARA, Pedro. "La elitización de la democracia representativa", Politeia. N. 15: 29-60, Instituto de Estudios Políticos, UCV Caracas, 1992.

HAWKINS, Kirk. "Is Chávez Populist? Measuring Populist Discourse in Comparative Perspective", in *Comparative Political Studies,* Vol. 42 (8): 1040-106 Brigham Young University, Provo, Utah, 2009.

HERRERA, Antonio José y LATOUCHE, Miguel Ángel. "Chavéz: Personalismo Revolucionario en formato democrático", in *Foreign Affairs Latinoamérica*, Vol. 8 (3): 135- 144, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2008.

HILLMAN, Richard. "Democracy for the privilege: Crisis and Transition in Venezuela", Boulder, CO: Lynne Rienner Publisher, 1994.

INTERNATIONAL AMNESTY. "Report 2021/ 2022, The State of the World's Human Rights". Amnesty International LTD, London, 2022.

JACOME, Fracine. "Fuerza Armada, Estado y Sociedad Civil en Venezuela", Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 2011.

_____. "Los militares en la política y la economía de Venezuela", en *Nueva Sociedad*, N. 274: 119- 128, 2018.

JIMÉNEZ, Maryhen. "La democratización en Venezuela pasa también por la reconstrucción del Estado", in *Nueva Sociedad*, N. 299: 120- 133, 2022.

KESTLER Thomas y LATOUCHE, Miguel. Populismus und das dritte Gesicht der Macht: Die Institutionalisierung eines personalen Mythos in Venezuela, Wolfgang Muno Christian Pfeiffer (Hrsg.) Populismus an der Macht: Theoretische Konzepte und empirische Diskussionen, Springer, Berlin: 157-188, 2019.

KNIGHT, Jack. "Institutions and Social Conflict", Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1992.

_____. "Institutions and social conflict", Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

_____. "Models, Explanations and Theories: Constructing Explanations of Institutional Emergence and Change", in *Explaining Social Institutions (Knight & Sened). Ann* Arbor, The University of Michigan Press, 95- 121, 1998.

KORNBLITH, Miriam. "Chavismo after Chávez?", in *Journal of Democracy,* Vol 24 (3): 47–61, 2013

_____. "La crisis del sistema político venezolano", in *Nueva Sociedad,* N. 134: 142-157, 1994.

_____. "Venezuela en los 90. Las crisis de la democracia", Caracas, Ediciones lESA, Kuzman, Charles, 1998, Waves of democratization, Studies in *Comparative International Development*, Vol. 33 (1): 42. 64, 1998

LATIN MARTIN, Heather. "Coup-proofing and beyond: The regime survival strategies of Hugo Chavez", in *Latin American Policy*, Vol 8 (2): 249-262, 2017.

LATOUCHE R, Miguel Ángel., "Can an Evolutionary Order Be Schizophrenic? Reading Venezuelan Politics from an Institutionalist Perspective", in: *Dimensions of the Crisis (Gericke, Latouche and Muno, editors)* Springer, Berlin. 2023a

_____. "The military factor" In: Dimensions of the Crisis (Gericke, Latouche and Latouche, Miguel Ángel. (2021) "Venezuela. El paro petrolero como problema", Diccionario de acontecimientos de derechas en el siglo XXI en América Latina, Iglesias, Souroujon, Pereyra Doval y Lucca (Comp); UNR Editora, Argentina, Muno, editors) Springer, Berlin, 2023b

_____. "Venezuela and Its Labyrinth: Institutional Change and Authoritarianism in Twenty-first-Century Socialism", in *Middle Atlantic Review of Latin American Studies,* 2019 Vol. 3 (2): 1-26, 2019.

_____. "Los dilemas de la representación. Hacia una revisión de la crisis del sistema político venezolano contemporáneo", en *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, vol. XII. (2): 11-27, Universidad Central de Venezuela Caracas, Venezuela, 2006.

_____. "Programa político y democracia en Venezuela. Elementos para la revisión conceptual", en *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, Vol. X. (2): 11-23 Universidad Central de Venezuela Caracas, Venezuela, 2004

LATOUCHE and GERICKE. "Introduction In: Dimensions of the Crisis" (Gericke, Latouche and Muno, editors), Springer, Berlin, 2023

LASSWELL, Harold. "The Garrison State", in *American Journal of Sociology*, (4): 455- 468, 1941

LLERAS, Olga. "La política exterior de Chávez: Proyección de la Revolución Bolivariana en las Relaciones Internacionales", in *Desafíos*, N. 12: 209-240, 2005.

LEVI C, Sary. "International Property Rights Index 2019", Property Rights Alliance, New York, 2020.

LEVINE, Daniel. "The Decline and Fall of Democracy in Venezuela: Ten Theses", in *Bulletin of Latin American Research*, Vol 21 (2): 248–269, 2002.

LEVITSKY, Steven and WAY, Lucan. "The New Competitive Authoritarianism", in *Journal of Democracy*, Vol 31. N° 1. Pp. 51- 65. 2020.

LEVITSKY, Steven and ZIBLATT, Daniel. "How democracies die", New York, Crown, 2018.

_____. "Competitive Authoritarianism. Hybrid Regimes After the Cold War", Cambridge University ¨Press, 2010.

LÓPEZ MAYA, Margarita. "The Venezuelan "Caracazo" of 1989: Popular Protest and Institutional Weakness", in *Journal of Latin American Studies,* Vol. 35 (1): 117-137 Cambridge University Presst, 2003.

MARTIN, Heather. "Coup-proofing and beyond: The regime survival strategies of Hugo Chavez", in *Latin American Policy,* Vol 8 (2): 249- 262, 2017.

MARTÍNEZ, Meucci, LATOUCHE, Miguel Ángel y VAISBERG DE LUSTGARTEN, Rebeca. "La narrativa revolucionaria del chavismo", in *POSTDATA* 19 (2): 463- 506, 2015.

MARTÍNEZ, José Honorio. "Causas e interpretaciones del Caracazo", en *Historia Actual Online*, N°. 16: 85- 92.

MASELLE, Boaz and POLAK, Benjamin. "A Model of Predatory State", in *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol 17 (1): 1- 33, 2001.

MCCOY, Jennifer. "From Representative to Participatory Democracy´s Regime transformation in Venezuela", in *McCoy and Myer* (editors), The Unraveling of Representative Democracy in Venezuela. Johns Hopkins University Press: 263-296, 2004.

MERKEL, Wolfgang. "Are Dictatorships returning? Revisiting the Democratic Rollback´ Hypothesis", in *Contemporary Politics*, Vol 16. (1): 17- 31, 2010.

MIJARES, Víctor M. and ROJAS SILVA, Nastassja. "Venezuelan Migration Crisis puts the Region's Democratic Governability at Risk. GIGA Focus, Latin America. No. 6: 1- 13, 2018.

MIJARES, Víctor y CARDOZO, Alejandro. "Militares bajo control. Fallas teóricas detrás del estancamiento de Juan Guaido", in *Foreign Affairs*, Vol. 20 (2): 16- 23, 2020.

MOE, Terry. "Power and Political Institutions", in *Perspectives on Politics*, V 3. (2): 215- 233, 2005.

MOLINA, José. "The unraveling of Venezuela´s Party System: From Party Rules to Personalistic Politics and Deinstitutionalization", McCoy and Myer (editors), The Unraveling of Representative Democracy in Venezuela, Johns Hopkins University Press. 152- 179, 2004.

MUNO, Wolfgang and BRICEÑO, Héctor. "Venezuela: Sidelining Public Administration Under a Revolutionary-Populist Regime. Democratic Backsliding and Public Administration How Populists, in *Government Transform State Bureaucracies*, Edited by Bauer, Peters, Pierre and Becker, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

OLSON, Mancur. "Dictatorship, Democracy, and Development", American Political Science Review, Vol 87(3):567–576, 1993.

OSORIO, Bohórquez, L. "Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) y su control sobre el poder", in *SUMMA. Revista disciplinaria en ciencias económicas y sociales,* Vol 3(1): 1- 32, 2021.

PENFOLD, Michael. "Clientelism and Social Funds: Evidence from Chávez's Misiones", in *Latin American Politics and Society* 49, no. 4 (2007): 69, 2007.

PETKOFF, Teodoro. "The two Lefts: Chávez, Venezuela, and Contemporary Left- Wing Politics", Lulu.com editors, 2007.

PROVEA., "Situación de los DDHH en Venezuela. Informe Anual 2021", Caracas,

PRZEWORSKI, Adam, Democracy: A Never-Ending Quest. Annual Review of Political Sciences. N° 19: 1- 12, 2022.

PUERTA RIERA, María. "Venezuela. The Decline of a Democracy", in *Development* 60 (3–4): 174–179, 2017.

RACHADELL, M. "Consagración, auge y declinación del principio de representación proporcional en el derecho electoral venezolano", en *Revista Politeia* 30 (39): 223–271, Caracas, 2007.

RAGAS, José. "A Starving Revolution: ID Cards and Food Rationing in Bolivarian Venezuela", in *Surveillance & Society* 15(3/4): 590-595, 2017.

RAMOS ROLLÓN, María Luisa. "Venezuela: Rupturas y continuidades del sistema político (1999-2001)", Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2002.

RAWLS, John. "Teoría de la justicia", México: Fondo de Cultura Económica, 1978.

REY, Juan Carlos. "El futuro de la democracia en Venezuela", Caracas: IDEA, 1989

REY, Juan Carlos. "La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación", in *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* No, 74: 533- 578, 1991.

ROBERTS, Kenneth M. "Social Correlates of Party System Demise and Populist Resurgence in Venezuela", in *LATIN AMERICAN POLITICS AND SOCIETY*, Vol 45 (3): 35–57, 2003.

ROBERTS, S. R. "The Fall of Democracy and the Rise of Authoritarianism in Venezuela", UC Riverside: University Honors, 2020.

RONALD D. Sylvia and Danopoulos, Constantine P., "The Chávez Phenomenon: Political Change in Venezuela", in *Third World Quarterly,* Vol. 24 (1): 63-76, 2003.

ROMERO, C. A., and MIJARES, V. M., "From Chávez to Maduro: Continuity and Change in Venezuelan Foreign Policy", in *Contexto Internacional*, 38(1), 165-201, 2016

ROSSI PIZZI, Bruno. "El frustrado golpe de estado en 2002 en Venezuela, Diccionario de acontecimientos de derechas en el siglo XXI en América Latina", Iglesias, Souroujon, Pereyra Doval y Lucca (Comp), UNR Editora, Argentina, 2021.

SALMERÓN, Melisa y SALMERÓN, Carlos. "¿Por qué Nicolás Maduro sigue en el poder pese al colapso de venezuela?", in *Notes Internacionals CIDOB*. N 211, Barcelona Centre for International Affairs, 2019.

SÁNCHEZ URRIBARRI, Raúl A. "Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court", in *Law and Social Inquiry*, V 3. Issue 4- PP 354- 884, 2011.

SCHMITH, Carl. "The concept of political", Chicago, University of Chicago Press, 1927/2007

SHIRAH, Ryan. "Electoral Authoritarianism and Political Unrest", in *International Political Science Review,* Vol 37. Nº 4. pp. 470-484, 2016.

SMILDE, David. "The Social Structure of Hugo Chávez", in *Context*. Vol 7. N 1. 38- 43, 2008.

SUAREZ, Ariadne. "Algunas consideraciones filosóficas y políticas sobre el militarismo bolivariano", en *Apuntes filosóficos*, 30 (58): 219- 231}, 2021.

UNGUREANU, Camil y SERRANO, Ivan. "El populismo como relato y la crisis de la democracia representativa", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals,* No. 119: 13-34, 2018.

URBANEJA, Diego Bautista., "Pueblo y petróleo en la política venezolana del siglo XX", Monte Ávila Editores, Caracas, 1992.

URBANEJA, Diego Bautista. "Venezuela y sus Republicas", en ABediciones, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2022.

VAHABI, M., BATIFOULIER, P., & DA SILVA, N., "A theory of predatory welfare state and citizen welfare: The French case", in *Public Choice*. N° 182: 243–27, 2019.

VARELA, F. P. "Origen y evolución del discurso de la hegemonía comunicacional en Venezuela", in *Comunicación: estudios venezolanos de comunicación*, N 198: 123-139, 2022.

VALERY, Yolanda. "Qué Son Los Polémicos CLAP, El Sistema Paralelo De Distribución De Alimentos Del Cano 25 Gobierno De Venezuela", BBC News Mundo. BBC News. June 03. 2016.

VÁSQUEZ VERA, María del Carmen. "Circuitos de poder y control político en la revolución chavista (1999-2010), en *Reflexión Política*, V. 12 (23), 120, Universidad del Zulia, Venezuela, 2010.

VILLARROEL, Gladys E, y Ledezma, Nelson. "Carisma y política. El liderazgo de Hugo Chávez desde la perspectiva de sus partidarios", en *Politeia,* Vol. 30. (39): 1-22 Universidad Central de Venezuela, Venezuela, 2007.

VON BERGEN, Franz. "Partido de gobierno y relaciones civiles y militares en la Venezuela chavista", In: *Butto, Luis Alberto and José Alberto Olivar* (Eds.): El Estado Cuartel en Venezuela, Radiografía de un proyecto autoritario, Universidad Metropolitana. Caracas. 2016.

WALDNER, David, and Lust, Ellen. "Unwelcome Change. Coming to terms with Democratic Backsliding", in *Annual Review of Political Sciences*, N° 21: 93- 113, 2018.

EL TRABAJO DEL FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA ATENCIÓN A LA SALUD Y LA SEGURIDAD DE LAS MUJERES Y NIÑAS EN VENEZUELA

Onandia MARTÍNEZ*

> Profesor Raúl, aunque ya no estés entre nosotros, su legado sigue vivo en cada uno de sus estudiantes y en aquellos que tuvieron el privilegio de conocerlo. Su pasión por el derecho, y su dedicación a enseñar y guiar a sus alumnos, siempre serán recordados. Gracias por haber sido un gran maestro y mentor para tantos de nosotros.

I. INTRODUCCIÓN

El tema del presente artículo es el Fondo Central de Respuesta a Emergencias (CERF, por sus siglas en inglés) del año 2021 y las actividades del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA, por sus siglas en inglés) en Venezuela. En el caso de Venezuela, el CERF ha permitido al UNFPA implementar programas y proyectos para mejorar la vida de las personas más vulnerables del país.

En segundo lugar, resaltar los resultados que se han logrado gracias al CERF 2021 y las actividades del UNFPA en Venezuela. En particular, se destacarán los avances en materia de salud sexual y reproductiva, higiene menstrual y violencia de género. Además, se enfatizará en la importancia del

---

* Licenciada en Relaciones Internacionales por la UCV, Especialista en Derecho Internacional Económico, UCV, Caracas. Ha desarrollado su carrera en el área de la cooperación y las relaciones internacionales, trabajando para el Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas UNFPA y actualmente se desempeña como consultora independiente en Chile.

trabajo del UNFPA y el papel vital que ha desempeñado en la mejora de las condiciones de vida de las personas más necesitadas del país. necesitamos generar conciencia sobre la importancia de los fondos humanitarios como el CERF y el trabajo valioso que realizan las organizaciones como el UNFPA en situaciones de crisis.

1. *Contexto sobre la situación humanitaria en Venezuela*

En los últimos años, Venezuela ha enfrentado una crisis humanitaria compleja, caracterizada por la escasez de alimentos y medicinas, la hiperinflación y la inseguridad. La crisis ha afectado gravemente a la población, especialmente a las personas más vulnerables, incluidas las mujeres, los niños y las personas mayores. [1]

En términos de salud sexual y reproductiva, la crisis ha dado lugar a una falta de acceso a servicios básicos de atención médica, incluyendo atención obstétrica de emergencia y planificación familiar. La situación ha sido particularmente difícil para las mujeres embarazadas y lactantes, que a menudo carecen de acceso a suministros médicos y servicios de atención prenatal.[2]

Además, la falta de acceso a productos de higiene menstrual ha sido un problema creciente en Venezuela La higiene menstrual es un derecho humano básico y esencial para la salud y el bienestar de las mujeres y niñas, sin embargo, muchas personas no tienen acceso a los productos necesarios para mantener su higiene menstrual adecuadamente.

Por último, la violencia de género ha sido un problema persistente en Venezuela, especialmente durante la pandemia de COVID-19. La situación de seguridad ha empeorado para muchas mujeres y las organizaciones de la sociedad civil han informado de un aumento de la violencia doméstica y sexual en el país.

---

1 OCHA. (2021). Informe de Evaluación de Necesidades Humanitarias en Venezuela. Recuperado el 10 de enero de 2023, de https://www.humanitaria nresponse.info/en/operations/venezuela/document/evaluaci%C3%B3n-de-necesidades-humanitarias-en-venezuela-2021

2 United Nations. (2019, 14 de noviembre). Crisis en Venezuela: La ONU y la OMS se unen en esfuerzo para mejorar salud de mujeres y niños. Noticias ONU. Recuperado el 05 de enero de 2023, de https://news.un.org/es/story/2019/11/1464991

El UNFPA ha estado trabajando en colaboración con otros organismos de las Naciones Unidas y organizaciones de la sociedad civil para proporcionar apoyo a las personas más vulnerables de la sociedad. En este contexto, además, han estado trabajando en Venezuela para mejorar las condiciones de vida de las mujeres y los jóvenes, y para abordar los desafíos relacionados con la salud sexual y reproductiva.

II. EL PAPEL DEL CERF EN LA RESPUESTA HUMANITARIA EN VENEZUELA

1. *Descripción del CERF y su función en la respuesta humanitaria a nivel global*

El Fondo Central de Respuesta a Emergencias (CERF, por sus siglas en inglés) es un fondo de financiamiento global administrado por la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) de las Naciones Unidas. El CERF fue creado en 2005 para mejorar la capacidad de la ONU y sus socios para responder rápidamente a las emergencias.[3]

Es un mecanismo de financiamiento flexible y previsible que proporciona recursos rápidos y eficaces para apoyar la respuesta humanitaria en situaciones de emergencia, financia una amplia gama de actividades humanitarias, incluyendo la provisión de alimentos, agua y saneamiento, servicios de salud, refugio y protección, y apoyo a la recuperación temprana. También apoya iniciativas para prevenir y mitigar desastres y conflictos. Reciben contribuciones voluntarias de los estados miembros, organizaciones del sector privado y otros donantes.

Históricamente han movilizado más de 7.000 millones de dólares estadounidenses en financiamiento para la respuesta humanitaria en más de 100 países. En particular durante el 2021, asignó más de 900 millones de dólares para apoyar la respuesta humanitaria en países como Yemen, Sudán, Siria, Etiopía, Afganistán y Haití, entre otros.[4]

---

[3] Fondo Central de Respuesta a Emergencias de las Naciones Unidas (CERF). (s.f.). Quiénes somos. Recuperado el 10 de enero de 2023, de https://cerf.un.org/about-us/who-we-are

[4] United Nations. (n.d.). Central Emergency Response Fund (CERF) Allocation Data. Retrieved Recuperado el 10 de enero de 2023, de https://cerf.un.org/what-we-do/allocation-data

El financiamiento del CERF ha permitido a los socios humanitarios de la ONU y a las organizaciones no gubernamentales responder rápidamente a las emergencias, proporcionando asistencia vital a millones de personas.

El CERF es un mecanismo crucial para garantizar que las necesidades humanitarias más críticas se aborden de manera efectiva y oportuna en situaciones de emergencia. La movilización de fondos rápidos y flexibles es esencial para garantizar que las organizaciones humanitarias puedan responder a las crisis humanitarias en todo el mundo, incluida la crisis humanitaria en Venezuela.

2. *El financiamiento del CERF en Venezuela y su impacto en la respuesta humanitaria del país a través del UNFPA*

Durante el año 2021, los donantes de todo el mundo contribuyeron un total de **374,4** millones de dólares en respuesta al plan humanitario de Venezuela, que requería un total de **708.1** millones de dólares.[5]

En 2021, CERF asignó 7 millones de dólares a Venezuela para mantener operaciones clave de salvamento en el marco de la ronda de Fondos de Emergencia No Asignados (UFE) de CERF en 2021. Además, se asignaron 1 millón de dólares adicionales, para abordar las necesidades de las personas con discapacidad, lo que elevó la asignación total de UFE a 8 millones de dólares.[6]

Este financiamiento se asignó a través del Mecanismo de Respuesta Rápida (RRM) y del Mecanismo de Financiamiento de Fondos Globales (FGF) del CERF, y se destinó en parte a apoyar a los socios humanitarios de la ONU. En particular, el UNFPA implementó tres proyectos financiados por el CERF, con un presupuesto total de $1.792.487,03. Es importante destacar que estos proyectos tuvieron una duración de más de un año. El monto proporcionado corresponde a la planificación de ejecución durante el año 2021 y no refleja el presupuesto total del proyecto, que abarca un período más prolongado.

---

5 "Venezuela: Financiamiento de la respuesta humanitaria 2021 de la ONU" en ReliefWeb (2021 Recuperado el 11 de marzo de 2023): https://reliefweb.int/report/venezuela-bolivarian-republic/venezuela-financiamiento-de-la-respuesta-humanitaria-2021-de

6 United Nations. (n.d.). Central Emergency Response Fund (CERF) Allocation Data. Retrieved Recuperado el 10 de enero de 2023, de https://cerf.un.org/what-we-do/allocation-data

III. LA RESPUESTA DEL UNFPA EN VENEZUELA EN 2021

La respuesta humanitaria del UNFPA en Venezuela en 2021 se centró en:[7]

1. Protección y atención a sobrevivientes de violencia de género (VBG): El UNFPA trabajó en coordinación con otros socios humanitarios para proporcionar servicios integrales de atención a las sobrevivientes de la VBG, incluyendo la atención médica y psicológica, el asesoramiento jurídico y la protección en los refugios.

2. Salud sexual y reproductiva: El UNFPA trabajó para garantizar el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva de calidad, incluyendo el suministro de anticonceptivos y otros productos médicos esenciales, así como servicios de atención prenatal y atención de emergencia obstétrica. Además, se enfoca en la prevención y respuesta a la violencia sexual y la atención a sobrevivientes de esta.

3. Fortalecimiento de capacidades: El UNFPA trabajó para fortalecer las capacidades de los socios humanitarios, incluyendo organizaciones de la sociedad civil, gobiernos locales y nacionales, y otros actores relevantes, para que puedan brindar servicios de atención y protección de calidad a las poblaciones afectadas por la crisis humanitaria en Venezuela.

4. Coordinación humanitaria: El UNFPA trabajó en estrecha colaboración con otros actores humanitarios para garantizar una respuesta coordinada, coherente y eficaz a las necesidades de las personas afectadas por la crisis en Venezuela. Esto incluye la participación activa en el Grupo de Trabajo de Protección y la coordinación con el Clúster de Salud y otros grupos temáticos relevantes.[8]

1. *Prevención y atención de la Violencia de Genero*

UNFPA ha implementado acciones para prevenir y atender la violencia de género en Venezuela. Durante el año 2021, se realizaron 75 capacitaciones

---

7 UNFPA Venezuela. (2021). Respuesta Humanitaria del UNFPA en Venezuela 2021. Recuperado el 10 de abril de 2023, de https://venezuela.unfpa.org/es /publications/respuesta-humanitaria-del-unfpa-venezuela-2021

8 UNFPA Venezuela. (2021). Respuesta Humanitaria del UNFPA en Venezuela 2021. Recuperado el 10 de abril de 2023, de https://venezuela.unfpa.org/es/ publications/ respuesta-humanitaria-del-unfpa-venezuela-2021

a profesionales de la salud, funcionarios policiales, fiscales y miembros de la sociedad civil sobre el manejo clínico de la violencia sexual y el enfoque de género. Asimismo, se llevaron a cabo 30 talleres comunitarios de prevención y atención de la violencia de género, en los que participaron 1.820 personas, principalmente mujeres y jóvenes.

En el marco del Plan Nacional para el Manejo Clínico de la Violencia Sexual, se adecuaron 6 consultorios en los estados Apure, Miranda y Bolívar, para la atención clínica de sobrevivientes de violencia sexual, con equipos médicos, medicamentos para la profilaxis de ITS, incluido VIH, y embarazo no deseado, equipos tecnológicos, mobiliario y climatización, entre otros. En total, 24.386 mujeres y 8.664 embarazadas de las comunidades fueron sensibilizadas e informadas en prevención de la violencia de género, la disponibilidad de servicios para la atención de sobrevivientes de violencia y la importancia de acudir en las primeras 72 horas. También se sensibilizó a 228 personas de comunidades indígenas sobre la prevención y atención de la violencia de género.

UNFPA ha trabajado en la mejora del acceso a servicios de salud materna de calidad para las mujeres en Venezuela. En este sentido, ha apoyado la capacitación de profesionales de la salud y ha suministrado insumos médicos y anticonceptivos para mejorar la planificación familiar y reducir los riesgos en los partos.

En cuanto a la prevención y atención de la violencia de género ha trabajado en estrecha colaboración con organizaciones locales y autoridades gubernamentales para fortalecer las políticas y los programas de prevención y atención de la violencia de género en el país. Además, se han brindado servicios de atención integral a las mujeres víctimas de violencia de género, incluyendo atención médica, psicológica y legal.

Por último, en relación con la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y niñas, el UNFPA ha apoyado programas y proyectos que promueven la igualdad de género y el empoderamiento económico de las mujeres en Venezuela. Además, el UNFPA ha trabajado para fortalecer el liderazgo y la participación política de las mujeres en el país,

y ha apoyado iniciativas para garantizar el acceso de las niñas a la educación y a oportunidades de desarrollo.[9]

Durante el año 2021, UNFPA contribuyó a cubrir las necesidades de protección contra la VBG de un total de 24,747 personas en los estados de Zulia, Bolívar, Apure, Táchira y Miranda. De ellas, 18,231 eran mujeres, 4,912 adolescentes, 1,324 hombres y 274 adolescentes varones. A través de sus socios implementadores, como CODEHCIU, PLAFAM, ALIADAS EN CADENA y UNIANDES, se brindaron servicios multisectoriales de respuesta a la VBG a 4,139 mujeres adultas, incluyendo gestoría de casos, apoyo psicosocial individualizado y grupal, y orientación legal. Además, distribuyó métodos de planificación familiar y proporcionó sesiones de sensibilización sobre la VBG a 800 mujeres y adolescentes en ambulatorios de Bolívar, Apure y Táchira, para abordar sus necesidades insatisfechas de planificación familiar.

2. *Servicios de Salud Sexual y Reproductiva y prevención de la Mortalidad Materna*

UNFPA continuó su trabajo en la implementación de acciones para fortalecer la capacidad operativa en 38 centros de salud priorizados y la red integral de servicios que mejoran el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva (SSR) que salvan vidas. Se realizaron actualizaciones de necesidades en centros de salud y en comunidades del área de influencia.[10]

Durante el año, se logró que 162.677 mujeres accedieran a servicios de SSR en maternidades de alto y bajo riesgo y centros de atención primaria que UNFPA apoya en los estados Anzoátegui, Miranda, Zulia, Táchira y Distrito Capital. Además, se dispensaron métodos anticonceptivos como condones masculinos, orales, implantes, DIU e inyectables a 22.973 mujeres, de las cuales el 47,8% eran adolescentes, 184 indígenas, y a 33.436 personas se les entregó condones masculinos.

Un total de 29.402 personas, de las cuales 24.386 eran mujeres y 8.664 estaban embarazadas, recibieron información y orientación sobre la prevención

---

9 UNFPA Venezuela. (2021). Respuesta Humanitaria del UNFPA en Venezuela 2021. Recuperado el 10 de abril de 2023, de https://venezuela.unfpa.org/es/publications/respuesta-humanitaria-del-unfpa-venezuela-2021

10 UNFPA Venezuela. (2021). Respuesta Humanitaria del UNFPA en Venezuela 2021. Recuperado el 10 de abril de 2023, de https://venezuela.unfpa.org/es/publications/respuesta-humanitaria-del-unfpa-venezuela-2021

de embarazos no deseados, la prevención de ITS/VIH, los signos de alarma durante el embarazo, la violencia de género, la disponibilidad de servicios para la atención de sobrevivientes de violencia y la importancia de buscar ayuda en las primeras 72 horas. Además, se enfatizó en la prevención de COVID-19. De las comunidades indígenas, 228 personas recibieron información y sensibilización sobre estos temas.

En cuanto al fortalecimiento del conocimiento, se logró que 2.636 personal de salud, entre médicos y enfermeras, participaran en actividades para el fortalecimiento del conocimiento en asesoría y métodos anticonceptivos, atención de la embarazada en contexto de COVID-19, prevención de ITS/VIH, prevención de COVID-19, manejo clínico de la violencia sexual y cuidados obstétricos de emergencia con énfasis en la práctica para la colocación del traje anti choque). Además, se entregaron insumos para equipos de protección personal a 91 personas de los equipos de salud.[11]

Durante el año 2021, UNFPA en Venezuela trabajó en la implementación del Plan Nacional para el Manejo Clínico de la Violencia Sexual, el cual busca fortalecer la atención integral a las sobrevivientes de este tipo de violencia. Como parte de esta iniciativa, se adecuaron 6 consultorios para la atención clínica en los estados Apure, Miranda y Bolívar, con el fin de brindar servicios médicos especializados y equipos necesarios para la profilaxis de Infecciones de Transmisión Sexual, incluyendo el VIH, y la prevención del embarazo no deseado. Además, se incluyó el equipamiento tecnológico y de mobiliario para garantizar una atención integral y cómoda a las pacientes. Estas adecuaciones fueron realizadas con base en las necesidades específicas de cada uno de los centros de atención.

3. *Responsabilidad de Violencia Basada en Género (GBV AOR)*

El Área de Responsabilidad de Violencia basada en Género (GBV AOR), liderada por UNFPA, cuenta con 83 organizaciones entre ONG internacionales, nacionales y agencias de la ONU, y tiene como objetivo promover un enfoque integral y coordinado de la programación para la prevención, mitigación y respuesta de la VBG. En 2021, se actualizó el mapeo de servicios de protección, incluyendo VBG, alcanzando un total de 1.234 servicios, de los cuales 432 son de VBG, y se actualizaron las rutas de

[11] UNFPA Venezuela. (2021). Respuesta Humanitaria del UNFPA en Venezuela 2021. Recuperado el 10 de abril de 2023, de https://venezuela.unfpa.org/es/publications/respuesta-humanitaria-del-unfpa-venezuela-2021

remisión para VBG, se difundieron los Procedimientos Operativos Estándares VBG y se capacitó a actores humanitarios proveedores de servicios de VBG.[12]

La respuesta humanitaria de protección a la VBG llegó a un total de 159.628 personas con acciones en 158 municipios de 19 estados de Venezuela, siendo los estados de Bolívar, Distrito Capital, Miranda, Zulia y Táchira los que contaron con una mayor intervención para la respuesta a la VBG. Las acciones implementadas fueron la provisión de servicios de respuesta multisectorial a la VBG, como la gestión de casos, la asistencia material para sobrevivientes de VBG, la orientación legal y el apoyo psicosocial individual y grupal, y el fortalecimiento de las capacidades comunitarias para la prevención y mitigación de la VBG.

El Área de Responsabilidad de VBG también capacitó a más de 900 actores humanitarios en temas de VBG en emergencias y realizó labores de abogacía con diversas instituciones con competencia en VBG, con el objetivo de mejorar la coordinación de la respuesta multisectorial en materia de VBG y apoyar la provisión de servicios para sobrevivientes. Además, se actualizó el marco lógico del AdR VBG para el nuevo ciclo humanitario 2022 alineándose con las necesidades de las personas sobrevivientes o en riesgo de VBG de cara a fortalecer la intersectorialidad.

4. *Suministros y Logística*

En el transcurso del año 2021, UNFPA logró consolidar y distribuir 21,100 unidades de anticonceptivos inyectables en Venezuela, suficientes para proteger a más de siete mil beneficiarias durante 6 meses. Además, se han movilizado nuevos fondos para proporcionar más opciones anticonceptivas, como dispositivos intrauterinos (DIU) e implantes hormonales, a las beneficiarias en el país. UNFPA también entregó a sus socios implementadores en Venezuela 18 toneladas de soluciones intravenosas para coadyuvar en el tratamiento de las mujeres en puerperio, así como 1 tonelada de insumos de higiene y limpieza para mantener la sepsis en las salas de parto y otras áreas críticas de los centros de salud. Además, se donaron 2,000 unidades de pruebas rápidas de VIH y sífilis a los socios implementadores, lo que permitirá monitorear el comportamiento de estas enfermedades en la población venezolana y, en particular, en las beneficiarias que asisten a las consultas obstétricas y de planificación familiar. Por último, UNFPA aseguró la consolidación y

---

[12] UNFPA Venezuela. (2021). Respuesta Humanitaria del UNFPA en Venezuela 2021. Recuperado el 11 de marzo de 2023, de https://venezuela.unfpa.org/es/publications/respuesta-humanitaria-del-unfpa-venezuela-2021

distribución efectiva de 6,18 toneladas de insumos de protección personal en los centros de salud prioritarios para contribuir a la protección del personal de salud y pacientes en primera línea de respuesta a la COVID-19.[13]

IV. RESULTADOS Y LOGROS DEL TRABAJO DEL UNFPA EN VENEZUELA EN 2021

Las acciones del UNFPA han contribuido significativamente a mejorar la vida de las mujeres y niñas en varias áreas, como la salud sexual y reproductiva, la prevención y respuesta a la violencia de género y la protección de los derechos humanos.[14]

En cuanto a la salud sexual y reproductiva, el suministro de anticonceptivos y la capacitación a los proveedores de servicios de salud han permitido que las mujeres y niñas tengan acceso a métodos anticonceptivos seguros y efectivos, lo que les permite tomar decisiones informadas sobre su vida reproductiva y evitar embarazos no deseados.

En términos de prevención y respuesta a la violencia de género, el trabajo del UNFPA ha permitido que las mujeres y niñas tengan acceso a servicios de protección multisectorial y atención integral en casos de violencia, lo que les ha permitido recuperar su autonomía y mejorar su bienestar emocional y físico. Además, la capacitación de actores humanitarios y la actualización de las rutas de remisión para la atención de casos de violencia ha permitido una mejor coordinación entre los servicios de protección y atención.[15] Finalmente, el trabajo del UNFPA en la promoción y

---

13 UNFPA Venezuela. (2021). Respuesta Humanitaria del UNFPA en Venezuela 2021. Recuperado el 11 de marzo de 2023, de https://venezuela.unfpa.org/es/publications/respuesta-humanitaria-del-unfpa-venezuela-2021

14 UNFPA Venezuela. (2021, marzo 8). Adolescentes de todo el país se unen al reto "Decisiones" por el Día Mundial para la Prevención del Embarazo en Adolescentes. [Nota de Prensa] Recuperado el 10 de enero de 2023. https://venezuela.unfpa.org/es/news/adolescentes-de-todo-el-pa%C3%ADs-se-unen-al-reto-%E2%80%9Cdecisiones%E2%80%9D-por-el-d%C3%ADa-mundial-para-la-prevenci%C3%B3n

15 UNFPA Venezuela (2021). Por segundo año consecutivo, el UNFPA desarrolla la campaña de prevención y mitigación de la violencia de género en tiempos de COVID-19. Recuperado el 11 de enero de 2023, de https://venezuela.unfpa.org/es/news/por-segundo-a%C3%B1o-consecutivo-el-unfpa-desarrolla-la-campa%C3%B1a-de-prevenci%C3%B3n-y-mitigaci%C3%B3n-de

protección de los derechos humanos de las mujeres y niñas ha permitido un mayor acceso a la justicia y una mayor protección de los derechos de las mujeres y niñas en situaciones de conflicto y crisis humanitarias.

El UNFPA ha apoyado programas y proyectos que promueven la igualdad de género y el empoderamiento económico de las mujeres en Venezuela. Se han fortalecido el liderazgo y la participación política de las mujeres en el país, y se ha trabajado para garantizar el acceso de las niñas a la educación y a oportunidades de desarrollo. Esto ha contribuido a la reducción

El UNFPA ha proporcionado apoyo técnico y financiero a los servicios de salud materna en Venezuela, incluyendo la capacitación de profesionales de la salud en obstetricia y neonatología, la provisión de insumos médicos esenciales y la promoción del acceso a servicios de salud sexual y reproductiva. Como resultado, se ha mejorado el acceso a servicios de calidad para las mujeres embarazadas y se han reducido los riesgos asociados con el embarazo y el parto.

CONCLUSIONES

El financiamiento del CERF al UNFPA en Venezuela en 2021 ha sido fundamental para abordar la crisis humanitaria compleja en el país, que ha tenido un impacto especialmente negativo en la salud y la seguridad de las mujeres y niñas. La falta de acceso a servicios de salud de calidad y el aumento de la violencia de género son algunas de las principales consecuencias de la crisis humanitaria en Venezuela, lo que ha llevado a una grave situación de vulnerabilidad para las mujeres y niñas.

El artículo presentado destaca la importante labor del UNFPA en Venezuela durante el año 2021 en la provisión de suministros y servicios de salud reproductiva y sexual a mujeres y niñas en situación de vulnerabilidad en el país.

Cabe mencionar también que el artículo hace referencia al papel del CERF como fuente de financiamiento para estas acciones, destacando su importancia en la respuesta a situaciones de crisis humanitarias como la que se vive actualmente en Venezuela, el financiamiento del CERF ha permitido que el UNFPA en Venezuela implemente iniciativas significativas para mejorar la salud y la seguridad de las mujeres y niñas en el país. El apoyo financiero ha permitido que brinden servicios de atención médica esenciales, atención y prevención de la violencia de género y promover la igualdad de género en una situación humanitaria compleja.

En conclusión, la situación humanitaria en Venezuela sigue siendo muy difícil, especialmente para mujeres y niñas que enfrentan barreras significativas en términos de acceso a servicios de salud reproductiva y protección contra la violencia de género. El trabajo del UNFPA en el país ha sido fundamental para mejorar esta situación, brindando atención médica, anticonceptivos y suministros médicos esenciales a las mujeres más vulnerables del país.

El financiamiento del CERF ha sido crucial para apoyar estos esfuerzos, ya que ha permitido al UNFPA proporcionar una respuesta rápida y efectiva ante las necesidades humanitarias en Venezuela. Sin este financiamiento, el UNFPA no podría haber logrado las acciones mencionadas en este artículo y muchas mujeres y niñas habrían quedado sin acceso a servicios de salud reproductiva y protección contra la violencia de género.

Por lo tanto, es fundamental que el CERF continúe proporcionando financiamiento para abordar las necesidades humanitarias en Venezuela y en otros lugares del mundo. También es importante que se siga trabajando en colaboración con organizaciones como el UNFPA para garantizar que las mujeres y las niñas tengan acceso a servicios esenciales de salud y protección en situaciones de crisis humanitarias. Solo así podremos lograr un mundo más justo y equitativo para todos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fondo Central de Respuesta a Emergencias de las Naciones Unidas (CERF), “Quiénes somos”. Disponible en https://cerf.un.org/about-us/who-we-are, consultado en fecha 10 de enero de 2023.

Ocha, Informe de Evaluación de Necesidades Humanitarias en Venezuela, 2021, Disponible en https://www.humanitarianresponse.info/en/operations/venezuela/document/evaluaci%C3%B3n-de-necesidades-humanitarias-en-venezuela-2021 , consultado en fecha 10 de enero de 2023.

UNFPA Venezuela, “Respuesta Humanitaria del UNFPA en Venezuela 2021”, 2021, Disponible en https://venezuela.unfpa.org/es/publications/ respuesta-humanitaria-del-unfpa-venezuela-2021, consultado en fecha 10 de enero de 2023.

UNFPA Venezuela, “Adolescentes de todo el país se unen al reto “Decisiones” por el Día Mundial para la Prevención del Embarazo en Adolescentes”, [Nota de Prensa], 2021, Disponible en: https://venezuela.unfpa.org/es/news/adolescentes-de-todo-el-pa%C3%ADs-se-unen-al-reto-%E2%80%9Cdecisiones%E2%80%9D-por-el-d%C3%ADa-mundial-para-la-prevenci%C3%B3n, consultado en fecha 10 de enero de 2023.

United Nations, “Central Emergency Response Fund (CERF) Allocation Data”, disponible en, https://cerf.un.org/what-we-do/allocation-data, consultado en fecha 10 de enero de 2023.

United Nations, “Crisis en Venezuela: La ONU y la OMS se unen en esfuerzo para mejorar salud de mujeres y niños”, Noticias ONU, 2019, Disponible en: https://news.un.org/es/story/2019/11/1464991 consultado en fecha 05 de enero de 2023.

Venezuela, “Financiamiento de la respuesta humanitaria 2021 de la ONU”, en ReliefWeb, 2021, disponible en: https://reliefweb.int/report/venezuela-bolivarian-republic/venezuela-financiamiento-de-la-respuesta-humanitaria-2021-de, consultado en fecha de 11 marzo de 2023

LA SISTEMATICIDAD Y GENERALIDAD EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD: ELEMENTOS CLAVE EN SU COMISIÓN

Thairi N. MOYA SÁNCHEZ*

INTRODUCCIÓN

Los crímenes de lesa humanidad han evolucionado paulatinamente, en el marco del derecho internacional, para juzgar a los responsables en la comisión de estos. En este sentido, para la configuración clara de estos delitos deben reunirse una serie de elementos, tanto subjetivos como objetivos; entre estos últimos tenemos que la 'sistematicidad' y la 'generalidad' son características fundamentales durante la comisión de estos crímenes. Ahora bien, la conceptualización de estos 'términos' puede resultar confusa por lo que la finalidad de este trabajo de investigación es determinar cómo los mismos pueden ser entendidos de acuerdo con la evolución jurisprudencial en los tribunales penales internacionales. En este sentido, es importante aclarar que en este artículo no se revisarán toda la terminología desarrollada y utilizada en el marco de este delito.

---

* Abogada. Doctora en Derecho (mención honorífica) por la Universidad Central de Venezuela. Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Nottingham (Ex becaria Chevening). Ha sido ganadora del Premio "Dr. Carlos Alberto Urbaneja" a la mejor tesis doctoral de Venezuela otorgado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Coordinadora académica del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, investigadora invitada por el Centro Noruego de Derechos Humanos. Actualmente, es investigadora Postdoctoral y profesora de derecho internacional público en la Universidad Complutense de Madrid.

En este sentido, se discutirán únicamente: I. Orígenes legales de la figura del crimen de lesa humanidad; II. La 'sistematicidad' y la 'generalidad' en la jurisprudencia internacional; III. Conclusiones.

I. ORÍGENES LEGALES DE LA FIGURA DEL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

Los Crímenes en contra la humanidad, también conocidos como de lesa humanidad, fueron juzgados por primera vez en los juicios de Núremberg. Sin embargo, la expresión tomó vida, en la terminología del derecho internacional, a raíz de las atrocidades cometidas en contra de la población armenia durante el imperio Otomano. En fecha 24 de mayo de 1915 fue emitida una declaración en conjunto por los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, en donde se indicó que:

> "en presencia de estos nuevos crímenes de Turquía **contra la humanidad** y la civilización, los gobiernos aliados informan públicamente de que serán personalmente responsables de dichos crímenes todos los miembros de los gobiernos otomanos, así como de sus agentes que se hayan participado en tales masacres."[1]

Sin embargo, no fue hasta después de la II Guerra Mundial, cuando se juzgaron por primera vez los 'crímenes en contra de la humanidad' en los tribunales de Núremberg y Tokio. El uso de este término fue propuesto por el Juez Robert Jackson, en las Conferencias de Londres para referirse a los términos "persecución, atrocidades y deportaciones". No obstante, Jackson señaló que el autor de dicho término fue el eminente profesor Hersch Lauterpacht.[2] Desde allí, el uso del término ha sido incluido en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*: el Tribunal Penal internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). También, estos crímenes también fueron agregados al borrador del Código de Crímenes elaborado por la Comisión de Derecho Internacional, del año 1991, en donde se indicó que el crimen de lesa humanidad debía tener como elemento para su

---

1 Traducción de: "in the presence of these new crimes of Turkey against humanity and civilization, the allied governments publicly inform the Sublime Porte that They will hold personally responsible for the said crimes all members of the Ottoman Governments as well as those of its agents who are found to be involved in such massacres"

2 Schabas William. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press. Oxford, 2016.

materialización que el mismo fuese realizado de manera "sistemática o –como– violaciones masivas de derechos humanos".

El crimen de lesa humanidad ha evolucionado desde el derecho consuetudinario internacional, así como a raíz de la creación de las cortes internacionales, lo que ha traído como consecuencia que muchos Estados establezcan este delito en su jurisdicción nacional.

El autor Schabas indicó que los crímenes en contra de la humanidad podrían ser vistos como la implementación de normas de derecho internacional dentro del marco del derecho internacional penal,[3] y que la razón suprema para la tipificación de este crimen es juzgar a los responsables en la comisión de este. El Estatuto de Roma es, finalmente, el tratado que refleja los consensos alcanzados por varios Estados de la comunidad internacional en esta materia, encontrándose en su texto una lista más extensa de los crímenes que pueden configurar como lesa humanidad.[4]

A diferencia del genocidio, donde existía de manera claramente establecida la figura de este crimen desde la Convención de 1948, el crimen de lesa humanidad no reposaba en un tratado propio, alcanzando este nivel en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, aunque el Consejo de Seguridad acogió dos conceptos legales diferentes, durante la adopción de estos Estatus, para la antigua Yugoslavia y Ruanda, en tan sólo 18 meses.

En cuanto al Estatuto de Roma, tanto los Comités Preparatorios como el Comité *ad hoc* se encontraron confrontados por los elementos contextuales, es decir los criterios por los que los crímenes en contra de la humanidad estarían separados de los crímenes ordinarios. Existía un 'acuerdo general' en cuanto a los requerimientos de sistematicidad o generalidad, para "indicar la escala y la magnitud de los crímenes". Del mismo modo, otros factores fueron incluidos, entre estos tenemos "un elemento de planificación, política, conspiración u organización; una multiplicidad de víctimas; y que los crímenes sean cometidos como parte de una política, plan, conspiración o una campaña en lugar de actos aleatorios, individuales o aislados en contraste con los crímenes de guerra".[5]

---

3 Schabas William. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press. Oxford, 2010, p 139.

4 United Nations Office on Genocide Prevention and the responsibility to Protect. "Crimes Against Humanity". Disponible en: http://www.un.org/en/genocide prevention/crimes-against-humanity.html

5 Preparatory Committee, 1996, Report, Vol I, para 85.

Fue durante las negociaciones del Estatuto de Roma, celebradas en el año 1996, en donde el Coordinador de los grupos de trabajo preparó un texto mejor detallado de los crímenes de lesa humanidad en comparación a las propuestas basadas en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda presentadas al parecer por la representación los Estados Unidos.[6] El texto presentado por el Coordinador aportó la idea de definir los crímenes establecidos en el borrador del artículo 7, explicó que:

> "Hubo un apoyo general a los criterios en cuanto a la 'generalidad' o 'sistematicidad' para indicar la escala y la magnitud de los delitos. También se mencionaron como elementos a tener en cuenta: un elemento de planificación, política, conspiración u organización; una multiplicidad de víctimas; actos de cierta duración en lugar de un fenómeno temporal, excepcional o limitado; y que las acciones cometidas sean parte de una política, plan, conspiración o una campaña en lugar de actos aleatorios, individuales o aislados en contraste con los crímenes de guerra. Algunas delegaciones expresaron la opinión de que este criterio podría aclararse aún más al referirse a los actos generalizados y sistemáticos de interés internacional en aras de indicar los actos que eran apropiados para la adjudicación internacional; actos cometidos sistemáticamente o que formen parte de una política pública contra un segmento de la población civil; los actos cometidos en aplicación de un plan concertado para indicar el grado necesario de intención, concierto o planificación y los delitos de carácter excepcionalmente crítico de alcance internacional con la finalidad de excluir delitos menores, como en el artículo 20, párrafo (e). Algunas delegaciones expresaron la opinión de que los criterios deberían ser acumulativos y no alternativos".[7]

---

6 "United States Delegation, Proposed article on Crimes Against Humanity with Proposed Elements", 22 de marzo de 1996.

7 Traducción de: "There was general support for the widespread or systematic criteria to indicate the scale and magnitude of the offences. The following were also mentioned as elements to be taken into account: an element of planning, policy, conspiracy or organization; a multiplicity of victims; acts of a certain duration rather than a temporary, exceptional or limited phenomenon; and acts committed as part of a policy , plan, conspiracy or a campaign rather than random, individual or isolated acts in contrast to war crimes. Some delegations expressed the view that this criterion could be furthers clarified by referring to

El documento consideró –inclusive- el nexo histórico entre los crímenes en contra de la humanidad y los conflictos armados, vínculo existente desde los juicios de Núremberg, el cual fue omitido en esta nueva versión codificada. En la tercera sesión del Comité Preparatorio, en febrero de 1997, se presentó un nuevo texto revisado del artículo 7. El desarrollo más importante, en cuanto a la codificación de los crímenes en contra de la humanidad, fue el pertinente a que estos a) pueden ser cometidos tanto en tiempo de paz como en tiempos de guerra, esto al omitirse el vínculo a un conflicto armado y, b) el establecimiento de que todos los crímenes encomendados a la jurisdicción de la Corte, tienen un carácter imprescriptible de acuerdo a lo establecido en el artículo 29 del Estatuto. Cabe destacar que la fraseología del artículo 7, en cuanto a la 'sistematicidad' y 'generalidad', provenía de la definición dada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional para Ruanda.[8]

En el documento denominado 'Elementos de los Crímenes' de la CPI se indicó que los delitos de lesa humanidad:

> "1. Se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo".

Además, agrega que:

> "2. Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o

---

widespread and systematic acts of international concern to indicate acts that were appropriate for international adjudication; acts committed systematically or as part of a public policy against a segment of the civilian population; acts committed in application of a concerted plan to indicate the necessary degree of intent, concert or planning, and exceptionally serious crimes of international concern to exclude minor offences, as in article 20, paragraph (e). Some delegations expressed the view that the criteria should be cumulative rather than alternative".

8 Schabas William. *Obra citada*, p. 147.

> la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último requerimiento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole".[9]

Aunque gran parte de los elementos están conceptualizados en el numeral 2 del artículo 7 y en el texto *ut supra* citado, los términos 'generalizado' o 'sistemático' no están claramente definidos en el Estatuto de Roma. Sin embargo, la redacción de los mismos aclara que ambas condiciones son disyuntivas por el uso de la conjunción disyuntiva 'o'; en consecuencia si una Sala de la CPI considera que el ataque es 'generalizado' no necesita al mismo tiempo que éste sea 'sistemático'; por ejemplo, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, en sus comienzos sostuvo que un ataque 'generalizado' se refiere a "la naturaleza a gran escala del ataque, así como el número de víctimas",[10] esto en cuanto la situación de la región de Darfur, debido a que "afectó a cientos de miles de personas y se llevó a cabo a través de grandes espacios del territorio de la región…".[11] Los ataques deben ser "masivos, frecuentes, llevados a cabo colectivamente con considerable seriedad y dirigidas contra una multiplicidad de víctimas".[12] Del mismo denota que, el ataque debe ser "llevado a cabo en una gran zona geográfica o

---

9 El texto de estos Elementos de los Crímenes se reproduce de Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta S.03.V.2 y corrección), segunda parte. B. Los Elementos de los Crímenes adoptados en la Conferencia de Revisión de 2010 se reproduce de Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11).

10 *Caso Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09), Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bahshir, 4 March 2009, para. 81. Katanga et al (Iccc-01/04-01/07) Decision on the Confirmation of the Charges, 30 september 2008, para 394-397.

11 *Caso Al-Bashir* (ICC-01/05-01/09) Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 04 March 2009, para 84.

12 *Caso Bemba* (ICC-01ç/05-01/08), Decision Pursuante to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Beba 15 de junio de 2009.

un ataque en una pequeña zona geográfica dirigida contra un gran número de civiles",[13] el ataque generalizado debe tener un "efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o el efecto de un simple acto inhumano de magnitud extraordinaria".[14]

Por su parte, la CPI indicó que un ataque 'sistemático' posee como características el tener una "naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia aleatoria de los mismos".[15] También un ataque puede ser considerado como 'sistemático' porque este "duró más de cinco años y los actos de violencia fueron cometidos bajo un grado considerable y un patrón similar",[16] de esto se destaca la comisión del mismo durante una extensión en el tiempo.

De manera más reciente, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) propuso en el año 2017 elaborar un 'Proyecto de Artículos sobre Crímenes de Lesa Humanidad' y en el año 2019 el texto fue adoptado por la CDI[17]. En este orden de ideas, hay que recordar que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa del derecho internacional general (*jus cogens*) y así fue reafirmado por la CDI en sus respectivos trabajos[18].

A continuación, se revisará la evolución de estos elementos y como los mismos han sido enfocados en la jurisprudencia internacional.

---

13 *Ibid.,* para 83.

14 *Caso Kordic et al* (IT-95-14/2-T), Judgment 26 February 2001, para 179.

15 *Caso Al-Bashir* (ICC-02/05-01/09) Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir 04 de marzo de 2009.

16 *Ibid,* para 85.

17 CDI. Cuarto informe sobre los crímenes de lesa humanidad, presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial. A/CN.4/725. 18 de febrero de 2019.

18 Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 73er periodo de sesiones (2022), doc. ONU A/77/10, capítulo IV, conclusión 23 y su comentario.

II. LA 'SISTEMATICIDAD' Y LA 'GENERALIDAD' EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. *Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)*

El artículo 5 del Estatuto del TPIY estableció el crimen de lesa humanidad, resaltándose que en el mismo se indicaba que este crimen 'solo' se podía cometer durante un conflicto armado internacional o interno:

> **Artículo 5.** Crímenes contra la humanidad
>
> El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:
>
> a) Asesinato;
>
> b) Exterminación;
>
> c) Reducción a la servidumbre;
>
> d) Expulsión;
>
> e) Encarcelamiento;
>
> f) Tortura;
>
> g) Violaciones;
>
> h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
>
> i) Otros actos inhumanos.

En este sentido, el Tribunal desarrolló jurisprudencialmente los elementos requeridos para la configuración de los mismos. En el caso *Kunarac, Kovac y Vukovic*, la Sala de Juicios, en la sentencia de fecha 22 de febrero de 2001, indicó los elementos adicionales para configurar el delito de lesa humanidad, a saber: además del requisito estatutario de un conflicto armado, son necesarios los siguientes sub-elementos: "(i) Debe haber un ataque. (ii) Los actos del perpetrador deben ser parte del ataque. iii) El ataque debe dirigirse contra una población civil. (iv) El ataque debe ser "generalizado

o sistemático". (v) El perpetrador debe conocer el amplio contexto en el cual ocurren estos actos y saber que sus actos son parte del ataque".[19]

El necesario vínculo entre la comisión de estos crímenes y un conflicto armado fue ratificado posteriormente en las sentencias de '*Tadić'* y '*Kordic & Cerkez'*. De manera general, indicó en el caso de '*Naletilic y Martinovic'* que el "ataque debe ser de naturaleza generalizada o sistemática".[20] Del mismo modo aclaró que: "Sólo el ataque, y no los actos individuales del acusado, debe ser 'generalizado o sistemático'."[21]

En la sentencia de *Kordic y Cerkez*, indicó que un crimen puede se considerado como 'generalizado' o cometido en gran escala: "por el efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o el efecto singular de un acto inhumano de magnitud extraordinaria"[22]. Además, agregó en el caso de *Blaškić* que: "la característica generalizada se refiere a la escala de los actos perpetrados y al número de víctimas".[23]

- Generalidad y Sistematicidad (criterios comunes):

En cuanto a los factores que deben ser evaluados para considerar la ocurrencia de la 'sistematicidad' y 'generalidad', el TPIY estableció en el caso *Jelisic* debe: 1) existir una política reconocida dirigida a una comunidad determinada, 2) el establecimiento de instituciones paralelas destinadas a implementar esta política, 3) la participación de autoridades políticas o

---

19 Traducción de: "In addition to the statutory requirement of an armed conflict, the following sub-elements are necessary: "(i) There must be an attack. (ii) The acts of the perpetrator must be part of the attack. (iii) The attack must be 'directed against any civilian population.' (iv) The attack must be 'widespread or systematic.' (v) The perpetrator must know of the wider context in which his acts occur and know that his acts are part of the attack".

20 Traducción de: "The attack must be either widespread or systematic in nature." Caso *Naletilic and Martinovic,* Sala de Juicios, 31 de Marzo de 2003, para. 236.

21 Traducción de: "Only the attack, not the individual acts of the accused, must be 'widespread or systematic.'" Caso *Kunarac, Kovac y Vukovic,* Sala de Juicios, 22 de Febrero de 2001, para. 431.

22 Traducción de: "[A] crime may be widespread or committed on a large scale by the 'cumulative effect of a series of inhumane acts or the singular effect of an inhumane act of extraordinary magnitude" Caso *Kordic y Cerkez,* Sala de Juicios, 26 de Febrero de 2001, para. 179.

23 Traducción de: "The widespread characteristic refers to the scale of the acts perpetrated and to the number of victims." Caso *Blaskic*, Sala de Juicios, 03 de marzo de 2000, para. 206.

militares de alto nivel, 4) el empleo de recursos financieros, militares o de otro tipo y, 5) la escala o la repetición constante e ininterrumpida de la violencia cometida contra una población civil; estos elementos fueron calificados como algunos factores que pueden demostrar la naturaleza 'generalizada' o 'sistemática' de un ataque.[24] Posteriormente agregó "al evaluar lo que constituye un ataque 'generalizado' o 'sistemático', una Sala de Primera Instancia debe identificar primero a la población objeto del ataque y, a la luz de los medios, métodos, recursos y resultado del ataque contra la población , determinar si el ataque fue de hecho generalizado o sistemático". Así mismo, la Sala debe revisar "las consecuencias del ataque contra la población objetivo, el número de víctimas, la naturaleza de los actos, la posible participación de funcionarios o autoridades o cualquier patrón identificable de crímenes podría tenerse en cuenta para determinar si el ataque satisface uno o ambos requisitos de un ataque 'generalizado' o 'sistemático'."[25]

Por otra parte, el Tribunal aportó, en el caso de *Blaškić,* las siguientes características para considerar un ataque como sistemático:

---

[24] *Caso Jelisic*, Sala de Juicio, 14 de Diciembre de 1999, para. 53: "The existence of an acknowledged policy targeting a particular community, the establishment of parallel institutions meant to implement this policy, the involvement of high-level political or military authorities, the employment of considerable financial, military or other resources and the scale or the repeated, unchanging and continuous nature of the violence committed against a particular civilian population are among the factors which may demonstrate the widespread or systematic nature of an attack."

[25] *Caso Kunarac, Kovac and Vokovic,* Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002, para. 95: " In assessing what constitutes a "widespread" or "systematic" attack, a Trial Chamber must "first identify the population which is the object of the attack and, in light of the means, methods, resources and result of the attack upon the population, ascertain whether the attack was indeed widespread or systematic." "The consequences of the attack upon the targeted population, the number of victims, the nature of the acts, the possible participation of officials or authorities or any identifiable patterns of crimes, could be taken into account to determine whether the attack satisfies either or both requirements of a 'widespread' or 'systematic' attack."

Sin embargo, la CPI, en la sentencia de Bemba, (2016) para. 160, estos elementos fueron establecidos como elementos para determinar la existencia de una 'política' que tiene como finalidad la comisión de crímenes de lesa humanidad.

> "el carácter sistemático se refiere a cuatro elementos que. . . puede expresarse de la siguiente manera: [1] la existencia de un objetivo político, un plan según el cual se perpetra el atentado o una ideología, en el sentido amplio de la palabra, es decir, destruir, perseguir o debilitar a una comunidad; [2] la perpetración de un acto criminal a gran escala contra un grupo de civiles o la repetida y continua comisión de actos inhumanos vinculados entre sí; [3] la preparación y utilización de importantes recursos públicos o privados, sean militares u otros; [4] la implicación de las autoridades políticas y / o militares de alto nivel en la definición y el establecimiento del plan metódico".[26]

El TPIY aclaró que los patrones de los crímenes deben ser la expresión común de la ocurrencia sistemática de estos crímenes y no una simple repetición accidental de conductas delictivas.[27] Igualmente, el Tribunal señaló que la sistematicidad en la comisión de estos crímenes requiere que sean llevados a cabo de manera organizada y que sea improbable la realización de estos de simple manera aleatoria.[28]

Finalmente, un simple acto si está vinculado a un ataque 'generalizado' o 'sistemático' podría ser calificado como un crimen contra la humanidad; en este sentido, el Tribunal indicó que: "En determinadas circunstancias, un solo acto ha constituido un crimen contra la humanidad cuando se produjo dentro del contexto necesario.

---

[26] Traducción de: "The systematic character refers to four elements which . . . may be expressed as follows: [1] the existence of a political objective, a plan pursuant to which the attack is perpetrated or an ideology, in the broad sense of the word, that is, to destroy, persecute or weaken a community; [2] the perpetration of a criminal act on a very large scale against a group of civilians or the repeated and continuous commission of inhumane acts linked to one another; [3] the preparation and use of significant public or private resources, whether military or other; [4] the implication of high-level political and/or military authorities in the definition and establishment of the methodical plan". Caso *Blaskic*, Sala de Juicios, 03 de marzo de 2000, para. 203.

[27] Caso *Kunarac, Kovac and Vokovic,* Sala de Juicios, 12 de Junio de 2002, para. 94: "'[P]atterns of crimes – that is the non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis – are a common expression of [a] systematic occurrence.'"

[28] Caso *Naletilic and Martinovic,* (Sala de Juicios), 31 de Marzo de 2003, para. 236: "The element 'systematic' requires an organised nature of the acts and the improbability of their random occurrence."

Un acto aislado, sin embargo, es decir, una atrocidad que no ocurrió dentro de un contexto así, no puede ser considerado como tal"[29]. Lo mismo fue indicado también en la sentencia *Kordic y Cerkez*.[30]

2. *Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)*

El Estatuto del TPIR tipificó de manera levemente diferente el delito de lesa humanidad a lo indicado por el Estatuto del TPIY. En este artículo se fijaron los elementos de 'generalidad' o 'sistematicidad' en la comisión de estos crímenes, así como se omitió el nexo de la obligatoria existencia de un conflicto armado, lo cual desarrolló posteriormente en su jurisprudencia[31]. El artículo 3 quedó redactado bajo las siguientes palabras:

> "Artículo 3. Crímenes de lesa humanidad:
>
> El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas:
>
> a) Homicidio intencional;
>
> b) Exterminio;
>
> c) Esclavitud;
>
> d) Deportación;
>
> e) Encarcelamiento;

---

29 Traducción de: "[I]n certain circumstances, a single act has comprised a crime against humanity when it occurred within the necessary context. An isolated act, however – i.e. an atrocity which did not occur within such a context – cannot." *Caso Kupreskic et al*, Sala de Juicios, 14 de Enero de 2000, para. 550.

30 *Caso Kordic y Cerkez,* Sala de Juicios; 26 de Febrero de 2001, para. 178: "[A] single isolated act by a perpetrator, if linked to a widespread or systematic attack, could constitute a crime against humanity."

31 *Caso Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*, Sala de Apelaciones, 28 de Noviembre de 2007, para. 916-17: "[T]he Appeals Chamber of [the] ICTY [in Kunarac], . . added the following: "The concepts of 'attack' and 'armed conflict' are not identical. Under customary international law, the attack could precede, outlast, or continue during the armed conflict, but it need not be a part of it. Also, the attack in the context of a crime against humanity is not limited to the use of armed force; it encompasses any mistreatment of the civilian population."

f) Tortura;

g) Violación;

h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos;

i) Otros actos inhumanos."

El TPIR ha indicado que el artículo 3 del Estatuto, contiene un elemento general que es aplicable a todos los actos enumerados en el mismo: "la perpetración de cualquiera de esos actos por un acusado constituirá un crimen de lesa humanidad sólo si se cometió como parte de un 'ataque generalizado o sistemático' contra toda población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos".[32] Posteriormente, el Tribunal ratificó que la simple comisión de 'uno' de los crímenes enumerados en el artículo 3, podía ser calificado como crimen de lesa humanidad pero la Fiscalía debía probar que este haya sido ejecutado bajo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos[33].

Del mismo modo, el Tribunal señaló que la definición de 'crímenes contra la humanidad' establecida en el artículo 3 consta de dos partes. La primera de ellas en cuanto a los 'elementos generales' es que el crimen contra la humanidad debe ser cometido como parte de un "ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil por motivos nacionales, étnicos, raciales o religiosos". La segunda etapa consiste en que sí alguno de los ocho crímenes especificados (subyacentes), más la categoría residual de "otros actos inhumanos", son realizados en un contexto de manera generalizada o sistemática en contra de una población civil, por cualquiera de los motivos discriminatorios enumerados, puede ser considerado de lesa humanidad[34].

El Tribunal agregó que las condiciones de 'generalidad o sistematicidad' servían para excluir de la comisión de estos crímenes, aquellos actos llevados a cabo por motivos meramente personales o aquellos materializados fuera del contexto de un plan o de una política establecida para la comisión de estos crímenes[35].

---

32 *Caso Seromba,* Sala de Juicios, 13 de Diciembre de 2006, para. 354.

33 *Caso Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva,* Sala de Juicios, 18 de diciembre de 2008, para. 2165.

34 *Caso Muvunyi,* Sala de Juicios, 12 de septiembre de 2006, para. 511.

35 *Caso Kayishema y Ruzindana,* Sala de Juicios, 21 de Mayo de 1999, paras. 122-23, n.28

Igualmente, estableció en su jurisprudencia que los elementos de generalidad o sistematicidad deben ser entendidos como disyuntivos y no como requerimientos acumulativos[36]. De la misma manera, el Tribunal tuvo que aclarar el malentendido causado por la traducción oficial en francés de su propio Estatuto, en donde estos elementos no fueron limitados de manera disyuntivas sino acumulativas, al utilizar la conjunción copulativa "*et*".[37]

En cuanto a la 'generalidad de los ataques', el Tribunal siguió lo indicado por el TPIY y señaló que el termino de 'generalidad' se refiere a la naturaleza de un ataque de gran escala y al número de víctimas resultante de dicho ataque.[38] Aunque en el 'caso *Seromba*' definió un 'poco más' el término al describir que un ataque generalizado "puede definirse como una acción masiva, frecuente, a gran escala, llevada a cabo colectivamente con considerable seriedad y dirigida contra una multiplicidad de víctimas".[39]

Finalmente, en cuanto a la sistematicidad, el Tribunal ratificó de manera reiterada que estos actos deben ser llevado de manera organizada e indicó que sea improbable que estos ocurran de manera casual.[40]

---

36 Ver: *Caso Karera,* Sala de Juicios, 7 de Diciembre de 2007, para. 551; *Caso Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze y Nsengiyumva,* Sala de Juicios, 18 de Diciembre de 2008, para. 2165 (similar); *Caso Simba*, Sala de Juicios, 13 de Diciembre de 2005, para. 421; *Caso Muvunyi,* Sala de Juicios, 2 de Septiembre de 2006, para. 512; *Caso Bisengimana,* Sala de Juicios, 13 de Abril de 2006, para. 43.

37 Akayesu, Sala de Juicios, 2 de Septiembre de 1998, para. 579, n. 144. También en el caso Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, Sala de Juicios, 28 de Noviembre de 2007, para. 920. El artículo 3 fue traducido de la siguiente manera: "Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit,…)

38 Ver: *Caso Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*, Sala de Apelaciones, 28 de Noviembre de 2007, para. 920. *Caso Nchamihigo*, Sala de Juicios, 12 de Noviembre de 2008, para. 340. *Caso Karera,* Sala de Juicios, 07 de Diciembre de 2007, para. 551.

39 *Caso Seromba,* Sala de Juicios, 13 de Diciembre de 2006, para. 356.

40 Caso Nahimana, Barayagwiza y Ngeze, Sala de Apelaciones, 28 de Noviembre de 2007, para 920. Caso Nchamihigo, Sala de Juicios, 12 de Noviembre de 2008, para. 340. Caso Nzabirinda, Sala de Juicios, 23 de Febrero de 2007, para. 21. *Caso Seromba*, Sala de Juicios, 13 de Diciembre de 2006, para. 356.

3. *Corte Penal Internacional (CPI)*

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, también guardó para sí los elementos de 'sistematicidad' y 'generalidad', encontrándose estos elementos en el encabezado del artículo 7.

> Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad
>
> 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:
>
> a) Asesinato;
>
> b) Exterminio;
>
> c) Esclavitud;
>
> d) Deportación o traslado forzoso de población;
>
> e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
>
> f) Tortura;
>
> g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
>
> h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
>
> i) Desaparición forzada de personas;
>
> j) El crimen de apartheid;
>
> k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Finalmente, a diferencia de la tipificación de estos crímenes en los anteriores Estatutos, el artículo 7, numeral 2, describe los tipos penales establecidos en el numeral 1.

De este modo queda establecido que los crímenes contra la humanidad, de conformidad con el Estatuto de la CPI, son cualquiera de los actos enumerados en el artículo *ut supra* transcrito "cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra toda población civil con conocimiento del ataque" (Estatuto de la CPI, artículo 7.1). Según el artículo 7, apartado 2, letra a), un "ataque dirigido contra toda población civil" significa "una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política", estas palabras se repiten en los Elementos de los Crímenes. Para cada uno de los crímenes subyacentes, los elementos de los crímenes establecen que la conducta debe haber sido "cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil". La CPI ha aclarado en su jurisprudencia como son entendidos los elementos establecidos en el Estatuto de Roma. En este sentido, se mantiene que la 'generalidad' y la 'sistematicidad' son disyuntivas, lo que fue aclarado en la 'Situación en la República de Kenia'[41]:

Ahora bien, en el contexto de la situación en Kenia, en el *Caso de Ruto, Kosgey and Sang,* la Sala de Cuestiones Preliminares indicó que:

> "Sobre la base del material presentado ante la Cámara, existen motivos sólidos para creer que el ataque perpetrado fue extenso. Considerando el conjunto de pruebas, se demuestra que el ataque fue masivo, frecuente, llevado a cabo colectivamente con gran seriedad y dirigido contra un gran número de víctimas civiles …Esto se demuestra por el alcance geográfico del ataque, que abarcó cuatro ubicaciones diferentes en dos distritos (Uasin Gishu y Nandi) de la Provincia del Valle del Rift. Además, como se menciona en los párrafos 167-172 anteriores, las pruebas indican que en las ubicaciones incluidas en los

---

41 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. 94: "Under article 7(1) of the Statute, an act listed therein constitutes a crime against humanity when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population. The Chamber considers that this contextual element applies disjunctively, such that the alleged acts must be either widespread or systematic to warrant classification as crimes against humanity. The rationale behind this contextual element is to "exclude isolated or random acts from the notion of crimes against humanity". Importantly, only the attack, and not the alleged individual acts are required to be "widespread" or "systematic".

cargos presentados por el Fiscal, *la cantidad de incendios y destrucción de propiedades, lesiones y asesinatos es de las más altas en todo el territorio de Kenia*. En consecuencia, los distritos de Uasin Gishu y Nandi registraron un número de víctimas que está entre los más altos de la violencia postelectoral en Kenia[42]".

"En primer lugar, la Cámara reitera que, en la fase preparatoria del ataque, así como durante su ejecución, había coordinadores encargados de identificar las casas pertenecientes a los seguidores del PNU que serían atacadas en las diferentes ubicaciones objetivo. Algunos de estos coordinadores fueron posteriormente desplegados en el terreno para ayudar a los perpetradores y asegurarse de que las propiedades seleccionadas fueran atacadas y quemadas, y que los seguidores del PNU fueran victimizados. En segundo lugar, las pruebas muestran que los perpetradores se acercaron a las ubicaciones objetivo de manera simultánea, en gran número y desde diferentes direcciones, en vehículos o a pie, o ambas cosas. En tercer lugar, los perpetradores establecieron barricadas en torno a dichas ubicaciones con el objetivo de interceptar a los seguidores del PNU que intentaran huir, con la intención de matarlos eventualmente. Por último, las pruebas indican que, en la ejecución real del ataque, los perpetradores utilizaron gasolina y otros materiales inflamables para quemar sistemáticamente las propiedades pertenecientes a los seguidores del PNU[43]".

En cuanto al término "generalizado", la Sala de Cuestiones Preliminares en los casos de '*Katanga y Ngudjolo'*[44] y *'Gbagbo' indicó que "*connota la naturaleza a gran escala del ataque y el número objetivo de personas"[45]. En el caso de *Bemba*, el término fue más restringido indicando que el ataque "connota la naturaleza a gran escala del ataque, que debe ser masivo,

---

42 ICC. *Prosecutor v Ruto, Koshey y Sang*, "Decision on the confirmation of charges", ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, para. 176-177.

43 ICC. *Prosecutor v Ruto, Koshey y Sang,* "Pre-Trial Judgement", ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, para. 179.

44 ICC. *Prosecutor v Katanga and Ngudjolo*, (ICC PT. Ch. I, ICC-01/04-01/07-717), Decision on the confirmation of charges, 30 de Septiembre de 2008, para. 394.

45 ICC. *Prosecutor v Gbagbo*, ICC PT. Ch. I, Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11-656-Red, 12 de Junio de 2014, para. 222.

frecuente, llevado a cabo colectivamente con considerable seriedad" [46] y "dirigido contra una multiplicidad de víctimas"[47]. Las Salas de Cuestiones Preliminares, en los casos de '*Bemba*' y '*Katanga y Ngudjolo'* concluyeron que "un ataque perpetrado sobre una gran zona geográfica o un ataque en una pequeña zona geográfica dirigido contra un gran número de civiles" debía entenderse como generalizado[48].

Pareciese que de acuerdo con la CPI la mayor consideración, en relación con este término, está vinculado al alcance geográfico y al número de víctimas. Aunque bien, cabe destacar, que, a pesar de esta aclaración hecha por la Corte, surge la duda en cuanto al número de civiles victimas de estos ataques para que se pueda hablar de esa 'multiplicidad'.

En el caso de *Katanga*, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló que en el contexto de un ataque sistemático es necesario el requerimiento de 'múltiples ataques' ya que asegurarían que estos envuelvan a una multiplicidad de víctimas[49]. En relación a la 'sistematicidad', las mismas salas han ratificado que este elemento hace mención de "la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia aleatoria"[50].

---

46 La expresión "considerable seriedad" no ha sido definida, situación que causa dudas puesto que todo tipo de crimen es considerado como 'serio', por lo que esto quedaría como un concepto bajo y sujeto a la subjetividad de quien está juzgando la situación.

47 ICC. *Prosecutor v Bemba*, ICC PT. Ch. II, ICC-01/05-01/08-424, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, para. 83, citing *Prosecutor v Akayesu*, ICTR-96-4, ICTR T. Ch., 2 September 1998, para. 580.

48 ICC. *Prosecutor v Bemba*, para. 83; *Prosecutor v Katanga and Ngudjolo*, para. 395.

49 ICC. *Prosecutor v Katanga and Ngudjolo*, ICC PT. Ch. I, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the confirmation of charges, 30 de Septiembre de 2008, para. 398.

50 ICC. *Prosecutor v Katanga and Ngudjolo*, ICC PT. Ch. I, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the confirmation of charges, 30 de Septiembre de 2008, para. 394, citing *Kordić and Čerkez*, ICTY A. Ch., 17 de Diciembre de 2004, para. 94, citando *Prosecutor v Kunarac et al.*, IT-96-23 & 23/2, ICTY A. Ch., 12 de Junio de 2002, para. 94; *Prosecutor v Gbagbo*, ICC PT. Ch. I, Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/11-656-Red, 12 de Junio de 2014, para. 223.

En el caso de *Gbagbo* se identificó además que "el concepto de "política" y el de naturaleza 'sistemática' del ataque […] se refieren ambos a un cierto nivel de planificación del ataque. En este sentido, la evidencia de planificación, organización o dirección por parte de un Estado u organización puede ser relevante para probar tanto la política como la naturaleza sistemática del ataque, aunque los dos conceptos no deben confundirse ya que tienen diferentes propósitos e implican diferentes umbrales bajo Artículo 7(1) y (2)(a) del Estatuto" (Gbagbo, 12 de junio de 2014, párr. 216).

Por su parte, en el *caso de Mbarushimana,* la Sala de Cuestiones Preliminares determinó que:

> "En ausencia del requisito esencial de que los crímenes se hayan cometido en conformidad con o con el propósito de llevar a cabo una política organizacional para cometer un ataque dirigido contra la población civil, tal como se establece en el artículo 7(1) y (2)(a) del Estatuto, la mayoría de la Sala, con la excepción del Juez Presidente en desacuerdo, considera innecesario analizar los elementos restantes de los crímenes de lesa humanidad imputados por la Fiscalía".[51]

En el *caso de Rut, Kosgey y Sang,* la Sala de Cuestiones Preliminares indicó de manera tajante que:

> "La Sala también considera que un ataque que es 'planificado, dirigido y organizado', en contraposición a 'espontáneo o [que consiste en] actos aislados', satisface el requisito de política. La implementación de una política puede consistir en una deliberada falta de acción, que esté dirigida conscientemente a fomentar dicho ataque"[52].
>
> "La Cámara encuentra que existen motivos sólidos para creer que, a lo largo de estas reuniones, se abordaron varios aspectos cruciales para la implementación de la política, que incluyen: (i) el nombramiento de comandantes y comandantes divisionales responsables de las operaciones en el terreno; (ii) la elaboración de mapas que señalan las áreas más densamente habitadas por comunidades percibidas o realmente afines al PNU; (iii) la identificación de casas y locales comerciales propiedad de seguidores del PNU para atacarlos; (iv) la adquisición de armas y

---

51 *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, "Decision on the confirmation of charges", ICC-01/04/01/10, 16 December 2011, para. 266.

52 *Prosecutor v. Ruto, Koshey and Sang*,"Decision on the confirmation of charges", ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, para. 210.

materiales para producir armas rudimentarias, así como su almacenamiento antes del ataque; (v) el transporte de los perpetradores hacia y desde las ubicaciones objetivo; y (vi) el establecimiento de un esquema de pago y un mecanismo de recompensas para motivar a los perpetradores a matar y desplazar al mayor número de personas pertenecientes a las comunidades objetivo, así como a destruir sus propiedades"[53].

"La Cámara también recuerda que la determinación de si un determinado grupo califica como una organización en virtud del Estatuto debe hacerse caso por caso. Al tomar su determinación, la Cámara puede tener en cuenta varios factores, entre otros: (i) si el grupo está bajo un mando responsable o tiene una jerarquía establecida; (ii) si el grupo posee, de hecho, los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (iii) si el grupo ejerce control sobre parte del territorio de un Estado; (iv) si el grupo tiene actividades delictivas contra la población civil como su propósito principal; (v) si el grupo expresa, explícita o implícitamente, una intención de atacar a una población civil; (vi) si el grupo forma parte de un grupo más grande que cumple con algunos o todos los criterios mencionados anteriormente. Por último, la Cámara subraya que, si bien los factores mencionados anteriormente pueden ayudar a la Cámara en su determinación, no constituyen una definición legal rígida y no es necesario que se cumplan exhaustivamente"[54].

No obstante, a pesar de tales determinaciones en la situación de Kenia, por temas probatorios le fue difícil a la Fiscal seguir con la investigación que se realizada en ese país[55].

---

53 *Prosecutor v. Ruto et al.,"*Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute", ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, para. 219.

54 *Prosecutor v. Ruto et al*.,"Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute", ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, para. 185.

55 Redress., "ICC Prosecutor's withdrawal of charges against Kenyatta, a blow to victims of the post-election violence in Kenya". 05 December 2014. Disponible en: https://redress.org/news/icc-prosecutors-withdrawal-of-charges-against-kenyatta-a-blow-to-victims-of-the-post-election-violence-in-kenya/ (accesado 28 junio de 2022).

CONCLUSIONES

El establecimiento y la evolución de los crímenes de lesa humanidad es un gran logro en el derecho internacional, aunque ha sido lenta la implementación de este crimen a la fecha se cuenta con una noción mucho más clara con relación a los elementos para que el mismo se pueda configurar. En este sentido, se aprecia que tanto la 'sistematicidad' o la 'generalidad' son imprescindibles para distinguir los crímenes de lesa humanidad de los crímenes comunes.

Las Cortes *ah hoc* desarrollaron ampliamente ambos elementos, de los cuales destaca lo esbozado en la sentencia de *Jelisic,* visión reformulada por la CPI, en el caso de Bemba (2016 para 160), puesto que las características establecidas en *Jelisic* pueden ser encontradas pero bajo el contexto del concepto de 'política' en lesa humanidad. Por otra parte, la CPI hasta la fecha no ha desarrollado ningún nuevo elemento que puedan determinar más claramente el alcance de la 'generalidad' o la 'sistematicidad' sino que más bien, en su jurisprudencia, persisten vacíos conceptuales, tales como que los crímenes deben tener una "considerable seriedad" y estar dirigidos a una "multiplicidad de víctimas", ambos conceptos quedarían a la determinación de quien fuese aplicar la norma y de la situación a estudiar.

Tampoco la CPI ha hecho mención del establecimiento de instituciones paralelas al Estado utilizadas para la materialización de estos crímenes o la utilización de una normativa que permita la creación y participación de grupos cuya finalidad oculta sea la comisión de estos crímenes, esto en el contexto del 'plan criminal' es por ello que se tendrá que seguir de cerca los avances que pueda presentar la CPI en esta materia, con especial atención en las situaciones de 'Sudán', 'Filipinas', 'Ucrania – Rusia' y 'Venezuela I' puesto que en las mismas se estaría revisando como las estructuras formales del Estado podrían tener una participación en la presunta comisión de crímenes internacionales.

Finalmente, se aprecia que para que una 'situación' o un 'caso' sean exitoso se requiere que se determine de manera clara el 'plan común' o 'la política' que motivó la perpetración de los crímenes; a la par, se debe valorar que el material probatorio sea lo suficientemente diligente para probar cada una de los hechos alegados y su vinculación con el plan criminal así como con las víctimas y las cadenas de mando vinculadas a la perpetración de los crímenes. No se valorarán meras afirmaciones, sino que se requerirán pruebas fehacientes de tales hechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SCHABAS William, "The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute", Oxford University Press, Oxford, 2010.

United Nations Office on Genocide Prevention and the responsibility to Protect, *"Crimes Against Humanity", d*isponible en: http://www.un.org/en/genocideprevention/crimes-against-humanity.html

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*,* Volume I, Compilation of proposals, Fifty-first Session Supplement No.22 (A/51/22) 1996, Disponible en: https://www.legal-tools.org/doc/e75432/pdf/

Corte Penal Internacional

Estatuto de la Corte Penal Internacional, (A/CONF.183/9), 17 de julio de 1998.

The Prosecutor v Al Bashir (ICC-02/05-01/09), Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bahshir, 4 de Marzo de 2009.

The Prosecutor v Jean- Pierre Bemba Gombo. (ICC-01ç/05-01/08), Decision Pursuante to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba 15 de junio de 2009.

The Prosecutor v Jean- Pierre Bemba Gombo, (ICC-01/05-01/08), Sala de Juicios III, 21 de Marzo de 2016.

The Prosecutor v Gbagbo, ICC PT. Ch. I, Disponible en: Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo, (ICC-02/11-01/11-656-Red), consultado en fecha de 12 de Junio de 2014.

The Prosecutor v Katanga and Ngudjolo, (ICC PT. Ch. I, ICC-01/04-01/07-717), Disponible en: Decision on the confirmation of charges, consultado en fecha 30 de Septiembre de 2008.

The Prosecutor v Germain Katanga, (ICC-01/04-01/07), Sala de Juicios II, 07 de marzo de 2014.

The Prosecutor v. Ruto, Koshey and Sang, (ICC-01/09-01/11), "Decisión sobre la confirmación de los cargos", 23 de enero de 2012, párr. 176-177.

Situación en Kenia, (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.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Resolución 827, 25 de mayo de 1993.

Caso *Blaškić*, (IT-95-14) Sala de Juicios, 03 de Marzo de 2000.

Caso *Jelisic,* (IT-95-10) Sala de Juicio, 14 de Diciembre de 1999.

Caso *Kunarac, Kovac y Vukovic,* (IT-96-23 & 23/1) Sala de Juicios, 22 de Febrero de 2001.

Caso Kunarac, Kovac y Vokovic, (IT-96-23 & 23/1-A) Sala de Apelaciones, 12 de Junio de 2002.

Caso *Kordic y Cerkez,* (IT-95-14/2) Sala de Juicios, 26 de Febrero de 2001.

Caso *Naletilic and Martinovic*, (IT-98-34) Sala de Juicios, 31 de Marzo de 2003.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda:

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Resolución 955, 08 de Noviembre de 1994.

Caso *Akayesu,* (ICTR-96-4) Sala de Juicios, 2 de Septiembre de 1998.

Caso *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze and Nsengiyumva*, (ICTR-98-41), Sala de Juicios, 18 de Diciembre de 2008.

Caso *Bisengimana, Paul* (ICTR-00-60), Sala de Juicios, 13 de Abril de 2006.

Caso *Karera,* (ICTR-01-74) Sala de Juicios, 7 de Diciembre de 2007.

Caso *Kayishema y Ruzindana,* (ICTR-95-1) Sala de Juicios, 21 de Mayo de 1999.

Caso *Seromba,* (ICTR-2001-66-I) Sala de Juicios, 13 de Diciembre de 2006.

Caso *Simba,* (ICTR-01-76-T) Sala de Juicios, 13 de Diciembre de 2005.

Caso *Muvunyi,* (ICTR-00-55) Sala de Juicios, 12 de Septiembre de 2006.

Caso *Nahimana, Barayagwiza y Ngeze,* (ICTR-99-52) Sala de Juicios, 28 de Noviembre de 2007.

Caso *Nchamihigo,* (ICTR-01-63) Sala de Juicios, 12 de Noviembre de 2008.

GUYANA BAJO LA SOMBRA DEL CRIMEN ORGANIZADO Y LA CORRUPCIÓN

Jesús OLLARVES IRAZÁBAL*

"Guyana está caminando dormida, paso a paso, hacia un narcoestado…El narcotráfico es el motor del crecimiento que está impulsando la economía del país".

David GRANGER[1]
Presidente de Guyana 2015-2020

A mi querido amigo y compañero de ideales, Raúl Arrieta Cuevas, le dedico estas líneas. Su compromiso como docente ha dejado una huella imborrable en mi formación académica. Con este opúsculo, quiero expresar mi profundo cariño y agradecimiento.

---

* Doctor en Derecho, Especialista en Derecho y Política Internacionales y especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración por la Universidad Central de Venezuela. Profesor titular de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos, en cursos de pregrado, postgrado y doctorado tanto en universidades nacionales como extranjeras. Es director del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Profesor invitado en la Universidad para la Paz (Costa Rica), investigador invitado en el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg (Alemania).

1 David Granger fue presidente de Guyana desde 2015 hasta 2020. Se desempeñó durante un tiempo como comandante de la Fuerza de Defensa de Guyana y posteriormente como asesor de Seguridad Nacional de 1990 a 1992. Fue jefe de la oposición en la Asamblea Nacional de Guyana entre 2012 y 2015. *Cfr.* InSight Crime. *Guyana se está convirtiendo en un 'narco-Estado': Ex comandante militar*. 11 de Abril de 2014.

Aunque Raúl ya no está entre nosotros, su memoria sigue viva. Las historias sobre sus ingeniosas ideas, su perspicacia para enfrentar injusticias y su humor forman parte de las conversaciones cotidianas entre amigos, familiares, académicos y alumnos, manteniendo su legado presente en nuestras vidas.

Si bien era un individuo de carácter muy complicado y de firmes convicciones, nadie puede negar que fue un profesor destacado en el campo del Derecho Internacional Público. Su trayectoria incluye haber sido agente del Estado venezolano ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde desempeñó un papel fundamental para la defensa de los derechos humanos en Venezuela.

Además de su labor como abogado y académico, Raúl, fue conocido por su habilidad y meticulosidad como litigante. Su enfoque concienzudo le permitió desarrollar estrategias legales efectivas para abordar casos complejos. Sin embargo, lo que realmente destacaba de él era su cultura, y su humor negro y fino para enseñar y sobrellevar la vida.

Fue un hombre irreverente frente al conservadurismo y el poder, siempre dispuesto a cuestionar las normas establecidas y enfrentar a las estructuras de poder. Su personalidad única le permitió abordar de manera creativa los desafíos legales a los que se enfrentaba.

Raúl, con una sinceridad genuina y una fe inquebrantable en el poder transformador de la enseñanza, compartía sus conocimientos con dedicación y compromiso. Su enfoque se caracterizaba por la rigurosidad de un investigador y la comprensión de un humanista. Aunque sus enseñanzas no se convirtieron en libros, sus clases fueron una valiosa fuente de apoyo para sus estudiantes. Su legado continúa vivo, sus ideas siguen siendo una fuente de motivación para comprender el Derecho Internacional y sus diversas ramas. Por esta razón, académicos de distintas universidades hemos decidido rendirle homenaje a través de este libro, un tributo que, sin duda, le es merecido.

I. INTRODUCCIÓN

El crimen organizado no es cualquier fenómeno, es una especie criminal que desafía el desarrollo y la gobernabilidad democrática que se ha generalizado y ha adquirido nuevas y más violentas formas de operación en todo el continente americano. Las consecuencias son múltiples: dificulta la

vigencia del Estado de Derecho, impide un efectivo imperio de la Ley, afecta gravemente la economía, destruye la seguridad de las empresas privadas, erosiona los sistemas políticos y las instituciones democráticas en todos los países de la región.

No obstante, el impacto mayor del crimen organizado pesa sobre las personas. La violencia que éste genera atenta de manera directa y dramática la vida de miles de personas, convirtiéndolas en sus víctimas, o por vía indirecta, quitándoles la posibilidad de construir sociedades libres del temor y de la necesidad.

El crimen organizado y la violencia criminal son problemas relevantes que aquejan a la región y especialmente en la Zona en Reclamación. Esta violencia está en gran parte atribuida al aumento del tráfico de cocaína a través de la Guyana Esequiba y su salida al atlántico.

Durante un largo tiempo, Guyana ha sido utilizado como refugio y centro de operaciones por grupos de delincuencia organizada, en particular piratas, traficantes de personas y narcotraficantes. Estos individuos aprovechan la ubicación geográfica de Guyana, ya que se encuentra estratégicamente ubicada como un punto de tránsito vital para el tráfico de cocaína desde Sudamérica hacia Estados Unidos y Europa.

El propósito de este ensayo es definir de manera precisa el concepto de crimen organizado y sus características. Se explorará la relación entre el crimen organizado y el Estado, con un enfoque particular en el caso de Guyana. Además, se examinarán las diferentes formas en que las organizaciones criminales operan en el país y cómo esto afecta la seguridad y la gobernabilidad. También se analizarán los tratados internacionales que han sido violados por Guyana y cómo esto beneficia al crimen organizado. Por último, se explicará cómo Guyana ha incurrido en prácticas corruptas con el otorgamiento de concesiones petroleras en áreas que están pendientes de delimitación judicial con Venezuela.

II. EL CRIMEN ORGANIZADO Y SUS CARACTERÍSTICAS

Es fundamental tener una comprensión precisa del concepto de crimen organizado y sus características para poder diferenciarlo de otros delitos, entender su funcionamiento, diseñar estrategias efectivas y coordinar esfuerzos a nivel nacional e internacional con el objetivo de combatirlo de manera más eficaz.

El concepto de crimen organizado no cuenta con una definición uniforme y consensuada, siendo una expresión originada en Estados Unidos. Su aparición y desarrollo están estrechamente ligados a la forma en que diversas instituciones de seguridad de ese país han concebido a la delincuencia profesional[2].

Al igual que ocurre con otros términos en las ciencias sociales, la noción de criminalidad organizada puede resultar difusa y, en ocasiones, esquiva. Esto requiere una definición fenomenológica del crimen organizado que permita identificar sus patrones y características fundamentales[3].

Según Allan Castle, se considera como un "emprendimiento económico" protagonizado por un "grupo delictivo" conformado por varias personas que se organizan y operan de manera estructurada durante un periodo determinado. Actúan de forma coordinada con el objetivo de cometer uno o más delitos graves, siempre con el propósito de obtener beneficios económicos directos o indirectos, así como otros beneficios de índole material[4].

La Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional tampoco establece una definición precisa del término "crimen transnacional organizado" ni incluye una lista de los tipos de delitos que podrían constituirlo. Esta ausencia de definición fue pensada para permitir una aplicación más amplia de la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional a los nuevos tipos de delito que emergen constantemente, a medida que las condiciones locales, regionales y globales se modifican en el tiempo.

No obstante, la Convención sí incluye una definición de "grupo criminal organizado". En el artículo 2 (a) se específica que un "grupo criminal organizado" es:

---

2 *Cfr.* Flores Pérez, Carlos Antonio. *El Estado en crisis: crimen organizado y política. Desafíos para la consolidación democrática.* México D. F. 2009, p. 71.

3 *Cfr.* Tokatlian, Juan Gabriel. *Anotaciones en torno al crimen organizado: una aproximación conceptual a partir de la experiencia colombiana*" en Tokatlian Juan Gabriel. *Globalización, narcotráfico y violencia. Siete ensayos sobre Colombia*. Norma. Buenos Aires. 2000, p. 6

4 *Cfr.* Castle, Allan. *Transnational organized crime and international security*. Working Paper número 19. Institute of International Relations, The University of British Columbia, 1997, p. 10.

- Un grupo de tres o más personas que no fue formado de manera aleatoria;
- Que ha existido por un periodo de tiempo;
- Actuando de manera premeditada con el objetivo de cometer delitos graves, tipificados en la convención;
- Con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material.

La Convención contra el Crimen Organizado Transnacional cubre, únicamente, delitos "transnacionales". Dicha expresión se refiere no sólo a ofensas cometidas en más de un Estado, sino también a aquellas ofensas que tienen lugar en un Estado pero que son llevadas a cabo por grupos que operan en más de un Estado, así como delitos cometidos en un Estado pero que tienen un impacto substancial en otro Estado.

En este contexto, la definición de "crimen transnacional organizado" incluye virtualmente a todas las actividades criminales serias con fines de lucro y que tienen implicaciones internacionales. Esta definición tan amplia tiene en cuenta la complejidad global del problema y da lugar a la cooperación para afrontar el rango más extenso de preocupaciones comunes.

Las características del crimen organizado son las siguientes:

1. *La existencia de una organización para perpetrar el negocio criminal.* Una estructura entendida como la ordenación formal, estructurada y burocrática de funciones y reglas de una actividad ilegal con un el objetivo común de conseguir un fin lucrativo.

2. *El suministro de servicios y bienes legales e ilegales*. La actividad principal de las organizaciones criminales organizadas es la provisión y venta de bienes ilegales o restringidos con fines eminentemente lucrativos como el tráfico de drogas, trata de personas, tráfico de inmigrantes, y el contrabando de todo tipo de productos ilegales, pero, ante la ausencia de Estado, esta actividad la complementan con la prestación y provisión de bienes y servicios demandados por la población, por ejemplo, seguridad o protección.

3. *La búsqueda de lucro y el empleo del blanqueo de capitales*. El fin de lucro y la acumulación de riqueza es la característica fundamental del crimen organizado. De este modo, necesita del blanqueo de capitales que es una actividad instrumental y necesaria para las organizaciones criminales como forma de enmascarar y reutilizar de forma legal los fondos ilegalmente obtenidos.

4. *Continuidad y tradición en el negocio*. El crimen organizado opera como una empresa con vocación, dispone de planes de contingencia y continuidad en tiempos de incertidumbre. Innovan las herramientas y estrategias que pueden ayudar a mantener las operaciones ilícitas en cualquier momento o situación, no siendo parte de esta categoría los grupos que esporádicamente planean acciones delictivas de forma ocasional y oportunista.

5. *Utilización de la violencia hacia el interior y el exterior de las organizaciones*. La violencia es el medio tradicional que utilizan los grupos criminales, y tiene diversos propósitos: es una forma de imponer la disciplina cuando se ejerce hacia miembros propios de las organizaciones; se utiliza con fines defensivos cuando se dirige a miembros de instituciones públicas, agentes de control o sujetos pertenecientes a otras organizaciones; y se emplea con fines comerciales cuando los actos violentos constituyen acciones necesarias para el desarrollo del negocio ilegal.

6. *Utilización de formas de corrupción* en el desarrollo del negocio criminal. Las organizaciones criminales utilizan como medio instrumental de desarrollo del negocio criminal, la corrupción entendida como el mal uso o el abuso del poder público para beneficio personal y privado. Los actos de corrupción estarán directamente relacionados con el poder o capacidad de la organización y los espacios de vulnerabilidad existentes en el sistema institucional y político local de referencia.

7. *Confusión con empresas legales*. La utilización de empresas legales como pantalla y enmascaramiento de la actividad ilegal y con el objetivo de blanquear los fondos ilegales para su posterior utilización es un medio de defensa y protección frecuentemente utilizado por las organizaciones criminales.

III. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN GUYANA

La relación entre Guyana y el crimen organizado es un tema de preocupación y análisis constante. Se ha comprobado que Guyana se ha convertido en un centro de operaciones para diversas actividades ilícitas, como el narcotráfico, la trata y tráfico de personas, el contrabando de armas y el lavado de dinero. Estas actividades ilegales han generado una serie de consecuencias negativas para ese país, como el aumento de la violencia, la corrupción y el debilitamiento de las instituciones y un impacto negativo en los países vecinos, especialmente Venezuela.

El contrabando de oro, la minería ilegal y la corrupción explican el marcado subregistro en la producción declarada de oro en Guyana. Se reporta que cerca de la mitad del oro producido se lleva de contrabando fuera del país por los mineros para obtener un mayor rendimiento del producto. El oro es contrabandeado hacia Brasil, Venezuela, Guyana francesa y, especialmente, Surinam[5].

Existen diversos factores que han contribuido a esta situación. La ubicación geográfica de Guyana, con una extensa frontera permeable y una costa accesible al océano Atlántico, ha facilitado el tráfico de drogas y otros productos ilícitos. Además, la falta de recursos y la debilidad de los sistemas de seguridad y justicia han permitido que las organizaciones criminales operen con impunidad.

Es importante destacar que el crimen organizado no sólo afecta a Guyana, sino que también tiene implicaciones regionales e internacionales. Las redes delictivas establecen vínculos con otros países de la región y utilizan rutas de transporte y comunicación para llevar a cabo sus actividades ilegales. Esto representa un desafío para los esfuerzos de cooperación y coordinación entre los países para combatir eficazmente el crimen organizado.

El crimen organizado ha encontrado en el mar un medio propicio para llevar a cabo diversas actividades ilícitas. La vastedad de los océanos y la dificultad para ejercer un control efectivo permiten a estas organizaciones eludir controles y normas establecidas. El tráfico de drogas, armas, personas y otros delitos encuentran en el mar un terreno propicio para su desarrollo. Esta situación representa un desafío considerable para las autoridades y organismos encargados de combatir el crimen, quienes deben buscar estrategias efectivas para hacer frente a esta problemática en constante evolución.

El Geneva Centre For Security Policy estima que el negocio de los tráficos ilícitos, que mayoritariamente se realiza por vía marítima, mueve en su conjunto al menos 300 billones de dólares al año, lo que constituye la vigesimoprimera economía del mundo.

---

5 *Cfr.* Canterbury, Dennis C. *El capitalismo extractivo: el caso de Guyana.* Estudios críticos del desarrollo, vol. III, núm. 4, primer semestre de 2013, p. 158.

Por su parte, el negocio de la criminalidad organizada representa un montante de 1,6 a 2,2 trillones de dólares anualmente, incluyendo los tráficos ilícitos de drogas, armas, personas, órganos, bienes culturales, animales salvajes, pesca, madera, minerales y petróleo[6].

La relación entre los tráficos ilícitos y la criminalidad organizada se configuran como una de las principales manifestaciones de la actual delincuencia transnacional que aprovecha los nichos de impunidad que ofrece la inmensidad del mar para el desarrollo de sus actividades criminales. Un caso que no puede dejar de mencionarse es la criminalidad organizada en el Esequibo.

La fachada atlántica en la Zona en Reclamación se extiende desde Punta de Playa, en Delta Amacuro, hasta la desembocadura del río Esequibo. En 291 kilómetros de costa, el crimen organizado ataca a embarcaciones con equipos de guerra, como fusiles AR15 y AK47 y también trafica drogas, materiales estratégicos y personas.

En 2018, la región fue sacudida por un impactante incidente pirata frente a las costas de Surinam, que resultó en la trágica muerte de cinco pescadores y la desaparición de una decena de ellos.

El empresario Nakool Manohar fue el autor intelectual de este ataque, dando órdenes a Premnauth Persaud y otros individuos para que llevaran a cabo los asesinatos de los cinco pescadores entre el 14 de abril y el 3 de junio de 2018.

Un grupo de 20 pescadores, que se encontraba a 30 millas de la costa de Surinam en cuatro barcos, fue brutalmente atacado. Además de los cinco que perdieron la vida, otros cinco lograron sobrevivir, mientras que el resto continúa desaparecido y se presume que han fallecido.

Este acto de piratería fue una respuesta al asesinato de Somnath Manohar, quien fue tiroteado el 30 de marzo de 2018 en Surinam. Con el objetivo de vengar su muerte, su hermano Nakool Manohar viajó a Surinam y ofreció una suma de 50.000 dólares estadounidenses a la banda de piratas, supuestamente liderada por Persaud.

---

6 *Cfr.* Geneva Center for Security Policy, The Institute for Foreign Policy Analysis. *A Comprehensive Approach to Combat Illicit Trafficking*. June 2010, p. 7.

El entonces presidente de Guyana, David Granger, calificó este ataque como una "masacre" y un gran revés en los esfuerzos por frenar la piratería en las aguas entre Guyana y Surinam.

Con referencia a este hecho, vale la pena resaltar que una de las principales consecuencias de la definición de piratería contenida en la Convención sobre el Derecho del Mar es que los delitos de esta naturaleza que se cometan dentro de las 12 millas no serán considerados como piratería, lo que va a tener importantes repercusiones a la hora de su persecución.

Para referirse a estos incidentes, la Organización Marítima Internacional (OMI) adoptó el término "robo a mano armada perpetrado contra buques" en su Código de prácticas para la investigación de los delitos de piratería y robo a mano armada perpetrados contra buques[7].

De este modo, los actos de bandidaje en el mar se calificarán de un modo u otro dependiendo del espacio marítimo donde se cometan. Esta circunstancia es una constante fuente de confusión e incertidumbre y contribuye a minimizar el impacto de este delito, pues cada vez son más frecuentes los actos de violencia en las aguas bajo jurisdicción del Estado ribereño[8].

Consecuentemente, es pertinente recalcar que la represión del robo a mano armada contra buques se deja exclusivamente en manos de los Estados costeros, que deberán emplear sus propios recursos materiales y humanos para garantizar el buen orden y la seguridad en su mar territorial. El resto de los Estados no estarían facultados para intervenir en dichas aguas en apoyo del ribereño, ni siquiera cuando persigan a un barco pirata desde la alta mar, salvo con su autorización. El problema que ello plantea, como en el caso que nos ocupa, es que la eficacia en la persecución de estas formas de bandidaje se

---

7 Aprobado por Resolución A.992(22) de la Asamblea de la Organización Marítima Internacional (OMI), de 29 de noviembre de 2001. En él se define este término como "cualesquiera actos ilícitos de violencia o de detención, o cualesquiera actos de depredación o de amenaza de depredación, que no sean actos de 'piratería', dirigidos contra un buque o contra personas o bienes a bordo de éste, dentro de la jurisdicción de un Estado respecto de tales delitos".

8 Según el informe de la OMI sobre piratería y robo a mano armada contra buques correspondiente a 2009, buena parte de los incidentes de este tipo ocurren dentro del mar territorial (International Maritime Organization, Reports on acts of piracy and armed robbery against ships. Annual report – 2009, MSC.4/Circ. 152, 29 March 2010, párr. 6. En esta línea, véase Voelckel, Michel. *La piraterie est-elle une crime de droit des gens?*", Annuaire du Droit de la Mer, vol. 5, 2000, pág. 114.

hace depender de la capacidad y de los medios a disposición de los Estados directamente afectados. Sin embargo, no todos los Estados están en condiciones de garantizar la seguridad de navegación marítima o de otro tipo de actividades que se lleven a cabo dentro de sus aguas[9].

Otro tema de gran preocupación es la trata de personas, especialmente en lo que respecta a mujeres y niñas que son víctimas de la prostitución forzada en la industria minera del oro. Este cruel negocio genera ganancias para los traficantes y satisface los deseos de los mineros, lo que lo convierte en un problema de gran magnitud. Según el informe sobre trata de personas del Departamento de Estado de Estados Unidos en 2012, la situación se agrava debido al escaso control gubernamental en vastas zonas interiores de Guyana. Estas áreas, combinadas con los lucrativos beneficios de la minería de oro y la prostitución asociada a esta industria, crean condiciones propicias para el tráfico de personas.

Guyana es una ruta de transbordo de cocaína y heroína sudamericana con destino a Estados Unidos y de efectivo que regresa a Sudamérica. El contrabando de los precursores de la metanfetamina también es un problema. Además, hay informes que indican que el tráfico de estupefacientes puede estar cada vez más vinculado al tráfico de armas que involucra a Europa y el hemisferio occidental[10].

El Departamento de Estado de Estados Unidos ha advertido desde el 2013 que, en la Zona en Reclamación "*los traficantes son atraídos por los puertos poco vigilados del país, pistas aéreas remotas, intrincada red fluvial, fronteras terrestres porosas y poca capacidad en el sector de seguridad por lo que los contrabandistas también atraviesan las fronteras terrestres con Brasil, Venezuela y Surinam. La cocaína a menudo se oculta en productos legítimos y se contrabandea por medio de barcos comerciales, transporte aéreo, mensajeros o servicios postales*[11]".

---

9 *Cfr.* Sobrino Heredia, José Manuel. *Piratería y terrorismo en el mar*. Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008, Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco, Bilbao, 2009, pág. 103.

10 *Cfr.* United States. Department of State. Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs. International Narcotics Control Strategy Report. Volume II. Drug and Chemical Control March 2014

11 *Cfr.* United States. Department of State. Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs. International Narcotics Control Strategy Report. Volume I. Drug and Chemical Control March 2021, pág. 144.

Se aprecia también una gran facilidad de los grupos de criminalidad organizada dedicados para modificar el *modus operandi* para efectuar tráficos ilícitos. En el caso del tráfico de drogas por mar han sustituido el uso de embarcaciones tradicionales por submarinos o lanchas rápidas que escapan al control de los radares[12]. Un caso emblemático ocurrió el 14 de agosto de 2014, cuando la unidad antinarcóticos de Guyana (Customs Anti Narcotics Unit-CANU) y el Ministerio de Defensa encontraron una embarcación semisumergible en un afluente del río Waini, cerca de la frontera con Venezuela, al noroeste del país[13].

En este contexto, el expresidente guyanés David Granger[14] expresó que "Guyana está caminando dormida, paso a paso, hacia un narcoestado, … y que el narcotráfico es el motor del crecimiento que está impulsando la economía del país"[15].

Como hemos señalado anteriormente, el crimen organizado implica la organización del crimen. El narcotráfico es esencialmente una empresa de carácter ilícito, con pretensiones económicas. Supone el desarrollo de un negocio que conlleva la producción o cultivo de los insumos básicos que se requiere para procesar el producto final, su almacenamiento y traslado hacia los mercados donde es demandado y su comercialización en diversas magnitudes. La logística de este proceso en su conjunto involucra amplias redes de carácter nacional y transnacional.

Al tratarse de una actividad económica compleja, el tráfico de drogas interactúa, en distintos momentos de su desarrollo logístico, con la economía lícita. Por lo tanto, utiliza en su provecho la certidumbre que el Estado impone

---

12 *Cfr.* Percy, Sarah. *Maritime Crime and Naval Response*. Survival, vol. 58. 2016, No.3, p. 161

13 Guyana es conocida como un punto de tránsito para las drogas que por lo general van hacia Europa, a menudo por África. El descubrimiento de un submarino allí podría indicar que este método de transporte –alguna vez reservado para mover drogas hacia el norte rumbo a Estados Unidos- puede estar siendo utilizado ahora para transportar las drogas que van hacia el mercado europeo. *Cfr.* InSight Crime. *Guyana encuentra un 'narco' submarino.* 18 de agosto 2014

14 David Granger fue presidente de Guyana desde 2015 hasta 2020. Se desempeñó durante un tiempo como comandante de la Fuerza de Defensa de Guyana y posteriormente como asesor de Seguridad Nacional de 1990 a 1992. Fue jefe de la oposición en la Asamblea Nacional de Guyana entre 2012 y 2015.

15 *Cfr.* InSight Crime. *Guyana se está convirtiendo en un 'narco-Estado': Ex comandante militar*. 11 de Abril de 2014.

en otras actividades comerciales a través de su reglamentación y de la imposición de reglas. El narcotráfico pretende utilizar las herramientas del Estado a su favor, no sustituirlo de manera integral. De ahí que un elemento fundamental para su desarrollo sea la corrupción estatal, en lo que se ha denominado comúnmente el nexo político criminal[16].

IV. LA RELACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO CON EL ESTADO

La relación entre el crimen organizado y los funcionarios públicos es una asociación clandestina y peligrosa que ha demostrado tener consecuencias devastadoras para la sociedad y el Estado de Derecho.

La corrupción es el factor clave que permite esta relación simbiótica. Los funcionarios públicos, en busca de beneficios personales o influencia política, se involucran con el crimen organizado a cambio de sobornos, favores o protección. Esta complicidad se produce en diferentes niveles, desde la policía local hasta los altos cargos del gobierno.

La presencia del crimen organizado en las instituciones públicas debilita la democracia y mina la confianza de la ciudadanía en sus gobernantes. Los recursos del Estado se desvían hacia actividades ilegales, como el tráfico de drogas, el contrabando, la extorsión y el lavado de dinero. Además, la impunidad que rodea a estos delitos socava la justicia y el Estado de Derecho, generando un clima de desconfianza y desesperanza entre la población.

Los funcionarios públicos involucrados en el crimen organizado también representan una amenaza para la seguridad nacional. Utilizan su posición para obtener información confidencial y proteger a los delincuentes. La infiltración del crimen organizado en las instituciones estatales crea un entorno propicio para la violencia y el caos, poniendo en peligro la estabilidad y el bienestar de la sociedad.

La relación entre el crimen organizado y el Estado es crucial. Estamos de acuerdo con Roy Godson, quien sostiene que una de las amenazas más peligrosas para la calidad de vida en el mundo contemporáneo es la colaboración entre el *establishment* político y el inframundo criminal,

---

16 *Cfr.* Godson, Roy. *The Political-Criminal Nexus and Global Security*, en Menace to Society. Political-Criminal Collaboration Around the World, New Brunswick, Transaction Publishers, 2003.

conocida como "nexo político-criminal"[17]. Esta colaboración mina el Estado de Derecho, los derechos humanos y el desarrollo económico en muchas partes del mundo, especialmente en los Estados en transición. Sin embargo, tanto los actores involucrados como los expertos en seguridad ocultan esta conexión política-criminal, subestimando así la importancia de abordar a los grupos y estructuras fuera de las instituciones políticas formales.

La relación entre el crimen organizado con el Estado se establece cuando los actores políticos y altos funcionarios se inmiscuyen en las redes[18] y se convierten en una especie de empresas de protección. En cuanto a los funcionarios de bajo nivel, esencialmente la policía, la forma de entrar ya es doble, o bien garantizando protección o bien produciendo directamente bienes ilegales.

Es decir, la condición *sine qua non* para el desarrollo del crimen organizado es la existencia de vínculos de protección con la autoridad política[19]. Esta vinculación y complicidad con representantes del Estado

---

17 *Cfr.* Godson, Roy. *The political-criminal nexus and global security* en Godson, Roy, *Menace to society: political-criminal collaboration around the world*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2003, p. 1.

18 Según Castells, una red es un conjunto de nodos interconectados. En las redes sociales y organizativas son los actores sociales, promoviendo sus intereses e interactuando con otros acto- res, los que están en el origen de la creación y programación de las redes. Ahora bien, una vez creadas y programadas, las redes siguen las instrucciones escritas en su sistema operativo y pueden autoconfigurarse dentro de los parámetros de los objetivos y procedimientos asignados Estas redes pueden cooperar con otras redes si sus códigos les permiten comunicarse. También compiten con las redes que atenten contra sus intereses. Las redes han existido siempre, pero tenían límites de actuación cuando superaban cierto umbral de tamaño o complejidad, pero hoy en día, gracias a las nuevas tecnologías de comunicación digital basada en la microelectrónica han alcanzado todo su potencial. Las redes son la forma más eficiente de organización actual, dados los tres rasgos que atesoran: flexibilidad, adaptabilidad y capacidad de supervivencia. Las redes criminales comparten todas estas ideas. *Cfr.* Castells, Manuel. *Comunicación y poder,* Alianza Editorial, Madrid. 2010, p. 45 y ss.

19 *Cfr.* Lupsha, Peter. *Organized Crime: Rational Choice not Ethnic Group Behavior: a Macro Perspective*, en *Law Enforcement Intellegence Analysis Digest*, Winter, 1988, p. 2

precisamente persigue protegerse[20] eficazmente frente a la actuación del mismo Estado y de otros agentes externos potencialmente nocivos para la expansión de sus actividades.

La corrupción es un elemento medular que explica la naturaleza del crimen organizado. Es fundamental comprender la forma en que actúa la corrupción y como ésta se expresa particularmente frente a la institucionalidad del Estado y de la sociedad. El crimen organizado es crecientemente transnacional.

La transnacionalización es una consecuencia creciente de la globalización. En este marco el crimen organizado adquiere una gran sofisticación cuando accede al uso de tecnologías de punta. La ampliación del ámbito operativo de las redes criminales organizadas resultante de los procesos de globalización financiera y comercial constituye un caldo de cultivo óptimo para el fortalecimiento de las acciones ilícitas. Hoy las organizaciones criminales operan internacionalmente con tanta solvencia y sofisticación como las empresas transnacionales, pueden vincularse a éstas e incluso competir con ellas en áreas específicas del mercado[21].

En el caso guyanés, el Departamento de Estado de Estados Unidos ha señalado que "el sistema judicial es débil, junto con la corrupción endémica y el aumento de la actividad del crimen organizado, contribuyen a un clima favorable para el lavado de dinero. Aunque se alega que el tráfico de estupefacientes y la corrupción son las fuentes principales de los fondos blanqueados, el blanqueo de los ingresos procedentes de otras actividades ilícitas, como la trata de personas, el contrabando, el secuestro, la evasión fiscal y el robo de vehículos, es sustancial"[22].

---

20 La protección puede obtenerse por dos vías: a) la intimidación que provoca la utilización de la violencia o la amenaza de usarla y b) por la vía de la corrupción que inhabilite la actuación del Estado o de la sociedad civil.

21 *Cfr.* Rojas Aravena, Francisco. *El crimen organizado internacional: una grave amenaza a la democracia en América Latina y el Caribe,* FLACSO, secretaría general, San José, 2006, p. 10-11.

22 *Cfr.* United States. Department of State. Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs**.** International Narcotics Control Strategy Report**.** Volume II. Drug and Chemical Control March 2014.

Del mismo modo, refiere el citado informe que "la ubicación geográfica de Guyana lo convierte en un refugio ideal para los grupos del crimen organizado transnacional, incluidas las organizaciones de tráfico de personas y drogas[23]."

Al margen del narcotráfico y otros crímenes de naturaleza internacional, también es necesario analizar las decisiones gubernamentales de Guyana relativas al otorgamiento de concesiones que, empresas transnacionales suelen patrocinar y que pueden estar íntimamente ligadas a un sistema de corrupción. Dado que ésta beneficia a los participantes de ambos lados de la relación, ninguno de los grupos tiene un incentivo para concluirla unilateralmente.

La relación política y económica entre los Estados y las empresas multinacionales del sector petrolero brinda la oportunidad a éstas de influir en el diseño de políticas gubernamentales y la adopción de medidas legislativas estatales para obtener beneficios económicos significativos. Durante las últimas décadas, las empresas petroleras transnacionales, respaldadas por instituciones y Estados, han establecido una estructura legal que busca asegurar la impunidad y proteger sus intereses, en franca violación de los derechos fundamentales de las mayorías sociales, la soberanía de los pueblos y la democracia[24].

---

23 *Cfr. Ídem.*

24 La ONG Global Witness en su informe del 29 de marzo de 2018 titulado: Atrápame si puedes: Exxon, cómplice del corrupto sector petrolero liberiano, documentó cómo la Exxon Mobil realizó negocios vinculados con la corrupción por un valor de 120 millones de dólares en Liberia cuando el saliente secretario de Estado de Estados Unidos, Rex Tillerson, era su presidente.

El informe documenta que, en 2013, Exxon firmó un acuerdo de 120 millones de dólares con el gobierno de Liberia por un bloque petrolero que sabía que estaba contaminado por la corrupción. Es decir, Exxon negoció el acuerdo a pesar de su preocupación por "cuestiones relacionadas con las leyes anticorrupción de Estados Unidos".

Los hallazgos clave evidencian que Exxon: Sabía que su compra podría enriquecer a expolíticos liberianos que probablemente estaban detrás del bloque; Estructuró el acuerdo de una manera que esperaba que eludiera las leyes anticorrupción de EE. UU; Sabía que la corrupta agencia petrolera de Liberia había sobornado previamente a funcionarios para aprobar acuerdos petroleros, incluido el mismo bloque que quería comprar.

Sobre este punto, llama la atención la relación entre la empresa Exxon Mobil y el gobierno de Guyana[25]. En diciembre del 2017, la Exxon Mobil anunció que apoyaría con 15 millones de US$ a Guyana para sufragar los costos que conlleva una demanda ante la CIJ contra Venezuela[26].

Sobre el apoyo económico de la empresa Exxon Mobil, el ministro de Relaciones Exteriores, Carl Greenidge, dijo en unas declaraciones de prensa, el 10 de abril de 2018 que "hasta ahora no se ha gastado nada de los 18 millones de dólares en bonos por firmar de Exxon Mobil en honorarios legales para el caso de controversia fronteriza entre Guyana y Venezuela en la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Que se han reservado US $ 15 millones de la bonificación total para honorarios legales, pero que el gobierno podría necesitar encontrar más dinero a medida que avanza el caso. "Los quince millones pueden no ser adecuados, los quince millones pueden ser más de lo necesario"[27].

La acción de Exxon Mobile al proporcionar apoyo económico a Guyana para afrontar los gastos del litigio en La Haya es profundamente inmoral. Esta práctica corrupta pone de manifiesto cómo una empresa transnacional está influenciando de manera negativa a Guyana, fomentando una ruptura del respeto y del cumplimiento del Acuerdo de Ginebra de 1966.

La actividad desplegada por la empresa Exxon Mobile es importante para remarcar el hecho de que las empresas pueden beneficiarse económicamente de determinadas situaciones de conflicto, y también la relación directa que tienen algunas multinacionales con una serie de conflictos que se han producido o se están produciendo en la comunidad internacional.

También relata cómo Exxon –junto con otros en la industria petrolera– ha atacado repetidamente la ley estadounidense anticorrupción y transparencia petrolera que nos permite descubrir acuerdos realizados en este sector de petróleo y gas notoriamente corrupto y opaco.

25 Algunas transnacionales son más ricas que muchos países del mundo en desarrollo. Más de un tercio del PIB mundial lo poseen las 100 primeras empresas del mundo. La riqueza de Exxon es superior a la de 182 países miembros de Naciones Unidas.

26 Véase nota de prensa titulada: *Exxon Mobil to Fund Guyana Lawsuit Against Venezuela. US oil giant Exxon Mobil has agreed to cover the cost of Guyana's US$15 million legal fees in its territorial dispute with Venezuela.* https://venezuelanalysis.com/Nojt. News International. 4 de diciembre de 2017.

27 Véase nota de prensa titulada: *Guyana's legal fees for ICJ border controversy case may cost more than US$15 million.* https://demerarawaves.com/2018/04/10/guyanas-legal-fees-for-icj-border-controversy-case-may-cost-more-than-us 15-million/ 10 de abril de 2018

La única realidad es que a la empresa Exxon Mobile sólo le interesa que la disputa con Venezuela se resuelva a favor de Guyana, que es a la que está financiando económicamente. Es decir, a la empresa Exxon Mobile le resulta funcional para el desarrollo de su actividad económica que se perpetúe la situación de conflicto por eso toma participación activa en el pago de los honorarios profesionales de abogados en el litigio ante la Corte Internacional de Justicia.

El tema de la corrupción política y el papel de las transnacionales petroleras es un asunto de gran relevancia en la actualidad. En particular, el apoyo económico de Exxon Mobil a Guyana para cubrir los gastos del litigio en contra de Venezuela ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha generado un intenso debate y ha sido objeto de críticas.

Sin eufemismos, el pago de honorarios profesionales por parte de Exxon Mobil a Guyana en un caso que involucra la extracción de recursos en aguas aún no delimitadas en un juicio pendiente ante la CIJ, es un claro acto de corrupción política con una consecuencia clara: la transgresión de la soberanía marítima y territorial de Venezuela.

En primer lugar, este tipo de acuerdo implica una transacción financiera en la que la transnacional Exxon Mobil busca influir en las decisiones y acciones de Guyana a su favor, utilizando como moneda de cambio las concesiones petroleras. Esto es un acto de corrupción, ya que implica el intercambio de beneficios económicos para obtener un trato preferencial o una ventaja indebida.

Es importante destacar que este tipo de prácticas son consideradas ilegales y contrarias a los principios de transparencia, ética y justicia. Los Estados deben actuar en beneficio de sus ciudadanos y el interés público, evitando cualquier forma de corrupción y asegurando que las decisiones y acciones estén basadas en la legalidad y la equidad.

En resumen, el pago de honorarios profesionales por parte de una transnacional a cambio de concesiones petroleras en perjuicio de los derechos de otro Estado es un acto de corrupción. Estas prácticas deben ser condenadas y combatidas para garantizar la integridad y la justicia en las relaciones internacionales.

Es importante destacar que el Acuerdo de Ginebra de 1966 es un tratado internacional que busca resolver la controversia territorial entre Guyana y Venezuela.

Este acuerdo establece un mecanismo de solución pacífica de disputas y enfatiza la importancia del diálogo y la negociación entre las partes involucradas. Sin embargo, el apoyo financiero de Exxon Mobil a Guyana en este contexto plantea serias preocupaciones éticas y legales.

El apoyo económico de una empresa privada transnacional a un país para promover un quiebre del respeto y del cumplimiento de un acuerdo internacional es una práctica cuestionable desde el punto de vista ético. Esto puede ser interpretado como una interferencia indebida en asuntos políticos y una forma de presión económica que compromete la imparcialidad y la integridad del proceso de resolución de controversias.

Además, este tipo de acciones pueden generar desequilibrios en el sistema internacional y fortalecer la percepción de que las grandes corporaciones tienen un poder desmedido y una influencia indebida sobre los asuntos de Estado. Esto puede socavar la confianza en las instituciones democráticas y debilitar la legitimidad de los procesos de toma de decisiones.

En términos jurídicos, es importante analizar si este tipo de apoyo financiero viola las normas internacionales y los principios de soberanía de los Estados. Si bien es cierto que las empresas privadas tienen el derecho de apoyar proyectos y programas sociales, es necesario garantizar que estos aportes no comprometan la independencia y la integridad de los Estados y los procesos políticos.

V. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VULNERADOS POR GUYANA

Los acuerdos internacionales no deben ser cumplidos por cortesía o por estar a la moda, sino por el firme compromiso de respetar las obligaciones jurídicas que en ellos se establecen. Cumplir con estos acuerdos no es una elección para los Estados, sino una responsabilidad jurídica que se deriva de una obligación.

Los Estados deben cumplir de buena fe (*pacta sunt servanda*) las obligaciones internacionales que se derivan de los tratados. Este principio también se aplica a las obligaciones que los Estados tienen en virtud del Derecho Internacional consuetudinario. En otras palabras, las autoridades de un país no pueden utilizar leyes internas para evadir sus compromisos internacionales.

En la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos se estipula el principio *pacta sunt servanda* de la siguiente manera: los miembros de estas organizaciones deben cumplir de buena fe las obligaciones contraídas de acuerdo con las respectivas cartas. Además, se encuentra formulado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Siguiendo este principio fundamental, es claro que Guyana está obligada a cumplir los acuerdos internacionales que ha ratificado con el fin de prevenir y sancionar el crimen organizado.

Guyana es Estado parte de la normativa internacional para combatir la delincuencia organizada y está obligada a prevenir que el territorio se convierta en refugio para actividades ilegales. No obstante, sus vínculos o relaciones con el crimen organizado son inocultables y consecuentemente violan varias normativas internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos adicionales. Estos instrumentos internacionales establecen medidas y obligaciones para los Estados en la lucha contra la delincuencia organizada, incluyendo la adopción de leyes y políticas, la cooperación internacional y la prevención del lavado de dinero, entre otros.

Guyana ratificó la Convención contra la delincuencia organizada transnacional el 23 de septiembre de 2003. Además, también ratificó los dos protocolos adicionales de la convención: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Esta convención tiene como objetivo prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada a nivel internacional. Al ratificar esta convención, Guyana (en teoría porque la practica es otra) muestra su compromiso en la lucha contra este tipo de delitos y se compromete a cooperar con otros países para investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de la delincuencia organizada transnacional.

La regulación jurídico-internacional para enfrentar el crimen organizado en compleja. El régimen aplicable a los tráficos ilícitos por mar a través de estructuras de criminalidad organizada, el cual resulta de la confluencia entre normas procedentes fundamentalmente de dos sectores del derecho internacional: el derecho del mar y el derecho internacional penal.

La Convención sobre el Derecho del Mar fue adoptada el 10 de diciembre de 1982 en Montego Bay, Jamaica. Guyana la ratificó el 29 de diciembre de 1986, y establece una serie de normas relativas a la atribución de jurisdicción y de competencias en materia de policía en los distintos espacios marinos, resultando de particular interés las disposiciones de la Convención que se refieren expresamente a algún tipo de tráfico ilícito, con referencia a:

- Las competencias del Estado ribereño para adoptar leyes y reglamentos relativos al paso inocente por el mar territorial en el que se incluye: h) La prevención de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros fiscales, de inmigración y sanitarios[28].

- Las competencias del Estado ribereño para tomar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir y sancionar en la zona contigua las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial[29].

- La obligación de todos los Estados de cooperar en el reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en la alta mar en violación de las convenciones internacionales y la competencia del Estado del pabellón que presumiblemente se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas para solicitar la cooperación de otros Estados para poner fin a tal tráfico[30].

- El derecho de visita de cualquier buque de guerra en el caso de buques que se dediquen a la trata de esclavos[31].

Sin perjuicio de las disposiciones antes mencionadas, existe una variedad de instrumentos de derecho internacional penal que establecen obligaciones para los Estados parte en cuanto a la criminalización y sanción de determinados tráficos ilícitos, por ejemplo: personas, inmigrantes, drogas o armas, determinan también criterios para el ejercicio de la jurisdicción por los Estados parte y establecen mecanismos para facilitar la cooperación internacional orientada a su represión.

---

28 *Cfr.* Convención sobre el Derecho del Mar, artículo 21, 1, h.

29 *Cfr.* Convención sobre el Derecho del Mar, artículo 33, 1, a y b.

30 *Cfr.* Convención sobre el Derecho del Mar, artículo 108.

31 *Cfr.* Convención sobre el Derecho del Mar, artículo 110.

En primer lugar, hay que destacar la importancia de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, antes mencionada, que establece un concepto de criminalidad organizada en función del doble criterio de realización a través de un "grupo delictivo organizado" y de que se trate de un delito grave.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta los convenios adoptados para luchar contra el tráfico de drogas. Guyana ratificó la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988 el 24 de agosto de 1993. Esta convención busca combatir el tráfico y el uso indebido de drogas, así como promover la cooperación internacional en la lucha contra el narcotráfico. Este instrumento incluye una disposición dedicada al tráfico ilícito de drogas por mar (artículo 17) que puede considerarse un desarrollo específico del artículo 108 de la Convención sobre el Derecho del Mar y que ha dado lugar a su vez a desarrollos en el plano regional y bilateral que permiten concretar formulas de cooperación más avanzadas.

La Convención sobre el Derecho del Mar contiene el esquema de definiciones y autorizaciones reconocido internacionalmente en relación con la piratería, codifica las facultades necesarias para reprimir ese delito y reconoce la obligación de todos los Estados de cooperar en ese sentido.

El delito marítimo de piratería también existe independientemente en el derecho internacional consuetudinario, que rige para todos los Estados, hayan ratificado o no Convención sobre el Derecho del Mar, y les otorga facultades en ese ámbito.

Guyana ratificó el Tratado sobre el Comercio de Armas el 6 de abril de 2015. Este tratado es un acuerdo internacional que tiene como objetivo regular el comercio de armas convencionales y prevenir su desvío hacia actividades ilícitas, como el tráfico ilegal de armas y su uso en violaciones de derechos humanos. La violación de la normativa internacional se manifiesta con el tráfico ilegal de armas de fuego y municiones, lo cual contribuye a la proliferación de armas en manos de grupos criminales.

Concurrentemente, cabe acotar que Guyana ha sido criticada por otorgar concesiones petroleras en aguas disputadas con Venezuela[32] y Surinam, lo que

---

[32] Aunque Venezuela no ratificó la Convención sobre el Derecho del Mar, el Derecho consuetudinario relativo a esta materia sería el aplicable. Venezuela no ratificó la Convención sobre el Derecho del Mar por no estar de acuerdo con los

va en contra de los estándares establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Convenio de Ginebra de 1966, Guyana ha sido acusada de violar los términos de este tratado al realizar actividades de exploración y explotación petrolera en aguas disputadas con Venezuela, lo que ha generado tensiones diplomáticas entre ambos países.

Estas violaciones de la normativa internacional en materia de criminalidad organizada representan una amenaza para la seguridad y el bienestar de la comunidad internacional, y requieren de un esfuerzo conjunto por parte de los Estados y organizaciones internacionales para combatirlas y prevenirlas.

VI. COLOFÓN

1. Guyana se encuentra sumergida en la oscuridad del crimen organizado y la corrupción, lo cual ha llevado a que se convierta en un punto central para una variedad de actividades ilícitas. El narcotráfico, el contrabando de armas, la trata y tráfico de personas y el lavado de dinero son solo algunas de las actividades ilegales que han tenido impactos perjudiciales, como el incremento de la violencia, la corrupción y la erosión de las instituciones.

2. Según los datos disponibles, en Guyana se ha detectado la existencia de redes delictivas que operan en complicidad con

---

artículos 15°, 74° y 83°, que hacen referencia a la delimitación del Mar Territorial, la Zona Económica Exclusiva y la Plataforma Continental, respectivamente, entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente, ni con el artículo 309° sobre reservas y excepciones, pues *No se podrán formular reservas ni excepciones a esta Convención, salvo las expresamente autorizadas por otros artículos de la Convención* (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982). Además, influyó en la posición venezolana ante la Convención, el artículo 121° sobre el nuevo régimen de las islas, pues según el parágrafo 3° *Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental* (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982). Esta condición, afectaría negativamente la posición que tiene Venezuela, pues el requisito de vida económica propia perjudicaría, notablemente, el cordón de islas que sirve de frente continental y, en especial, los casos de Los Monjes e Isla de Aves, que generan zona económica exclusiva. Además, Venezuela se fundamentó en el criterio de que la Conferencia no logró establecer normas concretas para evitar controversias innecesarias.

funcionarios corruptos, actores políticos y empresarios de alto nivel. Durante el periodo 2015-2020, el presidente David Granger advirtió sobre la creciente posibilidad de que Guyana se convierta en un narcoestado, donde el narcotráfico juega un papel crucial en la economía del país. Estas redes se dedican a diversas actividades delictivas, como el tráfico de drogas y el contrabando de personas, y han establecido rutas internacionales de contrabando en colaboración con países vecinos. Es preocupante destacar que incluso algunos cuerpos de seguridad forman parte de estas redes del crimen organizado transnacional que operan en la Zona en Reclamación.

3. La evidencia demuestra que los grupos de delincuencia organizada reciben apoyo tanto del personal como de la infraestructura portuaria cuando utilizan las rutas marítimas y fluviales para llevar a cabo sus actividades delictivas. Esto incluye el desembarque de carga robada de barcos, la provisión de suministros y la obtención de información de inteligencia para sus operaciones en el mar. Estos grupos solo pueden continuar operando gracias a la falta de acción de los organismos encargados de controlar estas actividades, e incluso, en muchas ocasiones, estas entidades están involucradas activamente con estas redes de apoyo.

4. Los tráficos ilícitos transnacionales en Guyana y, en particular, en el Esequibo generan múltiples consecuencias, entre las que se encuentra el atentado contra la seguridad y los intereses de los países vecinos, especialmente Venezuela. Además, socavan el desarrollo y el comercio internacional, fomentan la corrupción y el lavado de dinero, promueven la convergencia entre insurgentes y grupos criminales, y perpetúan la esclavitud moderna y la explotación de seres humanos, al mismo tiempo que deterioran la gobernanza.

5. Es relevante destacar que el crimen organizado no solo tiene un impacto en Guyana, sino que también tiene implicaciones a nivel regional e internacional. Las redes delictivas establecen conexiones con otros países de la región y utilizan rutas de transporte y comunicación para llevar a cabo sus actividades ilícitas. Esto representa un desafío para los esfuerzos de cooperación y coordinación entre los países en la lucha contra el crimen organizado. Por consiguiente, resulta fundamental trabajar de manera conjunta para abordar eficazmente esta problemática.

6. La delincuencia organizada transnacional que opera en las aguas de Guyana, especialmente en el Esequibo, representa una seria amenaza para la paz y la seguridad internacional. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha calificado estos actos delictivos como un "problema global" que pone en peligro la seguridad, la estabilidad y el Estado de Derecho, así como la prosperidad económica, el desarrollo sostenible y el medio ambiente[33]. A nivel regional y nacional, se considera uno de los mayores riesgos para la seguridad nacional según los instrumentos estratégicos.

7. Guyana ha ratificado varios convenios internacionales para combatir la delincuencia organizada, los tráficos ilícitos en el mar, el tráfico de drogas y de personas, y el comercio ilícito de armas, sin embargo, no cumple con las normas establecidas por el Derecho Internacional. Además, no ha desarrollado políticas efectivas para abordar las necesidades de los refugiados y las víctimas del tráfico sexual, así como para combatir los delitos financieros y las actividades delictivas transnacionales.

8. Guyana se ha convertido en un Estado canalla (*rouge state*), esta categorización se basa en su reiterado incumplimiento de las normas internacionales que buscan prevenir y sancionar el Crimen Organizado a nivel transnacional. Además, su falta de respeto por el incumplimiento del acuerdo de Ginebra de 1966 al otorgar concesiones petroleras de manera unilateral y bajo esquemas de corrupción contribuye a esta reputación negativa. Asimismo, no adopta las medidas adecuadas para evitar las actividades delictivas en la Zona en reclamación.

9. El territorio Esequibo que Venezuela le reclama a Guyana está plagado de piratas y traficantes que conforman redes criminales transnacionales. Los delincuentes aprovechan la ausencia estatal en una extensión de 159.542 kilómetros cuadrados, de modo que el crimen organizado opera con absoluta impunidad. Se trata de una situación sumamente compleja, que no puede ser soslayada en la disputa territorial y debe ser afrontada con las herramientas que ofrece el Derecho Internacional.

---

33 *Cfr.* Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Res 20/5. "Medidas para combatir el problema de la delincuencia organizada transnacional en el mar". Doc E/CN.15/2011/L.15/Rev.1. 14 de abril de 2011.

10. La corrupción política y el papel de las transnacionales petroleras en Guyana han generado una gran preocupación debido a la falta de cumplimiento del derecho internacional. Además, la inobservancia del Acuerdo de Ginebra de 1966[34] y la falta de capacidad y voluntad para abordar problemas como el narcotráfico, la piratería y los robos a mano armada en la fachada atlántica han agravado la situación.

11. El apoyo económico de Exxon Mobil a Guyana para financiar el litigio contra Venezuela ante la CIJ genera inquietudes significativas en términos de corrupción política y el cumplimiento de acuerdos internacionales. Es crucial fortalecer los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas, así como promover la independencia y la integridad de los Estados en sus relaciones con las empresas transnacionales, para garantizar un equilibrio de poder y una gestión responsable de los recursos naturales y los derechos de las partes en la controversia.

12. Para lograr una mayor estabilidad y seguridad en la región, es esencial fomentar la cooperación y el diálogo entre los Estados involucrados, fortalecer los mecanismos de supervisión y control, y asegurar la capacidad institucional y la voluntad política necesarias para hacer frente a estos desafíos.

13. Por último, enfrentar el crimen organizado demanda una determinación y valentía inquebrantables, sin permitir que la intimidación y la corrupción nos detengan. Esta lucha va más allá de una simple batalla, ya que requiere la participación de todos los sectores de la sociedad: gobiernos, sociedad civil, empresas y ciudadanos. Siguiendo las palabras de Louise Arbour, comprendemos que no se trata solo de detener a los delincuentes, sino de desmantelar sus redes y prevenir la corrupción que las nutre.

---

[34] Es importante señalar que el Acuerdo de Ginebra de 1966 establece los principios para resolver la disputa territorial entre Guyana y Venezuela en relación con la región del Esequibo. Este acuerdo establece que ninguna actividad llevada a cabo mientras esté en vigencia puede fundamentar derechos de soberanía en el Esequibo. Sin embargo, es claro que Guyana no cumple con este acuerdo, lo que ha generado tensiones y diferencias entre ambos países.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder,* Alianza Editorial, Madrid. 2010.

CASTLE, Allan. *Transnational organized crime and international security*. Working Paper número 19. Institute of International Relations, The University of British Columbia, 1997.

CANTERBURY, Dennis C. *El capitalismo extractivo: el caso de Guyana.* Estudios críticos del desarrollo, vol. III, núm. 4, primer semestre de 2013.

FLORES PÉREZ, Carlos Antonio. *El Estado en crisis: crimen organizado y política. Desafíos para la consolidación democrática.* México D. F. 2009.

Geneva Center for Security Policy, The Institute for Foreign Policy Analysis. *A Comprehensive Approach to Combat Illicit Trafficking*. June 2010.

GODSON, Roy. *The Political-Criminal Nexus and Global Security*, en Menace to Society. Political-Criminal Collaboration Around the World, New Brunswick, Transaction Publishers, 2003.

_____. *The political-criminal nexus and global security* en Godson, Roy, *Menace to society: political-criminal collaboration around the world*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2003.

Informe emanado del 29 de marzo de 2018 emanado de la ONG Global Witness titulado: Atrápame si puedes: Exxon, cómplice del corrupto sector petrolero liberiano.

InSight Crime. *Guyana se está convirtiendo en un 'narco-Estado': Ex comandante militar*. 11 de abril de 2014.

InSight Crime. *Guyana encuentra un 'narco' submarino.* 18 de agosto 2014.

International Maritime Organization, Reports on acts of piracy and armed robbery against ships. Annual report – 2009, MSC.4/Circ. 152, 29 March 2010.

LUPSHA, Peter. *Organized Crime: Rational Choice not Ethnic Group Behavior: a Macro Perspective*, en *Law Enforcement Intellegence Analysis Digest*, Winter, 1988.

PERCY, Sarah. *Maritime Crime and Naval Response*. Survival, vol. 58. 2016, No. 3.

ROJAS ARAVENA, Francisco. *El crimen organizado internacional: una grave amenaza a la democracia en América Latina y el Caribe,* FLACSO, secretaria general, San José, 2006.

SOBRINO HEREDIA, José Manuel. *Piratería y terrorismo en el mar*. Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008, Servicio Editorial de la Universidad de País Vasco, Bilbao, 2009.

TOKATLIAN, Juan Gabriel. *Anotaciones en torno al crimen organizado: una aproximación conceptual a partir de la experiencia colombiana*" en Tokatlian Juan Gabriel. *Globalización, narcotráfico y violencia. Siete ensayos sobre Colombia*. Norma. Buenos Aires. 2000.

Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Res 20/5. "Medidas para combatir el problema de la delincuencia organizada transnacional en el mar". Doc E/CN.15/2011/L.15/Rev.1. 14 de abril de 2011.

United States. Department of State. Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs**.** International Narcotics Control Strategy Report**.** Volume II. Drug and Chemical Control March 2014.

United States. Department of State. Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs. International Narcotics Control Strategy Report. Volume I. Drug and Chemical Control March 2021.

VOELCKEL, Michel. "¿La *piraterie est-elle une crime de droit des gens?*", Annuaire du Droit de la Mer, vol. 5, 2000.

LOS PRINCIPIOS COMO LÍMITES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL SEGÚN LA TEORÍA DE DWORKIN*

Gonzalo Federico PÉREZ SALAZAR**

I. INTRODUCCIÓN

Debemos comenzar por señalar que el objeto del presente trabajo es analizar los principios como límites del juez constitucional desde la perspectiva de la doctrina desarrollada por Ronald Dworkin, específicamente en dos de sus obras "*Los derechos en serio"*, en sus Capítulos sobre "*El modelo de Normas I*", "*El modelo de normas II*" y "*Los Casos Constitucionales*", así como en la obra "*Cuestión de Principios*" y en su conferencia transcrita titulada *"¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?*".

Ello nos ubica en un contexto particularmente difícil, como es el de pensar como filósofos cuando no lo somos y tratar de aplicar teorías propias del sistema de derecho anglo-americano, a las nuestras cuyas raíces son romano-germanas.

---

* Este trabajo ha sido preparado para el libro homenaje al profesor Raúl Arrieta Cuevas, quien inspiró gran parte de estas líneas, como foco incansable de sabiduría que impregnó a decenas de discípulos a seguir la libertad como proyecto de vida.

** Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho Administrativo, Doctor en Ciencias, Mención Derecho, profesor de Derecho Administrativo III y en la Especialización de Derecho Constitucional en dicha casa de estudios. Director y profesor de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila.

A pesar de ello, hemos considerado como punto de partida dos ejemplos que el propio Dworkin cita para explicar su teoría sobre los principios, los cuales son perfectamente trasladables a la realidad venezolana.

El primero de ellos es una situación que para el propio Dworkin roza lo absurdo, pero que describe su hipótesis y es el caso de que un juez dijera que el Senado es ilegal, lo cual para él es irrazonable, pero además, es incorrecta aun cuando finalmente se le aceptara[1]. Si nos situamos en la realidad venezolana, nos encontramos con el mismo planteamiento irracional de desconocimiento ilegítimo de las competencias y atribuciones de la Asamblea Nacional electa recientemente[2] y conformada por mayoría de oposición[3], por algunas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en específico por su Sala Constitucional[4] y Sala Electoral. Al respecto, Dworkin se pregunta ¿por qué los representantes electos de la mayoría han de verse alguna vez incapacitados para promulgar leyes que parecen justas y eficientes?, ubicando el problema en la teoría de la legitimidad[5]. Lo anterior trae a la discusión del tema de los principios a las directrices políticas y la moral política, que fungen con límites a esas decisiones.

El segundo ejemplo, nos sitúa en la época donde el expresidente Nixon prometió nombrar para integrar a la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica a jueces que no fueran capaces de retorcer ni doblar la ley, sino respetarla, toda vez que cuestionaba su conformación y la calificaba de usurpación de poderes por la forma como resolvieron los casos raciales[6]. Dworkin, no obstante estar en contra de la postura de Nixon, por la forma como salió de la presidencia, y a su vez, en contra de la conformación de la corte, por sus posturas respecto a la solución de casos difíciles, cuestiona poner límites que traten de imponerse a esa corte por vía de legislación o enmienda[7].

---

1 Dworkin, Ronald; *Una cuestión de principios*; Siglo XXI Editores; Buenos Aires; Argentina; 2012; p 57.

2 El 6 de diciembre de 2015.

3 En un inicio conformada por 2/3 de parlamentarios de oposición.

4 Sentencia N° 7 de 11 de febrero de 2016, caso: Hernán Toro y otros, donde vaciaron de contenido el control político que ejerce la Asamblea Nacional sobre los decretos de emergencia económica.

5 Dworkin, Ronald, *Los derechos …*; *op cit*; p 32.

6 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*; Ariel; 8va Edición; Barcelona; España; 2010; p. 209.

7 Dworkin, Ronald, Los derechos …; *op. cit*; p. 210

Lo anterior está íntimamente ligado con la realidad de los Estados Unidos de Norteamérica producto del reciente fallecimiento de Antonin Scalia, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, quien fue un connotado republicano, conservador y partidario de la corriente originalista de interpretación de la Constitución. El problema de la elección del sucesor del juez Scalia es que el Presidente de la República para ese momento era demócrata[8], estaba en su último año de ejercicio de su segundo mandato y el Congreso estaba dominado por los republicanos, quienes no querían que se rompiera el control que tienen en la Corte designando a un juez demócrata para resolver temas cruciales como el aborto, eutanasia, unión de personas de distinto sexo, inmigración, pena de muerte, control de armas, entre otros[9].

En Venezuela, sucedió algo similar con el descarado control de la política en la reciente designación (diciembre de 2015) de 13 Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia por parte de la Asamblea Nacional, para garantizar un rápido nombramiento de jueces afines a la ideología imperante en el régimen actual. Como respuesta a esa designación, los sectores de la oposición que controlan la Asamblea Nacional han propuesto una enmienda para recortar el período de los actuales Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, revocar las designación mediante el ejercicio de la autotutela de sus actos y reformar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para reformar las competencias de la Sala Constitucional. Ello chocaría frontalmente con la posición de Dworkin de limitar al tribunal, pero estaría de acuerdo a su postura de no aceptación de sus decisiones por estar contra la moral política.

Dworkin ha tenido bastantes detractores en su doctrina, principalmente ubicados en la corriente positivista, pues fueron cuestionados en los debates que sostuvo con el profesor Hart a finales de los años sesenta del siglo pasado, al poner de manifiesto el carácter normativo de los principios, lo que supuso un ascenso de los principios al calificarlos como normas fundamentales e incluso como normas de cierre del sistema jurídico a favor de una única respuesta correcta que el juez Hércules debe encontrar, abandonando así ese carácter residual de cómo eran utilizados los principios para llenar lagunas o deficiencias por ausencia de normas.

---

8 Baste recordar que el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica propone al Congreso el juez y éste último lo designa.

9 Recientemente el Senado de los Estados Unidos de Norteamérica designó como juez a Brett Kavanaugh, como sustituto de Antonin Scalia.

La discusión sobre los principios en el derecho constitucional es absolutamente contemporánea y pertinente, toda vez que las Constituciones modernas contienen una gran carga axiológica producto de la inclusión de reglas, valores y principios que algunas veces son positivizados y otras son originados por normas de textura abierta. A ello se le suma el efecto expansivo que ha supuesto la constitucionalización del ordenamiento jurídico por ejercicio del carácter normativo de la Constitución y de su supremacía sobre las demás normas que lo integran. Además, es cada vez más común la existencia de Tribunales Constitucionales, Salas Constitucionales, Cortes Constitucionales o simplemente altas cortes, todas con competencia para ejercer el control (concentrado o difuso) de constitucionalidad de las leyes.

El hecho de dejar en manos de un cuerpo colegiado de jueces que no han sido electos por voluntad popular, para que ejerzan control sobre decisiones del parlamento que representa la legitimidad democrática expresada por el voto, supone introducir elementos de la política, la moral, la ética y del derecho para la búsqueda de decisiones que aunque no gocen de popularidad respeten esos valores y principios recogidos (o no) en el texto constitucional y la tradición cultural de la sociedad en la que se encuentran.

Nos circunscribiremos a la doctrina de Dworkin, a pesar de estar conscientes de que existen autores como Alexy, Atienza, Zagrebelsky, Pozzolo, Barberis, Guastini, Tribe, Vigo, García Amado, entre otros, que destacan su influencia y proponen nuevas teorías que amplían el espectro de la discusión sobre los principios.

Pasaré a abordar el tema de los principios como límites de la interpretación constitucional y finalizar con la influencia de Dworkin en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

I. DE CÓMO LOS VALORES Y LOS PRINCIPIOS SIRVEN DE LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN

Es común observar cómo al abordar el tema de los límites de la interpretación constitucional se reitera, casi sin mayor justificación, que estos están en la propia Constitución y que en caso de dudas se pueden ubicar en los valores y principios que la inspiran. Sin embargo, al momento de trazar esa frontera axiológica es que se presentan los mayores contratiempos, lo que ha supuesto abandonar las tesis clásicas, de la interpretación gramatical u autentica, para dar paso a otras que permitan romper ese desfase entre la norma y la realidad, entre el derecho y la moral, entre las cuestiones constitucionales y las cuestiones políticas, por aquello de que las disposiciones constitucionales tienen vocación de perdurar en el tiempo.

Ese carácter axiológico de las Constituciones modernas se nota directamente cuando algunos valores y principios han sido positivizados, como por ejemplo sucede con los artículos 1 y 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[10] y otros son inmanentes a las raíces histórico-culturales del pueblo venezolano. No obstante la positivización de los valores en la Carta Magna, existe una jerarquización no explicada entre ellos, por ejemplo, el artículo 1 alude a los valores y el artículo 2 a los valores superiores, con lo cual pareciera que existen unos que están por encima de otros. Igual sucede con los principios, ya que el propio Título I de la Constitución se denomina "*De los Principios Fundamentales"*, el artículo 3 cuando atribuye al Estado la obligación de garantizar el cumplimiento de los principios consagrados en la Constitución o el artículo 335 que le atribuye al Tribunal Supremo de Justicia garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y que las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre las normas y principios constitucionales son vinculantes.

Retomando la tesis de Dworkin, los positivistas únicamente toman en consideración las normas legales y dejan por fuera otros componentes del derecho como son los principios. Rechaza de igual manera la separación entre moral y derecho sobre la cual descansan los positivistas, pues todos los casos tendrían una respuesta única que debería tener una explicación y justificación coherente con todo el ordenamiento jurídico, de allí que no habría lugar a lagunas o antinomias. Hace un llamado de atención cuando expresa en una frase memorable que es más un grito de rebeldía frente a las leyes injustas que "*si el gobierno no se toma en serio los derechos tampoco se está tomando en serio el derecho*".

Para justificar su tesis, Dworkin cuestiona severamente el positivismo y con ello las tesis de Hart, quien fue su predecesor en la cátedra de la

---

[10] Los citados artículos de la Constitución de 1999, prevén: Artículo 1. "*La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus* ***valores*** *de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional*.

Artículo 2. *Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como* ***valores superiores*** *de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político*". (Resaltado mío)

universidad de Oxford. Resalta la importancia de aquellos estándares que no son normas, pues considera que el positivismo está diseñado para un sistema de normas, olvidando que existen principios y directrices políticas[11].

Entiende por principio en sentido genérico como "*todo el conjunto de estándares que no son normas*" y directriz política como el "*tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad*". Define los principios como "*un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad*".[12]

Para clarificar la distinción entre normas y principios cita el ejemplo de 1889 caso *Riggs vs Palmer*, referido a la disquisición que se dio en torno a un heredero que no pudo heredar porque asesinó a su abuelo quien fue su causante o el caso de 1960 de *Henningsen vs Bloomfield Motors Inc*, en la que se discutió el límite de responsabilidad del fabricante de un vehículo por desperfectos.[13]

Para Dworkin, la distinción entre principios y normas jurídicas es lógica, pues mientras ambas se refieren a "*decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias*" difieren en "*el carácter de la orientación que dan*", esto es, que las normas son de aplicación disyuntiva y los principios tienen una dimensión del peso o importancia, es decir, cuando se interfieren entre ellos la persona que resuelve "*debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos*"[14].

Ahora bien, donde tendrían mayor relevancia los principios es en los casos difíciles, generalmente decididos por los Tribunales Constitucionales o altas cortes de justicia. En esos casos, se confrontan principios formal o informalmente reconocidos por la Constitución y cuando los principios entran en conflicto el que le toca decidir se encuentra en una situación complicada, toda vez que "*se ve ante la exigencia de evaluar todos los principios*

---

11 Dworkin, Ronald, *Los derechos …*; *op. cit.* p, 72.

12 Dworkin, Ronald, *Los derechos …*; *op. cit*. p. 72.

13 Dworkin, Ronald, *Los derechos …*; *op. cit*. p. 73.

14 Dworkin, Ronald, *Los derechos …*; *op. cit.* p. 77.

conflictivos y contradictorios que sobre él inciden, y de llegar a una resolución, en vez de identificar a uno solo, entre los demás, como válido".[15]

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y particularmente el *bill of rigths* protege al individuo y a grupos, de ciertas decisiones que podrían tomar un grupo de ciudadanos, aun cuando crean actuar en beneficio del interés general o común[16].

Una de las principales consecuencias de la teoría de Dworkin de afirmar que las normas y los principios algunas veces se pueden confundir y cumplir un mismo rol, ha servido para para contrastar los métodos originalistas y activistas de interpretación constitucional

Esa confrontación sería producto de las normas de textura abierta que generalmente se encuentran en la Constitución y que según Dworkin esos "*estándares vagos fueron elegidos de manera deliberada*"[17], lo que ha causado problemas para resolver los casos aún en los "*hombres de buena voluntad*". Pero además, ello supone que el juzgador deba hacer "*una interpretación estricta del texto dé una visión estrecha de los derechos constitucionales, porque los limita a aquellos derechos reconocidos por un grupo limitado de personas en una época fija de la historia"*[18].

Frente al cuestionamiento que Dworkin se hace ante el control constitucional de las leyes, se pregunta sí ello produce un veto a la política. En tal sentido propone como solución dejar la política fuera de los casos constitucionales y que los jueces decidan de dos maneras: i) Intención constitucional (tesis originalista o de los redactores de la Constitución) "*si se ajustan a la intención original, no estarían haciendo elecciones sustanciales propias, sino limitándose a cumplir las decisiones adoptadas tiempo atrás*"[19] y, ii) cuestiones de sustancia y cuestiones de proceso, que alude a "*proteger la equidad procedimental por la cual se elaboraron tales normas*".

Actualmente, algunos autores cuestionan la interpretación originalista como única "*forma*" de hacerlo, por cuanto se requiere "*mucho más que descubrir pasivamente un significado fijo dado tres generaciones atrás*", lo

---

15 Dworkin, Ronald, *Los derechos…; op. cit.* p. 135.

16 Dworkin, Ronald, *Los derechos* …; *op. cit.* p. 211.

17 Dworkin, Ronald, *Los derechos* …; *op. cit.* p. 211.

18 Dworkin, Ronald, *Los derechos* …; *op. cit.* p. 213.

19 Dworkin, Ronald; *Una cuestión de principios;* Siglo XXI Editores; Buenos Aires; Argentina; 2012; p. 53-54.

que conduciría a perder "*todo tipo de legitimidad sí sólo fuera un espejo para las ideas e ideales de los intérpretes*", a los que se refiere como "*primeros autores*"[20].

A través de este supuesto, destacan los efectos negativos de interpretar la Constitución partiendo únicamente de lo que quisieron decir sus autores originales, pues los cambios que la sociedad ha dado son tan vertiginosos que no podrían adaptarse a las modernas concepciones del derecho mismo y a las necesidades reales de sus recipiendarios. Un ejemplo claro sería interpretar el derecho al voto utilizando el texto original y los diarios de debate de la constituyente, sin tener en cuenta que el mismo actualmente es universal.

Es allí, donde entra el primer límite de los principios en la interpretación, pues si como afirma "*los tribunales tratan de ser fieles al texto de la Constitución, por esa misma razón se verán obligados a decidir entre concepciones concurrentes de moralidad y política*"[21], ello supone que las decisiones objeto de control constitucional sobre otras ramas del poder público serán constitucionales en tanto y en cuanto no violen la moralidad política, ya que el sistema constitucional descansa sobre teoría moral, "*por consiguiente un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente estas cláusulas como derechos, debe ser un tribunal activista*"[22], ya que en su criterio debe resolver cuestiones de moralidad política.

En definitiva, la base de la doctrina de Dworkin es la apertura o el carácter genérico de los principios constitucionales que permite una actitud más activa por parte de los tribunales constitucionales. Ello significa que debe distinguirse entre concepto y concepción, siendo las cláusulas vagas que contiene la Constitución que en cada momento deben entenderse de acuerdo con una concepción concreta; por lo que quien apela a un concepto puede tener su propia concepción, esa formación supuestamente vaga (*due process of law o equal protection*) obedece al deseo intencionado de formular un concepto[23].

---

20 Tribe, Laurence H. y Dorf, Michael; *Interpretando la Constitución*; Palestra Editores; Perú; 2010, p. 51.

21 Dworkin, Ronald, *Los derechos …*; *op. cit.* p. 216.

22 Dworkin, Ronald, *Los derechos …*; *op. cit.* p. 231.

23 Dworkin, Ronald; *Los derechos…*; *op. cit.* p. 213.

Propugna de esa manera un activismo judicial que se basa en los principios morales que permitirían ir estableciendo nuevos derechos frente a la mayoría. En tal sentido es el juez Hércules quien debe identificar los principios morales como una concepción particular, lo que opera en los casos difíciles y no necesariamente que con ello complazca a la mayoría.

El principal problema de aplicar la tesis de Dworkin es que la Constitución de los Estados Unidos es muy genérica y antigua, por el contrario a Constituciones contemporáneas que establecen catálogos de derechos y son específicas en prever reglas, claro está, repletas de valores que la hace plena de carga axiológica.

Dworkin resalta la vinculación entre los jueces y los filósofos, a la hora de solucionar problemas constitucionales (adopción, eutanasia, pena de muerte) que no solamente comparten "*temas y asuntos entrecruzados*", por el contrario "*los objetivos y los métodos de los jueces incluyen los de los filósofos: ambas profesiones apuntan más exactamente a formular y entender mejor los conceptos claves en los cuales se expresan nuestra moralidad política predominante y nuestra Constitución*".[24] Supone ello que en los casos difíciles constitucionales los jueces deben respetar la integridad histórica pasada, recomendando tomar elecciones filosóficas pero con la finalidad de resolver un caso concreto, incluso llama a utilizar dentro del intuisionismo, como tesis contraria, pero únicamente la reacción intuitiva (el juez sabe lo que es obsceno por solamente tenerlo en frente).

II. DWORKIN Y LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Para demostrar la influencia que se ha podido tener el autor Ronald Dworkin, hemos revisado la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano y hemos encontrado que ha sido citado en seis de ellas, a saber:

---

[24] Dworkin, Ronald; ¿Deben nuestros jueces ser filósofos?¿Pueden ser filósofos?, en Isonomia 32, Abril 2010; puede consultarse en: http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia32/Isono_32.pdf. Sostiene que "*los jueces tienen que ser filósofos, pero no pueden y quizás no deberían ser filósofos*".

Número de sentencia	Fecha	Caso
1395	21/11/2000	William Davila
1309	19/7/2001	Hermann Escarrá
1806	20/11/2008	Eduardo Centeno Lapi
794	27/5/2011	Ana Ysabel Hernández
1264	1/11/2013	Henry Pereira Gorrín
490	21/5/2014	Instituto Politécnico Santiago Mariño

De las sentencias dictadas por la Sala Constitucional enunciadas en el cuadro anterior, se destaca la N° 1.309 del 19 de julio de 2001, caso: *Hermann Escarrá*, con ponencia del fallecido profesor de filosofía del derecho José Manuel Delgado Ocando, en la cual, resolvió la "*Acción de Interpretación Constitucional, respecto al alcance, interpretación uniforme y aplicación de las normas contenidas en los artículos 57 y 58 de la Carta Magna, referidos a los derechos a la libre expresión, a la información, de réplica y de rectificación*", por citar cinco veces a Dworkin e imponer la mejor ideología política como método de interpretación constitucional. Citaremos un el siguiente extracto de la sentencia:

> "*R. Dworkin (Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1999, trad. de Marta Guastavino, p. 155) ha insistido recientemente en que el derecho no es el resultado de una deducción lógica sino una práctica social interpretativa que crea o "construye" instituciones (carácter rechtsschöpfende en el sentido de Gadamer) [cf. El problema de la conciencia histórica, Madrid, Tecnos, 2000, p. 110]. En la práctica interpretativa conforme a normas, las reglas de reconocimiento permiten identificar, como dice Hart (El concepto del derecho, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1963, trad. de Genaro Carrió, p. 134), las reglas del sistema que regulan dicha práctica, pero no explica cómo razonan los jueces, porque la dimensión performativa del derecho "construye" la decisión y no simplemente la infiere a partir de las reglas identificadas*.
>
> *El esfuerzo por controlar la corrección de la adjudicación o decisión, desde el reconocimiento que identifica las reglas conforme a*

las cuales la decisión se produce, exige el cumplimiento de una doble justificación, a saber, la interna o coherencia con el sistema jurídico, y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica. La justificación externa permite distinguir las reglas de los principios y determina la caducidad histórica del positivismo legal que había sido renuente a la consideración de los principios. Dworkin reconoce explícitamente la supralegalidad de los principios y afirma el carácter sistemático del derecho en términos de nomodinámica (Stufenbau) de contextualidad jurídicopolítica.

Decir esto significa que las fuentes primarias del derecho, esto es, la tradición de cultura y los principios jurídicos, no sólo son fuentes de integración (lagunas de la ley) sino de interpretación, pues las fuentes primarias, en cuanto atmósfera cultural que envuelve al sistema jurídico, son el hilo conductor que hace posible la decisión correcta".

Como critica a la jurisprudencia de la Sala Constitucional sostenemos que, es en el autocontrol, autolimitación o *self restraint,* donde se puede encontrar un límite ético o deontológico a la interpretación constitucional. En efecto, esa autolimitación estaría precedida de una escogencia de magistrados que cumplan con todos los requisitos constitucionalmente exigidos para serlo, dotados de estabilidad, pero además, que sean constitucionalmente sensibles y por sobre todas las cosas sean prudentes, es decir, que entiendan que por sus amplias responsabilidades pueden darle un giro a la política en un momento determinado e introducir cambios sociales, con resultados muy positivos o muy negativos para incluso aquellos que no los comparten y, por sobre todas las cosas no impongan lo que históricamente se conoce como "*el gobierno de los jueces*". En definitiva, ese "*juez hércules*" debe ser una representación de lo mejor de la sociedad, convertirse un ejemplo como profesional y ciudadano, que genere la confianza de que sus decisiones estarán a la altura de su compromiso.

Consideramos, además, que el carácter axiológico de la interpretación constitucional (ante la existencia de disposiciones de textura abierta), no puede conducir a una patente de corso al intérprete para elegir un significado cualquiera de una disposición constitucional, por el contrario, no puede en ningún momento vaciarla de contenido, ni mucho menos interpretarla aisladamente del resto de la Constitución o de otras disposiciones legales, de allí que deba hacerse *in totum*.

En nuestro criterio, existe una crisis del parlamento, expresada en la tardanza de dar respuestas a las exigencias de la sociedad (en el caso venezolano, la legislación del ejecutivo vía ley habilitante y actualmente por la confrontación con la Sala Constitucional por la composición actual de la Asamblea Nacional mayoritariamente de oposición), producto quizás de la propia dinámica parlamentaria o falta de consensos necesarios, lo que ha contribuido a que el juez adquiera un rol activo en la creación de derecho a través de sus decisiones, las cuales, en la mayoría de las veces son generadores de cambios que luego son positivizados en leyes o incluidos en el catálogo de sentencias vinculantes de la Sala Constitucional. No obstante, ese rol activista del juez, no puede convertirse en una discrecionalidad absoluta. Para evitar esa discrecionalidad, el juez debe argumentar su decisión, debe superar un test mínimo de constitucionalidad, debe solucionar ese caso concreto, por lo que debe ser ponderado, coherente y prudente en su decisión.

Pensamos que no debe limitarse la interpretación a los métodos tradicionales, incluyendo a la ponderación y por ende los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como fórmula de resolución de casos difíciles, trágicos o complicados que son sometidos a su conocimiento y en los cuales está presente una colisión de principios que no puede convertirse en una excusa para no decidir, pues insistimos, un valor superior del Estado es la justicia y sólo se logra impartiéndola. Esto no quiere decir que deba dejarse a un lado los elementos gramatical, histórico, lógico o evolutivo, sino que, para lograr concretizar ese valor justicia, debe acudirse a cualquier método –aunque sea metajurídico– y reconocer que la sociedad exige respuestas concretas y los cambios no pueden sobrepasar a quienes en sus manos tienen esa responsabilidad, es ente caso el juez ordinario o el juez constitucional como intérpretes de la Constitución.

CONCLUSIONES

La exigibilidad, positivización, ponderación e interpretación de los principios en el derecho constitucional son relevantes para la solución de los casos difíciles de acuerdo a la teoría de Dworkin, dada la tendencia contemporánea de incluirlos expresamente en las Constituciones y demás instrumentos normativos, así como la presencia, diríamos que deliberada de normas de textura abierta, la expansión de los tribunales, cortes o salas constitucionales como órganos de cierre de la justicia constitucional.

La inclusión de la discusión de la moral en el derecho, para la solución de los casos trágicos, no significa el abandono de la subsunción como método tradicional ni tampoco discrecionalidad absoluta en el juez para resolverlo, pues esos mismos principios sirven de límites para resolverlos.

Hemos querido desarrollar este trabajo, en momentos de una gran crisis de valores que se impone en todos los ámbitos de la sociedad venezolana, como un modesto aporte de quienes creemos que en la academia existen respuestas que deben servir de punto de partida para iluminar esta etapa oscura.

EN PRINCIPIO FUE EL CONTRATO: ORIGEN DEL ESTADO, INTENCIONES Y DISCURSOS REVOLUCIONARIOS EN LA INDEPENDENCIA DE VENEZUELA

Luís Daniel PERRONE*

INTRODUCCIÓN

El origen del Estado, en la historia del pensamiento político, ha sido uno de los temas al cual se le ha consagrado más tiempo y esfuerzo.[1] Las teorías que se han ocupado de ello, desde las sustentadas en la visión orgánica del nacimiento y desarrollo de las ciudades de raigambre aristotélica, hasta los enfoques modernos que parten de la génesis contractual de la sociedad civil, han sido producto de la inquietud por descifrar un misterio: determinar cómo habían emergido los Estados cuando no se contaba con testimonios que posibilitaran la reconstrucción exacta de tal hecho histórico.

---

* Doctor en Ciencias Políticas (UCV). Profesor de historia política en la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, y de postgrado en la Especialización de Derecho y Política Internacional, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Investigador del Instituto de Investigaciones Históricas "Hermann González Oropeza s.j." de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del Seminario de Historia Política en el Doctorado de Historia de la Universidad Católica Andrés Bello

1 Sobre los diversos conceptos de Estado elaborados en la modernidad, puede verse: Quentin Skinner, *El nacimiento del Estado*, Estudio preliminar de Eunice Ostrensky, Editorial Gorla, Buenos Aires, 2003.

Cubierta por una densa bruma de mitos y leyendas, la aurora de dicha forma política permanecía oculta a los estudiosos, no quedándoles otro remedio que fabricar una historia conjetural y racional acerca de su génesis.[2]

Esas historias conjeturales sobre la eclosión del Estado copaban las publicaciones y papeles que atendían las ramas del saber llamadas Derecho Natural y de Gentes, y Derecho Público o Político, entre los siglos XVI y XIX.[3] Mientras Venezuela atravesaba su etapa colonial, las meditaciones concernientes a esas materias no pasaron de ser un mero pasatiempo para el regocijo particular de algunas brillantes individualidades, porque la omnipresencia de la monarquía y sus instituciones locales desalentaba cualquier intento de promocionar a viva voz la creación de una nueva entidad estatal.[4] Apenas en 1797 algunos revolucionarios, en La Guaira y Caracas, se atrevieron a apostar por la república en las sombras de la clandestinidad, hasta que la conspiración de Picornell, Gual y España, fue descubierta y sus protagonistas perseguidos, arrestados o ejecutados. Pero luego, cuando la suerte de Venezuela como Estado soberano empezó a disputarse en los campos de batalla y en las mentes de ciudadanos y súbditos desde 1810, los documentos públicos se impregnaron de los conocimientos que habían podido cultivar los revolucionarios sobre la teoría del Estado.

---

2 Al respecto es conveniente precisar que el concepto de Estado era sinónimo de comunidades políticas, las cuales se remontaban a tiempos anteriores de la Antigüedad. Por ello, cuando hablamos de mitos y leyendas nos referimos, por indicar un ejemplo, al relato sobre Rómulo y Remo como creadores de Roma.

3 Una buena síntesis de estas teorías y el lugar que tenía en ellas la transición del estado natural al Estado político mediante un contrato, que conformaron lo que podía denominarse ciencia política en el siglo XVIII, se encuentra en: Robert Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, segunda edición, Librairie Philosophique J. Vrin, París, 1979. pp. 207-222. También puede verse: Joaquín Abellán, "El vínculo entre tradición y mundo moderno. Las teorías políticas de Derecho natural: 1600-1750", en Fernando Vallespín (ed.), *Historia de la teoría política*, Tomo 2, Alianza Editorial, Madrid, 1990. pp. 13-68.

4 Véase, por ejemplo, la presencia de los conceptos de estado natural, estado político y pacto en un discurso emitido por Miguel José Sanz en la Real Academia de Derecho Público y Español instalada en Caracas en 1790. Miguel José Sanz, "Discurso pronunciado en el acto de la solemne instalación de la Real Academia de Derecho Público y Español, el 8 de diciembre de 1790", en *Testimonios de la época emancipadora*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1961. pp. 184-189.

De hecho, nunca hubo tanta preocupación por abordar, ante la opinión pública, la temática del punto de partida de los Estados entre los políticos y escritores venezolanos como en los años de la Independencia (1810-1830). Al dedicarse a ello, nuestros pensadores confrontaron el inmenso desafío de estudiar, aprehender y manejar una amplia gama de argumentos y conceptos procedentes de múltiples lenguajes políticos transmitidos en obras impresas desde hacía varios siglos. Por ejemplo, las teorías del Estado de la neoescolástica española, el derecho natural racionalista, el absolutismo monárquico, y los republicanismos clásicos y de la sociedad comercial. Por consiguiente, las formas de entender el Estado eran variadas y disímiles, aunque predominase la tesis contractualista con respecto a sus inicios.[5]

En este trabajo analizamos cómo ese componente específico de las teorías del Estado fue empleado para servir de apoyo a discursos con intenciones muy específicas.

---

[5] Entendemos por lenguajes políticos a varios conjuntos de conceptos, argumentos y lógicas discursivas que funcionan como paradigmas con los cuales se comprende, explica, diagnostica e interviene discursivamente en los intercambios sobre los asuntos políticos. Sobre esa categoría, véase: John G. A. Pocock, *Pensamiento político e historia. Ensayos sobre teoría y método*, Editorial Akal, Madrid, 2011. Especialmente pp. 101-118. Para las teorías sobre el origen del Estado de la neoescolástica española y del derecho natural racionalista que estuvieron presentes en el contexto intelectual de la Independencia, véase: Juan Carlos Rey, "El pensamiento político en España y sus provincias americanas durante el despotismo ilustrado (1759-1808)", en Juan Carlos Rey, Rogelio Pérez Perdomo, Ramón Aizpurua Aguirre, Adriana Hernández, *Gual y España, la independencia frustrada*, Fundación Empresas Polar, Caracas, 2007. pp. 69-121. Los lenguajes políticos del absolutismo monárquico, el republicanismo clásico y el republicanismo comercial han sido detectados en el discurso político venezolano de la Independencia. Véase entre otras obras: Luis Castro Leiva, *Obras*, Vol. II, *Lenguajes republicanos*, Fundación Empresas Polar, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009; Fernando Falcón, *El cadete de los valles de Aragua. Pensamiento político y militar de la Ilustración y los conceptos de guerra y política en Simón Bolívar, 1797-1814*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2006; Guillermo Aveledo Coll, *Pro religione et patria, república y religión en la crisis de la sociedad colonial venezolana (1810-1834)*, Academia Nacional de la Historia, Universidad Metropolitana, Caracas, 2011.

No nos detenemos, por consiguiente, en las definiciones y significados del Estado en general, ya que privilegiamos en esta investigación la dimensión pragmática de los conceptos asociados con las creencias sobre la gestación de los Estados en vez de sus contenidos semánticos.[6]

Para alcanzar nuestro cometido hemos dividido el texto en tres apartados. En el primero exhibimos cómo una determinada noción del origen del Estado, cercana a las premisas del lenguaje político del derecho natural racionalista, fue esgrimida para demostrar la inexistencia de lazos políticos históricos entre la antigua Capitanía General de Venezuela y la monarquía española en 1811, meses después de haber sido declarada la independencia absoluta. En el segundo viajamos al terrible periodo de la "Guerra a Muerte" para escuchar de boca de un connotado revolucionario, el Dr. José Félix Sosa, las enseñanzas de Rousseau respecto a la absorción completa de las fuerzas y bienes particulares de los individuos por la sociedad política como resultado del contrato, a fin de justificar la resolución de quitarle a la Iglesia Católica parte de sus bienes en préstamo, las alhajas de oro y plata, considerada como la última fuente disponible para la manutención de los ciudadanos refugiados en Caracas y el financiamiento de los ejércitos republicanos asediados por las tropas lideradas por José Tomas Boves. Y, por último, cerramos con una serie de conclusiones que se desprenden de los hechos históricos examinados.

- *El contrato, el rey y el Estado español*

El 5 de julio de 1811 se propagó una noticia que causó una gran conmoción en Caracas: los diputados habían aprobado finalmente la independencia absoluta de las siete provincias representadas en el Congreso. Esto no fue un aviso de vacaciones para quienes acumulaban varios meses participando en las campañas de renovación de la cultura política de los

---

6 Nos basamos en la distinción hecha por Reinhart Koselleck. Para la diferencia entre la dimensión pragmática y semántica dentro de la historia conceptual, véase: José Javier Blanco Rivero, "La historia de los conceptos de Reinhart Koselleck: conceptos fundamentales, Sattelzeit, temporalidad e histórica", en *Politeia* N° 49, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2012. p. 12. Hay estudio sobre los cambiantes significados del concepto de Estado en la independencia de Venezuela: Elena Plaza, "Estado-Venezuela", en Javier Fernández Sebastián (dir), Annick *Lempérière (ed.), Diccionario político y social del mundo Iberoamericano, Conceptos políticos fundamentales, 1770-1870, Iberconceptos-II, Tomo 3, Estado, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid,* 2014. pp. 207 y ss.

venezolanos, a través de la diseminación de lenguajes políticos inéditos en la prensa y en otros papeles puestos al alcance de la población.[7] Todo lo contrario. Al recibir tan auspiciosa información, los escritores revolucionarios arreciaron su empeño con la finalidad de desvanecer cualquier duda acerca de la legitimidad de la separación, e insistieron en la necesidad de llevar a buen término la estructuración institucional del Estado que recién se estrenaba.

Con ese propósito en mientes, todavía en noviembre de 1811 la *Gazeta de Caracas*, el periódico oficial del gobierno insertaba artículos sobre las razones de la independencia. Un autor compuso un *Discurso sobre la Independencia de América* en que manifestaba de entrada su emoción por la gloria que había ganado el pueblo de Caracas al iniciar su existencia libre e independiente, y convocaba a la misma ciudad a que ensalzara públicamente la soberanía que gozaba y "la ilustración de tus pueblos", pidiéndole que no buscara "oradores, ni poetas que la celebren y canten, con periodos compuestos y rimas estudiadas" ya que le sobraban "voces, expresiones, conceptos, autoridades, razones y argumentos para que la asientes a la faz del Universo".[8] En efecto, el autor se sentía capacitado para despedazar intelectualmente los títulos que los reyes de España decían poseer secularmente sobre los territorios de América desde la conquista y colonización, teniendo en su bagaje recursos intelectuales como el repaso de la historia de la América española y una cierta teoría del origen del Estado, mejores en su opinión que los encantos de la poesía o de la retórica.

---

7 Para señalar un solo ejemplo característico de la actitud de los escritores revolucionarios, desde octubre y noviembre de 1810 comenzaron a difundirse los conceptos relativos a gobiernos populares como la república y la democracia, que contradecían el manifiesto objetivo de la Junta Suprema de Caracas de mantener ilesos los derechos del monarca y de la monarquía española. Al respecto, véanse nuestros trabajos: Luis Daniel Perrone, "Democracia-Venezuela", en Javier Fernández Sebastián (dir), Gerardo Caetano *(ed.), Diccionario político y social del mundo Iberoamericano, Conceptos políticos fundamentales, 1770-1870, Iberconceptos-II, Tomo 2, Democracia, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.* pp. 216-217; Luis Daniel Perrone, "Los gobiernos populares en el pensamiento político de la Independencia (1810-1830)", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 160, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020. pp. 153-158.

8 "Discurso sobre la Independencia de la América", *Gazeta de Caracas*, martes, 12 de noviembre de 1811, p. 1. col. 2.

En cuanto al primer recurso, la revisión de los anales del descubrimiento y población de América certificaba que la ambición y la codicia habían constituido los motivos esenciales de la violencia que se practicó contra los indios y, por ende, habían sido las únicas pasiones que impulsaron a los reyes y conquistadores a proseguir dicha empresa. Esto, evidentemente, no podía fungir como basamento de ningún "título, derecho y legitimidad de los Europeos y sus amos, para haberse enseñoreado de la América y quererse perpetuar en su dominación".[9] Además, rememoró que las comunidades aborígenes tenían "su constitución más o menos regular, según la mayor o menor población y experiencia", entre los que "no faltaban dos Imperios bien organizados".[10] Eso fue lo que encontraron los conquistadores españoles, razón por la cual se preguntaba el autor cómo habían obtenido derecho o soberanía sobre estos pueblos "inocentes", y cómo era posible que se hubiese entronizado un rey que "no los conocía, ni tenía noticia de ellos".[11]

De tales anotaciones históricas pasó al surgimiento teórico del Estado. Era una verdad que los hombres nacían "libres e iguales; pero luego que se multiplicó el género humano, los hombres mismos se han hecho esclavos y desiguales por la ambición y el temor".

En respuesta a esa deplorable situación, la solución que entrevieron los hombres fue la siguiente:

> "Las necesidades mutuas, las pasiones y debilidad de nuestros sentidos, que no han podido acordarse en un mismo punto, han formado las sociedades civiles, en las que ha sido preciso que cada individuo sea sometido a la dominación de otro, y que se reúna en muchos o en uno la voluntad de todos, para constituir y concentrar la fuerza de que deben todos ayudarse. Así es que para extender la libertad pública hemos acortado la individual, y nos hemos obligado a subordinarnos a otros para no ser esclavos de nuestros enemigos"[12]

Contra la amenaza de los que ansiaban esclavizar a otros en el estado de naturaleza, varios hombres decidieron juntar sus voluntades y fuerzas a fin de conformar un gobierno que los protegiera. De allí la referencia a los "muchos" o "uno" que conducirían el poder común, a quienes debían obedecer los

---

9 *Ibidem*, p. 1. col. 3.

10 *Ibidem*, p. 2. col. 1.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

hombres para asegurar su libertad pública, preferible y superior a la ilimitada libertad individual existente antes de la reunión, que ponía en riesgo la vida de todos.

Sociedad civil, cabe aclarar, era sinónimo de Estado. Y su organización dependía de la realización de pactos que no se celebraran "por la fuerza y el temor", sino libremente por el consentimiento de "toda o la mayor parte de los individuos que se asocian al estado", siendo un requisito insoslayable para que el Estado y el gobierno pudieran disfrutar de legitimidad. El gobierno, posteriormente, sólo debía "ocuparse en la felicidad y ventajas de los súbditos, prefiriéndolo a todo y siendo la suprema ley la salud del pueblo".[13] De lo indicado se colige que los hombres podían escoger entrar o no en una sociedad civil, y esta discrecionalidad arraigada en su condición natural de sujetos libres era crucial en la procreación de nuevas comunidades políticas.

Pero también había otro acto libre crucial. Los individuos, además de asociarse porque así lo habían querido por su propia cuenta, podían instaurar cualquier forma de gobierno que anhelaran, puesto que Dios jamás había expresado su preferencia por algún régimen. Él había creado hombres, "no reyes ni repúblicas", otorgándoles "plena libertad para gobernarse, y nadie puede privarlos de esa prerrogativa".[14]

Todos los argumentos presentados hasta acá llevaron al autor a hacerse dos preguntas:

> "¿De dónde pues adquirieron los Reyes Católicos la soberanía de la América? ¿Quién les abrió la puerta para entrarse en su territorio, sino la aventurera osadía de un extranjero, y la simplicidad de los naturales? Aún entonces no se establecieron los Europeos con quietud y sosiego; fue necesario valerse de las armas, y si estas no hubieran sido tan ventajosas, y hubieran podido medirse con ellas las Indianas, quizá no habrían asentado el pie en su territorio; al menos, no habrían conquistado mucho de ellos, ni habrían destronado a los Incas y Montezumas"[15].

La soberanía de los reyes españoles radicó en la fuerza bruta ejercida contra los habitantes de América durante y desde la conquista. Siendo esa la columna de su poder, se llegaba a la conclusión de que:

---

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*.

> "No hubo pacto alguno con los habitantes del nuevo mundo, no precedió convención ni trato, únicamente se les ofreció la protección y amistad de un poderoso Monarca; vale dorado, y no tenía en su erario 3800 pesos. Dieron crédito los Indios al ofrecimiento, y la primera prueba que tuvo el mundo de la buena fe y generosidad de los Españoles, fue la muerte de Anacaona, la prisión de Montezuma, y el asesinato de Acabalipa, desprecios de haberlos casi ahogado en el oro que ofreció por su rescate"[16].

Si las sociedades civiles o Estados se instituían por medio de pactos entre individuos y gobernantes, España y América, incluyendo Venezuela, no podían haber estado unidas legítimamente a lo largo de sus trayectorias históricas. Era imposible hallar el pacto mediante el cual los habitantes de América hubiesen aceptado en algún momento ser parte de la sociedad civil española y, en consecuencia, tampoco pudieron haber dado sus opiniones y emitido sus sufragios cuando se acogió la monarquía como forma de gobierno. De este modo, la aplicación de la historia conjetural sobre el nacimiento de los Estados a la historia fáctica de América, aun cuando fuese una operación intelectual escabrosa y tal vez inaceptable para algunos, fue extremadamente útil para repudiar el dominio español y justificar la Independencia de Venezuela y de América, porque si un Estado libre e independiente era resultado teórico de pactos, y no había algún indicio de ellos en la historia política conjunta de España y América, la conclusión lógica era que la autoridad del Estado español y el gobierno de los reyes siempre habían sido despotismos enraizados en la fuerza y el engaño.

Vale la pena subrayar que la mención de un solo pacto, el de sujeción, entablado por los individuos para inaugurar y someterse al Estado y quedar, al mismo tiempo, bajo el mando de un gobierno que ellos también eligen, acercó la trama discursiva del autor a la de los teóricos de un solo contrato dentro del lenguaje político del derecho natural racionalista, representados principalmente por Thomas Hobbes, aunque no podemos aseverar que los escritos del inglés hayan sido la fuente del autor venezolano.[17]

Observamos entonces que una teoría contractual del origen del Estado fue utilizada en 1811 con la intención de negar la legalidad y legitimidad del poder español en América y en Venezuela. Este discurso, curiosamente,

---

16 *Ibidem*. cols. 1-2.

17 Una buena explicación de la teoría contractual de Hobbes se encuentra en: Robert Derathé. *ob. cit*. pp. 217-222.

entrañó conectar el programa político de la revolución con la historia de los pueblos originales de América, que eran precisamente aquellos que no habían efectuado algún pacto de sujeción que diera pie al asentamiento de la autoridad española en el continente. Este análisis de la esclavización política de los indígenas funcionó, paradójicamente, como un pretexto para el proceso de liberación acaudillado fundamentalmente por blancos "criollos" de ideas republicanas, generándose una legitimación "americanista" contrapuesta a una de corte "hispánico", caracterizada esta última por el enlazamiento de las medidas revolucionarias con la historia política de la España europea, dejando a un lado la protagonizada por los indios.[18] Siendo así las cosas, no le quedó otro camino a Venezuela que declararse independiente para hacer otro Estado y gobierno a través de contratos o pactos que sí fueran contraídos libremente por los ciudadanos.

- *El contrato y la plata*

Caracas. Febrero de 1814. La angustia aparece dibujada en numerosos rostros. La ciudad está repleta de emigrados provenientes de localidades occidentales, y no hay suficientes recursos con que mantenerlos decentemente. Han llegado huyendo de los ataques de las tropas comandadas por José Tomás Boves y Francisco Tomás Morales, que vienen arrasando todo a su paso y se aproximan a La Victoria. Allí José Félix Ribas, a la cabeza de una fracción del ejército de la república occidental, espera la embestida.

---

[18] Para una exploración más profunda de estas tesis, acompañadas de otras interpretaciones sobre la existencia o ausencia de pactos entre los venezolanos o americanos, y el Estado o gobierno español, durante la Independencia, puede verse nuestro trabajo: Luis Daniel Perrone, "¿Alguna vez hubo un pacto con el rey? Algunas interpretaciones de la historia política de Venezuela para justificar la Independencia (1810-1811)", en *Las Juntas, las Cortes y el proceso de emancipación (Venezuela, 1808-1812)*, *Memoria de las IX Jornadas de Historia y Religión*, Fundación Konrad Adenauer, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010. pp. 53-70. El acoplamiento de la causa revolucionaria con la historia de los aborígenes originarios también podía realizarse mediante otro de tipo de argumentaciones que, en vez del pacto, parecían reposar en el llamado derecho de postliminio. Para esta especie de discurso en la Nueva Granada y otros lugares de Hispanoamérica, véase: Daniel Gutiérrez Ardila, *Un nuevo reino. Geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada (1808-1816)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010. pp. 243-247.

Ese ejército, dirigido por Simón Bolívar, demanda auxilios financieros urgentes para armar y pagar las tropas que harán frente a tan terrible amenaza, pero los bolsillos de los ciudadanos, al igual que las arcas del Estado, no dan para más.

En ese crítico contexto la autoridad superior del Estado de Caracas, su presidente y gobernador Cristóbal Mendoza, convocó a la municipalidad, y rindiendo tributo a la máxima *salus populis suprema lex esto*, la salud del pueblo es la suprema ley, propusieron lo impensable para las conciencias católicas: que las Iglesias de Caracas cediesen algunos de sus bienes más preciados a la república, específicamente los objetos de oro y plata, en modo de préstamo para sostener a los emigrados y al ejército. Sin saber qué hacer en un asunto tan delicado, el presidente y la Municipalidad finalmente prefirieron delegar la decisión a una asamblea de las diversas corporaciones de la ciudad quienes, ante la atenta mirada del pueblo, acordarían una resolución definitiva.[19]

La asamblea se efectuó el 11 de febrero de 1814. Mendoza abrió la sesión reportando los graves contratiempos que atravesaba el Estado y la extrema necesidad que había de sancionar positivamente la transferencia de los objetos de valor eclesiásticos.[20] Seguidamente, solicitó las opiniones de los representantes de las corporaciones. Primero habló Domingo Alzuru, síndico procurador de la municipalidad de Caracas, quien alegó la "imperiosa necesidad de la propia conservación, ley primordial que nos enseña la naturaleza", que coincidía con la voluntad de Dios, buscando convencer a los asistentes, sobre todo a los eclesiásticos, de que una fracción del ornato superficial de las Iglesias debía sacrificarse por el bien común, siendo recibidos los bienes como un préstamo a la república.[21]

Después de Alzuru uno de los sacerdotes, Silvestre Méndez del Oratorio de San Felipe Neri, hizo gala de sus virtudes republicanas, secundando las aserciones del síndico y prometiendo, por si fuera poco, la entrega al Estado de una porción de las alhajas que estaban en la capilla bajo su cargo. Sin

---

19 Nos basamos en la descripción contenida en el *Acta solemne de concordia entre el Estado y el Sacerdocio*. Véase: *Acta solemne de concordia, entre el Estado y el Sacerdocio, para proveer a los ejércitos que obran contra los enemigos que invaden el territorio de Venezuela*, Imprenta de Juan Baillío, Caracas, 1814. pp. 1-2.

20 *Acta solemne*. *ob. cit*. p. 2.

21 *Ibidem*. p. 4.

embargo, el Venerable Deán del Cabildo Eclesiástico contradijo a Méndez. Señaló que estaba dispuesto a aportar dinero de sus propios salarios al Estado, pero eran tan cortos que no podía hacerlo inmediatamente. Habiendo dicho esto, reputó improcedente el préstamo de los objetos de las Iglesias porque esa resolución debía emanar del Arzobispo Narciso Coll y Prat, quien se hallaba fuera de Caracas en esos días.[22] El Provisor de la Catedral, a su vez, respaldó la postura del Deán.[23]

En vista de la renuencia de algunos sacerdotes, un antiguo patriota, recordado por su actuación estelar en la jornada del 19 de abril de 1810, el doctor José Félix Sosa, estimó que era la ocasión propicia para desarrollar algunos conceptos que el afamado ginebrino, Juan Jacobo Rousseau, había expuesto en *El contrato social*.[24] Sin el libro en la mano recitó parte de sus palabras ayudado por su extraordinaria memoria:

> "El paso del estado de pura naturaleza, produjo en el hombre la mutación más notable y ventajosa a su existencia; pues que sustituyendo en su conducta política la justicia al instinto, y dando a sus acciones la moralidad que antes les faltaba, entonces es cuando sucediendo la voz del deber al impulso físico, y el derecho al apetito, el hombre que miraba por sí solo, empieza desde aquel momento a obrar bajo de otros principios, consultando su razón antes de escuchar sus inclinaciones. Parte pues de este principio, al conocimiento de lo que le está mejor; y

---

22 Tal como lo relata el propio Coll y Prat, había salido de Caracas a los Valles de Aragua y Valencia el 20 de diciembre de 1813 con la mira de influir en las partes contendientes para evitar mayores derramamientos de sangre. Y también para comunicar veladamente información valiosa a las tropas de Boves. Véase: Narciso Coll y Prat, "Exposición de 1818", en Narciso Coll y Prat, *Memoriales sobre la Independencia de Venezuela*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2010. pp. 352-353. Sobre esta misión también puede verse: Mary Watters, *A history of the church in Venezuela*, *1810-1930*, The University of North Carolina Press, North Carolina, 1933. p. 64.

23 *Acta solemne*. *ob. cit.* pp. 5-6. Las opiniones de cada uno de los eclesiásticos en la asamblea fueron evaluadas en su momento por Coll y Prat, atribuyéndole a achaques de la vejez, enfermedades y malas costumbres, las posiciones a favor del Estado de Silvestre Méndez y Gabriel José Lindo. Véase: Narciso Coll y Prat. ob. cit. pp. 359-360.

24 Hay un sencillo recuento del episodio que pasamos a describir en una biografía de José Félix Sosa, en el que no se llega a analizar con hondura su discurso político. Nos referimos a: Luis Sosa Báez, *José Félix Sosa, mártir de la nacionalidad*, Ávila Gráfica, Caracas, 1949. pp. 153-154.

> desprendiéndose como de un mal de aquel derecho que por naturaleza tenía para hacer y gozar de todo cuanto se le antojaba, entra en razón, medita; y convencido por aquella misma, confiesa que como miembro de la sociedad, pasó a esta en el instante de ser formada en la misma situación en que se hallaba antes de serlo; y que así él, como todas sus fuerzas, y cuantos bienes poseía, empezaron a ser una parte de la comunidad".[25]

Veamos a continuación las palabras de Rousseau y admiremos cómo Sosa había aprendido la lección casi literalmente:

> "Este paso del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy importante, al sustituir en su conducta la justicia al instinto, y al dar a sus acciones la moralidad que les faltaba antes. Es entonces solamente cuando la voz del deber reemplaza al impulso físico, y el derecho, al apetito, y el hombre, que hasta ese momento no se había preocupado más que de sí mismo, se ve obligado a actuar conforme a otros principios, y a consultar a su razón en vez de seguir sus inclinaciones. Aunque en esta situación se ve privado de muchas ventajas que le proporcionaba la naturaleza, alcanza otras tan grandes, al ejercerse y extenderse sus facultades, al ampliarse sus ideas, al ennoblecerse sus sentimientos, al elevarse su alma entera, que, si los abusos de esta condición no le colocasen con frecuencia por debajo de la que tenía antes, debería bendecir sin cesar el feliz instante que le arrancó para siempre de aquélla, y que, de un animal estúpido y limitado, hizo un ser inteligente y un hombre".[26]

Al compararse los extractos copiados puede notarse que Sosa prefirió reemplazar los señalamientos de Rousseau atinentes al mayor desarrollo intelectual y moral que alcanzaban los hombres en el estado civil, por unas palabras destinadas a remarcar la entrega absoluta de las fuerzas y recursos de cada hombre a la comunidad política luego de efectuarse el contrato de asociación.[27]

---

25 *Ibidem*. p. 6.

26 Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, Ediciones Altaya, Barcelona, 1993. p. 19. Libro primero, Capítulo VIII. "Del estado civil".

27 Este giro de la argumentación de Sosa discrepa notoriamente del propósito que perseguía Rousseau en esa sección. Además de la diferencia perceptible en los

Esto dejaba al descubierto su preocupación esencial: demostrar el derecho que tenía dicha comunidad, el Estado, de apropiarse de algunos bienes de entes particulares, como la Iglesia Católica, para garantizar su supervivencia.

Por otra parte, también apuntó que el origen contractual del Estado civil, o de la sociedad, conllevaba reprimir los impulsos o intereses particulares en beneficio de la posesión y administración comunitaria de las fuerzas y de los bienes de los asociados, quedando al arbitrio del gobierno su conducción y aprovechamiento. Los eclesiásticos eran miembros del Estado occidental y, como tales, se infería que habían realizado el contrato, no pudiendo entonces ignorar su deber anteponiendo la conservación material de un organismo específico, la Iglesia Católica, en detrimento de la república. De esta manera, el fragmento *rousseauniano* del discurso de Sosa buscaba imponer a los sacerdotes, y refrescar a los republicanos, la obligación que poseían los ciudadanos de dejar a disposición de la autoridad colectiva, legítima y legal, sus personas y sus propiedades en toda su amplitud.

Sosa no estuvo descaminado en su interpretación. Ciertamente la cesión de todos los derechos de los asociados a todos los demás consocios que se hacía en el contrato abarcaba también sus propiedades, que pasaban a existir de forma netamente condicional. No había en Rousseau, y tampoco se percibe en Sosa, la concepción de la propiedad como un derecho natural inalienable y, por lo tanto, fuera del alcance del poder del Estado. La posesión legítima de bienes dependía del reconocimiento de tal derecho por la comunidad

párrafos transcritos, véase: Robert Derathé. ob. cit. pp. 242-243. No es la primera vez, por supuesto, que se encuentra a Rousseau en el discurso político venezolano de la Independencia. Además de ponerse a la venta *El contrato social* en Caracas desde el 1 de febrero de 1811, abundan las investigaciones sobre la impronta de sus argumentos en el pensamiento político de Simón Bolívar. Algunos ejemplos de estos estudios son: Luis Castro Leiva, "La Gran Colombia, una ilusión ilustrada", en Luis Castro Leiva, *Obras*, Vol. I, *Para pensar a Bolívar*, Fundación Polar, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005. pp. 85-102; Jaime Urueña Cervera, *Bolívar republicano, fundamentos ideológicos e históricos de su pensamiento político*, Ediciones Aurora, Bogotá, 2007. pp. 77-79. Para la presencia de *El contrato social* en la Caracas de 1811, véase: Pedro Grases, "Traducciones de interés político-cultural en la época de la Independencia de Venezuela", en Pedro Grases, *Investigaciones bibliográficas*, Tomo I, Ministerio de Educación, Caracas, 1968. pp. 64-65.

política formada a raíz del contrato.[28] Era esta convicción, en 1814, la que podía servir de soporte teórico a la cesión parcial del patrimonio material de la Iglesia Católica a la república occidental de Venezuela.

Los eclesiásticos eran, desde ese punto de vista, ciudadanos relacionados existencialmente con los demás por medio del contrato que sostenía el Estado civil. Por ello se preveía que, en sus cálculos, finalmente triunfara la necesidad de salvar la república, que era además lo justo en atención a la sumisión de los intereses particulares a la totalidad del cuerpo político.[29] Era lo que se esperaba del ejercicio de sus razones que, en el Estado civil, comportaba dejar de cuidar nada más de sí mismos para concebirse como una parte integral de la comunidad. Ahora bien, ¿cuán persuasiva podía resultar toda esa argumentación habida cuenta de la pésima imagen que tenían Rousseau y sus ideas en el seno de la Iglesia Católica? Aunque en una república como la occidental vociferar las teorías de Rousseau podía traer como recompensa el aumento de la reputación literaria y política de quien lo hiciera entre los ciudadanos laicos, parece evidente que en un debate con el alto clero no era la mejor alternativa.

Había otro problema adicional. La enunciación de la teoría contractual entre los eclesiásticos suponía, paralelamente, creer que ellos podían sentir la fuerza de una obligación derivada de un contrato puramente hipotético, cuya celebración no podía ubicarse en el tiempo histórico real. Tal como el propio Rousseau lo reconocía, hasta la misma historia bíblica rechazaba esa visión.[30] Por ello Rousseau acotaba que, en la investigación del origen y la naturaleza de la sociedad política, había que olvidarse de las "verdades históricas" y aceptar las conclusiones de "razonamientos puramente hipotéticos".[31] A diferencia de la fe que tenían algunos ciudadanos en las teorías que daban

---

28 Sobre este punto esencial en la teoría del *Contrato social*, y su diferencia con posturas como las de Locke y Pufendorf, véase la importante aclaratoria a pie de página de Derathé: Robert Derathé. *ob. cit*. p. 228.

29 Seguimos las implicaciones de las premisas de Rousseau formuladas por Luis Castro Leiva. Véase: Luis Castro Leiva, "La disolución del sujeto en *El contrato social*", en Luis Castro Leiva, *Obras*, Vol. II, *Lenguajes republicanos*. *ob. cit*. pp. 353-355.

30 Jean Jacques Rousseau, "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres", en: Jean Jacques Rousseau, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, pp. 119-120.

31 *Ibidem*. p. 120.

aliento al proyecto de los revolucionarios republicanos, parecía complicado que las principales autoridades de la Iglesia dieran su brazo a torcer con la sola mención de premisas de Rousseau incompatibles con los géneros de historia con las cuales se habían adiestrado intelectualmente.

De acuerdo con lo señalado, la explicación del origen contractual del Estado civil desplegada por Sosa, sustraída del *Contrato social*, seguramente estuvo dirigida en primera instancia a los políticos republicanos que presenciaban o participaban en la asamblea, suministrándoles otra justificación teórico-política para la toma del oro y la plata de las Iglesias. Esto cobra mayores visos de verosimilitud si se para mientes en que Sosa, inmediatamente después de su exposición *rousseauniana*, mostró su conformidad con el núcleo conceptual del discurso que había pronunciado Domingo Alzuru, al asentar que "el fin primero y más natural de cada Estado, Nación, o Cuerpo Político, es el de su propia conservación, objeto tan sagrado e interesante, que nada hay que no esté comprometido y empeñado a él".[32]

Luego de pasearse por las abstracciones teóricas, y tal vez sospechando la ineficacia del contractualismo para persuadir a los religiosos, Sosa se explayó en la catástrofe que ocurriría si la Iglesia no se prestaba a colaborar económicamente con el gobierno, aduciendo que en una situación de extremo peligro como la que padecían "la imperiosa ley de la necesidad hace callar las disposiciones civiles y canónicas".[33] Con esto quiso rebatir el argumento según el cual debía aguardarse la opinión favorable del Arzobispo Coll y Prat, lo que complicaba el finiquito del asunto porque éste se encontraba incomunicado en la ciudad de Valencia a causa de la invasión y bloqueo de las rutas hacia Caracas por las tropas enemigas.

Asimismo procuró, a la par de otros ciudadanos, calmar la angustia de los eclesiásticos al puntualizar que únicamente se estaban pidiendo las alhajas que no eran "de absoluta necesidad para el culto debido al Altísimo".[34] Esto también fue reiterado por otro vocero, José María Ramírez.[35] Posteriormente, Gabriel José Lindo, sacerdote y rector de la Universidad de Caracas; Miguel José Sanz, asesor del consulado; José Ignacio Briceño, municipal; y Felipe Fermín Paúl, corregidor; hablaron a favor del préstamo de los objetos de la Iglesia al gobierno. Sometido el punto a votación, la totalidad de los diputados

---

32 *Acta solemne*. *ob. cit.* p. 6.

33 *Ibidem*. p. 7.

34 *Ibidem*.

35 *Ibidem*. p. 8.

de las corporaciones invitadas a la asamblea se pararon de sus asientos, aprobando con ello la medida. Al final del día, la aspiración de José Félix Sosa y de otros revolucionarios se había vuelto realidad.

Había aparecido otra vez Rousseau para atormentar la paciencia de algunos eclesiásticos venezolanos. Es una verdadera lástima que el Arzobispo Coll y Prat no haya podido acudir a la sesión que describimos, ya que probablemente habríamos sido testigos, desde la distancia temporal, de otro choque entre el más alto jerarca de la Iglesia en Venezuela y la adoración republicana por el ginebrino, si se tiene en cuenta que el Arzobispo sumaba entre sus logros haber prevenido exitosamente la circulación de otro texto de Rousseau en Venezuela en fechas más tempranas.[36]

Más aún, lo dicho por Sosa es una prueba fehaciente de que Coll y Prat no se equivocaba cuando, en su memorial de 1818, consignó que "la formación de la sociedad" había sido estudiada por los revolucionarios en Venezuela con base en "la soñada por Rousseau".[37] Sin embargo, su asistencia a la asamblea, como él mismo lo afirmaría en 1818, presumiblemente no hubiese impedido la extracción por la fuerza de las alhajas de la Iglesia.[38]

CONCLUSIONES

El origen del Estado no quedó confinado únicamente al plano de las elucubraciones filosóficas durante la Independencia de Venezuela. Fue, como se ha visto, una herramienta intelectual aplicada en momentos en que la causa revolucionaria y republicana debió ser recubierta con el manto de la legitimidad. En el primer caso que se examinó, el vacío histórico que significaba la ausencia de algún pacto mediante el cual los indígenas americanos hubiesen transmitido su soberanía al rey español sirvió como fundamento de la declaración de Independencia en 1811. En el segundo, Rousseau y su teoría acerca del paso del estado de naturaleza al estado civil a través del contrato, explicitada por José Félix Sosa, fortaleció la argumentación

---

36 Se trataba del *Emilio* que estaba en manos del impresor Juan Baillío, que fue decomisado por orden del Arzobispo. Luis Castro Leiva sugiere en un ensayo que esa acción se debió a los postulados sobre la moral que portaba dicha obra contrarios a las creencias católicas. Al respecto, véase: Luis Castro Leiva, *Insinuaciones deshonestas*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1996. pp. 191-240.

37 Narciso Coll y Prat. *ob. cit.* p. 219.

38 *Ibidem*. pp. 359-360.

republicana tendiente a justificar la apropiación de un conjunto de bienes de la Iglesia Católica que se juzgaban vitales para la subsistencia del Estado occidental en 1814.

Estos actos discursivos comprueban que se tenían conocimientos suficientemente claros sobre las teorías de la génesis del Estado como para ser empleados en la resolución de problemas muy concretos. Así se revela un aspecto que vale la pena destacar: la teoría del Estado en la Independencia venezolana se encuentra en documentos que, en parangón con los grandes tratados modernos sobre ese asunto, ocupan un lugar secundario. Sin embargo, el uso de medios físicos distintos al libro no desmerita de ninguna manera la calidad e inteligencia de las reflexiones que se hicieron.

En lo tocante a la historia conceptual, el contrato fue alguna vez pieza imprescindible de la red semántica del Estado. O, para decirlo de otra forma, no podía hablarse del origen, derechos y obligaciones del Estado y de los ciudadanos sin apelarse a la concepción del contrato que había dado vida a esa institución política. Sin él no podía pedírsele a los venezolanos que continuaran obedeciendo al rey. Con él podía exigírsele a un grupo de venezolanos, los eclesiásticos, que dieran todo por el Estado. Ha pasado mucho tiempo desde entonces y parece que la tesis contractual del origen del Estado venezolano ya no persuade a nadie a hacer algo. El contrato se ha hundido bajo el piélago de nociones que integran lo que se ha denominado la postmodernidad, abarcando las diferentes corrientes actualizadas del marxismo, y es improbable que resurja a la superficie para llegar a apreciarse en todo su valor de nuevo, a pesar de nuestro persistente anhelo de conectar nuestra historia política de la Independencia con la reivindicación de una supuesta tradición estatal liberal y democrática que nos es inherente. Esto representa un grave problema teórico, pues el contrato fue principio y condición del Estado en que luego tuvo cabida la república democrática. Sin él todo lo demás se derrumba como un castillo de arena, arrastrando consigo a la república y la democracia tal como la imaginaron inicialmente nuestros “padres de la patria”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- *Fuentes primarias*:

- Documentos de época:

Acta solemne de concordia, entre el Estado y el Sacerdocio, para proveer a los ejércitos que obran contra los enemigos que invaden el territorio de Venezuela, Imprenta de Juan Baillío, Caracas, 1814.

COLL & PRAT, N. *"Memoriales sobre la Independencia de Venezuela",* Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2010.

"Discurso sobre la Independencia de la América", *Gazeta de Caracas*, Martes, 12 de noviembre de 1811. pp. 1-2.

SANZ, Miguel José. "Discurso pronunciado en el acto de la solemne instalación de la Real Academia de Derecho Público y Español, el 8 de diciembre de 1790", en *Testimonios de la época emancipadora*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, pp. 184-189, 1961.

- *Fuentes secundarias*:

- Libros:

AVELEDO COLL, Guillermo., "Pro religione et patria, república y religión en la crisis de la sociedad colonial venezolana (1810-1834)", Academia Nacional de la Historia, Universidad Metropolitana, Caracas, 2011.

CASTRO LEIVA, Luis. "Insinuaciones deshonestas", Monte Ávila Editores, Caracas, 1996.

_____. "Para pensar a Bolívar", en *Obras*, Vol. I, Fundación Polar, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

_____. "Lenguajes republicanos", en *Obras*, Vol. II, Fundación Empresas Polar, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.

DERATHÉ, Robert. "Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps", en *Librairie Philosophique J. Vrin*, segunda edición, París, 1979.

FALCÓN, Fernando. "El cadete de los valles de Aragua. Pensamiento político y militar de la Ilustración y los conceptos de guerra y política en Simón Bolívar, 1797-1814", Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2006.

GRASES, Pedro. "Investigaciones bibliográficas", Tomo I, Ministerio de Educación, Caracas, 1968.

GUTIÉRREZ ARDILA, Daniel. "Un nuevo reino. Geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada (1808-1816)", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

POCOCK, John G. A. "Pensamiento político e historia. Ensayos sobre teoría y método", Editorial Akal, Madrid, 2011.

REY, Juan Carlos; PÉREZ PERDOMO, Rogelio; AIZPURUA AGUIRRE, Ramón; HERNÁNDEZ, Adriana, "Gual y España, la independencia frustrada", Fundación Empresas Polar, Caracas, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. "El contrato social", Ediciones Altaya, Barcelona, 1993.

_____. "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos", Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

SKINNER, Quentin. "El nacimiento del Estado", Estudio preliminar de Eunice Ostrensky, Editorial Gorla, Buenos Aires, 2003.

SOSA BÁEZ, Luis. "José Félix Sosa, mártir de la nacionalidad", Ávila Gráfica, Caracas, 1949.

URUEÑA CERVERA, Jaime. "Bolívar republicano, fundamentos ideológicos e históricos de su pensamiento político", Ediciones Aurora, Bogotá, 2007.

WATTERS, Mary. "A history of the church in Venezuela, 1810-1930", The University of North Carolina Press, North Carolina, 1933.

- Capítulos de libros:

ABELLÁN, Joaquín. "El vínculo entre tradición y mundo moderno. Las teorías políticas de Derecho natural: 1600-1750", en VALLESPÍN, Fernando (ed.), *Historia de la teoría política*, Tomo 2, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pp. 13-68.

PERRONE, Luis Daniel. "¿Alguna vez hubo un pacto con el rey? Algunas interpretaciones de la historia política de Venezuela para justificar la Independencia (1810-1811)", en *Las Juntas, las Cortes y el proceso de emancipación (Venezuela, 1808-1812)*, *Memoria de las IX Jornadas de Historia y Religión*, Fundación Konrad Adenauer, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010, pp. 53-70.

- Artículos:

BLANCO RIVERO, José Javier, "La historia de los conceptos de Reinhart Koselleck: conceptos fundamentales, Sattelzeit, temporalidad e histórica", en *Politeia* N° 49, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2012, pp. 1-33.

PERRONE, Luis Daniel, "Los gobiernos populares en el pensamiento político de la Independencia (1810-1830)", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 160, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, pp. 147-166.

- Entradas de diccionarios:

_____. "Democracia-Venezuela", en Javier Fernández Sebastián (dir), Gerardo Caetano *(ed.), Diccionario político y social del mundo Iberoamericano, Conceptos políticos fundamentales, 1770-1870, Iberconceptos-II, Tomo 2, Democracia, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014,* pp. 215-230.

PLAZA, Elena Plaza, "Estado-Venezuela", en Javier Fernández Sebastián (dir), Annick *Lempérière (ed.), Diccionario político y social del mundo Iberoamericano, Conceptos políticos fundamentales, 1770-1870, Iberconceptos-II, Tomo 3, Estado, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid,* 2014, pp. 207 y ss.

CONSIDERACIONES RESPECTO AL DERECHO AL OLVIDO

Eduardo RODRÍGUEZ WEIL*

INTRODUCCIÓN

En mayo de 2014, en el emblemático caso *Google Spain* SL v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González (*Google Spain*)[1], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) decidió que el gestor de un motor de búsqueda (en este caso Google) está "obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web… que contienen información relativa a esta persona"[2]. Esta decisión constituyó un hito en el desarrollo del derecho al olvido (DO), porque fue la primera vez que el TJUE analizaba un caso que podría constituir la aplicación del DO, y porque abrió la puerta a que los ciudadanos europeos defendieran sus DP incluso contra los gestores de motores de búsqueda. *Google Spain* recibió las críticas de quienes consideran que vulnera el derecho a la libertad de expresión, y los aplausos de quienes piensan que protege el derecho a la privacidad y la protección de datos.

---

* Abogado especialista en derecho internacional económico y de la integración (UCV). Master en derecho comercial internacional (Queen Mary University of London).

1 Gran Sala, Tribunal de Justicia, sentencia C-131/12 del 13 de mayo de 2014. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=ES. Consultado en fecha 15 de febrero de 2023.

2 *Idem,* párrafo 100.3

I. DEFINICIÓN

Las primeras referencias a lo que hoy conocemos como *Right to be Forgotten*, o DO se encuentran en la legislación francesa e italiana, en los años 1970, cuando se le describió como *'the right to silence on past events in life that are no longer occurring*" como récords criminales.[3] Posteriormente, países como Alemania y Argentina[4] reconocieron en cierto grado, derechos que podrían identificarse como el DO.

En 1995 Europa adoptó la "Convención relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (DP) y a la libre circulación de estos datos", mejor conocida como la *Data Protection Directive* (DPD)[5], en un intento de armonizar el marco jurídico de protección del derecho a la privacidad con respecto al procesamiento de DP en la región. Este instrumento consagró los derechos de acceso, rectificación, supresión, bloqueo y objeción de DP, pero sin hacer mención expresa al DO.

El debate para definir el DO se intensificó con la iniciativa de reformar la DPD. En 2010 la Comisión Europea propuso sustituirla por un nuevo instrumento que se ajustase a los nuevos desarrollos tecnológicos. Esto llevó a la creación de la "Propuesta de reglamento del parlamento Europeo y del Consejo 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" (RGPD)[6], con el propósito de garantizar un nivel consistente de protección de

---

3 Bernal, Paul, "A Right to Delete" en *European Journal of law and Technology*, Volumen 2, 2011, disponible en http://ejlt.org/article/view/75/144; consultado el 23 de June de 2016.

4 Ioana Stupariou, '*Defining the Right to be Forgotten. A Comparative Analysis between the EU and the US*', Central European University, 2105. Disponible en www.etd.ceu.hu/2015/stupariu_ioana.pdf; consultado el 19 de junio de 2016, pp. 20-24.

5 Unión Europea. *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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*, publicada en el Diario Oficial N° L 281, del 23 de noviembre de 1995, pp. 0031 - 0050

6 Unión Europea. *Propuesta de reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos (Reglamento general de protección de datos),* Comisión Europea, N 2012/0011, de fecha 25 de enero de 2012.

los derechos de la persona en la tramitación y el tratamiento de sus DP. La propuesta, escrita en 2012, contenía un artículo titulado "El derecho al olvido y a la supresión", *right to be forgotten and to erasure*, en su versión inglesa, que consagraba el derecho a suprimir e impedir la difusión de data personal en casos determinados. El uso de la conjunción "y" ("and" en su versión inglesa), originó una gran confusión porque diferenciaba el DO del de supresión. ¿si el DO no implica supresión de DP, que es el DO?

Esta incertidumbre legislativa vería su fin el 27 de abril de 2016, con la aprobación de la Propuesta de RGPD, en donde se equiparó el DO al derecho a la supresión en su artículo 17, al eliminar la conjunción "y" (y "and" en inglés) de la propuesta, quedando el título del articulo el "Derecho de supresión («el derecho al olvido»)" o *"Right to erasure ('right to be forgotten')"* en su versión en inglés. El RGPD[7], que entró en vigor el 25 de mayo de 2018, es el primer instrumento internacional que consagra literalmente el DO, y al tener una aplicación inmediata en los estados miembros de la Unión,[8] ha ejercido una influencia determinante en el desarrollo de este concepto.

En conclusión, a la luz del marco de la UE actual, el DO equivale al derecho de supresión, que puede definirse como el derecho que tiene cualquier persona a borrar o haber borrado información personal particular relacionada a ellos en determinadas circunstancias.

II. ALCANCE

El primer caso que despertó el interés en el DO fue *Google Spain* decidido en 2009. En este caso, un individuo de nacionalidad española, Costeja González, descubrió en una búsqueda en Google que su nombre estaba relacionado a una disputa por deudas con la seguridad social que implicaba el

---

7 Unión Europea. *Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*, publicado en Diario Oficial de la UE, N 2016/679, de fecha 27 de abril de 2016.

8 El Tratado constitutivo de la UE señala en su artículo 288 que "El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro." Unión Europea. *Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE*, publicado en el Diario Oficial de la UE, N C 326/01 de fecha 26 de octubre de 2012.

embargo de unos inmuebles, resuelta tiempo atrás. Dicha información fue impresa por un periódico en 1998, pero publicada en internet posteriormente. Tras no lograr que el periódico removiera voluntariamente la información, González acude a la Agencia Española de Protección de Datos para pedir que el medio borrase el contenido y que Google eliminase los enlaces que conducían a él. El caso llegó a instancias de la Audiencia Nacional, que consultó a la CJEU sobre la aplicación de la DPD.

El TJUE concluyó que la DPD reconocía el derecho a remover los enlaces de los resultados de la búsqueda, gracias a una interpretación conjunta del artículo 12(b) (derecho de acceso a los datos personales)[9] y el artículo 14(a) (derecho de oposición).

Como vemos, según la DPD el derecho al acceso a la información comprende varios derechos, el acceso a la DP (literal a) y la rectificación, supresión o bloqueo de los DP (literal b) cuando esta sea tratada indebidamente. El TJUE entendió ambos derechos, acceso y oposición, como dos caras de la misma moneda: una que consagra un derecho sustantivo (acceso) y otra procesal (objeción). Sin embargo, no precisó si dichos derechos constituían lo que la doctrina denominaba el DO.

---

[9] DPD, Articulo Artículo 12: Derecho de acceso

Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento:

a) libremente, sin restricciones y con una periodicidad razonable y sin retrasos ni gastos excesivos:

- la confirmación de la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernen, así como información por lo menos de los fines de dichos tratamientos, las categorías de datos a que se refieran y los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos;

- la comunicación, en forma inteligible, de los datos objeto de los tratamientos, así como toda la información disponible sobre el origen de los datos;

- el conocimiento de la lógica utilizada en los tratamientos automatizados de los datos referidos al interesado, (…)

b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos;

c) la notificación a los terceros a quienes se hayan comunicado los datos de toda rectificación, supresión o bloqueo efectuado de conformidad con la letra b), si no resulta imposible o supone un esfuerzo desproporcionado.

Fue la versión aprobada del RGPD, la que delimitó el DO a la supresión en su artículo 17, separándolo del derecho a oponerse (artículo 21), acceder (artículo 15), rectificar (artículo 16) o bloquear.

Artículo 17: Derecho de supresión («el derecho al olvido»)

1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a. los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;

b. el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;

c. el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;

d. los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;

e. los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;

f. los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:

a. para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;

b. para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;

c. por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3;

d. con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o

e. para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Adicionalmente, el articulo 17 incluye la obligación de informar a los demás RT implicados en el tratamiento de los DP, de la solicitud del interesado de supresión. En consecuencia, el DO comprende dos obligaciones: supresión y notificación.

En cuanto a la primera, supresión, el RGPD define el DO como el derecho "a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan", y consagra a su vez la obligación del RT a suprimirla "sin dilación indebida". Por lo tanto, debe ser necesario aplicar una prueba de razonabilidad teniendo en cuenta la complejidad de la solicitud y de la carga logística y económica que supone para del RT. Al menos, el RGPD incluye un parámetro de comparación en su considerando 59, estableciendo que el controlador debe responder "a más tardar en el plazo de un mes después de la solicitud", y debe justificar las razones de su retraso en caso de no poder cumplir en dicho plazo.[10]

[10] RGPD, considerando 59.

Respecto la obligación de Informar, la RGPD establece el deber que tiene el RT de notificar sobre la supresión de los datos personales a otros RT que estén tratando la información. Esta obligación no requiere un resultado especifico, pero sí diligencia debida ("medidas razonables"), que deben guardar proporción entre el deber de notificar y a la viabilidad de hacerlo, considerando el costo o la tecnología disponible.

III. APLICACIÓN

El RGPD establece que el DO aplica en determinadas circunstancias: cuando los datos personales ya no son necesarios, cuando el interesado retire el consentimiento o se oponga al tratamiento de sus datos personales (derecho de oposición), cuando los datos personales hayan sido obtenidos ilegalmente, cuando exista una obligación legal de suprimir los DP.

Con respecto al numeral 1.d del artículo 17, se considera que el tratamiento[11] de los DP es legal cuando cumple con los principios y licitud del tratamiento, consagrados en los artículos 5 y 6 del Reglamento. Entre los principios destaca el tratamiento licito, leal y transparente, recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, adecuados, pertinentes y limitados, exactos y actualizados (de ser necesarios), identificables y tratados de forma segura.

El tratamiento de los DP se considera lícito si el interesado dio su consentimiento, es necesario para la ejecución de un contrato en la que el interesado es parte o para el cumplimiento de una obligación legal, o proteger intereses vitales, o el cumplimiento de una misión realizada en interés público o para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el RT o un tercero. El RGPD excluye la aplicación del DO en escenarios similares donde existe un conflicto con la libertad de expresión e información, obligaciones legales, interés público, entre otros (ver artículo 17.3)

---

[11] Por tratamiento se entiende, según el artículo 4.2 del RGPD "cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción."

IV. SUJETOS INVOLUCRADOS

Tanto la DPD (en los artículos 12 y 14) como el RGPD (artículo 17) se refieren al individuo como beneficiario del DO. El individuo es la "persona física identificable cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, 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" (artículo 4.1 RGPD).

Mucho más complejo es determinar los sujetos pasivos del DO. En su artículo 2.7, el RGPD define al RT o responsable (*controller* en inglés) como "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento...". Según el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29 (GP), el concepto de RT implica tres elementos: el aspecto personal, la posibilidad de un control pluralista y los elementos esenciales para distinguir al RT de otros actores.[12]

- El aspecto personal: variedad de personas que pueden ser RT, bien sea física o jurídica, autoridad pública, agencia o cualquier otro organismo.

- La posibilidad de control pluralista: los datos pueden ser controlados por un solo o por múltiples responsables, en los que su contribución en la determinación de propósitos y medios puede tomar diferentes formas y no necesita ser compartido por igual.[13]

- El aspecto esencial: El RT tiene la capacidad de determinar el propósito y los medios. La capacidad puede ser expresa o implícitamente atribuida por la ley, o deducida por los hechos. Por lo tanto, puede ser posible que alguien considerado solo un procesador en el contrato sea de hecho un controlador y, en consecuencia, esté obligado a cumplir las obligaciones protección de DP.[14]

---

12 Article 29 Data Protection Working Party, 'Opinion 1/2010 on the concepts of "controller" and "processor"' [2010] WP 169, 4-5, 2010, p.1.

13 *Ibid.* p. 19.

14 *Ibid.* p. 8-11.

Esta capacidad de determinar los propósitos o medios es esencial para distinguir al RT (*controller*) del "encargado del tratamiento" (*processor* en inglés). El encargado (ET) solo "procesa PD en nombre del RT"[15] sin la capacidad de determinar el propósito o tomar las decisiones centrales con respecto a los medios. Además, se trata de una entidad jurídica distinta del RT, cuya "existencia dependerá de la decisión del responsable del tratamiento de delegar la totalidad o parte del tratamiento".[16]

A propósito del DO, existen dos tipos de RT: los que hacen pública la información (proveedor de información o editor) y los que facilitan encontrarla (difusor). *Google Spain* ilustra muy bien este punto al diferenciar al periódico –que publica la información en internet– de Google –que la difunde–.

En *Google Spain* el TJUE consideró que Google, como gestor de un motor de búsqueda en internet, era un RT, porque realiza actividades de tratamiento de DP y define los fines y medios: "el gestor del motor de búsqueda es quien determina los fines y los medios de esta actividad y, así, del tratamiento de datos personales que efectúa él mismo en el marco de ésta y, por consiguiente, debe considerarse «responsable» de dicho tratamiento en virtud del mencionado artículo 2, letra d)."[17]

Entonces, tanto el periódico que publicó la información, como Google que la difundió, son considerados RT. Sin embargo, esta decisión versó únicamente sobre la responsabilidad de Google, ya que la publicación de los DP por parte del periódico estaba legalmente justificada porque seguía instrucciones del Ministerio del trabajo y Asuntos Sociales de España, y por lo tanto se considera una condición de licitud del tratamiento[18].

En última instancia, la aplicación del DO dependerá de la identificación del RT. Veamos algunos ejemplos:

---

15 RGPD, articulo 4.8

16 Article 29 Data Protection Working Party, 'Opinion 1/2010 on the concepts of "controller" and "processor"' [2010] WP 169, 4-5, 2010, p. 25.

17 *Google Spain*, párrafo 33.

18 Ver RGDP, articulo 6.1.c.

- En 2009, dos alemanes condenados por asesinar a un famoso actor en 1990 solicitaron sin éxito a Wikipedia que eliminara sus nombres de la versión en inglés de un artículo. [19] Wikipedia recopila, registra, organiza, entre otros, PD para ciertos propósitos y medios. No crea contenido, pero permite que terceros publiquen el contenido en su sitio web. Contiene un motor de búsqueda que conduce a una gran cantidad de información que se puede difundir ampliamente. Por lo tanto, Wikipedia puede ser considerada como un RT difusor de información y sujeto a cumplir con el DO.

- Un razonamiento similar puede llevar a considerar a YouTube y otras redes sociales como Facebook o Twitter como RT porque son intermediarios que ofrecen una plataforma donde los usuarios comparten publicaciones. Por lo tanto, son vehículos para difundir la DP. Por ejemplo, es posible que una persona solicite la eliminación de un video relacionado con ella y publicado sin su consentimiento. Este podría ser el caso de Ghyslain Raz, el famoso *niño de Star Wars*.

En 2002, un video de él realizando una pelea imaginaria con *sables de luz* se volvió viral, lo que desencadenó un acoso cibernético de tal magnitud, que el pequeño se vio obligado a abandonar la escuela. Solo el clip original, sin contar sus múltiples versiones, ha sido visto más de treinta y siete millones de veces. Raz demandó a los niños involucrados en la difusión y llegó a un acuerdo privado con ellos, pero el clip todavía está en línea. Este caso podría haber terminado en una solicitud de DO si Raz fuera ciudadano de la UE, en lugar de canadiense.

V. DERECHO AL OLVIDO VS LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La supresión de los DP puede afectar al editor, al difusor y a las personas que desean acceder a dicha información, por lo tanto, el ejercicio del DO implica un conflicto con la libertad de expresión. Tanto el DPD como el RGPD tienen disposiciones para "conciliar" la libertad de expresión[20] con estos instrumentos, abriendo la puerta a excluir la aplicación del DO cuando

---

19 GRANICK, Jennifer, "Convicted Murderer To Wikipedia: Shhh!", *Electronic Frontier Foundation*, 2009, disponible en https://www.eff.org/deeplinks/2009 /11/ murderer-wikipedia-shhh, consultado en fecha 18 de julio de 2016.

20 DPD (n 3) art 9, RGPD (n 13) art 85.

el procesamiento de datos se realiza al amparo de la libertad de expresión.[21] El TJUE consideró que la supresión de los DP podría afectar el interés legítimo de los usuarios de Internet potencialmente interesados en tener acceso a esa información.

En consecuencia, el tribunal propuso un ejercicio de "equilibrio justo" entre los derechos de privacidad y la libertad de expresión, que implica la determinación del interés preponderante a la luz de tres criterios: naturaleza de la información, sensibilidad para el interesado e interés del público en tener acceso a la información.[22]

Este ejercicio de balance puede conducir a resultados diferentes según la cultura jurídica del país. La diferencia se acentúa aún más cuando se comparan países europeos (con alto grado de armonización), con países no europeos como Estados Unidos, donde la libertad de expresión tiene un peso enorme en su cultura jurídica.

Un ejemplo de ello es el reciente caso *S. Louis Martin v. Google, Inc,* decidido 6 meses después de *Google Spain*, en el que el Tribunal Superior de California señaló que el demandado (Google) demostró que las reclamaciones presentadas en su contra surgen de una actividad protegida constitucionalmente, reconociendo implícitamente los argumentos de Google según los cuales el orden de los resultados de búsqueda y las opciones de colocación de anuncios constituían opiniones y, por lo tanto, están amparados bajo la libertad de expresión.[23]

Google Spain fue considerado como un ejemplo de la salvaguarda de la privacidad y la protección de datos, pero también una amenaza a la libertad de expresión. Kuner resumió las reacciones al caso:

> *The judgment has probably been the subject of more academic commentary in a few months than other Court of Justice of European Union data protection cases have been in the 16 years since the Directive came into force. It has received a wide range of reactions, from being hailed as a "constitutional moment" resulting in a significant extension of fundamental rights in the European Union, to*

---

21 DPD (n 3) art 9, considerando 37, GPDR (n 13) art 85, considerados 4, 153.

22 *Google Spain*, pp. 81-99.

23 Global Freedom of Expression Columbia University "S. Louis Martin v. Google, Inc.", disponible en https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/ cases/s-louis-martin-v-google-inc/, consultado en fecha 18 de marzo de 2023.

> *"the most important right you've never heard of", to a violation of the fundamental principle of freedom of expression, to "preposterous" and "deeply immoral"*.[24]

El principal adversario fue Google. Su presidente, Eric Schmidt, comentó que el equilibrio alcanzado por el TJUE con respecto a la "*collision between the right to be forgotten and the right to know… was wrong*."[25]

Sin embargo, las reacciones no se limitaron a las empresas involucradas y al mundo académico. En 2014, Reputación VIP, empresa que ofrece servicios en reputación online puso en marcha el proyecto "forget.me" para proporcionar asistencia gratuita para ejercer la DO. En consecuencia, Google y otros gestores de motores de búsqueda en internet como Yahoo y Bing construyeron un mecanismo para procesar las peticiones. A la fecha, Google ha recibido aproximadamente cinco millones y medio de solicitudes y han suprimido cerca del 50%.[26]

V. DERECHO AL OLVIDO EN VENEZUELA

El DO no está regulado explícitamente en nuestra legislación. Sin embargo, está consagrado en los artículos 60 (protección al honor y privacidad) y 28 (*habeas data*) de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).[27]

> Artículo 28. Toda persona tiene el 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 de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la

---

[24] Kuner, Christopher, "The Court of Justice of the European Union judgment on data protection and internet search engines", en *LSE Law, Society and Economy Working Papers,* de fecha 14 de abril de 2015, disponible en http://eprints. lse.ac.uk/61584/, consultado el 30 de mayo de 2016., p. 2.

[25] Liam Tung, 'Schmidt says Europe's 'right to be forgotten' ruling got it wrong' (2014) <http://www.zdnet.com/article/googles-schmidt-says-europes-right-to-be-forgotten-ruling-got-it-wrong/> accessed 14 July 2016.

[26] Google. *Transparency Report*. Disponible en https://transparencyreport. google. com/eu-privacy/overview, consultado el 20 de marzo de 2023.

[27] Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela, N° 5.453 (Extra-ordinario), de fecha 24 de marzo de 2000.

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.

Estos artículos en conjunto reconocen el derecho a la protección de los DP. El primero, con un desarrollo genérico de protección de la privacidad, y el segundo, con una enumeración extensiva de los derechos relacionados con la protección de los DP similar a la legislación europea, como acceso a los DP (artículo 15 del RGPD), la rectificación (artículo 16 del RGPD) y supresión, que es concretamente el DO en la legislación europea vigente (artículo 17 del RGPD). La Constitución adicionalmente contempla el derecho de actualización, que no están consagrado en el RGPD con este nombre, a nuestro criterio porque la actualización es un tipo de rectificación. En palabras de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en el caso Ruth Capriles y otros[28]:

> *El artículo 28 de la vigente Constitución establece el derecho de las personas a conocer la información que, sobre ellas, hayan sido compiladas por otras. Dicha norma reproduce un derecho reconocido en varios países como Suecia, Noruega, Francia y Austria, entre otros. Tanto el Estado, como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etc., registran y almacenan datos e informaciones sobre las personas o sobre sus bienes, y en vista que tal recopilación puede afectar la vida privada, la intimidad, el honor, la reputación, la vida económica y otros valores constitucionales de las personas naturales o jurídicas, la Constitución, para controlar tales registros, otorga varios derechos a la ciudadanía que aparecen recogidos en el artículo 28 citado.*
>
> *Estos derechos son*:

[28] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1050 del 23 de agosto de 2000. Disponible en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1050-230800-00-2378%20.HTM, consultado en fecha 15 de abril de 2023.

1) El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros.

2) El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas.

3) El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él.

4) El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra.

5) El derecho de actualización, a fin de que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo.

6) El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto.

7) El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas.

Se trata de derechos que giran alrededor de los datos recopilados sobre las personas o sobre sus bienes, por lo que se requiere un interés, personal, legítimo y directo en quien ejerza estos derechos, ya que es la información sobre su persona y bienes el que lo origina.

En una decisión posterior, caso Insaca vs Ministerio de Salud[29], el TSJ reiteró el mismo argumento, y concretamente sobre la supresión de DP, o DO, señala:

"…La destrucción de los datos erróneos, o que afecten ilegítimamente los derechos de las personas (como lo sería mediante ellos ingresar arbitrariamente en la vida privada, o íntima, de los individuos, recopilando datos o informaciones personales; o aquéllas que permitan obtener ilegítimamente un perfil del individuo, por ejemplo, que afecte el desarrollo de su personalidad). Este derecho, permite al reclamante optar entre la rectificación o la exclusión del dato erróneo…"

(…)

---

[29] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N 332 del 14 de marzo de 2001. Disponible en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/ marzo /332-140301-00-1797%20.HTM, consultado en fecha 15 de abril de 2023.

> *...Con relación al derecho a que se destruya lo compilado, el puede ser el resultado de varias posibilidades: a) Que las informaciones y datos fueron adquiridos violando derechos constitucionales del accionante distintos al del 28 eiusdem (...). b) Que lo guardado sea erróneo ya que atiende a una información o a un asiento falso. c) Que las anotaciones afecten ilegítimamente a las personas, infringiendo no sólo disposiciones constitucionales sino legales, como serían la develación de secretos, de confidencias, o la referencia a opiniones políticas, religiosas, etc. Se trata de la llamada información sensible, que atenta contra derechos y garantías constitucionales, o contra los derechos inherentes al ser humano, como sería –por ejemplo- que se defina un perfil psicológico o afectivo de una persona natural, contra su voluntad, que permita al recopilante o a un tercero manipular la vida del recopilado, o de grupos, o de comunidades humanas, (lo que podría incluir la existencia de bancos de datos genéticos) (...)*

Ahora bien, a pesar de que el *habeas data* -y el DO- puedan ejercerse directamente aun en ausencia de una ley que los desarrolle[30], su ejercicio es complicado ante el vacío legal, ya que desconocemos elementos necesarios para su ejercicio, como sujetos pasivos. Al respecto podemos hacer algunas consideraciones:

- No existe una definición de DP como la hay en la legislación Europea. El articulo 28 CRBV se refiere a "información y datos que sobre sí misma o sus bienes". Consideramos innecesario separar información de datos, pues la segunda puede contener la primera. Recordemos que el RGPD define datos como "toda información sobre una persona identificable o identificada (individuo)"[31]. En ambas legislaciones, los datos deben ser pertenecer a un individuo, y de ahí que este derecho pueda ser ejercido en carácter personal. Por eso señala el TSJ que "se trata de derechos que giran alrededor de los datos recopilados sobre las personas o sobre sus bienes, por lo que se requiere un interés, personal, legítimo y directo en quien ejerza estos derechos, ya que es la información sobre su persona y bienes el que lo origina."[32]

---

30 CRBV, artículo 22.

31 RGPD, artículo 4.1

32 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N 1050 del 23 de agosto de 2000. Disponible en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/

- Nuestra legislación no define al sujeto pasivo del DO, como lo hace la europea al desarrollar el tratamiento de la información al RT y al ET. La CRBV únicamente menciona que los DP deben constar en "registros oficiales o privados" implicando que el sujeto pasivo es el responsable de dichos registros, y quien conoce el "uso y finalidad" del tratamiento de los DP. Pero la CRBV no explica qué entiende por registro. Afortunadamente, el TSJ en el caso Ruth Capriles aclara un poco el panorama, ampliando la noción limitada inicial que el término 'registro' puede sugerir, al señalar que "Tanto el Estado, como los particulares, mediante diversas formas de compilación de datos: manuales, computarizados, etc., registran y almacenan datos e informaciones sobre las personas o sobre sus bienes". Podemos inferir entonces, que registro implica cualquier forma de compilación, bien sea manual o computarizada. La CRBV, al igual que el RGPD, identifican al sujeto pasivo como la personas física o jurídica, publica o privada, que determina los fines y uso del tratamiento de los DP.

- Carece nuestra legislación de un desarrollo de los principios y licitud del tratamiento de los DP. Por eso no es claro cuándo podría proceder el DO. El TSJ ha enumerado de forma genérica algunos supuestos donde se justificaría la supresión de las DP, que coinciden con el RGPD como la obtención ilegitima de los DP (literal a de la decisión del TSJ y articulo 1.b de la RGPD), que los DP sean inexactos (literal b de la decisión y articulo 1.d del RGPD) o que afecten ilegítimamente a las personas (literal c de la decisión y artículo 1.a del RGPD). Pero ¿qué sucede cuando los DP ya no son necesarios o cuando el interesado retire su consentimiento? Una ventaja de la RGPD es que ofrece un marco sólido que se fundamenta en principios, continuando con definiciones hasta el ámbito de aplicación material y especial, algo de lo que carece la legislación venezolana.

- La legislación nacional solo reconoce un derecho personal de protección de DP, pero no desarrolla ninguna obligación para los RT, como el deber de informar de la supresión a demás RT, o cumplir con las disposiciones y principios del tratamiento de la DP.

---

agosto/1050-230800-00-2378%20.HTM, consultado en fecha 15 de abril de 2023.

- En Venezuela, el DO forma parte del *habeas data*, y puede solicitarse a través del procedimiento contencioso administrativo contemplado en los artículos 167 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.[33]

CONCLUSIONES

Podemos resumir brevemente las consideraciones del DO en las siguientes conclusiones:

- El DO se origina en Europa. A falta de una regulación expresa no estaba claro su alcance. Fue el RGPD de 2016, el que reguló expresamente por primera vez el DO y lo limitó al derecho supresión.

- El caso *Google Spain* marcó un hito en el desarrollo del DO, pues fue el primero donde el TJUE conoce un caso de esta materia. Sin embargo, el Tribunal no aclaró si la petición del accionante constituía o no un ejercicio del DO. A pesar de ello, el TJUE, abrió la puerta para que los individuos defendieran el correcto tratamiento de sus DP, incluyendo la supresión de dichos datos, incluso no solo contra quienes publican dichos DP, sino contra quienes difuman esos datos, incluyendo los motores de búsqueda por internet.

- El DO está en conflicto con el derecho a la libertad de expresión. Su ejercicio debe ejercerse a la luz de tres criterios: naturaleza de la información, sensibilidad para el interesado e interés del público en tener acceso a la información.

- Si bien en Venezuela no existe una legislación expresa del DO, este forma parte del *habeas data* consagrado en el artículo 28 de la CRBV, y puede ejercerse aun a falta de ley que regule dicho derecho. Sin embargo, la falta de legislación en la materia dificulta el ejercicio del DO, por lo cual se hace necesario a recurrir al derecho comparado.

---

[33] HERNÁNDEZ, Juan Carlos., "La Protección de datos personales en internet y habeas data", en *Revista Derecho y Tecnología* N° 13/2012, disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32012.pdf, consultado en fecha 20 de abril de 2023.

DERECHOS HUMANOS: DE LA RUPTURA DEL CONSENSO A LA CONFRONTACIÓN. UN MAPA DE VIAJE HACIA EL FUTURO

Juan Carlos SAINZ BORGO*

Los derechos humanos son una concepción compleja, multidimensional y en sí misma cambiante. Para el derecho puede representar un consenso jurídico-institucional plasmado en un documento, pero en la práctica de la protección de las garantías ciudadanas, es una realidad dinámica que requiere de una permanente interpretación para su correcto desarrollo. El presente capitulo trae diversas aproximaciones al tema de los derechos humanos, reflejando la evolución contemporánea del tema y algunos de los debates que en la actualidad se desarrollan a su alrededor en la región. El artículo se basa en la aproximación metodológica del Profesor Raúl Arrieta, quien siempre recurría a la filosofía política como forma de abarcar los temas de forma global, evitando una aproximación minimalista y favoreciendo siempre un acercamiento complejo, global y sofisticado a la realidad.

El plan del capitulo será el siguiente: introducción teórica sobre el tema; la descripción del sistema institucional en la región, desde una perspectiva histórica, pero enmarcado dentro de una visión global.

---

* Abogado, Especialista en Derecho Internacional Económico y Doctor por la Universidad Central de Venezuela. Investigador con rango de Profesor Asociado del Instituto de Derecho Público de la UCV. Profesor Titular de Derecho Internacional y Vicerrector de la Universidad para la Paz, ONU, Costa Rica. Profesor Fulbright, American University, Washington DC. Profesor Invitado de las universidades Javeriana, Sergio Arboleda, Rosario y Santander de Colombia; Alfonso X y Antonio Nebrija en España.

A partir de allí haremos un repaso de los momentos emblemáticos en la evolución del sistema en la última década, para culminar con algunas conclusiones sobre el estado y el futuro de la agenda de derechos humanos en la región latinoamericana y del caribe, para culminar con una posible visión hacia el futuro.

LOS DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA CONCEPTUAL

Los derechos humanos pueden ser entendidos de muchas formas, desde una perspectiva filosófica, política o discursiva. Para cumplir con los objetivos del capitulo, desarrollaremos una conceptualización desde el derecho internacional de los derechos humanos, como un conjunto de "…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 de áreas especificas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado…"[1] Esta definición nos permite resaltar un número de elementos, como la capacidad que tienen los DDHH para establecer límites a la función del estado o que tienen como objetivo preservar la dignidad del ser humano. Sin embargo, hay un componente cardinal para entender el papel de los derechos humanos desde una perspectiva pragmática y procesal contemporánea: son parte del derecho internacional y como tal se deben colocar por encima de los estados y las administraciones locales.

Sin embargo, la idea de los derechos humanos como parte del derecho internacional y consecuentemente con un poder supra estatal es un tema siempre sujeto de controversia con las administraciones nacionales. Sin entrar a estudiar en este artículo los origines y teóricas que explican el derecho internacional y los derechos humanos como parte de ellos, es importante resaltar que el derecho internacional opera en un mundo globalizado o mundializado, como consecuencia de los imperativos que imponen las comunicaciones y por la propia dinámica económica. Además, la concepción de la supraconstitucionalidad del derecho internacional plasmada en una centenaria decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional parece un tema revolucionario: "si un estado ha asumido una obligación internacional

---

[1] Faundez Ledesma, Héctor. 2004. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Tercera Edición. San José. Costa Rica. Ediciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. p. 6.

debe introducir en su legislación interna las modificaciones que sean necesarias para asegurar en este ámbito la ejecución de dicha obligación"[2].

La comunidad internacional ha establecido de forma natural los foros internacionales como espacio para la denuncia por la actuación de los estados, desde los debates por parte de los activistas climáticos hasta los colectivos políticos con las más diversas agendas, desde la democratización hasta la inclusión con perspectiva de género; desde la libertad de expresión hasta los derechos sexuales y reproductivos. El espacio internacional creado por los gobiernos es el foro de participación y denuncia por excelencia para determinar el cumplimiento de los derechos humanos en las sociedades contemporáneas.

En la construcción de la comunidad internacional contemporánea, se ha dado paso progresivamente a la participación de actores no estatales. Inicialmente con la intervención de las organizaciones internacional gubernamentales, para luego ir dando paso a las organizaciones no gubernamentales y del propio ser humano, como víctima o como "participante" en el derecho internacional, tal y como define la ex presidente de la Corte Internacional de Justicia Rosalyn Higgins[3].

La perspectiva formal de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, está basada en una construcción mucho más amplia y extendida, en la cual los estados, como máximos sujetos del derecho internacional aceptan las obligaciones de forma libre y pacifica, porque consideran que su cumplimiento voluntario representa una buena causa o al menos puede representar beneficios para sus colectividades, sus intereses o en general el bien común de la sociedad internacional, incluyendo sin lugar a dudas los derechos humanos.

---

2 Corte Permanente de Justicia Internacional, 1925, Citado por González Campos, Julio et al. 2003. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid. Editorial Thompson-Civitas. p. 68

3 Rosalyn Higgins. *Problems and Process of Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford University Press. Oxford 1995.

Esta teoría ha sido definida como liberal democrática o del consenso[4], en la cual "la norma de la gobernanza democrática descansa en el consentimiento de los Estados y en el de los individuos, pero depende de una teoría de la legitimidad que sigue priorizando implícitamente a los Estados" y las decisiones que ellos pueden tomar.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que "[e]l concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros"[5].

Este consenso alrededor de los derechos humanos está construido por los estados, como administraciones nacionales y con el respaldo de amplios sectores de las sociedades civiles, organizaciones no gubernamentales y académicas. Además, este acuerdo está administrado a través de una gobernanza regional, entendida como el conjunto de acuerdos, órganos e instituciones que se han establecido en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA). En el caso de la OEA esta construcción ha estado basado en la utilización de los derechos humanos, como una herramienta de promoción de la democracia, en todos sus ámbitos; desde los estructurales procesos de lucha contra las dictaduras militares, la imposición de normas internacionales generales para el disfrute de los derechos humanos en guerra o paz, la visibilización de comunidades vulnerabilizadas o más recientemente la lucha por la calidad de la democracia en los países de la región. Esta utilización fue uno de los consensos regionales claves en la historia de la región.

Los derechos humanos están presentes en el discurso interamericano, desde antes de la propia institucionalización formal de la OEA, cuando por ejemplo en IX Conferencia Americana en 1948, se acordó "Que la

---

4 "The norm of democratic governance rest on the consent of States and the consent of individuals, but depends on a theory of legitimacy which continues to implicitly prioritize the States". Gerry Simpson. 2000. Imagined Consent: Democratic Liberalism in International legal Theory. En, Martti Koskenniemi. Sources of International Law. Página 567. Inglaterra. Ashgate Publishing House.

5 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 No. 8, párr. 26, y Opinión Consultiva OC- 27/21, supra, párr. 39.

consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias".[6]

En 1959, la CIDH se creó mediante una Resolución de la Reunión de Consulta de Ministros de RR. EE, celebrada en Santiago de Chile. Hubo que esperar al Protocolo de Buenos Aires (1967), para que se reformara la Carta de la OEA y la Comisión pasara a ser un órgano principal de la OEA de conformidad con el artículo 106 de la Carta de la Organización,"[h]abrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia."

De esta manera, en el mandato de la instancia fundamental quedó marcado la visión dual: promover y apoyar a la OEA en el desarrollo de los temas de derechos humanos y defender esos mismos conceptos, ahora como garantías, en un ámbito cuasi jurisdiccional. La idea de una Corte con mandato judicial sería considerada posteriormente.

La idea de los derechos humanos como forma de promoción de la democracia está presente en sus primeros documentos. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos eligió como su primer presidente en 1960, al expresidente venezolano Rómulo Gallegos, depuesto por un golpe de estado en 1945, enviando de esta manera un mensaje sobre la importancia del proceso democratizador en la región. Asimismo, una forma de materializar este mandato democratizador se puede evidenciar en las visitas *in loco*, realizadas a Chile y Argentina en la década de los 70 del siglo pasado, como una muestra muy valiente de construcción de la democracia a través de los derechos humanos en el complejo contexto de la confrontación de la guerra fría.

La visita de la Comisión Interamericana a Chile entre julio y agosto de 1974, transcurrido un año del golpe de estado en ese país, pudo trabajar con grandes limitaciones y en el marco de la actuación diplomática con un

---

6 Resolución de la IX Conferencia Internacional Americana, Considerando cuarto. Disponible en: https://www.oas.org/sap/peacefund/VirtualLibrary/NinthIntConfAmericanStates/Treaties/DeclaraciondelosDerechosyDeberesdelHombre.pdf. Consultado en Abril 2022.

gobierno militar, se denunciaron muchos de hechos de tortura, que luego se demostrarían que fueron aún mucho mayores.[7] En el caso de la visita *in loco*

---

[7] Como nota curiosa, se puede leer los hechos que ocurrieron luego de la visita de la Comisión, que son registrados por los propios miembros de la Comisión: "CAPÍTULO XVIII Es posible que algunas de las recomendaciones contenidas en el capítulo anterior de este Informe parezcan desprovistas de actualidad o ya innecesarias. Es lo cierto que, tan pronto como el Gobierno de Chile recibió nuestra nota del 29 de julio, contestada el 2 de agosto, se tuvo noticia a través de la prensa, durante los meses de agosto y septiembre, de que se habrían adoptado algunas medidas tendientes a corregir ciertos excesos y a normalizar en algún sentido la situación general. Fue así que se anunció que algunos integrantes de la fuerza pública habían sido destituidos y aún procesados, por habérseles comprobado su participación en actos de tortura a personas detenidas, confirmando así la veracidad de denuncias relativas a uno de los tipos de ataques a derechos humanos más reiteradamente recibidas por la Comisión. Se anunció igualmente que algunos menores habían sido puestos en libertad o trasladados a establecimientos especiales de reeducación. Se dijo que uno de los ex-prisioneros de la Isla Dawson, el señor Orlando Letelier, había sido puesto en libertad, aunque, al parecer, por la vía de un decreto de expulsión del país. Se informó que, en algunos casos, se había permitido a detenidos, a los cuales no se les imputaban delitos, que optaran por su extrañamiento. Se difundió ampliamente la noticia de que el gobierno estaba dispuesto a permitir la salida del país de un número mayor de detenidos aunque algunas fuentes de información vincularan el alcance de esta decisión con medidas similares que pudieran ser adoptadas por la Unión Soviética y por Cuba. Según información recibida del Gobierno de Chile, por Decreto-Ley 641 de 11 de septiembre de 1974, se dejó sin efecto el estado de guerra interno subsistiendo en el interior el estado de sitio que regía desde el 11 de septiembre de 1973 y que fuera posteriormente prorrogado. La cesación del estado de guerra no había importado, según parece, el cese de la actuación ni la vigencia de los procedimientos de los Consejos de Guerra. Al mismo tiempo, se han difundido otras noticias de signo negativo, tales como una declaración atribuida al señor Presidente de la Junta en el sentido de que no se podrá restablecer la práctica del sufragio en tanto una nueva generación, educada en los principios que la Junta considera más elevados y convenientes para su país, no haya sustituido a la actual joven generación. Esta noticia, en caso de ser exacta, revelaría el propósito de desconocer por muchos años los derechos políticos del pueblo chileno y, con ello, lo dispuesto en el Artículo XX de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La falta de información oficial e inequívoca acerca de todos estos hechos hace que la Comisión no pueda apoyarse debidamente en ellos. Los registra aquí, con todas las reservas del caso, pese a que no haya podido tomarlos en cuenta al

realizada a Argentina, en 1979, encabezada por su Vicepresidente Andrés Aguilar, se entrevistó con el Presidente de la Junta Militar de Gobierno, Jorge Videla y otros miembros del Gobierno, así como visitas el expresidente Héctor Campora, asilado en la Embajada de México o la expresidenta Señora Isabel Martínez de Perón, en arresto domiciliario.

Es importante destacar la opinión de Héctor Faundez Ledezma, quien afirma que " …en la visita de la CIDH a la Argentina, realizada con suficiente tiempo como para que la dictadura pudiera remozar algunas cosas, se encontró con una Escuela de Mecánica de la Armada en la que no había ni un solo preso político, porque todos habían sido trasladados a una isla del Episcopado, y con unas instalaciones que no correspondían a lo que describían los presos políticos (porque habían remozado completamente la estructura interior)."

Sin embargo y pese a todos los obstáculos, las conclusiones del Informe fueron muy claras: "A la luz de los antecedentes y consideraciones expuestos en el presente informe, la Comisión ha llegado a la conclusión de que, por acción u omisión de las autoridades públicas y sus agentes, en la República Argentina se cometieron durante el período a que se contrae este informe –1975 a 1979– numerosas y graves violaciones de fundamentales derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".[8]

Las dos dictaduras militares del cono sur, no pudieron negarse al mandato de abrir sus fronteras a la visita de la Comisión, con todas las consecuencias que de allí podrían nacer. Sin embargo, entrado el siglo XXI, el rechazo a la acción de esta misma Comisión aparecerá en nuestro continente.

La creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano jurisdiccional con la función de establecer la responsabilidad internacional de los estados, fue creado mediante la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969 y su entrada en vigor en 1978, cuando se depositó la undécima ratificación de la misma, aunque tuviera que

---

redactar sus conclusiones y recomendaciones, para que no quede duda de que la Comisión desea preservar la esperanza de que nuevos actos del Gobierno de Chile importen una franca restauración de los derechos vulnerados.

8 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina. Visita in Loco 1980. Disponible en: http://www.cidh.oas.org/countryrep/Argentina80sp/indice.htm. Consulta Abril 2022.

esperar hasta el año 1987 para dictar su primera sentencia en el caso contra Honduras.[9] A partir de ese año, la Corte Interamericana se convertirá en un referente regional para el establecimiento de la responsabilidad internacional de los estados partes en los temas más importantes de la agenda de derechos humanos regional.

Sin embargo, la aprobación de la Corte Interamericana como un órgano separado de la Comisión Interamericana creó un sistema altamente complejo y sofisticado. En primer lugar, la Comisión es un órgano de la OEA, con competencias respecto de todos los Estados miembros de la misma (lo cual incluye a Cuba y los Estados Unidos, por ejemplo), y cuyo marco normativo es la Declaración Americana de los Derechos Humanos, mientras la Corte es un órgano "convencional", creado en virtud de la Convención Americana de los Derechos Humanos, con competencia –contenciosa– respecto de los Estados partes en la Convención que hayan aceptado la competencia contenciosa de la Corte.

Este sistema tomó elementos del Sistema Europeo de protección de Derechos Humanos de su momento, pero adaptándolo a la particularidad política del continente americano. De esta forma, en la práctica se creó un mecanismo de dos instancias que no facilita la construcción del necesario consenso internacional para el establecimiento de una agenda regional en materia de derechos humanos. Mientras que la Comisión Interamericana tiene competencia para desarrollar su mandato en los 35 países miembros de la OEA, la Corte Interamericana tiene competencia plena solo en 19 países, de los cuales solo Barbados forma parte del llamado Caribe Angloparlante. Esta diferencia entre los dos órganos del Sistema, será una fuente permanente de dificultades en la construcción de un consenso solido en la región en materia de derechos humanos.

La actuación de los países de la región en el consenso para la construcción de la democracia basada en los derechos humanos, avanzó de forma constante a lo largo de las últimas décadas, con la obvia excepción de Cuba en el caribe. El continente logró cerrar el siglo XX, con un récord formal de construcción de la democracia.

---

9 Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=189&lang=es . Consulta Abril 2022.

Durante las dos últimas décadas, en especial los años 80 abrieron espacios para revoluciones pacificas como fue la Nicaragua Sandinista y con en el primer periodo del proceso en el marco de la solución negociada regional de la paz centroamericana, que devino en el proceso de contadora y luego el grupo de Rio.

En la década de los ochenta del siglo XX, "El consenso básico de la OEA en torno a la democracia se reforzó, no se contradijo (como en apariencia pudiera pensarse), (…) mediante el Protocolo de Cartagena de Indias, se reformó la Carta para confirmar el derecho que cada Estado tiene para escoger, sin interferencia externa, su sistema político, económico y social. En este punto, la organización interamericana se adelantó nuevamente al relajamiento y a la apertura de espacios que implicó el fin de la llamada guerra fría".[10]

La solidez del consenso sobre los valores democráticos, permitió abortar el golpe de estado en Trinidad y Tobago en los 90 y crear un movimiento de carácter global para apoyar la restitución del depuesto Presidente de Haití, como consecuencia también de un golpe de estado y enfrentar en los internacional las crisis democráticas en Perú y Venezuela.

Este solido consenso regional, alrededor de la importancia de la democracia y el disfrute de los derechos humanos, expresados además en decenas de sentencias de la Corte Interamericana contra todos los países de la región, por desapariciones forzadas en diversos países, libertad de expresión en otros o derechos de comunidades indígenas mostraban al inicio del siglo XXI una región dispuesta a avanzar en la profundización de esos valores, en el marco de un complejo proceso de crecimiento económico, que no parecía estar llegando a todas las clases sociales por igual.

El inicio del siglo XXI será el telón de fondo para la mayor apuesta en defensa de la democracia en la región y como tal adoptó, la Carta Democrática Interamericana, que aprobó el tipo de gobierno en la región[11] y las carac-

---

[10] Política José Alfredo Galván Corona. La promoción de la democracia en el hemisferio: consensos y límites de la acción de la OEA. Revista Mexicana de. Exterior. No. 54. 1998.

[11] OEA. Carta Democrática Interamericana. Asamblea General. Lima, 11 de Septiembre 2001.

Artículo 2. El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se

terísticas que el mismo debía tener[12]. La Carta Democrática incluye un novedoso sistema de intervención en los asuntos internos del país, consagrado bajo la idea de la protección de la Constitución, que permite una rápida intervención para el restablecimiento de la plena democracia[13]. El mecanismo se activó en el año 2002 en Venezuela; 2004 en el Perú; 2004 y 2005 Nicaragua; 2005 y 2008 en Bolivia; 2009 en Honduras y el 2010 en el Ecuador.[14]

Los países en el seno de la OEA leyeron claramente la realidad, pero quizás subestimaron la agenda en contra de los alcances de la Carta Interamericana que se lanzaba desde sectores de la izquierda del continente. Un ejemplo fue la "reserva" que planteó el Gobierno de Hugo Chávez al acuerdo que se suscribió en la III Cumbre de las Américas en Quebec, Canadá, al incluirse el concepto de "democracia representativa" en lugar de la

---

refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

12 Artículo 3. Son 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.

13 Artículo 20. En caso de que en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente. El Consejo Permanente, según la situación, podrá disponer la realización de las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática. Si las gestiones diplomáticas resultaren infructuosas o si la urgencia del caso lo aconsejare, el Consejo Permanente convocará de inmediato un periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General para que ésta adopte las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas, conforme a la Carta de la Organización, el derecho internacional y las disposiciones de la presente Carta Democrática. Durante el proceso se realizarán las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática.

14 ¿Qué es y como funciona la Carta Democrática Interamericana?. https://www.vozdeamerica.com/a/funciona-aplicacion--carta-democratica-oea/473614 5.html

propuesta chavista de "democracia participativa". "Además, el presidente venezolano tampoco firmó la Cláusula Democrática acordada en esa reunión cumbre"[15].

El gran consenso en el inicio del siglo XXI latinoamericano y caribeño, tenía un reflejo y apoyo en el marco universal, cuando en el seno del proceso de reforma del Sistema de las Naciones Unidas se aprobó la creación por parte de la Asamblea General de la ONU del Consejo de los Derechos Humanos en el año 2006 y el examen periódico universal (EPU), estableciendo por primera vez un mecanismo global de desempeño en materia de derechos humanos que incluye a todos los miembros del sistema, sin distinción de localización geográfica, cultura o religión.

Este consenso regional, también encontró apoyó en el fortalecimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Sistema Africano de protección de Derechos Humanos. En el caso europeo, es un tribunal de gran importancia. Durante el periodo de construcción del consenso que analizamos, el número de casos se multiplicó más de siete veces, pasando de 8.400 en 1999 a 57.000 diez años después[16]. y que ha venido adaptando su organización institucional a través de sucesivas reformas[17], con el Protocolo 11 en 1998 y el Protocolo 14 del año 2004, otorgándole nuevas facultades y facilidades procesales para atender el creciente número de denuncias, las cuales reflejan su importancia en el discurso y la práctica política del continente europeo. En el caso Africano, en 1998 la Unión Africana aprobó el Protocolo a la Carta Africana sobre el establecimiento de un Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos culminando un largo proceso institucional, cuyos orígenes podrían trazarse en el propio proceso de descolonización, pero que comenzó formalmente con la Conferencia de Cape Town (Sudáfrica) en

---

15 María Teresa Romero / Elsa Cardozo. Aproximación a la propuesta internacional de Hugo Chávez: Las concepciones de democracia e integración. Revista venezolana de análisis de coyuntura. Enero-junio 2002. Universidad Central de Venezuela. Caracas. p. 153.

16 "Profile: European Court of Human Rights". BBC News. 5 February 2015. Retrieved 29 August 202.

17 https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29690.pdf

1995[18]. produciéndose de esta forma un avance sustancial en la consolidación del Sistema Regional Africano de Derechos Humanos.

Este momento regional y global, podría ser calificado como el momento de mayor solidez del consenso global alrededor del papel de los derechos humanos en el proceso de democratización mundial, tomando en cuenta las diversas agendas internacionales, incluidas los temas de género, con la plataforma de Acción de Beijing aprobada en 1995; los comunidades indígenas y la aprobación del primer Relator de la ONU sobre el tema[19], avances en otras áreas como el comercio global con la creación de la Organización Mundial de Comercio y en general un dialogo de civilizaciones que en gran medida era fruto que el final de la guerra fría había traído.

Sin embargo, el consenso no duraría mucho, así como tampoco los avances en la protección de los derechos humanos.

LA RUPTURA DEL CONSENSO:

Podemos referirnos a la existencia de un consenso internacional, como la suma de las voluntades de los estados miembros de la sociedad alrededor un conjunto de temas y valores que conforman lo que podemos llamar comunidad internacional. Este concepto ha sido señalado por la propia Corte Internacional de Justicia como la base del derecho, tal y como señalamos antes. La idea de la democratización y la utilización de los valores representados en los derechos humanos caracterizaron las ultimas 3 décadas del siglo XX, uniendo sus fundamentos con el discurso democratizador global que caracterizó el fin de la guerra fría.

Sin embargo, en el continente la ruptura de este consenso se presentó de forma, quizás anticipada a otras áreas del mundo. Este abandono progresivo del consenso vino dado por los cambios en las orientaciones políticas locales, donde se abandonó el centro político enfocado en el cumplimiento de las políticas del consenso de Washington, para comenzar a pendular hacia los dos extremos políticos, tanto a la derecho como a la izquierda.

---

[18] Juan Bautista Cartes Rodríguez. El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz? Anu. Mex. Der. Inter vol.17. Ciudad de México ene./dic. 2017. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542017000100251#fn2

[19] Organización de las Naciones Unidas. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/57.

Uno de los indicadores de este resquebrajamiento de las bases en el consenso fue el tema de los derechos humanos y la forma como la gobernanza internacional actuaba en su ejecución.

A medida que las comunidades nacionales, comenzaron a alejarse de los consensos relacionados con los derechos humanos, los mecanismos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, comenzaron a actuar. Primero en las recomendaciones de la Comisión Interamericana, para luego pasar a las sentencias vinculantes que establecían la responsabilidad internacional de los estados. A medida que las sentencias condenaban las violaciones al interior de los estados, las víctimas y los colectivos representados en ellos, obtenían victorias que los gobiernos asumían como derrotas. De esta forma, la relación entre algunos estados y la Corte Interamericana comenzó a mostrar su debilitamiento. Las acusaciones de politización de las agendas o de los magistrados comenzaron a aparecer en los medios locales, como respuesta al retardo en el incumplimiento de las sanciones y las reparaciones impuestas.

El primer país que rompió el complejo equilibrio fue Trinidad y Tobago, que en Mayo de 1998, frustrado ante resoluciones de la Comisión en contra de sentencias de pena de muerte impuestas en violación del debido proceso, anunció su denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[20]. Sin embargo, "la respuesta de los órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) fue el silencio. La Asamblea General de la OEA se reunió en junio de 1998 pero en sus resoluciones no había palabra alguna de critica a Trinidad"[21]. La primera evidencia que el consenso se estaba resquebrajando pasó por debajo de la mesa. La lógica era simple. El caribe apenas participaba del sistema de la Corte y su ingresó al mismo había sido excepcional. De tal forma que no había que prestarle atención.

El Gobierno de Alberto Fujimori en el Perú había comenzado en 1990, con un gran apoyo popular por sus reformas económicas y por la frontal lucha contra el grupo terrorista sendero luminoso. Sin embargo, el Sistema

---

20 Juan Carlos Sainz Borgo. "Denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos. Una revisión a partir de tres intentos". En, González Ibañez, Joaquin. (editor) Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela. Universidad Alfonso X, Washington College of Law, American University. Editorial Ibañez. Bogotá, 2009.

21 Cassel. *Ob. Cit.*

Interamericano había venido señalando graves violaciones a los derechos humanos, primero por el cierre del poder judicial, el autogolpe de estado y las condenas formales en los casos de Loayza Tamayo en noviembre de 1998 y Castillo Petruzzi de mayo 1999.

En julio de ese mismo año, el Gobierno de Fujimori, anunciaba el retiro inmediato de la Corte Interamericana, violando los propios procedimientos establecidos en la Convención Americana para el retiro de un estado. En esta ocasión, los órganos de la OEA tampoco defendieron el consenso que se debilitaba. El Secretario General Gaviria y el Consejo Permanente no condenaron la salida de Perú. Solo la Comisión Interamericano "deploró el retiro" y solicitó al Gobierno reconsiderar la medida.[22]

El vaivén político de la región comenzó a llevar la políticos de izquierda a dirigir los destinos de los gobiernos en la región. Quizás la muestra más evidente del cambio político en la región, tuvo su escenario en la IV Cumbre de las Américas, celebrada en la ciudad de Mar del Plata en Argentina, donde los Presidentes de Venezuela, Hugo Chávez, Brasil, Néstor Kirchner (Argentina), Lula da Silva (Brasil), Nicanor Duarte Frutos (Paraguay) y Tabaré Vázquez (Uruguay) rechazaron la idea conformar el Área de Libre Comercio de las Américas, (ALCA) impulsada por los Estados Unidos, en un proceso negociador que había comenzado poco tiempo después de la firma del Acuerdo de Libre Comercio de Américas del Norte entre Canadá, Estados Unidos y México a principios de los años 90 del siglo pasado.

El ALCA era explicado por la Comisión Económica para América Latina CEPAL en esa época en los siguientes términos: "El ALCA representa el más importante acuerdo de integración regional firmado entre países desarrollados y no desarrollados con miras a establecer el libre flujo comercial entre sus economías. Coherente con las disposiciones multilaterales de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el acuerdo pretende incorporar a la negociación la inversión en bienes y servicios siguiendo reglas comerciales definidas y transparentes; compras del sector público y políticas de competencia; y sentar las bases para la inclusión de temas tales como la

---

22 Com. IADDHH Comunicado de Prensa No 21/99, 9 de julio de 1999. Citado por Cassel. *Ob. Cit*.

agricultura y acceso a mercados, servicios e inversión, políticas de competencia y subsidios, procedimientos antidumping y derechos compensatorios."[23]

Esta ruptura del consenso americano sobre la gobernanza regional, los temas claves de la región tuvo graves consecuencias, que exceden los límites de este artículo. Por ejemplo, en materia de comercio regional, el rechazo del ALCA activó la zona de libre comercio de América Central y República Dominicana con los Estados Unidos, que como subregión quedo aislada en las negociaciones globales y distante de las relaciones con América del Sur. Pero al mismo tiempo la ruptura del mecanismo de las cumbres americanas, abrió también la efervescencia del regionalismo regional con la revitalización de las organizaciones regionales con diversas agendas: MERCOSUR, CARICOM, ALBA, CELAC, UNASUR. En la práctica, se produjo un solapamiento de arquitecturas regionales, competencia en objetivos[24], pluralidad de escenarios que debilitaron y desgastaron el discurso de la gobernanza regional.

Mientras tanto, una parte de este nuevo liderazgo que había utilizado los derechos humanos para atacar a los gobiernos anteriores, ahora desde los nuevos despachos, atacaban los órganos que antes habían utilizado. Esta ruptura del consenso impacto también los movimientos sociales en el área de los derechos humanos, debilitando por diversas razones su efectividad en la agenda reivindicativa.

Los gobiernos del llamado "socialismo del siglo XXI" encontraron en la OEA y sus sistema de protección de derechos humanos, un blanco permanente en sus ataques, llevando a solicitar en algunas ocasiones la mudanza de la Comisión de la sede principal de la OEA en Washington; la creación de un mecanismos propio de la región en el seno de la recién creada UNASUR y finalmente un intento de reforma al interior de la OEA que pretendía limitar las capacidades sancionatorias del sistema.

---

23 CEPAL. La conformación del Área de Libre Comercio de las Américas, ALCA: aspectos institucionales y comerciales. Octubre 1999. Disponible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/2729-la-conformacion-area-libre-comercio-americas-alca-aspectos-institucionales

24 Cameron, M. 2002. «Strengthening Checks and Balances: Democracy Defense and Promotion in the Americas». Artículo presentado en la «Conference on the Inter-American Democratic Charter: Challenges and Opportunities». Liu Institute for the Study of Global Issues, University of British Columbia.

El Presidente de Venezuela Hugo Chávez, "vestido de uniforme verde oliva, expresó que la "tristemente célebre" CIDH forma parte de las instituciones del pasado y pidió a la Unión de Naciones Sudamericanas (Unasur), tener pronto una corte de derechos humanos."[25] El Gobierno del Ecuador, a través de su canciller, Ricardo Patiño, dijo durante su participación en una Asamblea General que "la realidad cambió y los organismos deben también adaptarse a los cambios" y agregó "la OEA debe impulsar un espacio integral de derechos humanos al que puedan recurrir individuos y organizaciones frente a los abusos de los estados, pero también de los abusos de poderes mediáticos y las empresas transnacionales"[26].

Estas expresiones, por solo nombrar algunas de las que se pudieron ver en la pluralidad de foros regionales dejaban claro que el consenso construido desde mediados del siglo XX estaba roto en las Américas.

Poco tiempo después, el 10 de septiembre de 2013, ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el entonces Ministro para las Relaciones Exteriores de Venezuela, Nicolás Maduro, siguiendo instrucciones del Presidente Hugo Chávez denunció la participación del país en la Corte Interamericana. Evo Morales en Bolivia y Rafael Correa amenazaban en conjunto sobre una inminente salida del sistema:

> "Si no hay cambios, pues reflexionaremos seriamente sobre nuestra continuidad en ese sistema interamericano de derechos humanos que tiene evidentes contradicciones", afirmó Correa.[27]

La ruptura del consenso alrededor del derecho internacional, en especial en el papel de los derechos humanos trajo como consecuencia inmediata un debilitamiento del sistema como un todo. A partir de la salida de Venezuela la eficiencia del sistema se comienza a percibir cierta debilidad que es aprovechada por los estados miembros de la organización para rechazar la

---

25 Venezolano Chávez dice CIDH no vale nada, viaja Cuba. En https://www.reuters.com/article/internacional-venezuela-chavez-cancer-fo-idLTASIE7A7ZFN20110917. Reuters. Consultado, en Noviembre 2023.

26 Ecuador pide a OEA abandonar Washington como sede. 5 de junio 2014. La Nación. Disponible en: https://www.nacion.com/el-mundo/ecuador-pide-a-oea-abandonar-washington-como-sede/XXHPV6RY75BLPO5MS4L36AKIWM/story/

27 Rafael Correa y Evo Morales amenazan con dejar la Corte-IDH. Disponible en: https://peru21.pe/mundo/rafael-correa-evo-morales-amenazan-dejar-corte-idh-127031-noticia/

actuación del organismo. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que fue capaz de plantar cara a las sangrientas dictaduras del Sur del continente, recibe el rechazo de los gobiernos de Nicaragua en el 2018[28] o Venezuela en el año 2019[29] cuando solicitaron autorización para realizar visitas in loco e incluso la propia Colombia en Colombia en el año 2021[30] para investigar la situación de las protestas de ese año.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos había pasado en cincuenta años, de obligar a las dictaduras militares a visibilizar sus graves violaciones de derechos humanos, aunque estuvieran apoyadas por los Estados Unidos en una dicotómica lucha contra el comunismo, a verse imposibilitada de convencer a Venezuela o Nicaragua de aceptar el monitoreo del Sistema o eventualmente abandonar por completo la OEA sin ninguna condena o consecuencia.

DE LA RUPTURA DEL CONSENSO A LA POLARIZACIÓN

A lo largo del texto, nos hemos referido reiteradamente a la idea de la idea del consenso y siguiendo las enseñanzas del Profesor Raúl Arrieta, sería importante detenerse a reflexionar desde la filosofía política que aporta la idea del consenso y su papel en la crisis que estamos navegando en la actualidad en la región y en especial en el papel de los derechos humanos.

"A comienzos de los años setentas el filósofo Percy Herbert Partridge (1971) hacía notar que el significado de "consentimiento" y "consenso" permanecía oscuro en la historia del pensamiento político a pesar de la persistente importancia de las dos ideas; cerca de treinta años más tarde Ruth Zimmerling (2005) señaló una falta análoga de precisión y claridad en el uso de los términos "influencia" (influence) y "poder" (power), igualmente centrales en la filosofía y en la ciencia política. Se puede establecer una

---

28 Gobierno de Nicaragua rechaza visita de la CIDH para investigar las muertes por enfrentamientos. La nación. Costa Rica. Disponible en https://www.nacion.com/el-mundo/conflictos/gobierno-de-nicaragua-rechaza-visita-de-la-cidh/JVXL6NMAWZD7JLIGTX63KHQ4SM/story/ Consultado. Noviembre 2023.

29 Maduro impide a la CIDH ingresar a Venezuela. Disponible en https://www.eleconomista.com.mx/internacionales/Maduro-impide-a-la-CIDH-ingresar-a-Venezuela-20200204-0104.html

30 El Gobierno dice no a la visita de la Comisión Interamericana. Disponible en: https://www.elespectador.com/politica/gobierno-le-dice-no-a-la-visita-de-la-cidh-por-violencia-en-las-protestas/ Visitado en Junio 2022.

relación entre los dos casos, ya que el surgimiento del consenso en términos políticos se comprende bajo el trasfondo de las relaciones de poder e influencia que han existido históricamente entre los seres humanos. Los fenómenos que esto implica no solamente son los que se pueden observar en el plano de las dinámicas políticas en sentido estricto, pues la formación, la expresión y la trasformación del consenso implican procesos intrapsíquicos, cognitivos y emotivos de diversa complejidad, además de procesos normativos, organizativos y sociales que se pueden analizar a diferentes escalas, desde la de pequeños grupos informales de la llamada "socialización primaria" hasta la de los Estados. Por este motivo, el consenso se ha vuelto uno de los ámbitos de la investigación en el cual la filosofía debe confrontarse con los logros de diferentes disciplinas –cada una con sus ulteriores especializaciones–, desde la psicología hasta la sociología, desde la antropología hasta las teorías de los medios de comunicación, desde las ciencias cognitivas hasta las neuro-ciencias."[31]

La idea del consenso y su importante papel en la gobernabilidad local e internacional, se han puesto a un lado en la actualidad, frente a otros conceptos más en boga y lo que es peor, de mayor importancia en la política internacional y local, pero especialmente en el tema de los derechos humanos, como es el caso de la polarización.

Margaret Thatcher fue la primera líder internacional que utilizó la idea de la ruptura del consenso como la base principal de su política, lo cual le dio el liderazgo y la proyección que tuvo, no solo en el Reino Unido, sino en toda Europa y buena parte del mundo.

"Las opciones políticas («politics options») que definieron a Thatcher iban ciertamente en una sola dirección, que era la de romper un determinado consenso. Pero esto no fue, y es importante subrayarlo, hacer añicos lo que en el Reino Unido era conocido como el «Post-War Consensus» entre el Partido Conservador y el Partido Laborista, que duraría hasta bien entrada la década de los sesenta y los tiempos del «Swinging...» y de los Beatles. Los hitos de este consenso fueron los siguientes: Winston Churchill (conservador) gana la guerra; Clement Atlee (laborista) gana las elecciones de 1945, establece los cimientos del Estado del Bienestar y no desarma el Reino Unido –de hecho se convierte en potencia nuclear–; los conservadores (Churchill, Anthony Eden

---

[31] Luca Mori. El consenso como concepto filosófico-político: contribución a la historia y a la re-composición de un rompecabezas teórico. Revista Eidos, No. 21 Barranquilla July/Dec. 2014.

y Harold Macmillan) recuperan el poder y fortalecen el National Health Service, elevan la edad de enseñanza obligatoria, etc. Thatcher, que fue elegida diputada en 1959, no tenía ningún problema con este «Post-War Consensus» y admiró a ciertos políticos laboristas. De hecho, aunque se cree lo contrario, ni el gasto público decreció significativamente durante los años de Thatcher ni Thatcher se despreocupó de la Sanidad y de la enseñanza pública. Para Thatcher, este loable consenso se rompió en las duras peleas que protagonizaron Harold Wilson (laborista) y Edward Heath (conservador), Heath y los sindicatos (Thatcher para entonces ya era ministra), y los sindicatos y James Callaghan (laborista y sucesor de Wilson). A finales de la década de los sesenta, comenzaba a notarse lo que los ingleses –siempre prestos a utilizar palabras francesas para explicar conceptos complejos– llamaban una cierta «malaise» en la sociedad británica, y ésta se fue agravando en la década de los setenta. Se había impuesto otro consenso en el Reino Unido y Thatcher dio un rebote: hasta aquí hemos llegado; la única alternativa es que yo tome el mando, porque no hay otra. Los conservadores la entendieron. Heath dimitió y Thatcher le sucedió."[32]

En América Latina a partir de la década de los años setenta se logra identificar el proceso de democratización de los gobiernos en la región, con el proceso de modernización y establecimiento y construcción de la paz. Durante la década de los 70 y 80 las democracias latinoamericanas, con el apoyo del Gobierno de los Estados Unidos, en particular la administración de Jimmy Carter (1977-1981) se acometen un conjunto de labores, que desde la perspectiva regional serán de gran importancia. En estos dos últimas décadas se logra finalizar las dictaduras en el cono sur del continente americano, se concluye la dominación colonial más importante de la zona como era el control de los Estados Unidos de la Zona del Canal de Panamá, se profundizan las procesos de crecimiento económico en toda la región. En esa época de gran esplendor político se avanza en una ambiciosa agenda de derechos humanos, especialmente con la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Declaración Americana y por otro lado, el fortalecimiento del papel de la OEA como foro político y técnico, donde las misiones de observación electoral comenzaron a jugar un papel de gran importancia.

---

[32] Tom Burns Marañón. Cuando no basta con el consenso. La razón. España. Disponible en https://www.larazon.es/la-razon-del-domingo/cuando-no-basta-con-el-consenso-EJ1856655/

Con el comienzo de la década de los ochenta y el inicio de la era Reagan en la Casa Blanca, la agenda interamericana cambió y el papel de democratización y promoción de la democracia se caracterizó por la confrontación en la fase final de la guerra fría, en particular en Centro América, con el conflicto en la zona y la intervención de los Estados Unidos. Sin embargo, las bases del consenso en América Latina pudieron promover foros como los de Contadora y el Grupo de Rio para consolidar el discurso democratizador y de avances. Este proceso de construcción del dialogo y el consenso político regional sentaría las bases del plan de democracia regional y todo el proceso que culminaría en el Premio Nobel a Oscar Arias de Costa Rica. El discurso en América Latina tenía el acento de democracia, la paz y los derechos humanos, con el importante papel del Sistema Interamericano en investigar masacres, asesinatos políticos y la promoción de la paz. Con los años y el fin de la Guerra Fría, el discurso de la modernización política comienza a ampliarse a las reformas económicas, promovidas por el Consenso de Washington desde finales de esa misma década.

Durante la década de los noventa, el continente americano, se presentaba como una zona con grandes posibilidades de crecimiento económico, mejor vistas por el capital global que las zonas que habían formado parte de la antigua Unión Soviética. Sin embargo, la percepción de modernidad, solo estaba asociada al respeto a los derechos humanos y la elección presidencial, con usos de la democracia electoral ampliamente extendidas. Las deudas sociales que no fueron adecuadamente atendidas y ampliamente criticadas por sectores de la antigua izquierda radical, que anteriormente había liderado incluso la propia lucha armada en muchos países, se situaba al frente de una nueva agenda política.

En la región comenzaron a florecer movimientos insurgentes, desde la derecho o la izquierda, golpes de estado en Haití (1991), Perú (1992) o Venezuela (1992) y la aparición de nuevos movimientos revolucionarios como el Ejercito Zapatista de Liberación Nacional (1994). Eran signos preocupantes. Estas señales de las rupturas de los consensos políticos locales, en los países mencionados antes, Haití, Perú o Venezuela, fueron respondidas de forma diversa por las diversas elites locales. En el caso de Haití, una intervención de las Naciones Unidas para reponer la democracia; en el Perú un distanciamiento del estado peruano frente a la eficiencia de un Gobierno como el de Fujimori para mejorar la economía del Perú y en el caso de Venezuela, una ruptura del consenso de apoyo a la democracia para defender a los golpistas de ese año.

Cada una de esas crisis, por solo acercar el análisis a tres países de la región, desataron graves crisis internas que han generado gran desestabilización en esos países y que han permanecido desde los años 90 del siglo pasado.

En esos debates nacionales, el tema de los derechos humanos se convirtió en un elemento de disociación y distanciamiento. El tema que antes nos unía, como era el respeto a la democracia y el avance a los derechos humanos, se convirtió en un elemento para distanciar y construir la polarización necesaria para conquistar la agenda política local, al costo de la regional. En palabras de Javier Salas, citado por Luis Müller, los derechos humanos se convirtieron en un falso dilema[33]. En algunos países como Perú, los derechos humanos servían para proteger a los terroristas de sendero luminoso, en el caso de Trinidad y Tobago, Colombia, el Salvador, Ecuador y muchos otros casos, los derechos humanos, protegían al ladrón o al guerrillero En el caso de Bolivia o Venezuela, los derechos humanos protegían a los defensores del status quo o del imperialismo. En otras palabras, los derechos humanos defienden al otro. O en palabras aún más simples, los derechos humanos defienden al que está en contra del gobierno o del poder.

Un caso que puede ilustrar la complejidad de la polarización del tema de los derechos humanos en el continente es que durante el Gobierno del Presidente Petro en Colombia, los asesinatos de lideres sociales aumentó[34], pero las denuncias son menores por ser un gobierno de izquierda. Es decir, la información o critica de la acción gubernamental se percibe como un potencial conflicto, al cual no se quiere pertenecer.

En la región latinoamericana los conceptos de derechos humanos y con ellos la actuación internacional estructurada en la comunidad internacional a través de la OEA o la ONU y sus órganos se han convertido en un elemento que contribuye a la polarización política interna, que ha tendido como consecuencia la progresiva pérdida de legitimidad del sistema en algunos sectores del colectivo latinoamericano, asociándolo a ciertas posturas políticas, frente a otras que los defienden, aunque en la práctica no tengan

---

33 Miller, Luis. Polarizados. La política que nos divide. Editorial Deusto. 2022. p. 18.

34 Asesinato de líderes sociales aumentó, pese a la llegada al poder de Gustavo Petro. Luis Benito. Infobae. Disponible en https://www.infobae.com/colombia/2023/05/23/asesinato-de-lideres-sociales-aumento-pese-a-la-llegada-al-poder-de-gustavo-petro/

ninguna relación con la ubicación dentro del espectro político. El tema es igualmente atacado por gobiernos de derechas o de izquierda. Escoja Ud. el ejemplo en cada país.

LA SITUACIÓN ACTUAL

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una opinión consultiva, es decir, no una sentencia para resolver un caso sobre desempeño en la materia por parte de un estado. Una oportunidad que tiene la institución para explicar el alcance de sus tratados, señaló la situación de la región en los siguientes términos:

> "…el mayor peligro actual para las democracias de la región no es un rompimiento abrupto del orden constitucional, sino una erosión paulatina de las salvaguardas democráticas que pueden conducir a un régimen autoritario, incluso si este es electo mediante elecciones populares".[35]

De esta manera, la CIDH expresó de forma clara la preocupación generalizada en la región: las formas se cumplen en las distintas etapas de la elección presidencial, pero con mayores limitantes para verificar o certificar las mismas por parte de un actor relevante e independiente.

Por otro lado, la OEA desarrolló un importante ejercicio de apoyo a la democracia y la celebración de elecciones. Por ello la Organización estableció desde 1962 misiones electorales para promover la participación democrática, pero también señalar si las elecciones pueden considerarse aceptables de acuerdo a los derechos humanos y las normativas internacionales. Hasta la fecha el Departamento para la Cooperación y Observación Electoral ha celebrado 240 misiones de observación electoral en 27 países del continente.[36]

---

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva oc-28/21 de 7 de junio de 2021. Solicitada por la República de Colombia. La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos. (interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, xx de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/ opiniones_consul tivas.cfm. Revisado en Abril 2022.

36 Para información complete ver: OEA Departamento para la Cooperación y Observación Electoral https://www.oas.org/es/sap/deco/

Estas misiones electorales han enviado mensajes claros en la actualidad a los casos de Nicaragua que proclamó a Daniel Ortega o en Venezuela que declaró vencedor a Nicolas Maduro sobre la falta de garantías para un proceso electoral independiente y que por sobre todas las cosas respete el derecho de participación de la ciudadanía de esos países. Estos informes técnicos han sido acogidos en el caso de estos dos países, llevando incluso a Nicaragua a abandonar el órgano hemisférico o en el caso de Venezuela, a producir resoluciones de clara condena de las mismas[37].

Pero incluso, la situación de los derechos humanos y el consenso que entendemos por su protección esta fracturado en la región, como evidencia el fraude certificado por la Misión Electoral de la OEA en las elecciones en Bolivia en el 2019, que expresó lo siguiente:

> "El equipo auditor ha detectado una manipulación dolosa de los comicios en dos planos. A nivel de las actas, a partir de la alteración de las mismas y la falsificación de las firmas de los jurados de mesas. A nivel del procesamiento de los resultados, a partir del re direccionamiento del flujo de datos a dos servidores ocultos y no controlados por personal del TSE, haciendo posible la manipulación de datos y la suplantación de actas. A ello se suman irregularidades graves, tales como la falta de resguardo de las actas y la pérdida de material sensible.
>
> Los hallazgos detallados revelan, asimismo, la parcialidad de la autoridad electoral. Los vocales del TSE, quienes debían velar por la legalidad e integridad del proceso, permitieron que se desviara el flujo de información hacia servidores externos, destruyendo toda confianza en el proceso electoral."[38]

---

37 France Press. La OEA aprueba resolución de rechazo de las elecciones parlamentarias de Venezuela. https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20201209-la-oea-aprueba-resolución-de-rechazo-de-las-elecciones-parlamentarias-de-venezuela. Visitado en Junio 2022. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA. CIDH reafirma su competencia sobre Nicaragua y lamenta su decisión de denunciar la Carta de la OEA en un contexto de graves violaciones a los derechos humanos. https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/312.asp. Visitado Junio 2022.

38 OEA. Análisis de Integridad Electoral. Elecciones Generales en el Estado Plurinacional de Bolivia 20 de octubre de 2019. Informe Final. Disponible en: https://www.oas.org/es/sap/deco/informe-bolivia-2019/0.1%20Informe%20Final%20%20Analisis%20de%20Integridad%20Electoral%20Bolivia%202019%20(OSG).pdf

La situación de elección en la OEA desató una oleada de reacciones en la región, que terminaron en un supuesto golpe de estado contra el presidente saliente Evo Morales y al mismo tiempo una crisis institucional que no encontraba respaldo regional para su conclusión.

Sin embargo, la denuncia de la Misión Electoral de la OEA en Bolivia, refleja una situación que se ha repetido en varias ocasiones en el continente, en especial en los países que han recibido mayor atención del órgano regional, como Nicaragua o Venezuela en la actualidad: desbalance del papel del ejecutivo, parcialidad de los órganos de escrutinio, falta de custodia del material de votación, pero por encima de todo, un esquema de trabajo político que comienza a actuar mucho tiempo antes del proceso de votación, donde los sistemas electorales son controlados por el Ejecutivo.

Por ejemplo, desde el año 2006, la OEA señalaba en el caso de Venezuela lo siguiente: "…es importante reglamentar el uso de recursos públicos y/o del Estado, de manera que se preserve el equilibrio y la igualdad de condiciones entre los participantes de un proceso electoral."[39]

Esta crítica se refleja de forma continua en los países con los déficits democráticos más graves en la región, control de los recursos por parte del ejecutivo, falta de independencia de los árbitros electorales y una cultura electoral que no respeta al adversario, quien entra en una diatriba dicotómica buenos-malos, que no colabora con el desarrollo de la democracia.

El sistema regional interamericano ha señalado estas tendencias desde hace muchos años, como señalamos desde la propia salida de Trinidad y Tobago hasta las primeras re-elecciones de Hugo Chávez en Venezuela. Pero como ha señalado el reconocido autor Douglas Cassel:

> "Ningún sistema internacional de protección de los derechos humanos le pida más al derecho y menos al apoyo diplomático y político, que el Sistema Interamericano.

---

[39] Informe Venezuela. Elecciones 2006. Conclusiones. Disponible en: https://reformaspoliticas.org/wp-content/uploads/2015/03/venezuelainformemoe2006.pdf. Pagina

> La Corte Interamericana maneja los remedios legales más ambiciosos: en los casos contenciosos sus órdenes son obligatorias y ella puede exigir toda la gama de reparaciones que permite el derecho internacional.[40]
>
> El hemisferio posee refinados mecanismos jurídicos e institucionales que actúan de forma cada vez más ejemplar, convirtiéndose en referentes en el contexto interno de los países en diversos ámbitos, pero en la práctica el consenso político que les da sustento para poder actuar está cada vez más fragmentado.
>
> El último proceso de reformas al Sistema Interamericano estuvo caracterizado, a juicio del antiguo miembro de la Comisión Interamericana Felipe González, "…por tensiones muy fuertes y en algunos momentos, pareció que serían los propios Estados los que llevarían a cabo las transformaciones."[41] Sin embargo, como agrega el propio Comisionado González "…es importante resaltar aunque las reformas adoptadas implican una serie de avances, ellas difícilmente acarrearan un salto cualitativo en el funcionamiento del SIDH si no van acompañadas de una provisión de recursos adecuados para que la Comisión y la Corte IDH desarrollen sus tareas."[42]

Para el año 2021, la Asamblea General de la OEA aprobó un presupuesto regular para la Comisión Interamericana de US $ 10,081,900[43], de los cuales un poco más del 60% se destina a gastos de personal y el 40% restante para gastos operacionales. Los recursos adicionales del presupuesto de la Comisión se consiguen a través de proyectos específicos o donaciones, para un total de US $ 8,100,00. Sin embargo, en la realidad el presupuesto de gastos de personal es superior al 30% de esa cifra y los proyectos están directamente comprometidos con los objetivos de estos. Por ejemplo,

---

40 Douglas Cassel. El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará El Reto El Sistema Intera Mericano De Derechos Humanos?. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Vol. 29. 1999. p. 70.

41 Felipe González Morales. El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista Interamericana de Derechos Humanos. Volumen 59.

42 *Ibidem*.

43 OEA. Asamblea General. Programa Presupuesto 2021. Disponible en: http://www.oas.org/budget/2021/Presupuesto_Aprobado_2021.pdf. Visitado en Junio 2022.

Fortalecimiento institucional por parte del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU US $ 80,0000 y el resto de los 37 proyectos que ejecuta la CIDH en áreas tan diversas como derechos reproductivos, niñez, acceso a la justicia, justicia transicional o específicos para países como Nicaragua, Cuba o Venezuela.

En el caso de la Corte Interamericana la situación no es distinta. El Presupuesto total asignado el año 2022 para este organismo fue de US $ 8.450.000, distribuido de la siguiente forma: asignado por la OEA US $ 5.024.000, además de US $ 2,880,000 de contribuciones de la cooperación internacional y US $ 548,000 por contribuciones especiales de Costa Rica, México, Perú y Chile.

Desde una forma de establecer una perspectiva, veamos el caso del continente africano y el continente europeo. El presupuesto asignado a la Corte Africana de los Derechos Humanos y los Pueblos para 2022 ascendió a US $ 11.911.668, compuesto por 10.590.867 $ [89%] de los Estados Miembros y 1.320.801 $ [11%] de los socios internacionales. Es decir, una situación similar en términos presupuestarios a la realidad interamericana. En el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos, su presupuesto es enteramente aportado por los estados a través del Consejo de Europa y para el año 2024 tenía un presupuesto aprobado de US $ 92,000,000. El presupuesto europeo es 8 y 9 veces mayor que los pares regionales de América o África. Igualmente podríamos referirnos al mayor cumplimiento de las sentencias en el caso europeo que en los dos otros ejemplos regionales.

Estas cifras de los órganos regionales americanos en comparación con sus pares globales ratifican la crisis que tratamos de explicar. La falta del consenso político en la región encuentra un buen reflejo en la ausencia del compromiso de la financiación de los órganos de protección y promoción de los derechos humanos en el hemisferio. Los estados han encontrado en la falta de financiamiento a los órganos de protección de los derechos humanos en la región un mecanismo efectivo de limitación de las funciones de estos. De los tres tribunales regionales en funcionamiento en el mundo: Europa, África e Interamericano, la Corte Interamericana posee el menor presupuesto.

Este bajo financiamiento por parte de los estados miembros de la OEA conlleva, irremisiblemente, a una incapacidad para cumplir con las funciones encomendadas por los tratados, pero lo que es aún más importante a proyectar frente a las comunidades del continente una imagen de incapacidad de cumplir con los objetivos planteados.

De esta forma, el sistema se debilita de manera formal por la baja financiación y conceptualmente por la incapacidad de cumplirle a las comunidades, que en décadas anteriores fueron empoderadas por el propio sistema, cuando este representaba el consenso regional.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

La crisis de los derechos humanos en la región es profunda. No tanto por las estadísticas que pudieran mostrarse en cuanto al número de muertes violentas o de inequidad que constantemente definen al hemisferio y que caracterizan la región en el mundo.

Durante la última década, las ciudades de América Latina y el resto del mundo han enfrentado desafíos persistentes en términos de seguridad urbana. En América Latina, lugares como Caracas o San Pedro Sula han mantenido su reputación como algunas de las ciudades más peligrosas del mundo debido a altas tasas de violencia relacionada con la delincuencia y las pandillas. Como señaló Alejandro Hope "la inseguridad y el crimen organizado han creado un ciclo de violencia difícil de romper en estas áreas".

Mientras tanto, en otras partes del mundo, ciudades como Lagos, Nigeria, y Karachi, Pakistán, han enfrentado desafíos similares en cuanto a la delincuencia organizada y la violencia callejera. Aunque no siempre reciben la misma atención mediática que las ciudades latinoamericanas, estos lugares también luchan contra problemas de seguridad que afectan a sus residentes diariamente. Como señala Farooq Naseem Bajwa, experto en seguridad de Karachi, "la violencia política y étnica ha sido una preocupación constante en nuestra ciudad durante años, pero recientemente hemos visto una disminución gracias a medidas de seguridad más estrictas y esfuerzos de reconciliación comunitaria".

En términos de cambio a lo largo del tiempo, es evidente que algunas ciudades han logrado mejoras en sus índices de seguridad, mientras que otras siguen enfrentando desafíos persistentes. Sin embargo, el panorama global de la seguridad urbana es complejo y multifacético, y requiere un enfoque integral que aborde no solo las causas inmediatas de la violencia, sino también las condiciones subyacentes que la perpetúan. En este sentido, es fundamental el papel que se otorga a los derechos humanos en esta lucha en especial en nuestra región.

Es importante destacar que en los últimos años, se han observado ciertos avances en la reducción de la violencia en estas ciudades gracias a medidas gubernamentales y esfuerzos comunitarios. Por ejemplo, en San Pedro Sula se

ha registrado una disminución en la tasa de homicidios debido a iniciativas locales para combatir la violencia de pandillas. Por otro lado, ejemplos muy publicitados, como el caso el Salvador, se dieron a conocer en el año 2023 las cifras de homicidios más bajos de la historia de ese país[44].

La discusión regional se desarrolla en el papel que deben jugar los derechos humanos en las sociedades contemporáneas. Este papel en las sociedades contemporáneas incluye desde los temas de la construcción de la gobernabilidad y el papel de los gobiernos hasta el lugar que los organismos internacionales deben jugar en las sociedades nacionales, incluyendo los sistemas de justicia internacional regional, las misiones de observación electoral hasta los más avanzados compromisos de cooperación nacional-regional en la construcción de la gobernabilidad local, como fue la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) establecida por acuerdo entre el Gobierno de Guatemala y la ONU[45].

Desde la creación de la OEA a mediados del siglo pasado, los Derechos Humanos, su promoción y observancia se convirtieron en los pilares de la actuación regional, en particular en la promoción de la democracia, permitiendo alcanzar a finales del siglo XX un continente democrático, sin duda imperfecto, pero en franca mejoría. La transición a un siglo XXI que debía fortalecer y gestionar esa democracia ha enfrentado graves problemas. Por un lado, la confrontación política hemisférica, a ambos lados del espectro político que interpretan los derechos humanos de formas distintas y utilizan sus conceptos como armas arrojadizas en contra de los grupos al otro lado del espectro político. Al mismo tiempo, ambos lados de la ecuación política coinciden en la necesidad de no otorgar los fondos necesarios a la OEA para que el sistema de protección de derechos humanos pueda cumplir con su mandato constitucional. La limitación de recursos no cubre, ni siquiera, los gastos de funcionamiento que la región requiere, y por sobre todo pueda responder a las aspiraciones legítimas de las sociedades de América Latina.

---

44 Bukele reporta bajas cifras de homicidios en El Salvador tras casi cinco años, pero con denuncias de violaciones de derechos humanos como telón de fondo. Disponible en: https://cnnespanol.cnn.com/2024/02/01/crimen-homicidios-bukele-el-salvador-analisis-orix/ Consultado Febrero 2024.

45 Guatemala anuncia fin de comisión anticorrupción de la ONU. Disponible en https://apnews.com/general-news-6c103146de4547fda56da6eec153a2d8.

Lamentablemente esta crisis financiera no se limita a la OEA; la ONU también ha entrado en una grave situación financiera tal y como lo informó el secretario general Antonio Guterres a comienzos del año 2024, haciendo muy difícil a la Organización cumplir con sus compromisos.

El papel de los organismos internacionales, OEA y ONU, a través de las agendas políticas pactadas y acordadas por los gobiernos que integran los mismos, han sido convertidas en una herramienta que contribuye a la polarización interna y consecuentemente dificulta la consecución de las agendas políticas internas. Esto no se limita solamente a los temas de la agenda de derechos humanos en la región, sino que se puede ampliar al tema de la Agenda 2030 de la ONU y supuestos temas que la integran referidos a la "ideología de género", protección del ambiente, protección de los refugiados, entre otros temas.

Los movimientos de derechos humanos también se han visto perjudicados en esta confrontación política. Sin embargo, los liderazgos nacionales que en las diatribas políticas sufren los reveses políticos, en forma de negativas de gobiernos o golpes de estado, de inmediato exigen a esos mismos organismos del sistema que tanto se empeñaron en debilitar, para que los protejan en su condición de víctimas. La lista de lideres que atacan al sistema y que rápidamente acuden a él durante una crisis, daría un amplio inventario sin distingos de ideología política.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos consiguió grandes éxitos en el continente, desde la promoción y consolidación de la democracia, la denuncia de graves atrocidades cometidas en todo el hemisferio desde las dictaduras en el cono sur, hasta las guerras civiles en Colombia y Centro América. El Sistema Interamericano también colaboró en el desarrollo de nuevos modelos de participación para aquellas comunidades y grupos marginalizados por el modelo de sociedad imperante, en especial comunidades indígenas, afrodescendientes y de la diversidad sexual. Estos grupos son junto con el acervo institucional desarrollado en democracia y respeto a los derechos humanos las bases del sistema, sobre el cual deben ser evaluados los derechos humanos.

Sin duda, estamos en una crisis grave, pero no todo está perdido. Es importante comprender que la crisis no se refiere al tema de los derechos humanos o la OEA o la ONU en particular. Tienen que ver más con la forma como nos relacionamos como colectivo y la manera en que la política se está ejecutando, desde las redes sociales, los medios de comunicación y hasta en nuestro diario actuar.

Las expresiones de limitación de la democracia en América Latina oscilan desde tendencias autoritarias hasta las más claras muestras de absolutismo. Sin embargo, en sectores de la sociedad se abren espacios para más y más tolerancia. Como se refería un ex presidente de Venezuela[46], en "la región se es paciente con las dictaduras e impaciente con las democracias".

Mientras cada vez más los gobiernos tratan de limitar los avances de los derechos humanos en los foros internacionales y en su gestión de gobierno, más y más jóvenes se forman en las universidades y centros de enseñanza en la importancia de estos. Las Universidad organizan modelos de enseñanza y así cada vez más se solicita en los tribunales nacionales la tutela de esos derechos humanos, que se constituyen en la base del dialogo político y los estándares de conducta que las sociedades esperan de sus gobiernos.

El debate es evidente. Mientras el consenso se fractura, las bases teóricas de los derechos humanos se fortalecen en el discurso social. La necesidad de ajustar el debate, rebajar la confrontación y reconstruir el consenso básico son impostergables en la región. Este será el comienzo del fortalecimiento de los derechos humanos en la región.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMERON, M. "Strengthening Checks and Balances: Democracy Defense and Promotion in the Americas", Artículo presentado en *Conference on the Inter-American Democratic Charter: Challenges and Opportunities,* Liu Institute for the Study of Global Issues, University of British Columbia, 2002

CARTES RODRÍGUEZ, Juan Bautista. "El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz?", en *Anuario Mexicano Derecho Internacional*, Vol.17, Ciudad de México ene./dic, 2017

CASSEL, Douglas. "El Perú se retira de La Corte: ¿Afrontará El Reto El Sistema Interamericano de Derechos Humanos?", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 29, 1999, p 70.

[46] Ramon J. Velásquez. Presidente encargado de Venezuela. 5 de junio de 1993-2 de febrero de 1994. Político e historiador. Ver. https://es.wikipedia.org/wiki/Ramón_J._Velásquez.

CEPAL. "La conformación del Área de Libre Comercio de las Américas, ALCA: aspectos institucionales y comerciales", 1999, Disponible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/2729-la-conformacion-area-libre-comercio-americas-alca-aspectos-institucionales.

FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales", Tercera Edición, Costa Rica, Ediciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

GALVÁN CORONA, José Alfredo. "La promoción de la democracia en el hemisferio: consensos y límites de la acción de la OEA", en *Revista Mexicana de Política Exterior*, No. 54, 1998.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio et all. "Curso de Derecho Internacional Público", Madrid, Editorial Thompson-Civitas, 2003.

GONZÁLEZ MORALES, Felipe. "El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, Volumen 59.

KOSKENNIEMI, Martti. "Sources of International Law. 567 Inglaterra. Ashgate Publishing House,

OEA", Análisis de Integridad Electoral, Elecciones Generales en el Estado Plurinacional de Bolivia, Informe Final, 2019

RAZ, Joseph. "Human Rights without Foundations", en *The Philosophy of International Law*, 2010.

ROMERO, María Teresa / CARDOZO, Elsa. Aproximación a la propuesta internacional de Hugo Chávez: Las concepciones de democracia e integración. *Revista venezolana de análisis de coyuntura*. Enero-junio 2002. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Pagina 153

Samantha BESSON y TASIOULAS, Jhon., (Editores) 626 páginas. Oxford, UK. Oxford University Press.

SAINZ BORGO, Juan Carlos., "El derecho a la educación en la agenda 2030. Una visita desde la pandemia", en *Revista Jurídica Jalisciencese,* No. 63, 2020.

_____. "Denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos. Una revisión a partir de tres intentos". En, Gonzalez Ibañez, Joaquin. (editor) *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honorem Nelson Mandela.* Universidad Alfonso X, Washington College of Law, American University. Editorial Ibañez. Bogotá, 2009.

APUNTES SOBRE PRIVATIZACIÓN

Samantha SÁNCHEZ MIRALLES*

INTRODUCCIÓN

En estos apuntes exploraremos la figura de la privatización, como uno de los cambios más relevantes que se han generado en la esfera pública del Estado, así como en el ámbito privado de empresas, industrias y otras instituciones sociales, y la relación entre ambos sectores desde finales del siglo XX hasta la fecha.

Comenzaremos con una breve reseña histórica sobre la función del Estado y su relación con el sector privado, para seguir con la definición de privatización, sus ventajas, desventajas, formas y principios.

Si bien se trata de unas notas generales sobre la institución de privatización, la motivación detrás de este trabajo radica en el caso de Venezuela, donde luego de haber sufrido una masiva (y abusiva) ola expropiatoria, en virtud de la cual, el Estado se apropió todo tipo de bienes, instalaciones industriales, inmuebles urbanos, espacios deportivos, etc., con cuestionables argumentos de utilidad pública e interés social, pareciera que la privatización se perfila como el siguiente paso a tomar.

Consecuentemente, estas anotaciones pretenden sentar una guía base para esa futura privatización para que sea llevada a cabo dentro de un marco jurídico fuerte y lógico y citamos a Milton Friedman[1]: "La privatización no significa nada si no se cuenta con el Estado de Derecho. ¿De qué vale privatizar si no se cuenta con seguridad sobre su propiedad o si no se puede usar como se quiere?"

---

* Abogado Magna Cum Laude y Doctora en Ciencia Jurídicas por la Universidad Central de Venezuela. LL.M. University of Michigan (1994).

1 Economista, estadístico, académico y premio Nobel de Economía.

I. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

El liberalismo y el ascenso social de la clase burguesa a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX se consideran los dos factores determinantes del origen del Estado de Derecho, ya que la filosofía liberal y la nueva clase burguesa deseaban reducir el poder estatal, enmarcándolo dentro de los límites fijados por leyes claras e iguales para todos; todo esto en oposición al Estado absoluto que hasta ese entonces se conocía: la monarquía.

El Estado de Derecho parte pues, de un individuo libre y de un escenario donde la función del Estado es la de asegurar esa libertad individual a través de su organización y de las leyes, reduciendo la arbitrariedad de los poderes públicos.

La intervención administrativa o el servicio público se justificaban únicamente cuando fallaba la iniciativa privada para satisfacer una determinada necesidad pública.

Esta idea, que da origen al Estado de Derecho, va evolucionando e incorpora luego el concepto de justicia social. En ese momento nos encontramos con una Administración mucho más activa como prestadora de servicios. Ahora bien, de qué servicios estamos hablando. Podemos distinguir, *grosso modo*, dos tipos de servicios: servicios asistenciales y servicios económicos o derivados de una actividad económica o comercial que no tienen naturaleza de servicio público.[2]

Los servicios sociales o asistenciales son los que garantizan el derecho del administrado a la conservación de la vida y la salud y al desarrollo de su personalidad: beneficencia, sanidad y educación.

Es interesante recordar que, al menos en occidente, los servicios de beneficencia se imponen como una obligación estatal cuando la Iglesia Católica pierde su poder y, consecuentemente, pierde su posibilidad de llevarlos a cabo, primero en los países protestantes y luego en los propios países católicos con los distintos procesos de secularización y reforma. Un caso emblemático se encuentra en el sector educativo donde el Estado empezó a abrirse campo en estas áreas con los principios de enseñanza general y

---

[2] Véase en general, Badell & Grau, *Régimen Jurídico de la Privatización*, Cuadernos Jurídicos Badell & Grau No. 3, Editorial Torino, Carcas, 1998.

obligatoria. Esto no implicaba la prohibición para los particulares de realizar actividades en estas áreas.[3]

El siguiente cambio en el perfil funcional de la Administración Pública moderna es la consagración de la competencia sobre determinados servicios públicos para gestionarlos directamente. Ya antes, la Administración mantenía, de forma excepcional, la explotación directa de determinadas empresas económicas, como herencia de antiguas propiedades de la Corona o monopolios fiscales con la única justificación de conservar unas fuentes fiscales de ingreso para el Tesoro Público. Pero, la situación cambia más profundamente cuando la actuación económica empresarial es asumida por la Administración movida por razones de interés público, aun cuando esta actividad se desarrolle bajo formas de derecho privado. Aquí encontramos un quiebre en el sistema tradicional de la relación entre Estado y economía.

Dicho esto, el siguiente paso en la evolución de la función administrativa es cuando la expresión "servicio público" es reemplazada por "empresa pública", porque el Estado aparece aquí para suplir inversiones privadas en países de escasa capitalización o como consecuencia de la expansión cada vez más amplia de las políticas socialistas. En este caso, servicio público (como sinónimo de empresa pública) implica que éste está sometido a un régimen especial de derecho público, y se ha sido sustituido por el concepto de servicios de interés económico general. Es decir, que se admite que el Estado intervenga en el contexto económico, bajo el sistema empresarial siempre y cuando la actividad se desarrolle en concordancia con la libre iniciativa privada.[4]

Debemos recordar entonces que, en este contexto, una empresa pública es cualquier forma de actuación industrial o mercantil del Estado.[5]

---

3 Esta participación privada no son concesiones porque la Administración no se ha reservado la titularidad de la actividad.

4 Esto facilitaría posteriormente la privatización pues la actuación del Estado está de algún modo desregularizada. Badell & Grau, *op.cit*. p. 16

5 Fernando Garrido Falla, Privatización y reprivatización (Conferencia pronunciada en Buenos Aires el 13 de mayo de 1991 con motivo del Congreso Internacional sobre Transformación del Estado) en https://dialnet.uniroja.es

II. QUÉ ES LA PRIVATIZACIÓN

Ahora bien, vista la reseña histórica sobre el papel del Estado en la economía y sus diferentes niveles de participación, entremos de lleno en materia y comencemos con la definición de privatización.

> Privatización no es más que la transferencia o devolución (reprivatización) al sector privado de una actividad o función pública.[6]

Tradicionalmente, la privatización versa sobre servicios o actividades separables de la actividad propia de la Administración. *Ergo*, no se podrían privatizar las funciones de soberanía tales como legislar o administrar justicia.[7] No obstante, actividades vinculadas a las funciones soberanas, como, por ejemplo, el manejo de prisiones (directamente vinculado a la administración de justicia), sí podrían ser objeto de privatización y, de hecho, lo han sido en países como Reino Unido[8] y Estados Unidos de América. [9] Tampoco son privatizables, en principio, las funciones esenciales del Estado de autoridad y policía.

En otro orden de ideas, queremos aclarar que la privatización no sólo puede ser interpretada como laissez *faire* ("dejar hacer"), sino como que la función del Estado cambia y se enfoca en regular de una manera distinta la actividad que ahora se pasa a manos de los particulares. Dicho de otro modo, que el Estado asume un rol de supervisión o de policía y este papel puede ser igual de intenso que el de una participación directa.

En términos de garantías, se impone a los particulares el principio de prestación de servicios universales, es decir, la obligación de suministrar los servicios que se han privatizado asegurando su universalidad, regularidad y razonabilidad de los precios y la Administración asume la función de regular,

---

6 Sebastián Martín-Retortillo, "Reflexiones sobre las privatizaciones", en *Revista de Administración Pública* No. 144 (sep.-dic. 1997) p. 7 a 43.

7 Es usual que exista además una reserva constitucional de este tipo de actividades como parte del dominio exclusivo de la Administración.

8 El derecho anglosajón ha eliminado los monopolios legales, ha abierto los mercados y ha fomentado la competencia para alcanzar mayor eficiencia a través de la reducción de precios y la competitividad.

9 Anan Khongkruephan, *Aspecto jurídico de la Privatización de Empresas Públicas. Un estudio comparativo del modelo español con el tailandés*, Getafe 2013 en https://www.semanticscholar.org. p. 38.

supervisar y controlar el mercado. Más adelante veremos esto con más detalles, cuando expliquemos los principios que rigen la institución de privatización.

III. FILOSOFÍA DETRÁS DE LA PRIVATIZACIÓN

Cuando se habla de privatizar las funciones públicas en el ámbito del Estado liberal, la pregunta inexorable es si dichas funciones pueden privatizarse o no. Tradicionalmente, como estas actividades estatales son la garantía de los individuos en cuanto a que su persona, sus bienes y derechos no sean violentados o que, si se violentasen, éstos tendrían la garantía de que podrán acceder a la protección y reparación correspondiente, se considera que dichas tareas no se pueden privatizar, porque no las puede realizar un particular (ni siquiera un particular dotado de ciertas prerrogativas públicas).

Por otra parte, si hablamos de servicios auxiliares que están fuera de las tareas que necesariamente deben permanece en manos públicas, el consenso es que sí se puede privatizar.

Si pasamos de un Estado liberal a un Estado social, donde claramente se supera la noción del Estado abstencionista, y nos encontramos con un Estado más beligerante, que trata de transformar y corregir desequilibrios para promover la igualdad y la justicia; como por ejemplo, el caso de Venezuela, cuya Constitución[10], específicamente en su artículo 3, establece que: ¨Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia…¨, se plantea de nuevo si cabe o no la privatización.

El Estado social se interpreta como que muchos de los derechos económicos están limitados por la función social y por ende, no sería posible privatizarlos.[11] Sin embargo, pensamos que el Estado social tampoco es incompatible con la privatización porque los poderes públicos pueden satisfacer su función de manera indirecta.

Como ya hemos indicado *supra*, la privatización no equivale a suprimir el papel del Estado sino a eliminar su excesivo protagonismo. El Estado se transformaría así en un ente vigilante, inspector y regulador del servicio privatizado y satisfaría de igual manera los derechos de los ciudadanos.

---

10 G.O. Extraordinaria N° 5453 del 24 de marzo de 2000.

11 Adicionalmente, y a título de ejemplo, en Venezuela no hay mención expresa a la privatización en la Constitución.

Cuando el interés público queda satisfecho claramente por la actividad de los particulares, y se asegura un nivel social mínimo, no hay duda de la privatización es procedente y además legítima.

Por todo lo anterior, en nuestro criterio, la figura de la privatización no está reñida con el Estado liberal ni tampoco con el Estado social.

IV. JUSTIFICACIÓN

Está claro entonces que el Estado ha pasado de liberal a social y a intervencionista. Pero, el Estado interventor vive también su crisis y esto ha llevado a una nueva vuelta de tuerca que nos ha conducido a la onda privatizadora.

Hay múltiples razones detrás de este nuevo cambio, pero, quizá el más relevante sea el haber comprobado que las actividades económicas prestadas por el Estado son más eficientemente ejecutadas por los particulares. Dicho de otro modo, cuando se desvinculan estos servicios de la administración y son transferidos al sector privado, la consecuencia parece ser que, por una parte, la administración puede gestionar mejor los verdaderos servicios públicos; y por la otra, que los particulares gestionan mejor y con más flexibilidad esos servicios.

La experiencia parece demostrar que, en líneas generales, el Estado es un pésimo gestor económico y que la empresa pública sólo puede subsistir con ayuda del Estado (en definitiva, con el apoyo de los contribuyentes).[12]

También ya hemos mencionado que la actividad económica del Estado no sólo se puede manifestar de manera directa, sino también a través de la regulación y el fomento; y si pensamos con criterios de eficiencia económica, el papel de los poderes públicos en el área económica no debería ser el de prestar servicios, sino el de fomentar la competencia y la pluralidad de operadores económicos.

Por consiguiente, la privatización se nos presenta, no sólo como un remedio ante la exagerada intervención económica directa del Estado, sino que también como una herramienta que permite mejorar la prestación de aquellas actividades de contenido económico que son realizadas directamente por entes públicos.

---

[12] Véase Patricio Rozas Balbotín, *Privatización, reestructuración industrial y prácticas regulatorias en el sector telecomunicaciones*, CEPAL. Santiago de Chile, 2005.

La privatización permite racionalizar la intervención económica del Estado, ampliando el campo de acción de los particulares.

V. VENTAJAS

Independientemente de que estemos ante un Estado liberal o social, hay varias ventajas patentes que nos ofrece la privatización:

1. Reducción del sector público: La privatización sin duda implica la reducción del sector público y con esta reducción se generan a su vez otras consecuencias como la disminución de la participación del Estado en la economía y la reorganización de la Administración en búsqueda de eficiencia y efectividad.

2. Disminución del gasto público: La privatización puede contribuir a la disminución del gasto público y también puede llevar a la reasignación de los recursos del Estado a otros fines públicos. En este ámbito también una posible consecuencia es la reducción de la necesidad de financiación pública y la liberación de recursos que pueden ser utilizados en otros programas o proyectos públicos. Esto evidentemente redundará en la eficiencia y la efectividad del gasto público.

3. Mayor ingreso por concepto de impuestos: Al privatizar una empresa, es muy probable que se puedan generar mayores ingresos por concepto de impuestos para el gobierno, ya que las empresas privatizadas suelen tener un mayor nivel de actividad económica y, consecuentemente, una mayor capacidad de generar ingresos e impuestos.

4. Diversificación de la economía: Al transferir la propiedad y el control de una empresa o activo del sector público a una entidad privada, se impulsa la innovación y el desarrollo de nuevos productos y servicios, lo cual contribuye a la diversificación de la economía y a incentivar el crecimiento económico. Las privatizaciones también pueden atraer inversiones extranjeras y fomentar la integración de la economía en el mercado global.[13]

---

[13] Un ejemplo de esto ocurrió en el caso de las telecomunicaciones en América Latina. *Id*.

5. Fomento de la libre competencia: La privatización aumenta la competencia en el mercado, al desaparecer el Estado del ámbito de actuación directa, los particulares podrán competir en igualdad de condiciones y esto probablemente generará varios efectos positivos, tales como una mejora en la calidad de los productos y servicios, la eficiencia y la transparencia.

6. Optimización de los servicios económicos y sociales: Esta ventaja está íntimamente ligada a la anterior, ya que la competencia puede traer una mejora en la calidad de los servicios privatizados, lo que a la vez impactará positivamente la satisfacción de los usuarios.

7. Las empresas privatizadas pueden ser operadas con mayor flexibilidad: Al transferir la propiedad y el control de una empresa o activo a una entidad privada, las empresas privatizadas actuarán dentro del régimen de derecho privado comercial que está hecho para permitir esa flexibilidad necesaria en el mundo mercantil, sin que deban estar sujetas a leyes o normas de derecho público, que pueden ralentizar y entorpecer su actuación en el mundo empresarial, esto derivará en un efecto cierto en la eficiencia, la toma de decisiones, la capacidad de respuesta y la innovación del sector.

8. Democratización y ampliación del régimen de propiedad de los bienes de producción: La privatización aumenta la participación de los ciudadanos en la economía y por lo tanto, su participación en la toma de decisiones económicas, lo que fomenta y mejorar la transparencia en el mercado. Adicionalmente, en los casos en los que la privatización se hace de manera de incorporar a los propios trabajadores de la empresa en la propiedad de la misma, esto también es una clara virtud del proceso de privatización.

VI. DESVENTAJAS

Obviamente, la figura de la privatización también entraña desventajas:

1. Disminución o pérdida de control público: La privatización puede llevar a una disminución o pérdida de las potestades del Estado de control directo sobre los servicios económicos y sociales, lo que puede tener un impacto negativo en la capacidad del gobierno de garantizar la calidad y la accesibilidad de esos servicios.

2. Pérdida de activos y reducción de ingresos públicos: La privatización evidentemente implica la transferencia de la propiedad de

empresas o activos en manos de una entidad privada. En algunos casos, esa pérdida puede versar sobre activos estratégicos o de importancia nacional, lo que puede tener un impacto negativo en la economía y en la seguridad nacional. Adicionalmente, a la "pérdida" de activos, si el Estado no emplea correctamente los ingresos generados por la privatización, puede terminar aún más pobre que antes. Por lo tanto, es importante que el Estado tenga un plan sólido para utilizar los ingresos generados por la privatización de manera eficiente y efectiva.

3. Aumento de precios: La privatización puede llevar a un aumento de los precios de los productos y servicios debido a la necesidad de generar ganancias para los accionistas. Además, en ausencia de regulación gubernamental, es posible que los precios aumenten a niveles que no sean asequibles para los consumidores. Por lo tanto, es importante que el gobierno establezca regulaciones adecuadas para garantizar que los precios de los servicios privatizados sean justos y razonables para los consumidores, si no se quiere esperar a que el mercado se auto-regule y los precios desciendan, en virtud de la libre competencia.

4. Reducción de la calidad de los servicios: En algunos casos, la privatización puede llevar a una reducción de la calidad de los servicios, si no se implemente una regulación apropiada al respecto. Esto puede generar un efecto negativo en los consumidores y en la economía en general. De nuevo, este escenario sería a más corto plazo, porque, en teoría, en el largo plazo, el mercado debería, en virtud de la competencia, regularse y los precios deberían bajar por si solos.

5. Desigualdad económica: La privatización puede contribuir a la concentración de la riqueza y a la ampliación de las desigualdades económicas, si el proceso no es estructurado siguiendo los principios democráticos de publicidad, transparencia e igualdad, lo que se traduciría en un impacto negativo en la economía y en la sociedad en general.

6. Conflictos laborales: La privatización puede conllevar conflictos laborales y a la reducción de las condiciones laborales y salariales de los trabajadores. Nuevamente, una regulación apropiada, puede contrarrestar esta desventaja.

Es importante tener en cuenta tanto las ventajas como las desventajas de la privatización antes de tomar una decisión sobre el tema. Cada caso es único y es necesario considerar cuidadosamente los impactos potenciales en la economía, la sociedad y los consumidores antes de tomar una decisión.

VII. TIPOS O FORMAS DE PRIVATIZACIÓN

Los académicos han clasificado la privatización en:

1. Privatización formal: es cuando la actividad la sigue realizando el sector público, pero es regulada por el derecho privado.[14] Esto se conoce también como la huida del Derecho Administrativo o levantamiento del velo en el ámbito del Derecho administrativo.

2. Privatización material: es cuando hay una transferencia total o parcial de la propiedad de empresas, participaciones en el capital de sociedades, acciones, activos o unidades de negocio a los particulares. Esto supone, por lo tanto, la pérdida de influencia decisiva para el sector estatal en la empresa privatizada, una reducción de su poder.[15]

3. Privatización funcional: es cuando se cambia la concepción pública social de un sector a una concepción privada.[16] Surgen entonces agentes privados donde antes sólo actuaba el sector público y, en teoría, están sujetos a las leyes de la libre competencia, nos enfrentamos entonces a temas de precios y otros controles que se reserva el Estado.

En cuanto a las distintas formas de privatizar, podemos encontrarnos con:

1. Oferta pública de acciones
2. Venta privada de acciones
3. Venta total o parcial de activos
4. Reorganización empresarial
5. Subasta de licencias para operar en un sector
6. Formación de una nueva empresa privada

---

[14] José Enrique Cachón Blanco, Las acciones, Ediciones Pirámides (Anaya) Madrid 2000

[15] Arcas Pellicer & Ruiz Cabestre "Las ofertas públicas de venta de acciones en el mercado bursátil español: privatizaciones frente a no privatizaciones, en Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa, No. 4, 1999 p. 325 y ss.

[16] Santiago González-Vara Ibáñez, "El concepto y las formas de privatización" en *Revista Española de Control Externo*, en https://dialnet.uniroja.es

Dar concesiones es también una forma de privatizar.[17] Asimismo, la colaboración empresarial también podría ser calificada de privatización, como sucede con la contratación de servicios específicos del Estado a los particulares.

VIII. PRINCIPIOS DE LA PRIVATIZACIÓN

Siendo la privatización una institución excepcional, normalmente cuestionada, dónde, en definitiva, el Estado pierde activos y puede también perder control y poder, la misma debe seguir los siguientes principios guías:[18]

1. Publicidad y transparencia: Consiste en promover la divulgación de toda la información relevante para lograr el mayor número de interesados en el proceso privatizador. Esto incluye información previa y también posterior a la decisión, de manera de que la misma sea conocida y pueda ser analizada (y, de ser necesario, controlada y cuestionada) por los interesados y el público en general.

2. Eficiencia y economía: La figura de la privatización debe perseguir la eficiencia económica, es decir, debe analizarse caso por caso, si el traslado al sector privado de una actividad, servicio o empresa, resultará en que "no se pueda generar la misma cantidad de producción utilizando una combinación de insumos de costo menor, o no se puede generar más producción utilizando la misma combinación de insumos."[19]

---

17 La concesión es un acto administrativo por el cual la Administración Pública obtiene la colaboración de un particular para el aprovechamiento del dominio público (concesión de servicios), caracterizándose por ser una gestión indirecta de servicios públicos donde la Administración sigue siendo titular del servicio pero encomienda su gestión al particular a través de un contrato administrativo, Santiago González-Vara Ibáñez, "El concepto y las formas de privatización", *op.cit*. p. 98.

18 Véase en general, el caso español en María Ángeles Ortega Almón & María Ángeles Sánchez Domínguez, "La política de privatizaciones en España" en http://www.revistas.unam.mx

19 Robert Cooter & Thomas Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 25.

3. O dicho en términos de Pareto, que habrá eficiencia cuando no se pueda reorganizar la producción y la distribución de manera que se incremente la utilidad de uno o más individuos sin reducir la utilidad de los restantes.[20]

4. Corrección de los desequilibrios presupuestarios: Al ingresar dinero a las arcas del Estado, se pueden corregir los déficits presupuestarios fácilmente. Este principio está también muy vinculado al anterior, en cuanto a la eficiencia que debe perseguirse con la privatización.

5. Salvaguarda y defensa de los intereses económicos generales y de los intereses patrimoniales del Estado

Es fundamental en el proceso de privatización, que los avalúos, formas de traspaso, precios, y demás elementos tales como el mantenimiento del control por parte del Estado sean estudiados y determinados para salvaguardar los intereses patrimoniales de éste.

1. Protección de los intereses de los accionistas y terceros: El proceso de privatización debe llevarse a cabo tomando en cuenta, no sólo el interés del Estado, sino el de los accionistas y terceros que forman parte del proceso, y debe garantizarse la protección de los intereses de todos los involucrados en la nueva posición en la que se encontrarán una vez ocurrido el traspaso a manos privadas.

2. Continuidad del proyecto empresarial de las empresas privadas: Es más probable que las empresas o activos en manos de los particulares, mantengan los proyectos y planes de desarrollo que, por diversos motivos, puedan verse truncados en manos estadales. De nuevo, podríamos asociar este principio al principio de eficiencia *supra*.

3. Aumento de la competencia: Al abrirse un determinado servicio o sector al capital privado, en lugar de mantenerse dentro del monopolio del Estado, se promoverá la libre competencia entre los proveedores participantes del sector y esto a su vez redundará en beneficio para los consumidores.

No obstante, debemos destacar que esto no sucede de forma automática, sino que requiere de la participación activa del Estado en el control y regulación del sector y del proceso, ya que podemos

---

[20] Samantha Sánchez Miralles, *Expropiación de marca en Venezuela*, Funeda, Caracas, 2010, p. 63 y ss.

experimentar, a consecuencia de la privatización, una concentración horizontal en el área privatizada.

4. Extensión de los mercados de capitales y ampliación de la base accionarial de las empresas: Este principio está íntimamente ligado al anterior y con el quinto principio aquí enunciado, porque con esa competencia entre los particulares se expandirán los mercados y probablemente también la base accionarial de las empresas. Esto se traduce en una mayor democratización del capital.[21]

5. Igualdad de oportunidades: este principio está directamente vinculado con el principio de publicidad, mientras todos los particulares interesados tengan acceso a toda la información, éstos tendrán iguales oportunidades en el proceso. Asimismo, en el proceso deben evitarse limitaciones arbitrarias para la participación de los interesados o procesos hechos a la medida para favorecer a un concursante en particular.

No obstante, en algunos casos, en beneficio de los trabajadores, se establecen algunos derechos preferentes, como por ejemplo en la adquisición de acciones de la empresa objeto de la privatización.

CONCLUSIONES

1. La privatización es un instrumento de reestructuración del Estado que debe desarrollarse dentro del marco de la política económica y fiscal y que además exige reglas legales claras y transparentes.

2. El papel del Estado cambia y deja de ser un agente directo, para pasar a definir las políticas y medidas requeridas para que las privatizaciones sean exitosas, por ejemplo, regular la competencia y la construcción del mercado.

3. La privatización debe seguir una serie de principios para garantizar una exitosa implementación

4. Los poderes públicos para cumplir con la Constitución y las leyes de privatización de una empresa pública deben satisfacer los intereses generales.

---

21 Véase Badell & Grau, *op.cit*., p. 183.

5. No es necesariamente cierto que sea la privatización de un monopolio público, ni tampoco la conservación del mismo como empresa del Estado lo que genere desarrollo y bienestar para un Estado. Cada caso debe analizarse y decidirse individualmente, por lo que una política masiva de privatizaciones tampoco es algo recomendable. Por ello, en estos apuntes hemos señalado ventajas y desventajas de la privatización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO JUÁREZ, José. "Manual de Derecho de los Servicios Públicos", Caracas, Vadell Hermanos, 2003.

ARCAS PELLICER & RUIZ CABESTRE. "Las ofertas públicas de venta de acciones en el mercado bursátil español: privatizaciones frente a no privatizaciones", en *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, No. 4, 1999.

BADELL & GRAU, "Régimen jurídico de la Privatización", en *Cuadernos Jurídicos Badell & Grau*, Número 3, Caracas 1998.

CACHÓN BLANCO, José Enrique. "Las acciones", Ediciones Pirámides (Anaya), Madrid, 2000.

CARAZO LIÉBANA, María José. "Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos", en *Cuadernos de Derecho Local*, Jaén 2011.

COOTER, R & ULEN, T. "Derecho y economía", México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

GARRILLO FALLA, Joaquín. "Privatización y reprivatización, texto de la conferencia pronunciada en Buenos Aires en mayo de 1991 con motivo del Congreso Internacional sobre Transformación del Estado", disponible en https://dialnet.uniroja.es

GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ, S. "El concepto y las formas de privatización", en *Revista Española de Control Externo,* disponible en https://dialnet.uniroja.es

KHONGKRUEPHAN, A. "Aspecto jurídico de la Privatización de Empresas Públicas. Un estudio comprativo del modelo español con el tailandés", Getafe 2013, disponible en https://www.semanticscholar.org

MARTÍN-RETORTILLO, S., "Reflexiones sobre las privatizaciones", en *Revista de Administración Pública*, N° 144.

MORALES, J. "Estado social y privatizaciones", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N° 13, Madrid, 1998

SERNA BILBAO, M. "La privatización en España Fundamentos constitucionales y comunitarios", Navarra, 1995

ORTEGA ALMÓN, María Ángeles & SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, María Ángeles. "La política de privatizaciones en España", disponible en http://www.revistas.unam.mx

ROZAS BALBOTÍN, P. "Privatización, reestructuración industrial y prácticas regulatorias en el sector telecomunicaciones", CEPAL, Santiago de Chile, 2005.

SÁNCHEZ MIRALLES, S. "Expropiación de marca en Venezuela", Funeda, Caracas 2010.

LA RELACIÓN ENTRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LAS COMISIONES DE LA VERDAD

Juancarlos E. VARGAS ÁLVAREZ*

Agradezco a la Dra. Thairi Moya Sánchez y al Dr. Juan Carlos Sainz-Borgo, ambos amigos y colegas *ius internacionalistas,* por la invitación que me extendieron para contribuir con en este merecido homenaje a nuestro querido mentor y recordado amigo Prof. Dr. Raúl Arrieta Cuevas.

Conocí al Dr. Raúl Arrieta en el año 1997, en el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando se desempeñaba como Agente del Estado venezolano ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Mientras que por mí parte, me iniciaba como abogado en la Unidad de Derechos Humanos de la Dirección General de Política Internacional de ese Ministerio.

Con el tiempo, el Dr. Arrieta sería mi profesor, tanto en la Especialización en Derecho y Política Internacionales como en el Doctorado en Ciencias, mención Ciencias Políticas del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (FCJP) de la Universidad

---

* Abogado; Especialista en Derecho y Política Internacionales, UCV; Magister en Derecho Internacional, Universidad Complutense de Madrid; Master en Leyes (LL.M) con concentración en ADR, Universidad Estatal de Ohio; y candidato a Doctor en Ciencias Políticas, UCV. Asimismo, el autor fue Prof. Asistente de Derecho Internacional Público, UCV, así como Profesor Agregado de Derecho Internacional, UCAB y Unimet; Como becario Fulbright-Laspau fue Profesor Visitante en la Escuela de Derecho de la Universidad de Duke. Además, fue acreedor de la beca Ministerio de Asuntos Exteriores de la Agencia Española de Cooperación Internacional, así como de la beca de las Américas de la Universidad Estatal de Ohio.

Central de Venezuela. Raúl impartió de manera magistral asignaturas que abarcaron desde derecho internacional profundizado, relaciones económicas internacionales, política internacional, derechos humanos, y derecho penal internacional, así como cursos avanzados sobre derecho constitucional comparado y seminarios de lectura doctorales sobre las ideas políticas de *Isaiah Berlín, Antonio Gramci, Raymond Aron, y Jürgen Habermas*, entre otros.

El profesor Arrieta fue tutor de mi tesis de especialización, y sobre todo principal mentor e importante fuente de inspiración académica. Más importante aún, Raúl fue un gran e incondicional amigo, a quien siempre agradeceré sus orientaciones y enseñanzas. Raúl destacó por su sólida y amplia formación académica, así como por la amplia variedad de materias que impartió, lo cual le permitió ser uno de los académicos más multifacéticos y versátiles de su generación. Además, fue apasionado, exigente, y retador, lo cual caracterizó un estilo de enseñanza que obligaba a sus estudiantes a pensar y siempre ir más allá de los preceptos básicos y lugares comunes.

INTRODUCCIÓN

Este artículo se centra en la interacción y relaciones de coexistencia entre la CPI y las comisiones de la verdad y reconciliación. En Venezuela, se debería establecer una comisión de la verdad con el apoyo de la comunidad internacional, una vez que nuestro país se encuentre en transición hacia la democracia.[1] El 27 de junio de 2023, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional autorizó a la Fiscalía de la CPI a continuar con la averiguación por la comisión de crímenes de lesa humanidad presuntamente

[1] Cualquier intento de diseñar una CVR para la situación de Venezuela debe que tener en cuenta que es una condición necesaria estar en transición a la democracia. Cualquier iniciativa prematura de creación de una comisión, como la denominada Comisión de Verdad y Justicia, que fue establecida, mediante Ley del 27 de febrero de 2013, la cual fue suscrita por el propio Nicolás Maduro Moros, no será confiable y carecerá de legitimidad. Vea: Comisión por la Verdad y la Justicia, Disponible en: https://www.comisiondelaverdad.co/ venezuela Consultado en fecha 30 de junio de 2023.

cometidos en Venezuela por altos oficiales y funcionarios del régimen de Nicolás Maduro.[2]

La autorización de continuar con dicha averiguación ha despertado mi interés, específicamente sobre el debate entre la interacción existente entre la CPI y las comisiones de la verdad. Esto porque las comisiones de la verdad y los enjuiciamientos penales emergieron como los mecanismos primarios para responder a un legado de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.[3] Aunque los enjuiciamientos penales quizá poseen un perfil más alto, las comisiones de la verdad fueron el mecanismo de justicia transicional más comúnmente utilizado ante de la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.[4]

De hecho, los postulados a favor del establecimiento, operación, fortalezas, debilidades, y los méritos de las comisiones de la verdad frente al enjuiciamiento por los tribunales nacionales y/o internacionales dominaron por muchos años las discusiones dentro de la doctrina sobre justicia transicional.[5] No obstante, recientemente hemos visto como la aproximación tradicional, a favor de justificar la adopción de uno u otro mecanismo, ha quedado atrás, y ha sido sustituida por una posición de coexistencia contemporánea, la cual reconoce que tanto las comisiones de la verdad como los juicios penales aportan distintos beneficios a los Estados transicionales, y por ende no deben ser apreciados como alternativas recíprocamente excluyentes.[6]

El Estatuto de Roma y su reglamento no establecen cómo debe tratarse la relación entre la Corte Penal Internacional y las comisiones de la verdad. El examen de las actas del Comité Preparatorio y de la Conferencia de Roma revela que los problemas planteados por el régimen del Estatuto de Roma a

---

2 Ver Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I (*Decision authorising the resumption of the investigation pursuant to article 18(2) of the Statute*), Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902 ebd1804e8166.pdf Consultado en fecha 02 de julio de 2023.

3 Alison Bisset, "*Truth Commissions and Criminal Courts", Cambridge University Press,* Cambridge, 2013, p.1.

4 *Ibíd.*, p. 9.

5 *Ibíd*., p. 2.

6 *Cfr.Naomi Roth Arriaza y Javier Martezcurrena (eds.), "Transitional Justice in the Twenty First Century: Beyond Truth V. Justice", Cambridge University Press,* Cambridge, 2006.

las comisiones de la verdad recibieron poca consideración antes de la adopción del Estatuto.[7] La cuestión de las amnistías nacionales y si éstas podrían constituir un impedimento para el enjuiciamiento ante la CPI fueron discutidos por el Comité Preparatorio en el contexto del principio *ne bis in ídem*.[8] Sin embargo, nunca se consideró directamente la relación de la CPI con futuras comisiones de la verdad.[9]

En este sentido, el establecimiento de la CPI y la creación de las obligaciones impuestas a los Estados parte en virtud del Estatuto de Roma, priorizan al enjuiciamiento como respuesta a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Como consecuencia, "parece que las futuras comisiones de la verdad se verán limitadas a cumplir un papel complementario pero secundario para las instituciones fiscales."[10]

En todo caso, como se analizará en la parte IV, solamente es probable que surja un conflicto entre la Corte Penal Internacional y aquellas comisiones de la verdad, que se inspiren en el modelo de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica.[11] Dicho modelo se basa en el otorgamiento de amnistías, luego de la conclusión de las investigaciones.

I. ¿QUÉ SON LAS COMISIONES DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (CVRS)?

El termino comisión de la verdad se ha convertido en un término genérico que sirve para designar a un órgano gubernamental que intenta reconstruir una historia de violaciones graves y sistemáticas de derechos

---

7 Alisson Bisset, "*Rethinking the powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute", 2009, p.*963, en Journal of International Criminal Justice, Vol 7, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 963-982.

8 *Ídem*.

9 *Cfr.* Priscilla B., *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2da edición, *Routledge, New York y Londres*, 2011, p. 110.

10 Alisson Bisset, "*Rethinking the powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute", p.*964, en Journal of International Criminal Justice, Vol 7, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 963-982.

11 *Cfr.* John Dugard, "*Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions*", p. 693, en Antonio Cassese, Paola Gaeta, y John R.W.D. Jones "*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002. pp. 693-704.

humanos cometidas por un régimen opresor durante un período determinado,[12] y que como veremos han sido establecidas, en distinto Estados, bajo diferentes nombres.[13]

Las comisiones de la verdad y reconciliación (en lo sucesivo CVRs) llegaron a convertirse en el principal mecanismo empleado por la justicia transicional,[14] para hacer frente a las violaciones de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario cometidas por un gobierno opresor, o durante un conflicto interno y/o internacional.

Para el profesor Juan E. Méndez, la justicia transicional alude a la necesidad de "enfrentar las atrocidades masivas del pasado, mientras se buscan establecer o se implementan los valores de verdad, justicia, reparación de las víctimas, y la reforma institucional."[15]

---

12 Henry Steiner, "*Introduction to Truth Commissions*", *Harvard Law School Human Rights Program and World Peace Foundation, Truth Commissions: A Comparative Assessment*, 1987. p. 7, en Phillip Alston and Ryan Goodman, *International Human Rights, Oxford, Oxford University Press,* 2013. pp. 1411-14.

13 Ver, Priscilla B. Hayner, *ob. cit.*, 2011, p. 12. Señalando que por ejemplo ha habido "comisiones sobre desaparecidos" en Argentina, Uganda, y Siri Lanka; "comisiones de la verdad y justicia" en Ecuador, Haití, Mauricio, Paraguay, y Togo; una comisión de la verdad, justicia, y reconciliación en Kenia; una comisión de clarificación histórica en Guatemala, y las comisiones de la verdad y reconciliación en Sudáfrica, Chile, Perú, y otros países.

14 Para Naomi Roth Arriaza: La Justicia transicional, es un campo de estudio multidisciplinario, que se puede definir como el conjunto de prácticas, medidas, y mecanismos universales que tienen como objetivo enfrentar, investigar, y sancionar violaciones sistemáticas y masivas a los derechos humanos y/o al derecho internacional humanitario perpetradas por regímenes autoritarios y/o tiránicos, o como consecuencia de conflictos armados internos y/o internacionales. Ver: Naomi Roth Arriaza, *Foreword*, en Hugo Van der Merwe, Victoria Baxter, & Audrey R. Chapman (eds.), "Assesing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research", Institute of Peace Press, Washington, DC.

15 Juan E. Méndez, "*Transitional Justice, Peace, and Prevention",* p. 366, en *Baltimore Law Review*, Vol. 20, 2010. pp. 365-382.

En este sentido, los cuatro (4) mecanismos que emplea la justicia transicional son:

> i) Juicios, ya sean civiles o penales, nacionales o internacionales;
>
> ii) Organismos de investigación de hechos, ya sean comisiones de la verdad u otros organismos nacionales o internacionales similares;
>
> iii) Reparaciones, independientemente que sean de carácter compensatorio, simbólico, restitutivo o rehabilitador; y
>
> iv) Reformas judiciales, incluidas las reformas legales y constitucionales, y la eliminación de los abusos de los cargos públicos mediante procedimientos de investigación o depuración.[16]

Los objetivos de una transición están vinculados con el castigo, la democracia, estado de derecho, paz, independencia judicial, y vigencia de los derechos humanos.[17] Aunque, el término justicia transicional se relaciona también con temas, como "las amnistías, la reconciliación, la preservación de la memoria, la democratización, y los procesos de consolidación de la paz."[18]

En síntesis, la justicia transicional se centra en la justicia a impartir durante las transiciones más que a una teoría específica de la justicia.

En este sentido, se tiene que, en este contexto, el sustantivo "justicia", debe entenderse en sentido amplio, y es precisamente en ese contexto como ha sido descrita por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas:

> (...) un ideal de responsabilidad y justicia en la protección y reivindicación de derechos y la prevención y castigo de agravios. La justicia implica el respeto de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad en general. Es un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales, y aunque su

---

16 Mark Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness,Cambridge University Press*, New York 2006, p. 5-6.

17 James P. Sewell, "*Justice and Truth in Transition",* p. 120*, en Alynna J. Lyon, Kendall Stiles, Alistair Edgard, and Peter Romaniuk (eds.), Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations, Vol 8,* 2002, pp. 119-134.

18 Mark Freeman, *ob. cit.,* 2006, p. 6.

> administración suele implicar un mecanismo judicial formal, los mecanismos tradicionales de solución de controversias son igualmente pertinentes.[19] (Subrayado nuestro).

En cuanto, al adjetivo "transicional", éste no pretende calificar el valor de la justicia a buscar, sino que alude a los obstáculos especiales para la realización de la justicia que caracterizan a las transiciones de la dictadura a la democracia y/o del conflicto a la paz.[20] Para Juan Méndez:

> La justicia transicional no es una especie de luz de la justicia. Tampoco pretende ofrecer una salida o ser un sustituto al enjuiciamiento criminal de los principales perpetradores, sino complementar su castigo con otras medidas no judiciales que pueden ofrecer una reparación más integral a todo el universo de atrocidades masivas.[21]

Dentro de las medidas no judiciales, destacan las comisiones de la verdad. Sobre el particular, Priscilla B. Hayner señala que:

> [P]rácticamente en todos los estados que han salido recientemente de un régimen autoritario o de un conflicto interno, y muchos que todavía sufren represión o violencia, pero existe una transición democrática o al menos la esperanza de una pronta transición, ha habido interés en crear una comisión de la verdad.[22]

Las comisiones de la verdad, son órganos de investigación ad hoc, autónomos, y centrados en las víctimas, que son establecidas y autorizadas por un Estado, con los propósitos principales de: (i) investigar e informar sobre las principales causas y consecuencias de patrones amplios y relativamente recientes de violencia grave o represión ocurrida en un determinado Estado durante determinados periodos, y perpetrados por regímenes autoritarios y/o

---

19 Consejo de Seguridad de la ONU, El Estado de Derecho y la Justicia de Transición en Sociedades en Conflicto y Posconflicto: Informe del Secretario General, párr. 7, disponible en: https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/the-rule-of-law-and-transitional-justice-in-conflict-and-post-conflict-societies-report-of-the-secretary-general/ , consultado en fecha 28 de junio de 2023.

20 Méndez, *ob. cit.*, p. 367.

21 *Ídem.*

22 Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths. The Challenge of Truth Commissions*, Primera edición , Routledge, Nueva York y Londres, 2002, p. 11-12.

regímenes que se involucraron en conflictos abusivos; y (ii) hacer recomendaciones para su reparación y prevención futura.[23]

Las CVRs emergieron a principios de los 80's,[24] y en general, han contado con un apoyo significativo desde sus inicios, esto en gran medida debido a los logros de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica (1995-2002).[25] Con el tiempo, se ha logrado, que exista mayor comprensión acerca de cómo estas comisiones pueden contribuir con el logro de los objetivos de la justicia transicional.[26] De hecho, desde los 90's su establecimiento ha sido considerado en prácticamente todo contexto transicional.[27]

El Centro de Justicia Transicional, indica en su portal web que más de treinta (30) países han creado comisiones de la verdad para investigar e informar sobre abusos a los derechos humanos.[28] Priscilla B. Hayner señala que para el año 2011 se habían establecido cuarenta (40) comisiones de la verdad y reconciliación en todo el mundo.[29] Entre el 2001 y el 2006, se constituyeron un promedio de casi tres (3) CVRs por año.[30] Más recientemente, una investigación cuantitativa y cualitativa sobre la materia identifica setenta (70) iniciativas que fueron identificadas como CVRs.[31]

De esa cifra, solamente unas pocas CVRs satisfacen los cinco criterios de mínima calidad, esto es: (i) un mandato para investigar un patrón de abuso que ocurrió durante un periodo especifico de tiempo; (ii) esfuerzo oficial que

---

23 Mark Freeman, ob cit, 2006, p. 18.

24 Alison Bisset. *Truth Commissions and Criminal Courts, Cambridge University Press,* Cambridge, 2012, p. 26.

25 *Ibíd.* p. 27.

26 *Ídem.*

27 Mark Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness, New York, Cambridge University Press*, 2006, p. 11.

28 Ver portal web del Centro de Justicia Transicional. https://www.ictj.org/publication/truth-commissions. Consultado en fecha 30 de agosto de 2023.

29 *Cfr.* Hayner, *ob. cit*., 2011, p. xi-xii.

30 Mark Freeman, *ob. cit*., 2006, p. 25.

31 *Cfr.* Martha Minow, *ob. cit*., 2019, p. 6. La Profesora Minow señala que esa cifra es el resultado de investigación adelantada por Kathy Lee bajo la supervisión de la Profesora Kathryn Sikkink del Havard Kennedy School of Government, para más información véase http://hxdata.chisa.edu.cn/profesor /detail/id/13065 Consultado en fecha 25 de julio de 2023.

se centra en el pasado y no en el presente para identificar un patrón continuo de abusos contra la población afectada; (iii) testimonios de las víctimas, familias y testigos; (iv) emitir un informe definitivo con recomendaciones; y (v) hacer público el informe final. [32] Casos como el de Sudáfrica, Marruecos, Guatemala, Perú, y Timor del Este, son ejemplos de comisiones de la verdad altamente exitosas que han ayudado a esos estados a superar la opresión, hacer justicia, y a conocer la verdad.[33]

La autoridad que crea a las CVRs les otorga un mandato, bien sea por decreto presidencial (por ejemplo, Argentina, el Chad y Chile); mediante acuerdo de paz (casos de Guatemala y Sierra Leona); por instrumento legislativo (Ghana, Sudáfrica, y Liberia, entre otros); o por resolución de las Naciones Unidas (El Salvador y Timor Oriental).[34] Dicho mandato va a establecer la relación entre la comisión y otras instituciones (incluidas las fiscalías). Es posible encontrar una amplia variación en los mandatos dentro de las comisiones de la verdad y reconciliación que se han constituido hasta la fecha, y en consecuencia, en su funcionamiento.[35] Las mencionadas comisiones han necesitado de períodos de tiempo que van entre nueve meses y nueve años para completar su misión.[36]

En cuanto al alcance de los respectivos mandatos, se tiene, por ejemplo que las comisiones de la verdad de Bolivia, Argentina, Nepal, y Sri Lanka sólo estaban facultadas para investigar las desapariciones, lo cual excluyó un número importante de violaciones de derechos humanos y distorsionó el relato final de los tipos y abusos cometidos.[37] Más recientemente, las comisiones constituidas, han otorgado amplios mandatos para investigar todo tipo de violaciones de derechos humanos, con especial atención a las que entrañan abusos físicos y se han cometido a escala flagrante y sistemática.[38]

---

32 *Ídem.*

33 *Cfr.* Hayner, *ob. cit*., 2011, p. 27-44. En este capítulo, la autora identifica y analiza las cinco comisiones de verdad que ella considerada han sido las más exitosas.

34 *Cfr.* Mark Freeman, *ob. cit*., 2006, p. 27-8.

35 *Ídem.*

36 *Ídem.*

37 Alison Bisset, *Truth Commissions and Criminal Courts, Cambridge University Press,* Cambridge, 2012, p. 30.

38 *Ídem.*

Al abordar el tema de cómo debería ser una comisión de la verdad y reconciliación, necesariamente hay que tener en cuenta algunos principios básicos, independientemente de su localización.[39] Sobre el particular, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) publicó un conjunto de directrices sobre el estado de derecho con el propósito de proporcionar orientación práctica a los encargados de formular y diseñar políticas públicas sobre la creación de comisiones de la verdad, misiones sobre el terreno y, en general, administradores de transición. Esta publicación de la Oficina del Alto Comisionado contiene principios y recomendaciones que son el resultado de experiencias y lecciones aprendidas por más de treinta (30) comisiones de la verdad.[40]

Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, los principios que deben tenerse presentes, al considerar la posibilidad de crear una comisión de la verdad, son los siguientes:

> i) Las CVRs no son apropiadas para todos los Estados, y la decisión siempre debe ser tomada por los ciudadanos;
>
> ii) Las CVRs son sólo parte de una estrategia de justicia transnacional;
>
> iii) Cada comisión debe diseñarse de una manera única, teniendo en cuenta el contexto nacional y las oportunidades presentes, es decir no se deben importar modelos de comisiones de la verdad, aún cuando estas hayan sido exitosas en otros países;
>
> iv) una CVR solamente tendrá éxito si existe una voluntad política real de investigar e informar sobre la verdad;
>
> v) toda comisión de la verdad debe tener una independencia operacional clara; y

---

39 *Cfr.* Ariel Mayerstein, "*Transitional Justice and Post-Conflict Israel/Palestine: Assessing the Applicability of the Truth Commission Paradigm*", p. 325, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 38, No. 281, 2007, pp. 281-361.

40 Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto. Comisiones de la Verdad*, Nueva York y Ginebra,* 2006, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/RuleoflawTruthCommissionsen.pdf, consultado en fecha 25 de junio de 2023.

vi) es necesario que la comisión de la verdad tenga suficiente apoyo y respaldo internacional.[41]

II. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD, LOS ENJUICIAMIENTOS, Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Como se señaló en la Introducción, los enjuiciamientos tanto a nivel nacional como internacional ocupan un lugar preponderante dentro del marco de la justicia de transición, "sobre todo porque las pruebas empíricas muestran que las víctimas de violaciones de derechos humanos buscan justicia a través de juicios penales."[42]

En este sentido, se tiene que "el enjuiciamiento parece haber contado con más simpatizantes dentro de los mecanismos de justicia transicionales. No obstante, en la práctica las comisiones de la verdad se han venido utilizando con mayor frecuencia, y aunque el uso de estos órganos domina la práctica de la justicia transicional, las formas que han adoptado estas han variado ampliamente."[43]

Por mucho tiempo hubo un debate dentro del derecho internacional sobre si el enjuiciamiento penal es el medio más eficaz para obtener justicia, reconciliación y paz en las sociedades en transición, o si, por el contrario, las acciones de búsqueda de la verdad a través de las CVRs eran la mejor manera de garantizar esos logros necesarios para el mantenimiento de la paz dentro de las sociedades en transición. Sobre este particular, se llegó incluso a tratar de establecer jerarquía entre uno y otro mecanismo, llegándose incluso a argumentar que las comisiones de la verdad eran la segunda mejor alternativa después de los enjuiciamientos si es posible adelantar estos cumpliendo con las garantías del debido proceso.[44]

Al final, tanto los juicios y las CVRs han hecho contribuciones positivas a la justicia de transición y ambas "parecen responder a las necesidades de las

---

41 *Ibíd*. p. 5- 6.

42 Alison Bisset, "*Truth Commissions and Criminal Courts", Cambridge, Cambridge University Press,* 2013, p. 19.

43 *Ibíd.,* p. 9.

44 Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, Beacon Press, Boston, 1998 p. 57.

víctimas, asignar responsabilidades por violaciones pasadas, descubrir la verdad y contribuir a la paz y a la prevención de nuevas hostilidades."[45]

Dichos enfoques, están relacionados con dos concepciones diferentes de justicia, es decir: es más probable que los enjuiciamientos penales alcancen la justicia retributiva que está asociada con la obligación de perseguir, mientras que las CVRs buscan la justicia restaurativa, asociada con el derecho a la verdad. Esta aparente dicotomía entre el enjuiciamiento y la verdad está conectada con dos concepciones diferentes de justicia como son la retributiva y la restaurativa. Por lo tanto, es posible argumentar que "es más probable que los procesamientos logren una justicia retributiva, mientras que las comisiones de la verdad buscan la justicia restaurativa."[46]

Con respecto, a la justicia restaurativa, *Jennifer Llewellyn* y *Robert Howse*, señalan que ésta "mira hacia el pasado, pero con miras a transformar la relación para un futuro mejor. El enfoque de la justicia restaurativa es restaurar la relación a una de igual dignidad, respeto y preocupación, y no simplemente establecer las responsabilidades."[47]

Las razones para elegir un enfoque de justicia restaurativa en lugar de aplicar la justicia retributiva varían de un país a otro. Además, esa selección está ligada a la fortaleza y confianza que se tenga en las instituciones internas después del conflicto, la independencia judicial, el nivel de corrupción, el marco internacional y el resultado del acuerdo de negociación para permitir la transición. A continuación, profundizaremos en los principales objetivos tanto de la justicia distributiva (obligación de juzgar) como de la justicia restaurativa (derecho a la verdad).

1. *Obligación de Juzgar (Duty to Prosecute)*

Si bien como veremos en el punto III.2, para la justicia restaurativa, el enjuiciamiento exitoso no es suficiente para resolver los conflictos y, en consecuencia, para lograr la reconciliación. No obstante, existe un importante

---

45 Alison Bisset, *ob. cit., 2013, p. 42.*

46 Gemma Daly, *Should Truth Commissions Be Viewed as Second-best Alternatives to Prosecutions*?", p. 176, en *SOAS Law Journal*, Vol 2, N° 1, 2015, pp. 176-206.

47 *Jennifer Llewelyn & Robert Howse*, Restorative Justice ~ A Conceptual Framework Prepared for the Law Commission of Canada, 1999, p. 38 Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2114291, Consultado en fecha 23 de junio de 2023.

desarrollo dentro del derecho internacional sobre el enjuiciamiento y la justicia retributiva, que se inició con el enjuiciamiento de oficiales nazis por crímenes de lesa humanidad en Núremberg, y luego, ha sido incorporado en varios tratados internacionales sobre derechos humanos que establecen el deber de los estados enjuiciar y sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de estos derechos.[48]

Quienes anteponen el deber de juzgar sobre el derecho a la verdad argumentan que, el cumplimiento del deber ha sido deficiente y los esfuerzos por mejorar su cumplimiento han sido inadecuados. Además, han cuestionado las amnistías otorgadas por las comisiones de la verdad.[49]

Si bien la decisión de buscar la verdad o juzgar está ligada al concepto de soberanía de los estados, es difícil eludir las obligaciones internacionales justificando ideas enfocadas únicamente en la iniciativa de búsqueda de la verdad, toda vez que el derecho internacional no requiere que los estados tomen medidas que representen una amenaza grave para los intereses nacionales vitales,[50] "pero un estado no puede evadir su deber de castigar crímenes atroces simplemente para apaciguar a las fuerzas militares descontentas y/o para promover la reconciliación nacional."[51]

Los defensores del deber de enjuiciar justifican su establecimiento sobre una base orientada hacia el pasado que considera que el propósito del enjuiciamiento y el castigo es atribuir las responsabilidades penales y sancionar a los perpetradores por sus delitos. Una clara función retributiva se puede ver en el Tribunal de Núremberg.[52]

---

48 Diane F. Orentlicher, "*Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*", *Yale Law Journal*, Vol. 100,1991, pp. 2537- 2614 (1991). Aquí la autora estudia la viabilidad del deber de castigar en el derecho internacional a la luz de la justicia transicional. En ese sentido, se formula entre otras preguntas: ¿Si el derecho internacional proporciona una base para "mitigar" el deber de castigar en pro de las exigencias de las sociedades en transición?

49 Diane F. Orentlicher, "*Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation*", p.426, en *Studies in Transnational Legal Policy*, Vol. 26, 1994, pp.425-475.

50 *Ídem.*

51 *Cfr. Ídem*.

52 Alison Bisset, *ob. cit.* 2013, p 19.

> Los foros en los que se han enjuiciado las violaciones de los derechos humanos ilustra la importancia de los procedimientos penales como respuesta a los abusos cometidos en el pasado. Algunas violaciones graves, como las cometidas por los Estados durante la Segunda Guerra Mundial, y durante los conflictos internos de la ex Yugoslavia y Ruanda, han sido procesados por tribunales penales internacionales especiales. Otros han sido procesados por tribunales híbridos, como las instancias establecidas en Timor Oriental, Sierra Leona, y Camboya.[53]

La obligación de juzgar o enjuiciar a los individuos que han cometido violaciones graves de derechos humanos no está contemplada de manera uniforme en los tratados multilaterales sobre derechos humanos.[54] Por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio señala que los autores de genocidio deben ser castigados, pero no indica cómo ni dónde. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, son enfáticos en que los Estados Partes están obligados a juzgar o extraditar a los responsables de violar dichos tratados internacionales. Asimismo, el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra reitera dicha obligación.[55]

Por su parte, se tiene que las convenciones generales multilaterales de derechos humanos, que crean órganos de control, para asegurar el cumplimiento por parte de los Estados Partes de sus obligaciones internacionales, distintos a los mecanismos para el enjuiciamiento de los individuos responsables de violaciones graves de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos destacan porque no exigen expresamente que los estados procesen a los violadores de derechos humanos, pero sí obligan a los estados a "garantizar" los derechos allí establecidos.[56]

---

53 *Ídem.*

54 Ver John Dugard, *ob. cit*., p. 696.

55 *Ídem.*

56 Michael P. Scharf, "*The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court*," en *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, No. 3, 1999, pp. 507-528.

> El examen cuidadoso de la jurisprudencia de los órganos responsables de la implementación y el cumplimiento de las convenciones sugiere que los métodos para obtener una rendición de cuentas específica que no sea el enjuiciamiento penal cumplirían con el requisito de "garantizar los derechos." Esta jurisprudencia indica que un Estado debe cumplir con cinco obligaciones al enfrentar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por un régimen anterior. Los Estados deben (i) investigar la identidad, suerte y paradero de las víctimas; (ii) investigar la identidad de los principales perpetradores; (iii) proporcionar reparación o compensación a las víctimas; (iv) tomar medidas afirmativas para garantizar que no se repitan los abusos contra los derechos humanos; y (v) castigar a los responsables de abusos contra los derechos humanos. El castigo puede adoptar muchas formas no penales, incluida la imposición de multas, la destitución del cargo, la reducción de rango y la confiscación de pensiones gubernamentales o militares y/u otros activos.[57]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha apoyado dicha tesis al declarar en el Caso Velásquez Rodríguez,[58] con respecto a Honduras, que el Articulo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos requiere a los Estados asegurar el cumplimiento de los derechos establecidos en la Convención, obligando a los Estados a investigar y castigar cualquier violación de los derechos reconocidos por la Convención.[59] Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que las amnistías otorgadas por Uruguay, Argentina, y El Salvador son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[60]

Más recientemente, la Corte Penal Internacional (CPI) ha venido adelantando procedimientos relacionados con los crímenes perpetrados en Uganda, la República Democrática del Congo, la República Centroafricana, el Sudán, Kenia, y Libia.[61]

---

57 *Ídem.*

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Velásquez Rodríguez v. Honduras, Decisión. 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, p.174. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf Consultada en fecha 30 de agosto de 2023.

59 Ver John Dugard, *ob. cit*., p. 696.

60 *Ídem.*

61 Alison Bisset, *ob. cit*., 2013, p. 20.

2. *El Derecho a la Verdad*

Un importante grupo de académicos sostiene que la búsqueda de la verdad es fundamental para hacer posible la reconciliación.[62] Al respecto, dado que el enjuiciamiento es muy difícil de lograr, y no necesariamente tiene éxito en la obtención de la verdad, Priscilla B. Hayner afirma que "la justicia en los tribunales suele ser la primera y más destacada de las exigencias, pero también la más difícil. Muchos intentos de enjuiciar y castigar penalmente a los responsables de graves abusos durante el régimen anterior han tenido poco éxito."[63]

Es importante resaltar, que el derecho a la verdad inicialmente fue concebido como una doctrina universal durante la década de los 80's, pero han sido las instancias regionales de derechos humanos, las que han articulado de manera más clara y aplicado con mayor precisión este derecho durante los últimos años,[64] como el derecho del individuo a buscar indemnización y "reparación por violación derechos humanos y cumplir con el derecho de las víctimas y los individuos a conocer la verdad."[65]

En este sentido, se tiene que el derecho a la verdad, inicialmente se enunció no como un derecho individual, sino como una obligación estatal de investigar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue el primer tribunal internacional de protección de derechos humanos en desarrollar y articular el derecho a la verdad al señalar que "el Estado tiene el deber jurídico de adoptar medidas razonables para prevenir las violaciones de los derechos humanos y utilizar los medios a su alcance para llevar a cabo una investigación seria de las violaciones cometidas dentro de su jurisdicción, identificar a los

---

62 Ver, en general: Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*, Beacon Press, Boston, 1998; Mark Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness,Cambridge University Press*, Nueva York, 2006; y Priscilla B., Hayner, *Unspeakable Truths. Transitional Justice and The Challenge of Truth Commissions*, 2da edición, Routledge, Nueva York y Londres, 2011.

63 Priscilla B. Hayner, *ob. cit*., 2002, p. 12.

64 Paul Van Zyl, Justice Without Punishment: Guaranteeing Human Rights in Transitional Societies, in Charles Villa-Vicencio & Wilhem Verwoerd (EDS), Looking Back, Reaching Forward. Reflections on The Truth and Reconciliation Commission of South África, 2000, p. 55, 60-64.

65 Daly, *ob. cit*., p. 180.

responsables, imponer la sanción correspondiente y asegurar a la víctima una reparación adecuada."[66]

> El derecho a la verdad también fue establecido en una resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU,[67] así como en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Personas.[68] En esos instrumentos internacionales, el alcance del derecho abarca el "derecho de la persona a ser informada sobre la suerte de los familiares desaparecidos o desaparecidos por la fuerza, a recibir información sobre el estado de las investigaciones oficiales sobre desapariciones y otras violaciones graves de derechos humanos."[69]
>
> Como la mayoría de los derechos humanos, el derecho a la verdad no es absoluto y puede estar sujeto a limitaciones sustentadas en intereses públicos más amplio.[70]

Los tipos de "verdad" que un Estado debe revelar, se divide en dos categorías según el derecho internacional. En primer orden, los estados deben esforzarse por descubrir las denominadas "verdades específicas", sobre cada incidente en particular, incluido las violaciones de derechos humanos cometidas, la identidad de las víctimas, así como la identidad y responsabilidad de los perpetradores, pero además las víctimas y la comunidad internacional

---

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Velásquez Rodríguez v. Honduras, Decisión. 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, p. 174. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf Consultada en fecha 30 de agosto de 2023.

67 Resolución UN/A/HRC 9/11, "Derecho a la Verdad", disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_9_11.pdf. Consultada en fecha 30 de agosto de 2023.

68 Organización de Naciones Unidas. Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas (ICPPED), adoptada por la Asamblea General de la ONU en fecha 20 de Diciembre de 2006. Entró en vigor en fecha 23 de diciembre de 2010. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/ConventionCED.aspx. Consultada en fecha 30 de agosto de 2023.

69 Mark Freeman, *ob. cit*., 2006, p. 7.

70 *Ibíd*., p. 8.

tienen derecho a conocer la "verdad plena y completa" sobre las causas y circunstancias sistémicas o estructurales de los hechos.[71]

III. RELACIONES ENTRE LAS COMISIONES DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (CVRS) Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

El tema de la relación entre la CVR y la CPI, se remonta en su discusión, al momento que se consideró la creación de una comisión de la verdad para Bosnia durante los años 90. Esta idea fue rechazada por el Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY). Los partidarios de la comisión consideraron que este organismo era complementario del tribunal, afirmando que la comisión de la verdad facilitaría el trabajo del tribunal al proporcionarle más información, pero el Presidente y el Fiscal del TPIY se opusieron a la iniciativa, argumentando, entre otras razones, que:

> [L]a comisión de la verdad podría socavar el trabajo del Tribunal al permitir que los individuos e instituciones cooperasen con la comisión mientras continuaban incumpliendo sus obligaciones con el Tribunal, y debido a que los hallazgos de responsabilidad política de la comisión podrían no distinguirse a los ojos del público de los de responsabilidad penal.[72]

Como se indicó en la parte I, se estima pertinente resaltar, que la mayoría de los argumentos que se esgrimen para contradecir la posible relación entre las CVRs y la CPI, se centran en el tema de las amnistías, lo cual se relaciona con la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica (1995-2002), que a menudo se reconoce como el modelo típico exitoso de comisión de la verdad, es decir, una CVR basada en la obtención de la verdad a cambio del otorgamiento de amnistías por parte de la comisión, modelo que respondía a otro momento histórico y diferente nivel de evolución del derecho internacional y a la concepción del individuo como objeto de derecho, sin subjetividad internacional.[73]

---

71 Sam Szoke Burke, "*Searching for the Right to Truth: The Impact of International Human Rights La on National Transnational Justice Police",* p. 533, en *Berkeley Journal of International Law,* vol 33, No. 2, 2015, pp. 526-578.

72 Hayner, *ob. cit.*, 2011, p. 112.

73 Priscilla Hayner, Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity, 2011, p. 115.

Mark Freeman define la amnistía como:

> Una medida legal extraordinaria cuya función principal es eliminar la perspectiva y las consecuencias de la responsabilidad penal de individuos o de personas designados por determinados tipos de delitos, independientemente de si las personas en cuestión han sido juzgadas por tales delitos ante un tribunal de justicia.[74]

Si bien el otorgamiento de amnistías es una práctica que tiene sus orígenes en tiempos inmemoriales, recientemente ha habido un cambio en la actitud hacia éstas, y ahora se exige que los ex líderes de regímenes represivos violadores de derechos humanos en forma masiva y sistemáticas sean juzgados y sentenciados.[75] Entre las razones que se esgrimen para eso, está el abuso de las amnistías por parte de dictadores, quienes incluso promulgaron leyes de auto amnistía antes de dejar el poder, pero quizá la principal razón la constituya la internacionalización de los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad.[76]

Como se señaló, las CVRs y la Corte Penal Internacional son compatibles y complementarias. "La compatibilidad teórica y la naturaleza complementaria ha sido afirmada por igual tanto por la ONU, organizaciones no gubernamentales, y académicos."[77]

Asimismo, En 2007, la Oficina del Fiscal (OTP) de la CPI emitió un instrumento contentivo de directrices con el propósito de aclarar la futura relación entre la CPI y las CVR. Ese instrumento establece que la Fiscalía considera que el trabajo de las futuras comisiones de la verdad lograra un papel complementario al de la CPI, y no prevé caso alguno en los que la creación de una comisión de la verdad elimine la necesidad de enjuiciamiento.[78]

---

74 Mark Freeman, Necessary Evils. *Amnesties and the Search for Justice, Cambridge University Press,* New York, 2009, p. 13.

75 Ver John Dugard, *ob. cit*., p. 695.

76 *Ibíd*, p. 695-696. La internacionalización de los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad está relacionada con la Obligación de juzgar (Ver Punto III.1)

77 Alison Bisset, *Truth Commissions and Criminal Courts, Cambridge University Press,* Cambridge, 2012, p. 2.

78 ICC, Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritization, September 15, 2016, https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP - Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Consultado en fecha 30 de agosto de 2023.

Para Bisset, el establecimiento de la CPI con sus amplios poderes para juzgar los crímenes de mayor trascendencia para la humanidad,[79] debe ser considerada junto con el principio fundacional de la complementariedad.[80] Al hacerlo, no queda duda que se ha priorizado el enjuiciamiento tanto a nivel nacional como internacional, como la respuesta principal a la comisión de los crímenes más graves contra los derechos humanos,[81] instaurando jerarquía de justicia transicional entre la CPI y las CVRs, y por ende las comisiones de la verdad que se establezcan a partir de la entrada en vigor del Estatuto de Roma vendrán a despeñar no solamente un rol complementario del enjuiciamientos por la CPI, sino también secundario.[82] En consecuencia, "la relación entre las comisiones de la verdad y el enjuiciamiento ya no puede verse como una de iguales: Las comisiones de la verdad han pasado a estar subordinadas."[83]

Lo anterior ha generado, que algunos expertos hayan manifestado preocupación debido a que dicho enfoque podría resultar contundente al tratar

---

79 Ver Articulo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual establece los crímenes competencia de la Corte: 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; y d) el crimen de agresión.

80 Ver Juancarlos E. Vargas Álvarez, Competencia de la CPI, p. 70, en Víctor Rodríguez Cedeño y Thairi Moya Sánchez (Coord.), Glosario de Justicia Penal Internacional, CEPAZ, Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas de Lima, y el *American College* de Managua, 2021, pp. 70-72. Señalando que el párrafo 10 del preámbulo y artículo 1 del Estatuto de Roma establecen que la CPI tendrá carácter complementario de las jurisdicciones nacionales…, e indicando que, el principio de la complementariedad trae como consecuencia que la CPI sea de naturaleza subsidiaria de los tribunales nacionales de los Estados, los cuales tienen la obligación primaria de investigar y perseguir los crímenes competencia de la Corte. En consecuencia, ésta solo será competente y podrá ejercer su jurisdicción cuando los Estados Partes, a través de sus órganos de justicia, no cumplan con las obligaciones establecidas en el Estatuto de Roma y/o sean ineficientes al momento de hacerlo…

81 Alison Bisset, *ob. cit.*, 2013, p. 3.

82 *Ídem.*

83 *Ídem*.

con la variada y compleja situación de las democracias en transición.[84] Por ejemplo, Charles Villa-Vicencio, calificó el establecimiento de la CPI como moralmente impresionante y legalmente un poco temible porque podría ser malinterpretada e impedirse el uso de las comisiones de la verdad.[85]

En ese orden de ideas, John Dugard, quien también considera a la CPI y las CVRs como complementarias, reconoce que "es más probable que surja un conflicto en el caso de una CVR inspirada en la de Sudáfrica, que otorgue amnistías después de una investigación adecuada, donde el acusado plantea la amnistía como defensa ante la CPI."[86]

1. *El Estatuto de Roma de la CPI y las CVRs*

Sobre las CVRs y el Estatuto de la CPI, cabe destacar que la delegación de los Estados Unidos recomendó durante las reuniones preparatorias que concluyeron con la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la "inclusión de una disposición que pudiese garantizar el otorgamiento de amnistías, haciendo hincapié en que, en determinadas circunstancias, las negociaciones de paz, podrían verse obstaculizadas debido a las amenazas de los enjuiciamientos penales."[87] Dicha disposición no fue adoptada y no existe en el Estatuto de Roma de la CPI disposición alguna sobre las CVRs y/o las amnistías.

Se señala que ese punto no fue resuelto durante la Conferencia de Roma con el propósito de permitir que el fiscal y los jueces de la Corte Penal Internacional interpreten el Estatuto de Roma, valiéndose de la "ambigüedad

---

84 *Cfr.* Darryl Robinson, "*Serving the Interest of Justice. Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court*", en *European Journal of International Law (EJIL*), Vol 14, 2003, p. 481.

85 Charles Villa-Vicencio, "*Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commission Meet*?", p. 205, en *Emory Law Journal*, Vol 49, No. 1, 2000, pp. 205-222.

86 John Dugard, *ob. cit.*, p. 693.

87 *Cfr.* Eszter Kirs, "*Limits of Information* Sharing Between the International Criminal Court and Truth Commissions", p. 289, en Larissa Van Den Herik & Carsten Stanh. *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, pp. 287-303.

creativa,"[88] con que se trata el tema de las amnistías en el Estatuto de Roma, "para encontrar el reconocimiento de una excepción de amnistía a la jurisdicción de la corte."[89]

Para Martha Minow, la mencionada ambigüedad se hace mayor, debido a que el Estatuto de Roma de la CPI permite que múltiples actores interpreten el principio de la complementariedad.[90] En lugar de asignar la pregunta a un actor particular y decisivo, el Estatuto de Roma permite que tres actores institucionales diferentes interpreten el principio de complementariedad, y en particular decidir sobre el otorgamiento de amnistías.

El Estatuto de Roma creó varias vías para limitar el ejercicio de la jurisdicción de la CPI, con el propósito de dar cabida a una comisión de la verdad doméstica. En este sentido: i) el Consejo de Seguridad podría solicitar el aplazamiento de investigación o enjuiciamiento; ii) el Fiscal podría decidir no iniciar una investigación o enjuiciamiento; iii) las Salas de la CPI puede revisar la decisión del Fiscal, para evaluar la eficacia de un mecanismo de justicia interna, y revocar la decisión del Fiscal de no actuar o expresar sus puntos de vista sobre el tema en el contexto de un fallo de admisibilidad en un caso.[91]

En primer lugar, se sugiere que el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del artículo 16 del Estatuto de Roma,[92] pueda ordenar el aplazamiento de un proceso por doce (12) meses o más cuando se haya concedido amnistía. Sin embargo, esto es bastante difícil de conseguir, debido que para obtener tal aplazamiento, éste debe hacerse mediante resolución adoptada bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU, y es difícil y poco probable contemplar

---

88 Véase Dwight G. Newman, "*The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem*," p. 293, en *American University International Law Review*, Vol.20, No. 2, 2005, pp. 293-357. De acuerdo con el Presidente del Comité de Redacción del Estatuto de Roma, Philippe Kirsch, quien acuño la expresión "ambigüedad creativa," los redactores decidieron dejar este tema sin resolver de manera intencional.

89 Michael P. Scharf, *ob. cit*., p. 521-522.

90 *Cfr.* Martha Minow, "*Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition in International Criminal Law?: Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court*," p. 10, en Harvard International Law Journal, Vol. 60, N° 1, 2019, pp. 1-45.

91 *Cfr. Ídem.*

92 Articulo 16 del Estatuto de Roma de la CPI.

una situación en la que la negativa a reconocer una amnistía nacional pueda constituir una amenaza para la paz y seguridad internacionales.[93]

En segundo lugar, el artículo 53.(2)(c) permite al Fiscal de la CPI denegar el enjuiciamiento ante el Consejo de Seguridad de un Estado cuando, después de una investigación, teniendo en cuenta todas las circunstancias, concluya que el enjuiciamiento no es de interés para la justicia.[94] Esta decisión está sujeta a revisión por la Sala de Cuestiones Preliminares. Asimismo, el Fiscal puede negarse a ejercer su facultad discrecional para enjuiciar de motu propio en virtud del artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la base de que se ha concedido amnistía al sospechoso.[95]

En tercer lugar, existe la posibilidad de que una persona beneficiada por el otorgamiento de una amnistía busque la protección del artículo 20 del Estatuto de Roma de la CPI, el cual codifica el principio *ne bis in ídem*. En este supuesto, la persona acusada podría argumentar que la amnistía otorgada después de una investigación realizada por un órgano cuasi judicial, califica como una condena previa a los efectos del artículo 20.[96] Este argumento, sin embargo, será difícil de mantener de conformidad con el requisito del artículo 20.3 que indica que el acusado debe ser juzgado por otro tribunal y de manera compatible con la intención de llevar a la persona en cuestión ante la justicia.[97]

CONCLUSIONES

Las comisiones de la verdad y los enjuiciamientos penales emergieron como los mecanismos primarios para responder a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Se coincide con quienes señalan que, aunque los enjuiciamientos penales quizá poseen un perfil más alto, las comisiones de la verdad fueron el mecanismo de justicia transicional más utilizado ante de la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En los últimos años, hemos presenciado como la aproximación tradicional, a favor de justificar la adopción de uno u otro mecanismo de justicia transicional, ha quedado atrás, y ha sido sustituida por una posición de

---

93 John Dugard, *ob. cit*., p. 701.

94 *Íbid*., p. 702.

95 *Ídem*.

96 *Ídem*.

97 *Cfr. Ídem*.

coexistencia contemporánea, la cual reconoce que tanto las comisiones de la verdad como los juicios penales aportan beneficios a los Estados transicionales, y por ende no deben ser concebidos como alternativas recíprocamente excluyentes.

Los argumentos que se esgrimen para contradecir la posible relación entre las CVRs y la CPI, se centran en el tema de las amnistías, lo cual se relaciona con la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica, es decir, una CVR basada en la obtención de la verdad a cambio del otorgamiento de amnistías, modelo que respondía a otro momento histórico y diferente nivel de evolución del derecho internacional y a la concepción del individuo sin subjetividad internacional

Los enjuiciamientos pueden fortalecer el estado de derecho nacional e internacional, permitir el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y dar un sentido de justicia. Al hacerlo, pueden crear condiciones favorables para la reconciliación nacional. En términos generales, la fortaleza del enjuiciamiento radica en su función retributiva y en su capacidad de impartir justicia penal. Mientras, que las CVRs, como mecanismos no judiciales, no puede satisfacer los deseos de las víctimas de la justicia penal. Sin embargo, las CVRs poseen la capacidad singular para realizar investigaciones históricas, con el fin de proporcionar a la población afectada, una relación accesible del pasado y llevar a cabo un proceso exclusivo e interactivo de búsqueda de la verdad.

La decisión de buscar la verdad o enjuiciar está vinculada al concepto de soberanía de los Estados. El Estatuto de Roma y su reglamento no establecen cómo debe tratarse la relación entre la Corte Penal Internacional y las comisiones de la verdad. La cuestión de las amnistías nacionales y si éstas podrían constituir un impedimento para el enjuiciamiento ante la CPI fueron discutidos por el Comité Preparatorio en el contexto del principio *ne bis in ídem*. Sin embargo, nunca se consideró directamente la relación de la CPI con futuras comisiones de la verdad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Libros

ALSTON, Phillip & GOODMAN, Ryan., *"International Human Rights",* Oxford, Oxford University Press, 2013.

BISSET, Alison., "Truth Commissions and Criminal Courts", Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

FREEMAN, Mark., "Truth Commissions and Procedural Fairness", New York, Cambridge University Press, 2006.

FREEMAN, Mark. & Necessary Evils., "Amnesties and the Search for Justice", Cambridge University Press, New York, 2009.

HAYNER, Priscilla B. "Unspeakable Truths. The Challenge of Truth Commissions", Routledge, Nueva York y Londres, 2002.

_____. "Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions", 2da edición, Routledge, New York y Londres, 2011.

MINOW, Martha. "Between Vengeance and Forgiveness", Beacon Press, Boston, 1998.

- Revistas y Obras Colectivas

BISSET, Alison. "Rethinking the Powers of Truth Commissions in Light of the ICC Statute", en *Journal of International Criminal Justice*, Vol 7, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 963-982.

DALY, Gemma. "Should Truth Commissions Be Viewed as Second-best Alternatives to Prosecution?", en *SOAS Law Journal*, Vol 2, No. 1, 2015, pp. 176-206.

DUGARD, John. "Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions", en CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, and JONES, John R.W.D "*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 693-704.

KIRS, Eszter. "Limits of Information Sharing Between the International Criminal Court and Truth Commissions", en *VAN DEN HERIK*, Larissa & STANH, Carsten. *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, pp. 287-3003.

MAYERSTEIN, Ariel. "Transitional Justice and Post-Conflict Israel/ Palestine: Assessing the Applicability of the Truth Commission Paradigm", en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 38, No. 281, 2007, pp. 281-361.

MÉNDEZ, Juan E. "Transitional Justice, Peace, and Prevention", en *Baltimore Law Review*, Vol. 20, 2010, pp. 365-382. Disponible en: https:// digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/1427/, consultado en fecha 29 de junio de 2023.

MINOW, Martha. "Do Alternative Justice Mechanisms Deserve Recognition in International Criminal Law?: Truth Commissions, Amnesties, and Complementarity at the International Criminal Court" en Harvard International Law Journal, Vol 60, No. 1, 2019, pp. 1-45, Disponible en: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/HILJ_601_1_Minow.pdf. Consultado en fecha 05 de julio de 2023.

NEWMAN, Dwight G. "The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem," en *American University International Law Review*, Vol.20, No. 2, 2005, pp. 293-357. Disponible en: https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol20/iss2/2/ Consultado en fecha 07 de julio de 2023.

ORENTLICHER, Diane F. "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", en *Yale Law Journal*, Vol. 100,1991, pp. 2537-2614. Disponible en: https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2717&context=facsch_lawrev, consultado en fecha 30 de junio de 2023.

_____. "Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation", en *Studies in Transnational Legal Policy*, Vol. 26, 1994, pp. 425-475. Disponible: https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2720&context=facsch_lawrev, consultado en fecha 30 de junio de 2023.

ROBINSON, Darryl. "Serving the Interest of Justice. Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", en *European Journal of International Law (EJIL*), Vol 14, 2003, pp. 481-505. Disponible en: http://www.ejil.org/pdfs/14/3/429.pdf Consultado en fecha 04 de julio de 2023.

ROTH ARRIAZA, ROTH Naomi y MARTEZCURRENA, Javier *(eds.)*. "Transitional Justice in the Twenty First Century: Beyond Truth V. Justice", en *Cambridge University Press,* Cambridge, 2006.

SEWELL, James P. "Justice and Truth in Transition"*, en LYON, Alynna J., STILES, Kendall, EDGARD, Alistair, and ROMANIUK, Peter (eds.), Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations,* Vol 8, 2002, pp. 119-134.

SCHARF, Michael P. "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court", en *Cornell International Law Journal*, Vol. 32, No. 3, 1999, pp. 507-528.

SZOKE BURKE, Sam. "Searching for the Right to Truth: The Impact of International Human Rights Law on National Transnational Justice Police", en *Berkeley Journal of International Law,* vol 33, No. 2, 2015, pp. 526-578.

VAN DER MERWE, Hugo., BAXTER, Victoria., & CHAPMAN, Audrey R. (eds.), "Assessing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research", *Institute of Peace Press*, Washington, DC., 2009.

VAN ZYL, Paul, "Justice Without Punishment: Guaranteeing Human Rights in Transitional Societies", en *VILLA-VICENCIO, Charles & VERWOERD, Wilhem (eds), Looking Back, Reaching Forward*, Reflections on The Truth and Reconciliation Commission of South Africa, 2000, p. 55, 60-64.

VARGAS ÁLVAREZ, Juancarlos E. "Competencia de la CPI", p. 70, en *Rodríguez Cedeño, Víctor y Moya Sánchez, Thairi (Coord.), Glosario de Justicia Internacional Penal, CEPAZ, Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas de Lima, y el American College de Managua*, 2021, pp. 70-72. Disponible en: https://cepaz.org/wp-content/uploads/2021/05/Glosario-de-Justicia-Internacional-Penal-2.pdf Consultado en fecha 04 de julio de 2023.

VILLA-VICENCIO, Charles. "Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commission Meet?", en *Emory Law Journal*, Vol 49, No. 1, 2000, pp. 205-222.

- Publicaciones de Organizaciones Internacionales

Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto", Comisiones de la Verdad*, Nueva York y Ginebra,* 2006.

Resolución UN/A/HRC 9/11, "Derecho a la Verdad", disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_9_11.pdf. Consultada en fecha 30 de agosto de 2023.

- Decisiones de Organismos Internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Velásquez Rodríguez v. Honduras, Decisión. 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, p.174. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Consultada en fecha 30 de agosto de 2023.

EL TRASPLANTE LEGAL Y LOS NUEVOS DERECHOS

Rómulo VELANDIA PONCE*

I. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO PANORAMA

En 1967 se exhibió una película llamada "El día en que salieron los peces" *(The Day the Fish Came Out)*[1] que trataba de unas cargas atómicas de la OTAN que cayeron accidentalmente al mar frente a una lejana isla griega. Los agentes gubernamentales se disfrazan para tratar de recuperarlas, pero se les adelantan unos habitantes de la isla, que consiguen abrirlas creyendo que se trataba de un tesoro. La contaminación fue inevitable y la película finaliza cuando se celebra una fiesta en la que aparece un grupo de personas bailando alegremente. A la vez, empiezan a brotar los peces muertos sobre la superficie del mar, sin que los desprevenidos e inocentes asistentes percibieran la amenaza del fenómeno fatal. La asociación de aquella historia fílmica remota ha vuelto a activárseme con un temor parecido al de entonces y con su parecido a la ciencia ficción se une con el texto que prosigue.

---

* Abogado UCV; Doctor en Ciencias mención Derecho, UCV; Árbitro y Mediador Internacional certificado por le Corte Suprema del Estado de la Florida, USA; Profesor de pregrado y posgrado en la Universidad Central de Venezuela, Orden Luís Sanojo en primera clase; Ex jeje del Departamento de Práctica Jurídica y ex Director del Instituto de Derecho Privado, UCV; Gerencia para Abogados (IESA); autor libro "El documento electrónico y sus dificultades probatorias" (ed. Álvaro Nora) y varios trabajos de investigación publicados por el TSJ y la revista internacional RELEA.

1 Wikipedia, la reseña como una película de comedia greco-británica de 1967, dirigida y escrita por Michael Cacoyannis y protagonizada por Tom Courtenay, Colin Blakely y Sam Wanamaker: https://en.wikipedia.org/wiki/The_Day_the_Fish_Came_Out

Pensaba que no era ninguna novedad decir que el mundo ha cambiado, pero el recuerdo de aquella película de entonces considerada de ciencia ficción ahora me hace reflexionarlo mejor. Las nuevas tecnologías, el avance de la ciencia, el surgimiento eruptivo de la neurociencia y la inteligencia artificial forman parte de una revolución que todavía se encuentra en desarrollo. En la fase que nos encontramos se requiere una tarea de reingeniería mundial para sobreponer los efectos beneficiosos que comportan sante las acechanzas que algunos aseguran que trae consigo. El nuevo enfoque incide en las relaciones entre los Estados, su forma de interacción con los ciudadanos y la revisión de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Esa tarea revisora debe comenzar por la Constitución y los Derechos Humanos como derechos fundamentales debido a que ha quedado limitada ante el paso vertiginoso del nuevo tiempo.

Sobre la globalización es oportuno reflexionar acerca de su vigencia para así establecer inequívocamente la viabilidad del trasplante o préstamo jurídico dentro de un mundo que tendría que estar identificado con ese fenómeno y la necesidad de que los países alcancen estándares normativos con la mejor integración posible. Por lo tanto, la primera interrogante que tenemos que plantear es si es cierto que la globalización está realmente en vías de extinción, como hay quienes lo sostienen.

II. ¿ESTÁ LA GLOBALIZACIÓN RALENTIZÁNDOSE O EN VÍAS DE DESAPARICIÓN?

Una definición actualizada sobre la globalización es aquella que trasciende desde su concepción primigenia basada en la economía, para extenderse hasta el desarrollo tecnológico y científico que ha tenido en el plano mundial. En este contexto amplio, la globalización está identificada con el uso masivo de Internet, el desarrollo de las comunicaciones y de la ciencia. A partir de esa concepción queda pendiente la regulación jurídica complementaria, con la consolidación de la integración progresiva del mayor número de naciones, desde lo posible hasta una eventual inaplicabilidad por razones políticas o socioculturales.

Algunos analistas internacionales aseguran que la globalización ya desapareció, mientras otros más moderados opinan que ha sufrido cierta afectación que la ha ralentizado, pero sin llegar a desaparecer; y, para el tercer grupo, la globalización no ha desaparecido, aunque no es invulnerable. Cuando se revisan las posturas de los analistas internacionales puede percibirse que a menudo lucen afectadas por sus orientaciones ideológicas. Por

ejemplo, para Michael Roberts[2], un reconocido economista marxista británico la desaceleración del crecimiento ha llevado a un mundo desglobalizado y parece poco probable que el capitalismo tenga una nueva oportunidad basada en la rentabilidad mejorada y sostenida porque el horizonte lo que presenta es otra recesión y tal vez más guerra. Manolo Monereo[3] escribió en 2020 que la globalización se terminó y que la tendencia es hacia la construcción de dos bloques económicos y político-militares extremamente heterogéneos y conflictuales en torno a China y EE.UU., con una UE subalterna a los intereses geoestratégicos norteamericanos; pero con el centro de gravedad hacia Oriente. En su opinión, parecería que las poblaciones tienen que elegir entre unas derechas que lo son y unas izquierdas que no lo son. Esto habría provocado la crisis *civilizatoria* que vivimos.

David Brooks, un analista del *New York Times*, considera que las naciones se han estado haciendo más interdependientes económicamente, a lo que contribuyó Internet para fomentar las comunicaciones en todo el mundo, desembocando en una convergencia global que se nucleó en torno a un conjunto de nuevos valores universales En primer lugar, fue un proceso económico al que siguió el técnico y luego fue el político, social y moral. Por eso la globalización se trata de la integración de visiones del mundo, productos, ideas y culturas. Empero, concluye que el mundo de hoy ya no parece converger sino ser divergente porque el proceso de globalización se ha ralentizado y en algunos casos hasta ha retrocedido. Brooks encuentra que la globalización ha sido reemplazada por lo que se parece mucho a una *guerra cultural global*. También ubica motivaciones más profundas que parecen impulsar otros eventos que *están enviando a la historia en direcciones tremendamente impredecibles*. Mencionó que hay quienes encuentran una explicación rescatando la teoría del choque de civilizaciones de Samuel Huntington en cuanto tenía razón en que las ideas, la psicología y los valores impulsan la historia como intereses materiales, pero no coincide del todo con otros postulados que esa tesis planteó[4].

---

2 Michael Roberts: ¿Ha terminado la globalización? Blog *The Next Recession*, 9 de mayo de 2022.

3 Manolo Monereo: *Se terminó la globalización: ¿qué hacemos ahora?*; en Economía, Mundo, Política, 4 marzo, 2020.

4 David Brooks. The NewYork Times International Weekly. Actualizado al 14/04/2022: https://www.clarin.com/new-york-times-international-weekly/acabo-globalizacion-guerras-culturales-globales-comenzado-_0_kpHl8FJnXu.html

El venezolano Moisés Naim opina que la terminación de la globalización sólo está dentro de una moda que está errada en casi todo, tanto en lo económico como en lo social y cultural. Admite que el reciente ha sido un período excepcionalmente turbulento, pero que ha sorprendido la resiliencia de la globalización debido a su resistencia, que no por su fragilidad. Naturalmente, la globalización no es invulnerable y no todas sus consecuencias son positivas porque, por ejemplo, los niveles de desigualdad coexisten con la globalización y son inaceptables. Sin embargo, ha que recordar que la globalización va mucho más allá del comercio, pues se basa en la difusión global de las ideas, actitudes, filosofías y personas, tanto como en el comercio de mercancías. En este sentido más amplio, la globalización parece acelerarse y no ralentizarse. Naim concluye con la existencia de amenazas reales y graves que siguen conjugándose en futuro, pero para él, hoy el mundo está más profundamente integrado que hace una década. A pesar de sus costos, problemas y accidentes, la integración entre países no ha muerto, mientras continúa el reto de seguir hacia adelante para protegernos de sus defectos[5].

Más reciente, Joseph S. Nye Jr.[6], un profesor de Harvard University escribió un artículo que recoge la historia de la globalización, a la que se refirió diciendo que no es otra cosa que la mayor interdependencia a escala continental, más que nacional y regional; y que, en sí, no es buena ni mala, tiene muchas dimensiones y no es nueva, pues se remonta al menos a tiempos de Jerjes y Alejandro Magno, que extendieron sus imperios a tres continentes; así como después la ruta de la seda conectó a Asia con Europa durante la Edad Media. Llegado el siglo XX la globalización fue considerada principalmente un fenómeno económico, que se hizo moda, y durante lo que va del siglo XXI, después de contraerse el comercio mundial de bienes y servicios debido al Covid (2020) ha repuntado con fuerza, aunque no todos los sectores se han recuperado por igual. Al tomar como referente la economía de los Estados Unidos, Nye refirió la afectación del comercio de ese país con China, con el que las importaciones sólo crecieron un 6% para tiempos del Covid, pero en

---

5 Moisés Naim: *¿Se acabó la globalización?* diario El País, España, 3 de octubre de 2022: https://www.moisesnaim.com/mis-columnas/2022/10/4/se-acab-la-globalizacin

6 Nye, Joseph Jr.: *¿Se acabó la globalización?* Página blog Project Sindicate: https://www.project-syndicate.org/commentary/globalization-not-over-but-changing-in-shape-and-emphasis-by-joseph-s-nye-2023-03/spanish?barrier=access pay log. Publicó el libro *Do Morals Matter? Presidents and Foreign Policy from FDR to Trump* (Oxford University Press, 2020).

cambio aumentaron más de un 30% con Canadá y México; mientras que las importaciones desde Vietnam, Bangladés y Tailandia aumentaron más del 80%. De ahí que considera que esos datos no sugieren para nada la muerte de la globalización. Por otra parte, le parece que incluso si la competencia restringiera sustancialmente la globalización económica, el mundo seguirá girando extremadamente interdependiente debido a la globalización ecológica, porque el cambio climático y las pandemias no responden a la política, sino a las leyes de la biología y de l a física. Para enfrentarlas hay que reconocer la interdependencia en escala global, aunque haya gente a la que no le guste. En definitiva, concluye que hay que reconocer que la globalización depende en gran medida de los cambios tecnológicos que reducen la importancia de la distancia, algo que no cambiará, así que la globalización permanece, aunque tal vez no sea lo que todos desean. Ningún país puede solucionar solo aquellos problemas que se extienden más allá de sus fronteras.

Estamos de acuerdo en que los avances de las tecnologías y de las ciencias continúan junto con las comunicaciones su desarrollo indetenible por todo el mundo y al margen de que se opine sobre la terminación, ralentización o permanencia, la globalización como fenómeno ha trascendido a la operatividad económica para tornarse en una variable sociocultural a la que todavía le falta la debida regulación de la normativa jurídica. Puede que las actividades vayan cambiando, como es lógico en cualquier proceso histórico, pero no es indicativo de su desaparición, sino más bien de su transformación para ajustarse a los retos del momento. Con un esfuerzo integracionista se propicia cierta concordia mundial desde la unificación o acercamiento de los postulados normativos que deben atender los nuevos derechos a pesar de los movimientos políticos que se debaten entre sus posturas multipolares. Con la presencia consolidada de Internet acompañada de tantos avances que prosiguen, asentándose en la conducta de los pueblos de todo el planeta, pasamos a nuestra propuesta de acompasar los trasplantes jurídicos con los nuevos derechos.

III. INTEGRACIÓN

En el 2007, se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes (DUDHE) consagrando el derecho a la comunicación con la inclusión del acceso a internet. Lo contraproducente es que esa normativa no fue declarada obligatoria para los Estados, que tal vez se deba a la poca capacidad de muchos Estados para comprometerse expresamente. Entre tanto, nos encontramos dentro de una transición hacia una legislación actualizada y sintonizada con la realidad transfronteriza de las relaciones entre Estados y

ciudadanos. El camino ya ha sido allanado través de organismos internacionales que trabajan para crear reglas que operan bajo la modalidad de "leyes modelo", recomendaciones, guías o exhortaciones que, si bien no son vinculantes, pueden ser muy útiles para ser copiadas o incorporadas por las legislaciones regionales. Como ejemplo tenemos la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2013). Estas manifestaciones están aparejadas con la figura conocida como trasplante jurídico, una noción que ha recibido una serie de denominaciones, pero que responden al mismo significado dentro del derecho comparado. Se encuentran acepciones como préstamo constitucional o legal (*borrowing*), migraciones legales y hasta expresiones más metafóricas como injertos (*cross fecundation*), a manera de símil con los procedimientos de mejoras que se producen con los cultivos agrícolas.

Otra variable deviene de la actividad jurisprudencial, a través de lo que se conoce como jurisprudencia normativa[7], aplicable a aquellos casos en que la legislación local presente vacíos, insuficiencias o normas evidentemente vetustas, que comprometen a los tribunales a resolver las controversias recurriendo a aplicaciones foráneas o fallos judiciales de otros países. Representan *préstamos jurídicos* y encuentran aplicabilidad a través de los llamados precedentes judiciales propios del sistema del *Common Law*. Como veremos, es un referente que encuentra sintonía complementaria con el tema de los denominados *nuevos derechos*, como parte de los cambios emergentes y la transición legal a la que se hizo referencia.

IV. EL TRASPLANTE JURÍDICO

El trasplante jurídico es la transferencia normativa entre diferentes ordenamientos jurídicos dentro del marco de la globalización y es útil también

---

7 Tradicionalmente la normativa del derecho positivo goza de preponderancia como fuente formal del Derecho. Sin embargo, en el marco del Estado Social de Derecho y de la función judicial nos encontramos ante un proceso de creación de enunciados jurídicos provenientes de interpretaciones normativas convertidas en decisiones de los jueces, en uso de una atribución creativa que le corresponde al legislador. La situación obedece a dos factores: a una pretensión de eficacia normativa en términos de protección de derechos; de otro lado, a una pretensión de complementación del sistema constitucional. Esta figura pudiera producir cierta tensión acerca de la validez de las normas producidas o reconocidas por vía jurisprudencial. Pero no puede negarse su utilidad al momento de resolver un conflicto que ameritaba acudir a esta modalidad.

como indicador de la existencia del pluralismo jurídico. El concepto ha ido evolucionado ante el nuevo contexto geopolítico. El precursor de la figura del trasplante legal ha sido Alan Watson[8], quien escribió un libro llamado "Trasplantes Legales: un enfoque del Derecho Comparado" (1974), que inicialmente no fue bien recibido por un sector académico, pero años después llegó a ser considerado hasta como *una obra maestra* y un clásico del derecho comparado (2012). Watson defendió sus puntos de vista a través de la publicación de otros trabajos. Encontró oposición en doctrinarios como Legrand y Sacco, creándose un interesante debate sobre el tema basado en la relación entre Derecho y Sociología. Según Legrand[9], lo que se trasplanta es sólo el texto de la norma y no su significado. Expuso que la normativa está íntimamente ligada a la sociedad en la que nacen y no puede ser separada de ella, por lo que es imposible que viaje de un ordenamiento jurídico a otros. Por su lado, Sacco afirmó que la originalidad de esta doctrina era realmente escasa[10].

Watson sostiene que muchas normas se han desplazado desde tiempos ancestrales de un país a otro porque algunos sistemas jurídicos han tomado prestadas normas e instituciones de otros ordenamientos jurídicos anteriores o contemporáneos. A través de esta figura ha resultado que el préstamo sea un recurso fundamental para el inicio o el cambio legislativo de muchas legislaciones. Encontró ejemplos de trasplantes desde el Código de Hammurabi (siglo XVII, a.C.), mencionando que en derecho público han sido comunes durante siglos porque los poderes dominantes han buscado reconstruir Estados más pequeños a su imagen y semejanza[11]. Otro ejemplo trascendental fue le adaptación legal del ancestral Derecho Romano a los países hispánicos, todavía con vigencia en el mundo moderno. Los países hispanoamericanos copiamos la normativa romana de los viejos tiempos y siguen formando parte de nuestra cultura jurídica. Menos lejos, podemos recordar cómo la Revolución Francesa

---

8 Watson. Alan: *Legal transplants: An approach to comparative law.* Athens, Estados Unidos: University of Georgia Press. 1993.

9 Legrand, Pierre: *The Impossibility of legal transplants, Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, p. 111-124, 1977. http://www.pierre legrand.com/transplants.pdf 1/03/2015

10 Sacco, Rodolfo*: Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (Installment II of II). The American Journal of Comparative Law, 39, 2005; p. 394.

11 Watson, Alan: Legal Transplants: An approach to Comparative Law (2a. ed., 1993).

(1789) ha sido otro modelo de exportación en materia jurídica, sin que siquiera interfiera el aparente obstáculo lingüístico.

Ante las críticas en contra de la tesis Watson, su discípulo y amigo John Cairns[12], un profesor de Derecho Civil en la Universidad de Edimburgo escribió un libro en su homenaje, recopilando posiciones favorables y divergentes a la tesis de su maestro durante varias décadas. Recogió la narrativa histórica de los trasplantes legales durante cuarenta años. Resaltó cómo Watson sostenía que no era necesaria una conexión estrecha entre las leyes y la sociedad en que operarían, aunque ésta fuera socialmente muy diferente al país originario. Los adversarios partieron de la noción generalizada de que la ley es un indicador de la identidad de un pueblo. Cairns explicó cómo Watson fue respondiendo cada crítica de peso que se le hacía hasta que, finalmente, su libro se reputó como estándar de trabajo, siendo tratado como una referencia más que una simple opinión dentro del derecho comparado, a pesar de que quedaron detractores. Para finales de la década de 1980 y comienzos de los ´90 el criterio de Watson resultó reforzado a través de dos eventos históricos que lo hicieron más visible: la destrucción del Muro de Berlín (1989) y el colapso producido por la desintegración imperial de la Unión Soviética (1991), cuando resurgieron estados que se acoplaron a la Europa Central y del Este, necesitando leyes y sistemas legales más modernos de los que tenían como países afectados, así que giraron su mirada hacia normativas preestablecidas.

Otro apoyo a la doctrina de Watson fue la de Kahn-Freund, quien dijo en una conferencia dictada en *London School of Economics* (1973), bajo el título "Sobre usos y abusos del Derecho Comparado": *el libro es tan pequeño como brillante*, *es un libro sumamente interesante* (…) *repleto de observaciones mordaces y originales* y que *los trasplantes legales se han vuelto fundamentales para el estudio de la comparación*. Dicha conferencia fue plasmada como libro al siguiente año. Informó que en el siglo XX la legislación británica se había vuelto particularmente abierta a modelos extranjeros, con ejemplos del influjo que tuvo en la legislación comercial y el derecho de familia, incluyendo "el uso de patrones legales extranjeros con el fin de reproducir en lugar de responder al cambio social en casa", así que no debe sorprender este uso de modelos extranjeros como instrumentos de cambio social o cultural proporcionados por el trasplante.

---

[12] Cairns, John W.: *Watson, Walton, and The History of Legal Transplants*; GA. J. INT'L & COMP. L. Vol. 41; p. 637-695.

Tiempo después continuaron otros catedráticos adhiriéndose a la teoría de Watson, como es el caso de William Ewald[13], para quien su teoría del cambio jurídico se ha malinterpretado y por eso se planteó el objetivo de clarificarla. Señaló que la interpretación errónea de las palabras de Watson se debió a que se prestó poca atención a la estructura lógica de su argumento. Como representante de la disciplina de Filosofía del Derecho acuñó el término "Jurisprudencia comparada" para referirse al nuevo estilo de análisis del Derecho Comparado que se creó tras las aportaciones de Watson.

Örücü[14], una profesora emérita de la Universidad de Glasgow (Escocia), se mostró partidaria del trasplante jurídico afirmando que pueden ser exitosos, aunque sufrieran una contaminación debido al nuevo entorno y pasen a ser instituciones o conceptos distintos. Según expresa, las incompatibilidades en los trasplantes pueden conducir en la mayoría de los casos a la creación de sistemas mixtos en los que la cultura legal coexiste con la social, porque el grado de integración entre ambas dependería de diversos factores afines. También señala que, aún en casos de diferencias aparentemente irreconciliables, los comparativistas pueden construir un puente entre las culturas tradicionales y las normas o estándares de las que se pretenden trasplantar. Para ella, estos nuevos cauces de interacción jurídica producen sistemas conexos socioculturalmente, o sistemas con diferentes culturas jurídicas que vienen determinadas por el multiculturalismo, la globalización y el pluralismo jurídico. Örücü propone sustituir el Derecho comparado tradicional o convencional por un enfoque que llamó *Critical Comparative Law* que incluya el tema sobre los trasplantes. Considera que la interacción más importante y sólida entre países es la que ocurre con la Unión Europea, que ha logrado la armonía e integración de normas dentro de la diversidad. Adicionalmente se refirió al caso de Turquía, cuyo sistema legal ha sido resultado de un fenómeno de traslado de leyes, tanto en el derecho público como en el privado a través de trasplantes y modelos occidentales, aplicando lo que consideraron las mejores leyes y códigos en cada área, sobre todo los europeos.

---

13 Ewald, William. 1995. Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants, The American Journal of Comparative Law. American Society of Comparative Law, autumn, vol. 43.

14 Örücü, Esin: *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition, Electronic Journal of Comparative* Law, vol. 4.1; junio 2000. http://www.ejcl.org/41/abs41-1.html

Más recientemente, Raúl Arrieta[15] recordó como un caso del trasplante constitucional el de la Sudáfrica post Mandela, cuando ya lograda su independencia una de las tareas más difíciles que encontraron fue la creación de una nueva Constitución[16]. Dice Arrieta que *las limitaciones de los abogados sudafricanos eran reales y justificadas, no tenían una efectiva y previa experiencia en el diseño de una constitución, en especial en la elaboración de un estatuto soberano en materia de derechos humanos, esta situación llevó a los constituyentes a utilizar el préstamo*. Fue así cómo se produjo el consenso del Congreso (*African National Congress*) con el partido de gobierno, el Partido Nacional (*National Party*), que reunidos en la Convención para la democracia de Sudáfrica (*Convention for a Democratic South Africa*) dejaron atrás los desencuentros políticos y terminaron adoptando la nueva Constitución (*Constitution of the Republic of South Africa Act* 1993). Arrieta consideró que la Constitución de Sudáfrica está impregnada por el texto del Canadian *Charter of Rights and Freedom* y de un claro préstamo constitucional de Alemania y Estados Unidos, así que las primeras decisiones seguramente estuvieron influidas por los casos legales (*case law*) de esos países, particularmente en materia de interpretación y alcance de derechos fundamentales[17].

---

15 Arrieta, Raúl: *El préstamo constitucional;* III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal Universidad Central de Venezuela, Universidad Central de Venezuela; p. 17, Ediciones Homero, Caracas, 2010.

16 Cabe recordar que, durante décadas, desde la instauración del apartheid en 1948, el espacio para la negociación y el diálogo parecía completamente cerrado en Sudáfrica. El régimen era en su esencia la negación de toda relación entre personas pertenecientes a grupos raciales diferentes, con ausencia de reciprocidad al extremo de no admitir ninguna semejanza con el otro. La política de segregación dividía a la sociedad en grupos raciales y establecía una férrea separación.

17 En nuestra investigación complementaria encontramos que, efectivamente, la decisión asumida por Sudáfrica contiene un resumen de la posición adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos, los criterios empleados por la Corte Suprema de Canadá, la Corte Constitucional de Alemania y nuevas referencias a un número importante de casos decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

Para Miller[18] el trasplante ahorra costos y con el soporte de otros tratadistas asienta *que quizá la motivación y la explicación más simple para tomar prestada una norma es que hacerlo ahorra tiempo y costosas experimentaciones. Como tipo puro, el trasplante que ahorra costos involucra a un legislador que, al ser confrontado con un nuevo problema, toma la solución de algún lugar de la biblioteca para evitar tener que diseñar por sí mismo una solución original. Si alguien ya ha intentado una solución que funcionó, un legislador o un juez pueden ahorrar mucho tiempo y análisis simplemente adoptando el mismo enfoque utilizado por el país donante. Algunas veces ello involucra un proceso de bricolage*[19]*, simplemente juntando lo que uno tiene a mano*. Agregamos que esto no implica que no se produzcan los análisis de rigor.

Hacia finales de la primera década del siglo XXI el concepto de trasplante legal continuó afianzándose como un referente del derecho comparado. En 2008, un grupo de investigadores sobre "Historias de los Trasplantes Jurídicos del Common Law" se reunió en el Instituto de Estudios Avanzados de Jerusalén donde tuvo lugar una conferencia sobre el tema en la Facultad de Derecho de Tel Aviv. Como resultado se publicó un número especial de una revista con algunos trabajos que aceptaron la utilidad del concepto como un enfoque dinámico para el derecho comparado, resultando aplicable en la modernidad.

Después de Watson y sus partidarios surgió complementaria la propuesta de Chiba, quien concibió el trasplante como complemento de la figura del pluralismo jurídico, al cual ya se había referido Örücü. Para Chiba el trasplante es el fenómeno por el que la norma de un pueblo se traslada a la cultura jurídica de otro, reiterando el factor cultural como parte del trasplante. Estableció así el nexo causal entre el trasplante de normas y el pluralismo jurídico, como una circulación normativa entre diversos países, como si se

---

[18] Miller, Jonathan M. *Una tipología de los trasplantes legales, utilizando la Sociología, la Historia del Derecho y ejemplos argentinos para explicar el proceso de trasplante*; p. 24 Este artículo fue originalmente publicado en inglés, en mayo de 2004, por el American Journal Comparative únv. bajo el título, "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process" (2003). Tomando la opinión en Watson, Aspects of Reception of Law; p. 335.

[19] Este término en español se traduce como *trabajo manual de carpintería, electricidad, etc., no profesional, que hace una persona, por afición, para arreglar, amueblar o decorar su casa.*

tratase del movimiento migratorio entre individuos portadores, pero aquí con diferentes postulados legales. De esta manera el sujeto produce una situación jurídica plural que le permite dejar una posición meramente pasiva para convertirse en un agente de cambio o precursor legal reafirmando una elección jurídica cultural o étnicamente motivada. Para cubrir este propósito no debería presentarse un conflicto jurídico, sino una oportunidad para el cambio y la adaptación jurídica del derecho a las nuevas circunstancias. Tradicionalmente, la vía para resolver los conflictos pasa transicionalmente por los órganos jurisdiccionales que motorizan los avances. Para ese fin también ha colaborado el derecho internacional privado a través del encuentro de normas jurídicas diferentes[20].

V. NORBERTO BOBBIO COMO VISIONARIO

Bobbio[21] había avanzado indirecta y visionariamente antes que Watson sobre la posibilidad de admitir formalmente un planteamiento parecido al trasplante legal a través de su libro *El tiempo de los derechos*, en cuyo texto hizo conexión con Kant. Planteó entonces cómo las nuevas necesidades nacen con el cambio de las condiciones y cuándo el desarrollo técnico permite satisfacerlas. Considera que el hombre es un animal teleológico que generalmente actúa teniendo en cuenta fines proyectados hacia el futuro. Apoyado en Kant coincide en que es importante realizar una transposición oportuna, sea legítima o ilegítima, con la consciencia de que se está moviendo en el terreno con una visión histórica profética, es decir, una historia cuya función no es cognoscitiva, sino admonitoria, exhortatoria o solamente sugestiva. Esa concepción profética da lugar a una nueva fase que Kant llamó *historia profética de la humanidad*. Bobbio recordó la interrogante del filósofo sobre si el género humano está o no en constante progreso hacia lo mejor, arribando a una respuesta afirmativa, aunque con algunas matizaciones. Kant concebía la libertad como autonomía, como el poder de darse leyes a sí mismo en la que él mismo sea legislador.

Bobbio no tenía duda de que el progreso científico y técnico es efectivo cuando muestra características de continuidad y de irreversibilidad, dentro del cual el progreso moral es más problemático porque no puede medirse en

---

20 Chiba, Masaji: *Legal Pluralism: Toward a General Theory Through Japanese Legal Culture* . Tokyo, Japón, 1989, Tokai University Press; p. 179, 238, 239 y ss.

21 Bobbio, Norberto: *El tiempo de los derechos*; Editorial Sistema, Madrid, 1991.

términos de progreso de una nación, a diferencia de lo que ocurre con los indicios de los cuales nos servimos con claridad para medir el progreso científico y técnico. Para Bobbio una cosa es la historia de los derechos nuevos del hombre, siempre más extensos que él mismo, y otra distinta es justificarlos con argumentos persuasivos para asegurarles una protección efectiva. A medida que las pretensiones aumentan, su satisfacción resulta siempre más difícil. Los derechos sociales son más difíciles de proteger que los derechos de libertad; así como la protección internacional es más difícil que la del derecho interno, en particular en un Estado de Derecho. Termina sus coincidencias con Kant aseverando que el progreso humano no es necesario sino solamente posible, por lo que hay que buscar no acrecentarlo con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo; y que los hombres de buena voluntad estamos ya demasiado retrasados, así que no tenemos mucho tiempo que perder.

Ahora nosotros podemos encontrar un apoyo complementario con la tesis de Watson a pesar de la diferencia en el tiempo, pero con una afinidad en los argumentos que fungen de soporte.

VI. EL TRASPLANTE JURÍDICO EN SUDAMÉRICA

A pesar de que pudiera no pesarse, hay países de Sudamérica que han avanzado en el trasplante jurídico. Para comenzar, tenemos el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA, 1979, 1996) con sede en Quito, al cual ya no pertenece Venezuela desde tiempos del expresidente Hugo Chávez, cuando se creó con su retiro una crisis orgánica, aunque se estima ya superada. Este tribunal suprarregional ha apuntalado la integración de los países andinos de su adscripción. En los últimos quince años ha dictado una cantidad importante de sentencias sobre temas que guardan relación directa con la globalización, así como con los tribunales internacionales y los procesos o acuerdos de integración europea (Tratado de Roma, 1957) y la misma Comunidad Andina (Acuerdo de Cartagena, 1969).

El tribunal quedó abierto al trasplante, clonación o toma de modelos como órgano jurisdiccional, en particular de sus pares en la Comunidad Europea. Los modelos europeos han logrado adaptarse a las realidades y necesidades sociopolíticas de la propia región, pero con similares objetivos, además de preservar la legalidad de los procesos de integración y el enriquecimiento de la jurisprudencia regional buscando la unicidad y uniformidad.

En Latinoamérica el concepto de la integración, con inclusión del trasplante, no ha sido fácil de asimilar debido a los conflictos limítrofes, las constantes dictaduras, junto con razones ideológicas o geopolíticas. No obstante, voceros del tribunal consideran que la integración andina ha logrado seguir adelante a través de este tribunal comunitario, conservando su propia filosofía histórica, política y social. La mayoría de los estudios sobre los trasplantes revela la toma de esa institución como una captura importada pero cercana a los intereses propios que se deciden[22].

Por su parte, la Sala Constitucional del Ecuador acogió la figura del préstamo constitucional o cláusula abierta de elementos no nacionales en ejercicio de su interpretación jurídica aplicables a los sistemas civilistas, porque contribuye a desarrollar un proceso más amplio de transformación hermenéutica sobre la forma de comprender el papel del constitucionalismo actual. Como consecuencia, concluyó que es necesario aplicar un método documentalista comparativo a través del préstamo constitucional dentro de sistemas jurídicos similares para interpretar casos no previstos o de oscura resolución con la sola aplicación de la normativa nacional[23].

En Argentina, Rosenkrantz asienta que se ha practicado incansablemente el préstamo constitucional en ese país, en particular sobre las áreas del derecho constitucional y los derechos fundamentales. Narra cómo ha sido tradicional la fascinación de los constitucionalistas argentinos por la concepción constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, aún antes del siglo XIX. El jurista justifica los "préstamos" cuando el derecho interno y el extranjero se encuentran unidos por una relación de descendencia e historia común (argumento genealógico) y de otro lado, ante la práctica de decisiones foráneas (argumento procedimental)[24].

---

22 Alter, Karen J. y Helfer, Laurence: *Trasplante jurídico de Tribunales Internacionales. El derecho y la política del Tribunal de la Comunidad Andina*; Universidad Externado de Colombia, julio de 2021.

23 Rosenkrantz, Carlos F.: *En contra de los "préstamos" y de otros usos "no autoritativos" del derecho extranjero*; Revista jurídica de la Universidad de Palermo, Argentina.

24 Lizarazo-Rodríguez, L.: *Sentencias de constitucionalidad en Colombia: ¿un caso de vanguardia o de trasplante juris*prudencial? *Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 145-182: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1505

En cuanto a Colombia, la jurisprudencia constitucional manifiesta otro ejemplo de trasplante doctrinario y jurisprudencial que obedece a la globalización de la jurisdicción constitucional y de la utilización del método de ponderación para decidir demandas de inconstitucionalidad. La nueva doctrina hace referencia a las dificultades institucionales de los países en desarrollo que inciden en las consecuencias de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional y su evaluación. Apunta Lizarazo-Rodríguez que Colombia, junto con otros países como Uruguay, Argentina y México, ha sido uno de los primeros países en el mundo que adoptó el control abstracto de constitucionalidad de las leyes. En particular, desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 la Corte Constitucional de Colombia se presenta como un ejemplo de activismo judicial creando normas jurídicas a través de sus sentencias. Esta apertura plantea una revisión general de los desarrollos internacionales en materia de acciones de inconstitucionalidad, así como la apertura sobre métodos contemporáneos de interpretación y decisión[25].

En Venezuela, la fuerza de la realidad, reflejada ante la evolución tecnológica, ha llegado a sobreponerse a las limitantes de la política y la ideología llevando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a la aplicación analógica de precedentes judiciales característicos del sistema sajón del *Common Law*. Se trata de una variable del préstamo jurídico como expresión de la jurisprudencia normativa, la cual en la práctica convierte los fallos jurisdiccionales en el equivalente a normas jurídicas ante los vacíos o la inexistencia de reglas expresas para solucionar controversias como obligación ineludible de la actividad jurisdiccional. Traemos como ejemplo un caso (2006) sobre fertilización asistida ventilado ante la mencionada Sala. Se trató del caso de una pareja que no tenía hijos, el marido padecía una grave enfermedad terminal que afectaría su calidad espermática a causa de la intensidad del tratamiento, por lo que acudió al centro de fertilización *in vitro* de un prestigioso hospital caraqueño para resguardar sus espermatozoides. Suscribió un contrato que, a decir del centro clínico, no autorizaba la inseminación *post mortem*. Fallecido el esposo, la mujer pidió ser inseminada pero la clínica se negó porque contractualmente no había quedado autorizado

---

[25] En Velandia Ponce, Rómulo: *La prueba científica como problema y como solución* (Trabajo de ascenso a Titular que quedó pendiente para su defensa desde 2017), Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado. Sentencia del 27-07-2006. Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Tomero y Disidente: Pedro Rondón Haaz. Demandante: Yamilex Coromoto Núñez. Demandado: "Grupo Médico Docente La Trinidad (Caracas).

para proceder al acto. Ella demandó solicitando un amparo para lograr la preservación del esperma, que consiguió. Después de un largo juicio, el máximo tribunal venezolano concedió la razón a la mujer y para sustentar el fallo hizo uso de jurisprudencia y doctrina extranjera, que no es otro recurso que un préstamo jurídico[26]. La sentencia aplicó aportes de la legislación y la doctrina colombiana, mexicana, española y del Reino Unido sobre el tema de la reproducción asistida, que vienen a ser similares a los precedentes judiciales internacionales.

VII. GOBERNABILIDAD Y GOBERNANZA

El trasplante jurídico y su aplicabilidad en los nuevos derechos guardan relación con las nociones modernas de gobernabilidad y gobernanza. Son dos acepciones muy utilizadas hoy en el campo del derecho público que tienden a confundirse. Se las utiliza para describir la modalidad de gestión pública y administrativa a cargo del gobierno de una región en el ejercicio del poder. La gobernabilidad está centrada en la capacidad que pueda tenerse en el mejoramiento de las instituciones públicas, la organización del Estado, la lucha contra la corrupción, la consolidación de la democracia participativa, la estabilidad política y la transparencia del sistema electoral. La gobernanza se relaciona con la eficiencia de las políticas que rigen la institucionalidad política, la descentralización, el control social y otras esferas afines. Ambas buscan el desarrollo regional y nacional, son muy semejantes, pero se manifiestan diferentes.

En 1996, Sartori hizo una breve referencia que vinculaba el tema del trasplante legal con la gobernabilidad. Entonces, en una conferencia ante el Instituto Federal de México dijo que, mientras a Brasil se le aconsejaba que saliera del presidencialismo, a Italia se le decía que saliera del parlamentarismo porque el sistema presidencial era la cura para los males italianos. Ante esas contradicciones, expresó que la opinión general de expertos consultados sobre el caso italiano indicaba que la única opción en términos de aplicación era el éxito del trasplante constitucional, pero no la forma presidencial estadounidense, sino más bien la semipresidencial francesa. Comentó a propósito Sartori que no había visto feliz a nadie en este mundo. Esa conferencia

---

[26] Sartori, Giovanni: *Ingeniería Constitucional. Una investigación de las estructuras, incentivos y resultados* ; Fondo de Cultura Económica, México, 1994; p. 9 y 218. Sartori, G.: *Límites de la Ingeniería Constitucional*; Conferencias Magistrales, No. 9, Instituto Nacional Electoral, México, 2020; p. 31-32 (la publicación referida tiene una data posterior a la disertación).

fue producto de su libro *Ingeniería Constitucional Comparada* (1994). Para Sartori, la ingeniería constitucional no es un Leviatán, pero indica que no deben continuar redactándose constituciones como ahora, en la oscuridad y sin ayuda, así que hay que emprender la búsqueda de "los posibles", con base en la gobernabilidad, para suministrar a los gobernantes demócratas capacidades efectivas de gobierno que les permita prevenir la parálisis o un gobierno encadenado. Por eso -dice- un gobierno representativo debe reunir dos requisitos: gobernabilidad y una representación que puedan maximizarse conjuntamente. Para lograr un gobierno eficiente Sartori llegó a la conclusión de que *la gobernabilidad es, en casi todas las democracias, la prioridad de nuestro tiempo*[27]. En el prefacio del libro mencionado, Sartori opina que *gracias a las comparaciones obtenemos lecciones de otros países*, y, además, en la propuesta de su investigación, el análisis se fundamenta en el control comparativo. Así se comprueba su aplicación a nuestro tema.

Entendida idealmente la gobernabilidad como un proceso de construcción social en determinada territorialidad, que se facilita a través del diálogo y la apertura, cabe inferirse cómo se dificulta la aplicabilidad del trasplante legal en países signados por su desestabilización global, en contraste con países que gozan de la apertura necesaria. El ingrediente de la ideología puede ser una factor limitante o excluyente para la aplicación de este proceso. Es casi imposible en aquellos donde opera la inestabilidad política, como ocurre actualmente en Venezuela y Cuba. Es un hecho notorio y público que en Venezuela existe actualmente una crisis política con repercusiones graves para su sociedad, economía y la aplicación de la justicia, abarcando sus poderes públicos, las instituciones policiales y el mismo Estado de Derecho, cuestionado por numerosos voceros nacionales e internacionales. Como resultado, su diáspora se estima hoy en aproximadamente el 30% de su población en menos de 20 años.

La explicación de esta dicotomía entre trasplante legal y la crisis institucional puede encontrarse referencialmente en las reflexiones de Václav Havel (1936-2011), el último presidente de Checoslovaquia (1989) y el primero de la República Checa, quien fue varias veces prisionero del comunismo por oponerse a sus ideas. Escribió *El poder de los sin poder*[28],

---

27 Havel, Václav: *El poder de los sin poder*: Ediciones Encuentro, Madrid, 1990.

28 Dice que la muerte de Fidel Castro y de Hugo Chávez, respectivamente, no cambió la orientación autocrática que sostienen a sus gobiernos, sino que sus

cuyo texto puede ser utilitario para esclarecer la afectación que tiene el poderío político sobre el campo jurídico, el progreso institucional y normativo. En este ensayo Havel sostuvo la necesidad de que el mundo entienda que la mejor vida social se consigue bajo los dictámenes de la ética, a pesar de las dificultades que esa tarea trae consigo. Consideró necesaria la renovación del hombre para poder recuperar una nación disruptiva, para lo cual el camino es la aplicación de los principios morales con la participación de los demás países, al menos los del mundo occidental democrático. Estando claro del influjo de la corrupción sobre el funcionariado público manifestó con honestidad: *estando en el poder, sospecho de mí permanentemente*.

Havel se refirió a la tendencia dominante de gobiernos de la modernidad que han venido aplicando una arbitrariedad brutal para la anulación de los opositores inconformes, que van quedando reducidos al marginamiento político y social. Las dictaduras clásicas comenzaron a ser reemplazadas por otras modalidades autocráticas que no requieren como antes un liderazgo individual sino de un grupo de intereses que sostienen el poderío gobernante. Generalmente se apoyan en entes económicamente sólidos, empoderados a través de la publicidad y de los medios tecnológicos. Sobre su ejemplo acerca del poder autocrático sobre las masas a través de los casos de Cuba y de Venezuela, las mencionó como dictaduras llamadas a tambalearse con posibilidades de desaparecer o de transformarse en otro sistema[29].

Havel preconizó lo mismo que analistas políticos en cuanto que *las naciones autoritarias modernas disponen ahora de tecnologías que les permiten ejercer un control generalizado de sus ciudadanos en formas que eran inimaginables hace décadas; e incluso los gobiernos autoritarios llegan a disfrutar de un sorprendente apoyo popular*. Años después de Havel, Brooks lo reproduce casi textualmente diciendo que *las naciones autoritarias modernas ahora tienen tecnologías que les permiten ejercer un control generalizado de sus ciudadanos en formas que eran inimaginables hace décadas y que, si las cosas van bien, los gobiernos autoritarios pueden disfrutar de un apoyo popular sorprendente*.

---

sucesores han permanecido detentando el poder indefinidamente, a pesar de que ni Raúl Castro (hoy Díaz Canel) ni Nicolás Maduro calzan el carisma de sus antecesores políticos.

29 David Brooks*: La globalización ha terminado. Han empezado las guerras culturales globales*; 11-4-22.

\Esos gobernantes, sostiene Brooks, *utilizan la diferencia cultural transformada por el resentimiento de estatus en una guerra cultural*[30].

Siendo así, en un régimen autocrático por desempeño no es viable el empleo del trasplante jurídico, como no sea por conveniencia a través de ciertos fallos judiciales, que ha sido el caso venezolano.

No obstante, de recuperarse el Estado de Derecho en Venezuela con la vuelta a la normalidad democrática la figura de los trasplantes jurídicos pudiera aplicarse como un plan de pronta recuperación que le permita al país colocar su legislación al nivel de las ordenaciones jurídicas más avanzadas del mundo; así como integrarse con los nuevos derechos que ocupan el espacio creado en el mundo globalizado por las revolución tecnológica y científica.

VIII. LOS NUEVOS DERECHOS

Libertad y derecho ya no serán lo mismo. Para que haya derechos habrá paradójicamente que sacrificar una cuota de libertad; tributo imprescindible para evitar una colisión conflictiva. Derecho será aquella libertad que nos queda después de que el Leviatán nos expropie la dosis inevitable para garantizar una convivencia pacífica. *En el mismo saco están entrando otros derechos que ponen de relieve la necesidad de limitar efectos colaterales de un progreso tecnológico que tiende a gozar de patente de corso*, como expresa Ollero[31]. Así está ocurriendo con la protección ante el manejo informático de los datos personales. Queda claro que el dinamismo social justifica el nacimiento de nuevos derechos, difíciles de garantizar dentro de un esquema clásico, como el derecho a la intimidad, en el caso de este ejemplo. Esta realidad nos permite confirmar la verdad histórica que nos mostraron ya Kant y Bobbio. Nos queda dejar la proyección profética de la historia para centrarnos ahora en las vivencias reales del momento.

---

30 Ollero, Andrés: *Los nuevos derechos*, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid). Ponencia para el Congreso Internacional "Las libertades en la nueva Europa", Persona y derecho, vol. 66, 2012.

31 Recordemos la crisis de hace algunos años con la industria de la fotografía, la del cine, alquiles de películas, algunas marcas de teléfonos móviles celulares y otras más, que prácticamente desaparecieron con la modernidad. Ya están en una puerta de ingreso parecido algunas ensambladoras de vehículos que no dispongan de la tecnología eléctrica; aparte de profesiones que se afectarán en un tiempo, incluidos los abogados, periodistas y una gran cantidad de trabajadores.

La revolución informática ha gestado cambios radicales desde la aparición del Internet y la enorme variedad de aparatos informatizados, máquinas sin las que ya no se concibe la vida misma. En particular, el derecho de familia ha sido escenario prolijo para una nueva juridicidad dentro de la novedosa disciplina de la bioética. Puede mencionarse la fertilización *in vitro*, las células madre, el genoma humano, la neurociencia, la robótica, los trasplantes de órganos, los cambios de sexo, la aparición de la figura de los "vientres de alquiler", el aborto tiende a ser despenalizado, empieza a considerarse dentro de la eutanasia el derecho a una *muerte digna* y hasta pueden darse casos de clonación de seres. En este campo la legislación española, con su pertenencia a la Unión Europea, dispone de una avanzada regulación: ¿podríamos en su momento recurrir al *préstamo jurídico* en la materia? Es claro que sí. Por otro lado, estamos en presencia de la inteligencia artificial (IA); y en conjunto, todo ello ha dado lugar al reconocimiento de nuevos derechos, en particular en el campo genético. Hay que regularlos visionaria y éticamente.

En el derecho mercantil, el comercio electrónico transfronterizo permite celebrar los contratos en segundos. Hemos visto cómo los servicios de taxis descendieron a otro plano para dar paso al transporte personalizado en línea (*Uber*) operado a través de las redes, al igual que los hoteles se han afectado sensiblemente ante las colocaciones *online* para hospedaje directo e individualizado, más confortable y menos costoso (*Airbnb*, por ejemplo) y los servicios "puerta a puerta" de productos y servicios (*deliveries*) han crecido enormemente como modalidad de trabajo, sobre todo a partir de la pandemia del Covid[32]. Se junta el área laboral cuando el desarrollo de la informática, más presente ahora a través de la Inteligencia Artificial, viene a convertirse en una amenaza dramática para el mercado de trabajo debido a la sustitución de trabajadores humanos por máquinas inteligentes. Es claro que aparecerán otros trabajos, la IA solo es una herramienta. De hecho, hay unos pocos que logran ganar más dinero haciendo videos para la red china TikTok que empleados en una empresa, pero habrá muchas más personas afectadas que resueltas.

Dentro de los derechos procesales la Teoría General del Proceso añade nuevas ramas a su tronco común: junto con el Derecho procesal constitucional se encuentran el internacional, electoral, fiscal, familiar, militar, marítimo o aéreo, agrario o ambiental y los demás que sigan surgiendo para actualizarse

---

[32] Internacionalmente se reconocen ilícitos llamados *hacking, pishing, pharming, hoax, malware, explot, grooming*, además de los ya contemplados por la Ley Especial de Delitos Informáticos (2001).

con la modernidad, mientras existan litigios que dirimir. El Derecho Penal ha debido atender la aparición de los delitos informáticos, que no existían o han encontrado nuevas modalidades como ilícitos criminales[33]. Con la IA su utilización se extiende a las autoridades policiales y judiciales, y al campo de la biometría. Se habla de *cibercriminalidad* y *ciberterrorismo.* Mientras tanto, los tribunales de los países más avanzados en consciencia jurídica ya disponen de instituciones judiciales automatizadas y algunas naciones utilizan jueces-robots para impartir justicia en algunas áreas, como es el caso de China, Canadá y algunos países nórdicos. La Unión Europea marcha con mayor cautela, pero dando pasos sólidos para adecuarse a esta rama judicial de los nuevos derechos. Países como Gran Bretaña admiten testimoniales a través de conexiones informáticas. Cada vez son más frecuentes los procesos virtuales o no presenciales.

No obstante, la realidad es que, a pesar de su proliferación, la IA continúa separada del derecho. Las empresas y muchos gobiernos tienen departamentos que la utilizan a diario sin entender ni atender el impacto que tiene sobre los derechos y algunas han dejado su operatividad en manos de personas que no tienen suficiente consciencia, competencia ni medios para implementar un control efectivo en resguardo de la comunidad mundial. Esta situación afecta los Derechos Humanos, no propiamente por la tecnología en sí misma, sino con el uso que le den los operadores. La solución puede encontrase en la educación (digital), partiendo desde los derechos humanos[34].

Pareado con la IA se encuentra el tema de la "robótica" con sus problemas éticos , que requiere una atención jurídica ante su repercusión con la responsabilidad, partiendo de la base de que los robots no pueden ser considerados responsables por los daños que causen. Se entiende que sí lo son los fabricantes, propietarios y usuarios cuando se evidencia el respectivo nexo

---

33 Como una suerte de ejemplo esperanzador, en mayo de 2019 se celebró en Pekín la Conferencia Internacional sobre la Inteligencia Artificial y la Educación, para dirigir los nuevos avances, y dio lugar a un Documento Final titulado "Consenso de Beijing sobre la Inteligencia Artificial y la Educación" con el enfoque humanista de la UNESCO y con el propósito de proteger los derechos humanos y concebirse con la debida ética.

34 Rafael de Asís citando a Norberto Bobbio: *Derechos y tecnologías*; Dykinson y Universidad Carlos III de Madrid, 2022; p. 43.

causal. El progreso científico y el normativo no implican progreso ético[35]. En este sentido, creemos que es apreciable una dislocación posmoderna de los fundamentos éticos, que avanzan con la consolidación del individualismo y la sepultura de los tradicionales principios y valores que otrora fueron indiscutibles. Hoy es observable incluso cómo se instaura orgullosa y épicamente el manejo de los avances tecnológicos con la opción de trascender desde lo naturalmente humano hacia lo robótico, mientras desde la óptica social la familia parece comenzar a mutar hacia otras estructuras ante movimientos mundiales y la permisividad de algunos gobiernos que ya han materializado cambios legales que hasta hace unos años fueron impensables. Son asuntos que muestran una nueva dimensión, que debe ameritar alguna regulación desde los derechos fundamentales, como son los relacionados con la igualdad, la no discriminación, la responsabilidad, la privacidad y la identidad personal; que ya existen, pero que en la modernidad aconsejan una revisión aparejada con la ética. ¿Habrá una *neoética*?[36] ¿Está el mundo realmente avanzando socialmente?

Otra variable novedosa que trasciende a los nuevos derechos es la neuro tecnología o neurociencia, con su avance inmenso a través de las técnicas científicas que permiten obtener imágenes del cerebro, representando otro reto para el derecho contemporáneo junto con su perspectiva ética para que se proteja la mente y el cerebro de las personas (neuroética) con su implicancia en los derechos humanos y la libertad dentro del significado de la dignidad humana. Su consideración le atañe a la bioética, otra disciplina de la postmodernidad que plantea una contraposición entre terapias y mejoras, con un detalle diferencial que no siempre está claro, porque a veces una mejora pudiera convertirse a su vez en una terapia y viceversa (por ejemplo, la

---

35 Recomendamos: Revenga, M.: *El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)*. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

36 La discusión sobre la mejora ha sido relacionada con la práctica llamada *eurogenesia*, entendida desde que fue acuñada por el británico Francis Galton (1833) para identificar la posibilidad de dirigir la evolución humana hacia la perfección, utilizando técnicas positivas (conservación y mejora de características) y negativas (eliminación de otras características, como discapacidades). Tomado de Rafael de Asís *Derechos y Tecnologías*, Dykinson, Madrid; p. 28- 29.

administración de ciertas hormonas)[37]. Es una tarea que plantea lo que ha comenzado a llamarse "tecnologías convergentes", que plantean una diferente fisonomía de reconocimiento común entre el derecho y las tecnologías. A los ciudadanos debe concedérseles el derecho de tener información sobre esas tecnologías emergentes, a rechazarlas mientras no lleguen a comprenderlas, a ser educados y a participar en el control que corresponda, como parte de la gobernanza (ciberseguridad). Para lograr una cobertura real se requiere su consagración legislativa, mejor si es de carácter internacional; y nada más sencillo, útil y efectivo que acudir al préstamo jurídico para conseguirlo con mayor rapidez y solidez. Cabe destacar aquí el avance chileno sobre el espectro logrado en la neuro tecnología, cuando recurrieron a una enmienda constitucional que contempla integralmente la cobertura del derecho a la vida, la integridad física y psíquica de las personas; así como también concibieron un proyecto de ley sobre la protección de los neuro derechos y la integridad mental, el desarrollo de la investigación y las neuro tecnologías[38].

La Filosofía se ha desplazado hacia novedosas figuras que se conocen como Transhumanismo y Posthumanismo, con una visión distinta sobre el "nuevo" ser humano, que a veces lleva a pensar en la ciencia ficción, cuando es una realidad que ya está en marcha39. El Transhumanismo está encuadrado dentro de la esencia humana aparejando el progreso humano con el técnico, buscando modificaciones de esa esencia humana para aumentar sus capacidades más allá de las que han sido tradicionales. El Posthumanismo va más allá, sin marcos delimitantes para que se produzca un ser humano diferente, mutando incluso hacia una dimensión robótica, hasta llegar a una

---

37 Reche Tello, Nuria: *Nuevos derechos frente a la neuro tecnología: la experiencia chilena*; en Revista de Derecho Político No. 112, 2021; p. 415 y ss. Aborda la reforma del artículo 19 nº 1 de su Constitución para hacer frente al uso indebido de la neuro tecnología como enmienda que proveniente de un proyecto de ley que se reconocen los "neuro derechos".

38 Entre muchos textos relacionados, recomendamos Llano Alonso, F.; *Homo Excelsior. Los límites Ético-Jurídicos del Transhumanismo*, Tirant lo Blanch, 2018.

39 La expresión *maquínico* se le atribuye a Deleuze y Guattari para tratar la ubicación de las máquinas como herramientas dentro de un ecosistema que las enlaza con la historia y la sociedad, y los filósofos llaman agenciamiento. Así, la concepción de la máquina permite tomar distancia frente al determinismo tecnológico. Además, alejarse de las dicotomías entre naturaleza y cultura, de la ideología del progreso ligada a la técnica y del humanismo que acompaña ciertas reflexiones sobre la máquina: http://www.fdrule.cdmx.gob.mx/maqui.html

fisonomía que ha llegado a llamarse *maquínico-inteligente*. El peligro con esta corriente es que se propicie un desenfreno contrario a la esencia humana. Queda pendiente aclarar cómo concibe esta disciplina la discapacidad de algunos seres humanos, cómo quedan las condiciones del síndrome de Down, del autista, de la demencia, el alzhéimer y otras afecciones.

¿Se consideran seres inservibles para el Posthumanismo porque no pueden transformarse en seres superiores parecidos a las máquinas? Se habla también de la Mecanósfera como el agenciamiento colectivo de todas las máquinas concretas y abstractas; con un dinamismo mutante de unas máquinas que se asocian con las demás, imponiendo condiciones y condicionamientos de existencia. La codependencia de las máquinas también hace de ellas una manifestación *maquínica*[40]. Todo se conecta maquinalmente con la realidad actual y tiene que ser ya materia de estudio en gran escala. Muchas las Escuelas de Derecho están llamadas a repensar con urgencia sus *pensa* de estudios porque han quedado a la saga de la nueva realidad.

En otro de sus trabajos, Sartori[41] enciende las alarmas cuando escribió que, quien quiera disfrutar la vida, que lo haga rápido. La certidumbre del mañana es incierta para cada uno de nosotros, a menos que se descubra una píldora anti-locura, expresó. Se preguntó si hemos enloquecido y dijo que, si este "hormiguero humano" no abre rápidamente los ojos, el siglo XXI será un siglo corto. Finalizando este trabajo encuentro una entrevista concedida en New York por el magnate Elon Musk a la cadena de televisión CNN en la que coincide con el Sartori de 1996, Siendo un empresario que trabaja con la IA y responsable de su crecimiento, Musk ha dicho que la IA *podría llevar a la destrucción de la civilización*. Poco antes, se reunió con un grupo de líderes tecnológicos y firmaron una carta abierta pidiendo una pausa de seis meses debido a la "carrera fuera de control" causada por el desarrollo de la IA. Advirtió que el producto de IA denominado *ChatGPT* puede ser altamente riesgoso, que es peor que un avión mal construido y capaz de manipular la opinión pública, por lo que trabaja en hacerle frente (pondrá en marcha la plataforma *TruthGPT* para enfrentar a Google y Microsoft).

---

40 Sartori, Giovanni y Mazzoleni, Gianni: *La tierra explota*; Taurus, España, 2016; p. 15.

41 Dyffy, Clare y Maruf, Ramishah: *Elon Musk advierte que la IA podría causar la "destrucción de la civilización" aunque invierte en ella*. Artículo tomado de la entrevista concedida a Tucker Carlson de la cadena de TV CNN, 23-04-2023: https://cnnespanol.cnn.com/2023/04/18/elon-musk-advierte-ia-podria-causar-destruccion-civilizacion-trax/

E, igual que lo estamos sugiriendo en esta investigación, pide la regulación gubernamental de la IA antes de que sea demasiado tarde para establecer controles.

Hay quienes se han referido a esta irrupción desviada del campo de la informática como un desenfreno de *la tiranía de las máquinas*. Ahora convivimos con la IA como guardando en nuestros bolsillos una moneda con sus dos lados: el beneficioso y el riesgoso mientras no se consiga encauzarla dentro de los marcos de la ética y su entorno legal. La interrogante es si eso es o no posible. Otro reto mundial para la regulación de los nuevos derechos. ¿Es factible? Los derechos postmodernos, igual conocidos como "nuevos derechos" o "cuarta generación de derechos" se muestran todavía inacabados, con vacíos que dificultan su aplicabilidad. En lugar de verlo como un fatalismo hay que ocuparse del control desde el derecho y antes de que se vaya *de las manos*. Con base en los prolegómenos previos surge un planteamiento derivativo, como es el desplazamiento de las fuentes tradicionales del derecho en el sistema del *Civil Law* (o románico- germánico), como ocurre con la jurisprudencia y la doctrina, tradicionalmente fuentes formales e indirectas del derecho y ahora en ascenso jerárquico por la irrupción de la nueva realidad, que ha ido desvaneciendo parcial y tímidamente la solidez de la clásica y didáctica Pirámide de Kelsen.

Algunos doctrinarios han comenzado a considerar la metodología comparativa como una novedosa fuente del derecho a la cual habría que percibir como obligatoria y no discrecionalmente.

CONCLUSIONES

El trasplante jurídico proviene de una metáfora aplicada en el derecho comparado para representar una figura legal que permita la transferencia de normas entre diferentes ordenamientos jurídicos, desde un país que ya las posee hacia otro receptor. No ha sido realmente una novedad porque ha tenido lugar desde tiempos ancestrales, pero encontró limitantes provenientes de la concepción nacionalista y centralizada de los estados, hasta encontrar después una reapertura con la globalización, un fenómeno que tampoco debe ser considerado novedoso en estricto sentido histórico. Bajo este enfoque es también un indicativo de integración y de pluralismo jurídico. Por lo tanto, representa un mecanismo útil y eficaz para crear en poco tiempo el marco jurídico apropiado para las resoluciones necesarias, acordes con los nuevos tiempos tecnológicos.

Con el cambio de las relaciones humanas en el mundo entero también se afecta el derecho como disciplina encargada de regular el comportamiento de los individuos y de los estados. Los derechos tradicionales han perdido vigencia o se han desplazado hacia otras variables; pero también se han presentado campos inéditos que todavía no habían sido considerados o están inacabados. Es lo que comienza a reconocerse como nuevos derechos. Sostenemos que para cubrir esos vacíos nada mejor que recurrir a la figura del trasplante jurídico. El tiempo histórico que se vive no le da ya más tiempo al planeta para quedarse en una concepción anquilosada frente a los nuevos tiempos; así que hay que concebir formas que le permitan a la sociedad moderna vivir con la mayor paz y seguridad posibles, aunque se trate de tomar prestadas normas preestablecidas desde otras legislaciones.

En esta tarea de reingeniería jurídica, si eventualmente se planteara alguna incompatibilidad con algunos trasplantes, la adaptación de la nueva norma importada a la sociedad receptora admite los cambios que sean necesarios, aunque no se trate exactamente de la misma norma, lo cual no indicaría que el trasplante no resultó exitoso. Es, entonces, una modalidad de progreso efectivo amparada por el mismo Derecho Comparado.

No ha habido una consciencia colectiva para regular jurídicamente a tiempo las nuevas manifestaciones del progreso. Así lo confirman las palabras recogidas de Giovanni Sartori antes del comienzo del siglo XXI (1996) y las muy recientes de Elon Musk (2023) advirtiendo, el primero que *el presente siglo puede ser muy corto*; y el otro, que debe tenerse ya la elaboración de normas, pero ya *podría ser tarde la regulación de la IA para evitar la destrucción de la civilización que tenemos*. Sin embargo, no es el momento ni hay tiempo para una parálisis sino todo lo contrario; así que urge concordar integradamente una normativa que proteja a la humanidad de las nuevas creaciones tecnológicas que puedan ser negativas. Pudiera bastar que prontamente se produzca el trasplante legal a cada legislación consciente y responsable, desde donde se haya avanzado anteriormente. Es el tiempo de los derechos, como hace años concibió Bobbio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAR, Karen J. y Helfer, Laurence R. “Trasplante jurídico de tribunales internacionales. El derecho y la política del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, Universidad Externado de Colombia, 2021.

ARRIETA, Raúl. "El préstamo constitucional", en *III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal Universidad Central de Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2010.

BOBBIO, Norberto. "El tiempo de los derechos", en *Editorial Sistema*, Madrid, 1991.

BROOKS, David. "La globalización ha terminado. Han empezado las guerras culturales globales", en The New York Times International Weekly, New York, 2022. Disponible en: https://www.clarin.com/new-york-times-international-weekly/acabo-globalizacion-guerras-culturales-globales-comenzado-_0_kpHl8FJnXu.html.Consultado el 16 de abril de 2023.

CAIRNS, John W., "Watson, Walton, and The History of Legal Transplants"; GA. J. INT'L & COMP. L. Vol. 41, School of Law, University of Georgia, USA, 2013.

CHIBA, M., "Legal Pluralism, Toward a General Theory Through Japanese Legal Culture", Tokyo, Tokai University Press, 1989.

CLARE DUFFY, Ramishah Maruf., "Elon Musk advierte que la IA podría causar la destrucción de la civilización, aunque invierte en ella", en *Artículo tomado de la entrevista concedida a Tucker Carlson de la cadena de TV CNN*, 2023, Disponible en: https://cnnespanol.cnn.com/2023/04/18/elon-musk-advierte-ia-podria-causar-destruccion-civilizacion-trax/ Consultado en fecha 1 de mayo de 2023.

DE ASÍS, Rafael. "Derechos y tecnologías", Dykinson y Universidad Carlos III, Madrid, 2022.

Eisin Örücü, "Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition", en *EJCL. Netherlands Comparative Law Association*, Netherlands, 2000, Disponible en: https://www.ejcl.org//41/art41-1.html, consultado en fecha 15 de abril de 2023.

EWALD, William. "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants", en *The American Journal of - Comparative Law,* American Society of Comparative Law, vol. 43, 1995.

HAVEl, Václav. "El poder de los sin poder". Ediciones Encuentro, Madrid, 1990.

Joseph Jr. Nye. "¿Se acabó la globalización?", en *Blog Project Sindicate*, 2023, Disponible en: https://www.project-syndicate.org/commentary/globalization-not-over-but-changing-in-shape-and-emphasis-by-joseph-s-nye-2023-03/spanish?barrier=accesspaylog, consultado el 17 de abril de 2023.

LEGRAND, Pierre. "The Impossibility of legal transplants", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, vol. 4 (2). pp. 111-124, Disponible en: http://www.pierrelegrand.com/transplants.pdf 1/03/2015, consultado en fecha 03 de abril de 2023.

LIZARAZO-RODRÍGUEZ, Liliana. "Sentencias de constitucionalidad en Colombia: ¿un caso de vanguardia o de trasplante jurisprudencial?" en *Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1505, consultado en fecha 10 de abril de 2023.

MILLER, Jonathan M. "La tipología de los trasplantes legales, utilizando la Sociología, la Historia del Derecho y ejemplos argentinos para explicar el proceso de trasplante", en *American Journal Comparative* bajo el título, "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process", 2003.

MONEREO, Manolo. "Se terminó la globalización: ¿qué hacemos ahora?", en *Economía, Mundo, Política*, España, 2020.

NAIM, Moisés, "¿Se acabó la globalización?", en *diario El País*, España, 2022.

OLLERO, Andrés. "Los nuevos derechos", en *Ponencia para el Congreso Internacional," Las libertades en la nueva Europa Persona y derecho"*, vol. 66, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2012.

RECHE TELLO, Nuria. "Nuevos derechos frente a la neuro tecnología: la experiencia chilena" en *Revista de Derecho Político*, N° 112, Chile, 2021.

ROBERTS, Michael. "¿Ha terminado la globalización?", *en Blog Sin permiso, república y socialismo también para el siglo XXI*, 2022, Disponible en: https://www.sinpermiso.info/textos/ha-terminado-la-globali-zacion, consultado el 30 de abril de 2023.

ROSENKRANTZ, Carlos F. "En contra de los préstamos y de otros usos no autoritativos del derecho extranjero", *en Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, Argentina, 2005.

SACCO, Rodolfo. "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", (Installment II of II), en: *The American Journal of Comparative Law, Revista americana de derecho comparado*, JSTOR, 1991. Disponible en: https://scholar.google.co.uk/scholar?cluster=12734566093313560174&hl=es&as_sdt=0,5&as_vis=1, consultado el 20 de abril de 2023.

SARTORI, Giovanni. "Ingeniería Constitucional. Una investigación de las estructuras, incentivos y resultados", Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

_____.. "Límites de la Ingeniería Constitucional", en *Conferencias Magistrales*, No. 9, Instituto Nacional Electoral, México, 2020.

VELANDIA PONCE, Rómulo., "La prueba científica como problema y como solución", inédito a la fecha desde 2017, originalmente presentado como trabajo de ascenso a la categoría Titular, (tramitación fallida por causas no imputables al autor), Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, Caracas, 2017-2023.

WATSON, Alan, "Legal transplants: An approach to comparative law", Athens, Estados Unidos: University of Georgia Press, 1993.

Wikipedia, "El día en que salieron los peces" , *en película greco-británica*, 1967, dirigida y escrita por Michael Cacoyannis y protagonizada por Tom Courtenay, Colin Blakely y Sam Wanamaker: https://en.wikipedia.org/wiki/The_Day_the_Fish_Came_Out

LA DIÁSPORA COMO EXPRESIÓN DE LA MIGRACIÓN GLOBAL: IMPORTANCIA, RETOS Y ROL DEL DERECHO INTERNACIONAL

Sabrina VELANDIA R.*

I. NATURALEZA Y CIFRAS DE LA DIÁSPORA COMO PARTE DE LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL

Cada año, millones de personas se movilizan en todo el mundo, en búsqueda de una mejor vida y porvenir para sí y sus familias. Aunque la migración existe desde tiempo inmemorial, sus números y características han variado a medida que mudan la humanidad y sus circunstancias. Hoy en día, se considera un fenómeno global por la cantidad de personas y naciones que involucra, bien sea como países de origen, de tránsito o de destino.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM - 2022) afirma que el número estimado de migrantes internacionales no ha dejado de aumentar en los últimos 50 años. Según la Organización Internacional del Trabajo y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OIT y OACDH, 2015), alrededor de 232 millones de personas, en 2013 – más del

* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Especialista en Derecho Internacional (UCV). Magister en Derechos Fundamentales (Universidad Carlos III de Madrid). Lic. en Ciencias Sociales (Université de Montréal - menciones: Victimología, Estudios Indígenas, y Estudios Feministas y de Género). Investigadora, analista y asesora de víctimas de violaciones de derechos humanos y de organizaciones de la sociedad civil. Actualmente, Defensora Independiente de Violencia Doméstica (IDVA) en el Reino Unido.

3% de la población mundial de ese año[1] – se encontraban viviendo fuera de su país de nacimiento o ciudadanía, por más de un año.

Recientes estimaciones de la ONU, recopiladas por la OIM (2022) calculan que, en 2020, había unos 281 millones de migrantes internacionales en el mundo[2], lo que equivale al 3,6% de la población mundial; es decir, 128 millones más que 30 años antes, en 1990 – que eran 153 millones – a su vez, tres veces la cifra estimada de 1970 – 84 millones.

La migración internacional, entendida, de manera general, como,

> la circulación de personas a través de las fronteras para residir de manera permanente o temporal en un país distinto al de nacimiento o ciudadanía (OIT y OACDH, 2015, p. 19)

tiene diversas manifestaciones, entre las que se encuentran las diásporas – también denominas comunidades transnacionales o expatriados. Si bien no hay consenso en cuanto a su concepto, la OIM (2018) define las diásporas como,

> migrantes o descendientes de migrantes cuya identidad y sentimiento de pertenencia, ya sean reales o simbólicos, han sido forjados por su experiencia y proveniencia migratorias (p. 341).

Además, cuentan con la mayoría de las siguientes características:

- Migran desde el país de origen, a la fuerza o voluntariamente, en busca de trabajo, para comerciar o para escapar de un conflicto o persecución;
- Conservan una 'memoria colectiva idealizada' o un 'mito sobre el hogar ancestral';
- Mantienen una conexión continua con el país de origen;
- Tienen una fuerte 'conciencia de grupo' perdurable en el tiempo; y
- Poseen un 'sentido de amistad' con los miembros de la diáspora que se encuentran en otros países (Migration Data Portal de la OIM – MDP, 2020, s.p.).

---

[1] Aunque el número de migrantes internacionales ha aumentado de manera constante, este porcentaje de la población mundial se ha mantenido relativamente estable durante los últimos 40 años (ONU, 2015). A pesar de este aumento, la OIM afirma que la inmensa mayoría de las personas siguen viviendo en los países en que nacieron dos Personas viviendo en un país distinto de su país natal.

Generalmente, las diásporas están constituidas por personas que se identifican con un país determinado, aunque vivan fuera de él. Este sentimiento se extiende no solo a migrantes de primera generación, sino también a sus descendientes, nacidos en el extranjero, siempre que mantengan algún vínculo con el país de origen de sus ancestros, que puede ser de carácter lingüístico, cultural, religioso, histórico o afectivo. Es éste, según la OIM "el elemento que distingue a los grupos de la diáspora de otras comunidades" (*Ibidem*).

Otras expresiones asociadas a la diáspora permiten ampliar la comprensión y alcance de este fenómeno, en cuanto a sus características particulares y los efectos sobre el país de origen y el de recepción. Es el caso de la *fuga de cerebros,* definida por la OIM como

> la emigración de personas capacitadas y talentosas de su país de origen a otro país, lo que da lugar a una disminución de las capacidades o recursos en el país que abandonan (*Ibidem*).

La OIT y la OACDH (2015) han advertido que el impacto de la emigración masiva, manifestada en la fuga de cerebros, podría "debilitar las economías nacionales y vaciar las fuerzas laborales de competencias y vitalidad, afectando particularmente a los países pequeños" (p. 28).

Es por ello que ambas agencias recomiendan equilibrar la dependencia a largo plazo del envío de ciudadanos al extranjero en busca de empleo, con los esfuerzos para crear empleos en condiciones decentes en el país de origen y mejorar el nivel de vida de su población.

Si bien el fenómeno de la fuga de cerebros podría privar a los países de las competencias laborales que necesitan para sustentar su desarrollo local y ejecutar las diversas actividades económicas, Kapur (2001) afirma que la fuga de cerebros no representa, necesariamente, una pérdida para el país de origen, ya que el contacto e interés que mantiene la diáspora en él permite la transferencia de nuevas competencias y conocimientos de gran valor para su desarrollo.

Este intercambio positivo se conoce como *circulación de cerebros,* incluso si los migrantes calificados no regresan al país de salida, dado que estos acostumbran a compartir los conocimientos y experiencias acumulados en el extranjero con los profesionales que no emigraron – quienes, a su vez, los conservan y usan en favor del país de origen. Esto es conocido como *banco de cerebros*.

Según MDP (2020) la *ganancia de cerebros*, por su parte, hace referencia a los aportes que las 'personas calificadas' o 'con estudios superiores' ofrecen a su país de recepción y que, cuando es masiva – aunque, evidentemente, representa un beneficio para el país de destino – impacta negativamente, en paralelo, al país de origen.

Aunque, como hemos visto, algunas agencias de la ONU tienden a asociar la diáspora a la capacitación, los talentos y los estudios superiores – probablemente, con el fin de facilitar el análisis y distinción de conceptos – las personas migrantes no necesariamente tienen que formar parte de tales categorías para ser consideradas como diásporas.

Su vínculo y compromiso con el país de origen, así como su adaptación y aportes al país de acogida, son independientes de su nivel de capacitación y calificación profesional y académica. Además, todo ser humano cuenta, actual o potencialmente, con algún talento o adiestramiento que aportar a la sociedad en la que vive, sin que haya la expectativa que estos tengan que ser de alto nivel.

Participar e insertarse en las dinámicas sociales y económicas de los países receptores genera un intercambio que suele resultar recíprocamente beneficioso. Esto puede manifestarse de diversas maneras, tal como se ampliará en el punto II.

La OIT (2021) asegura que el fenómeno de la migración actual – en el que se incluye a la diáspora – suscita cambios inevitables en la sociedad contribuyendo, especialmente, "a la diversificación étnica, cultural y religiosa de las poblaciones en países de todo el mundo" (p.32).

A nivel cuantitativo y financiero – sin ser este el único indicador relevante – los migrantes internacionales representan un tema de interés internacional. De acuerdo con cifras de la OIT y la OACDH (2015), cerca de 105 millones de personas – de los 214 millones que se consideraban migrantes en 2010 – eran económicamente activas.

En 2019 – antes de la pandemia del COVID-19 – los trabajadores migrantes constituían el 4,9% – aproximadamente 169 millones – de la fuerza de trabajo global en los países de destino (OIT, 2021). Así, sumaban alrededor del 62% de los 272 millones de migrantes internacionales de ese momento. En 2020, la mayoría de los migrantes internacionales – aproximadamente el 78% – eran personas en edad de trabajar; es decir, tenían entre 15 y 64 años (OIM, 2022).

> Esto quiere decir que la mayoría de los adultos en edad de trabajar de la población migrante mundial, incluidos los refugiados, participan en el mundo del trabajo, teniendo en cuenta que esta población migrante también incluye a los niños y a los dependientes de edad avanzada (OIT y OACDH, 2015, p. 23).

Cuando los migrantes internacionales devienen trabajadores migrantes[2] –incluso estando en situación irregular[3]– forman parte de la población económicamente activa, al realizar alguna actividad remunerada. Estando vinculada al empleo, la migración internacional actual tiene, por ende, un impacto real en el desarrollo económico y social de un país.

Finalmente, un recordatorio siempre pertinente: considerar a los migrantes como 'ilegales' representa una connotación negativa que los asocia a la criminalidad y que va en contra de los instrumentos de derechos humanos internacionalmente reconocidos. Según la Declaración Universal de Derechos Humanos, "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (artículo 6).

Más aun, la Asamblea General de la ONU, ya en 1975, solicitó a los organismos del sistema universal que en todos los documentos oficiales utilizaran

> la expresión trabajadores migratorios no documentados o irregulares para definir a los trabajadores que se internen ilegal o subrepticiamente en otro país para obtener trabajo (Res. 3449 (XXX), párr. 2).

---

[2] Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional, según la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990, artículo 2.1).

[3] Los trabajadores migratorios y sus familiares […] serán considerados no documentados o en situación regular si no cumplen las condiciones establecidas (…) [concretamente] la autorización a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte (*Ibid.*, artículo 5).

II. CAUSAS E IMPORTANCIA DE LA DIÁSPORA EN UN MUNDO COMPLEJO Y DESAFIANTE

En una sociedad aparentemente cada vez más globalizada, la movilización de bienes, servicios, tecnologías y capitales – en los que se incluye a los migrantes – se intensifica, a la vez que responde a la creciente demanda de estos recursos por parte de los países de destino.

Son muchas y variadas las causas originarias de la diáspora, las cuales se concentran en una serie de factores políticos, económicos y sociales. Las violaciones generalizadas de los derechos humanos y situaciones de conflicto o que representan amenazas a la vida o seguridad de las personas migrantes se encuentran entre las principales razones por las que se movilizan.

De acuerdo con el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU, 2005),

> La guerra, los conflictos civiles, la inseguridad o la persecución derivada de la discriminación por motivos de raza, origen étnico, color, religión, idioma u opiniones políticas son factores que contribuyen todos al flujo de trabajadores migrantes (p. 3).

Los datos más recientes de la OIM (2022) indican que los casos de movilizaciones causadas por conflictos y situaciones de violencia generalizada "son más numerosos que nunca" (p. 58) lo cual afecta, principalmente, a los refugiados del mundo, y que se agrava por la falta de soluciones reales y sostenibles para hacer frente a las necesidades globales.

Como ya hemos visto, muchas personas también migran buscando un empleo que les permita acceder a unas mínimas condiciones de vida decentes. De hecho, "[l]a pobreza y la incapacidad para ganar o producir lo necesario para la propia subsistencia o aquella de la familia" (CDHNU, 2005, p.3) serían los principales motivos de las personas que deciden movilizarse de una país a otro.

> Estas razones caracterizan no sólo la migración de estados pobres a ricos; la pobreza alimenta también los movimientos de países en desarrollo hacia otros países donde las perspectivas de trabajo parecen, al menos a distancia, mejores (*Ibid*., p. 3-4).

Otros grupos se movilizan para reunirse con miembros de su familia que se han establecido previamente en el extranjero. La OIT y la OACDH (2015)

agregan que la migración internacional – particularmente las diásporas que son, a la vez, trabajadores migrantes – ha aumentado en virtud del envejecimiento de la población y la disminución de la fuerza laboral en países industrializados.

En este sentido, Ozel *et al* (2017) explican que, a los efectos de las crisis económicas, políticas y ambientales, como orígenes de las diásporas,

> se suman los cambios en las características demográficas, como el envejecimiento de la población en algunas partes del mundo y una alta proporción de jóvenes en otras, que contribuyen a elevar la migración laboral (p. 33).

Como fenómeno global de larga data, la diáspora ha contribuido históricamente al bienestar social y al desarrollo económico de los países de destino y también de los de salida, a través del intercambio de recursos y valores de diversa naturaleza, lo cual ha resultado en beneficio colectivo.

El reconocimiento progresivo de la importancia de las comunidades diaspóricas – que inició en los años 90 – se ha manifestado a través del desarrollo de políticas destinadas a reconocerlas e incluirlas como 'agentes de desarrollo' que suscitan transferencias sociales, económicas y culturales de alto valor entre países (OIM, 2020).

Los trabajadores migrantes se han convertido en una herramienta crucial para hacer frente a los diversos desafíos de las economías globalizadas, incluyendo los relacionados con el mercado laboral y de productividad, y con las competencias, composiciones y edades de la población económicamente activa.

En este sentido, la OIT y la OACDH (2015) han compilado algunas de las razones por las que la diáspora es considerada un beneficio para las economías mundiales globalizadas, y que se resumen a continuación:

- En países en los que la población está envejeciendo, ofrece reponer la descendiente mano de obra con trabajadores de menor edad, aumentando el dinamismo de la fuerza laboral y promoviendo su innovación[4];

[4] La OIT (2015) afirma que las poblaciones y fuerzas laborales están envejeciendo y, por tanto, reduciéndose cada vez en más países. Por ello, la migración será una fuente aún más importante de competencias que permitan mantener la viabilidad y competitividad de las fuerzas laborales.

- Provee alternativas a las cambiantes necesidades de competencias y personal derivados de los avances tecnológicos, y de las condiciones de los mercados y las industrias; y,

- Permite cubrir las necesidades de empleo y de competencias de los países cuyas economías que se están desarrollando con rapidez y aquellas que todavía no están disponibles entre los trabajadores nacionales[5].

Por su parte, Tinajero (2013), citado por MDP (2020), ha identificado cinco diferentes niveles de participación de la diáspora en el desarrollo global – clasificado, a continuación, desde la participación más baja hasta la más alta:

1. Recepción de información. Los miembros de las diásporas reciben de forma pasiva información sobre iniciativas relacionadas con el desarrollo en sus países de origen.

2. Recopilación pasiva de información. Los miembros de las diásporas facilitan información a las partes interesadas, que a menudo son los gobiernos de sus países de origen.

3. Consulta. Los agentes del desarrollo, incluidos los gobiernos, consultan a los miembros de las diásporas para recibir orientación con respecto a las políticas o prácticas.

4. Colaboración. Los miembros de las diásporas comparten responsabilidades, ya sea delegando tareas a otros agentes o diseñando o implementando conjuntamente intervenciones en materia de desarrollo.

5. Movilización individual. Los miembros de las diásporas participan y son plenamente responsables de las iniciativas de desarrollo (s.p.).

---

[5] En países en los que hay más trabajadores de los que la economía nacional puede absorber, la migración se convierte en 'una válvula de escape' que permite a los trabajadores encontrar el medio de vida no disponible en sus países de origen. Esto les permite, eventualmente, regresar 'a casa' con una preparación que no podrían haber obtenido en ella, así como tener una base de partida para desarrollar sus capacidades en el futuro (*Ibidem*).

Como expresión de la migración internacional, las diásporas también aportan económicamente, a través de las remesas. Los datos disponibles[6] reflejan una tendencia al crecimiento de las remesas internacionales que, según la OIM (2022), en una década, pasaron de US$ 128.000 millones (en 2010) a US$ 702.000 millones (en 2020). Esto es particularmente relevante ya que, desde mediados de la década de 1990,

> las remesas internacionales han superado con creces los niveles de la asistencia oficial para el desarrollo, definida como la ayuda de los gobiernos destinada a promover el desarrollo económico y el bienestar de los países en desarrollo (*Ibid*., p. 41).

En ocasiones, los miembros de la diáspora son, incluso, sujetos activos que ejercen tareas destinadas a cubrir, expandir y colaborar con las funciones de los gobiernos locales y de origen, y que tienen por fin apoyar otras comunidades diaspóricas, incluyendo a miembros del país de origen que se encuentren en necesidad.

Queda claro que las diásporas participan activamente, de manera directa o indirecta, en el progreso de los países de origen y destino. Los efectos favorables y recíprocos entre los migrantes y el territorio que los recibe representan "bienestar económico, prosperidad nacional y el desarrollo" (OIT y OACDH, 2015, p. 6).

Si bien los aportes económicos de las diásporas son incuestionables – y, como hemos visto, un aspecto ampliamente desarrollado por diversas fuentes – no quisiéramos dejar de resaltar su valor intangible.

La OACDH (2010) afirma que la migración contribuye con la diversificación y visibilización étnica, cultural y religiosa de las poblaciones en países de todo el mundo – valores inmateriales que, aunque son de igual o mayor relevancia que los económicos, tienden a ser excluidos de las agendas mundiales y hasta menospreciados por algunos sectores de la opinión pública.

---

[6] El Banco Mundial intenta compilar datos sobre las remesas internacionales, pese a las innumerables lagunas en los datos, discrepancias en las definiciones y cuestiones metodológicas que dificultan la elaboración de estadísticas exactas. Sus cifras, por ejemplo, no captan los flujos no registrados que tienen lugar por cauces formales e informales, por lo que es probable que la magnitud real de las remesas mundiales sea superior a las estimaciones disponibles.

En un mundo cada vez más globalizado y tecnológico, pero también deshumanizado y hasta cruel – si pensamos en el legado que dejó el siglo XX, uno de los más violentos de la historia – hay que rescatar la preminencia de los valores intangibles e intrínsecos del ser humano y ubicarlos en el lugar que le corresponde: "en el centro de las políticas públicas de los Estados (como las poblacionales) y de todo proceso de desarrollo" (Cançado Trindade, 2004, p. 421)

Ya en el año 2000 lo alertaba Cançado Trindade, Presidente de la Corte Interamericana: puesto que, en nuestra sociedad, el foco se ubica primariamente en el progreso de capitales, inversiones, bienes y servicios, resulta apremiante que los Estados empleen estrategias y creen políticas públicas centradas en el ser humano. Paralelamente, urge impulsar el desarrollo de la teoría y la implementación no solo de la responsabilidad internacional sino, también, de la estatal y la de los actores no-estatales.

En vez de ejercer funciones de policía migratoria y fronteriza, y asumir roles punitivos contra los mal llamados 'migrantes ilegales', los Estados deberían liderar los esfuerzos vinculados a la protección de las personas en condiciones de vulnerabilidad, a través de la garantía de sus derechos y la implementación de políticas públicas que permitan su cumplimiento, bajo un enfoque de participación y responsabilidad multipartita.

Para Cançado Trindade (citado por Ruiz de Santiago, 2008), esto se trata de la manifestación de una "conciencia jurídica universal" – aun por despertar – que implica que,

> en el mundo internacional, existen otros sujetos que tienen responsabilidad, además de los Estados. Gracias a esta "conciencia jurídica universal", el Derecho Internacional se convierte hoy día en "un nuevo *corpus iuris* de libertación [sic] del ser humano (párr. 25).

Aunque en este aparte se evidencian las muchas áreas en las que las diásporas aportan beneficios, de distinta naturaleza, a los actores involucrados, en la práctica, las migraciones también pueden ser percibidas como un fenómeno amenazador y desafiante que podría afectar a los habitantes del país de acogida y al desarrollo de los países de procedencia.

Por ejemplo, si bien la migración puede acarrear costes para los países involucrados –especialmente, los de origen– lo cierto es que estos son asumidos, en paralelo, por los propios migrantes y sus familiares (OIT y OACDH, 2015).

Además, aunque la migración internacional es un fenómeno global en crecimiento, la inmensa mayoría de las personas sigue viviendo en los países en los que nacieron (OIM, 2022). No se trata de minimizar su existencia e impacto, sino de reenfocarlo y contextualizarlo apropiadamente.

Al estudiar los factores que influyen en los mitos vinculados a la migración, la OIM (2022) ha señalado que estamos frente a un problema multidimensional, protagonizado por la desinformación[7] – fenómeno antiguo, pero en auge en el entorno digital – en un contexto de disminución de los niveles de confianza y de aumento de la polarización.

> Las tecnologías digitales han revolucionado el acceso a la información y a las oportunidades de expresión, pero también han creado un mundo en que es relativamente fácil manipular la información y coordinar campanas dañinas contra personas y grupos, como los migrantes, y contra organizaciones e incluso países (*Ibid.,* 225)

No obstante, la OIM (2022) advierte que

> la tecnología no es la única culpable de la desinformación en contra de los migrantes. Los actores de la extrema derecha se han movilizado en línea y de otros modos, y hay políticos y medios informativos acusados de tergiversar las realidades de la migración y desinformar al público (*Ibidem*).

Entre los ejemplos compilados por esta agencia de la ONU se encuentra el caso de Sudáfrica en el que, aunque se ha demostrado sistemáticamente que "la migración aporta un beneficio económico neto al país, los migrantes siguen siendo [considerados] los culpables del elevado desempleo" (*Ibid*., p. 231).

Otro ejemplo citado es del Reino Unido, donde

> la retórica a favor del Brexit utilizó ampliamente el tema de la migración desde Europa Oriental y el Medio Oriente. Confundiendo repetidamente la migración legal a la Unión Europea con las solicitudes de asilo, la campaña [a favor del Brexit] atizó los temores de una llegada inminente de millones de turcos, y la prensa derechista amplificó esas posturas (*Ibidem*).

---

[7] Entendida como "aquella información falsa que se crea y difunde con la intención de engañar al público para obtener un beneficio financiero, político o social" (OIM, 2022, p. 226), a diferencia de la *información errónea o incorrecta*, que es información falsa compartida sin intención de engañar.

La OIM (2022) también ilustra el caso de Estados Unidos, donde la campaña electoral presidencial del Partido Republicano, en 2016,

> generó el miedo de una invasión de multitudes de mexicanos por la frontera sur y prometió 'la construcción de un muro' para proteger la integridad del Estado. Aunque la retórica de Trump se concentró principalmente en los mexicanos, los medios de comunicación hiper-partidistas amplificaron el alarmismo, incluyendo a los musulmanes (*Ibidem*).

En un estudio coordinado por Siapera *et al* (2018, citado por *Ibid*.) se examinaron cerca de 7,5 millones de tuits publicados durante la llamada 'crisis de los refugiados del 2015-2016'[8]

> revelando un raudo aumento de la actividad de la extrema derecha destinada a caracterizar a los refugiados en términos xenófobos y como una amenaza para la seguridad, la economía y la cultura de Europa (*Ibid.*, p. 229).

Esta compleja problemática amerita la implementación de contramedidas destinadas a mejorar el ámbito informativo, puesto que la OIM reconoce que "los esfuerzos en curso por combatir la desinformación en línea parecen fragmentados y descoordinados" (*Ibid.*, p. 240).

Las falsas percepciones sobre las migraciones, sumadas al grave fenómeno de la desinformación, se encuentran entre las principales causas de vulneración de los derechos humanos de las personas migrantes.

> En el caso de la migración, los daños causados por la desinformación se relacionan con el discurso de odio y la xenofobia, que promueven la discriminación y la hostilidad hacia los migrantes, lo que a su vez contribuye a legitimar los enfoques de política contrarios a la migración. Al mismo tiempo, la desinformación y la falta de información fiable pueden perjudicar a los migrantes al influir negativamente en sus decisiones y en el conocimiento de sus derechos (*Ibid.*, p. 229).

---

[8] En 2015, más de 1 millón de personas llegó a Europa, a través del mar. En 2016, la cifra se redujo drásticamente a poco más de 400.000; sin embargo, 4.899 personas murieron tratando de cruzar el Mediterráneo – cifra que, en 2015, había sido de 3.771 (BBC, 2016).

Asimismo, las personas migrantes mueren y desaparecen, cada año, en altas proporciones. Según datos compilados por la OIM (2022), en 2020, los números fatales fueron de aproximadamente 3,900 migrantes. Esta alta y lamentable cifra representa, sin embargo, una disminución con respecto al 2019, cuando fueron 5.400 los migrantes muertos y desaparecidos.

En este complicado panorama, como en tantos otros que la humanidad ha debido atravesar, el rol del Derecho Internacional es esencial. La OIT y la OACDH (2015) aseguran que el desarrollo apropiado del derecho y de las políticas migratorias – fundamentados en los derechos humanos – resulta clave para el bienestar de las naciones, por lo que

> los gobiernos deben abordar la migración de manera adecuada, reconociendo su importancia para las economías nacionales y los mercados de trabajo, y, consecuentemente, para el desarrollo económico y la cohesión social (p. 25).

III. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

El estudio de la diáspora se vincula, principalmente, al análisis de la información disponible sobre las poblaciones de migrantes y las remesas, lo cual ha permitido a algunos países desarrollar ciertos programas para abordarla. Sin embargo, la ausencia de consenso sobre su definición y la falta de procesos de actualización, de seguimiento y de evaluación eficaces de sus datos dificultan el análisis comparativo de estas políticas – lo cual, a su vez, impacta en la protección de los derechos de las personas migrantes.

Aunque la migración involucra a millones de personas y a todas las regiones del mundo, este fenómeno afecta, particularmente, a los más vulnerables: los refugiados, los migrantes indocumentados, los solicitantes de asilo, los desplazados a causa de conflictos violentos y las víctimas del crimen del tráfico humano – que, en su mayoría, son mujeres y niños.

Según el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (2013), las mujeres representan hasta el 48% de los migrantes internacionales – la mayoría de las cuales son adultas y económicamente activas. En algunos países de destino, las mujeres incluso representan más del 55% de los trabajadores migrantes.

De acuerdo con cifras de la OIM (2022), en 2020, 135 millones de migrantes eran mujeres; es decir, el 3,5% de la población femenina mundial, lo cual representa un aumento, con respecto al 2019, cuando eran 130 millones (3,4%).

Si en esta "era de globalización y creciente movilidad laboral" la diáspora aporta tantos beneficios a tantas naciones – incluyendo a los propios migrantes – lo razonable es que esto ocurra "en condiciones aceptables y reguladas" (OIT y OACDH, 2015, p. 25).

La diáspora juega un papel fundamental en el ámbito de las relaciones internacionales debido a su carácter multidimensional – político, económico y cultural – y a la diversidad de personas y territorios involucrados. Ello amerita el compromiso de los Estados de proteger su movilización a través de leyes y políticas migratorias apropiadas que garanticen el respeto de los derechos de los migrantes.

Esto se fundamenta en el derecho a la igualdad de trato y oportunidades, y a la no discriminación de las personas migrantes, como grupo minoritario. En contrapartida, su incumplimiento implica la exclusión de personas por motivos étnicos, raciales, culturales y de nacionalidad, fomentando la división de la sociedad y minando la cohesión y la justicia social.

Puesto que muchas naciones están estructuradas en torno a identidades homogéneas – "esencialmente monoétnicas, monoculturales, monolingüísticas y, en algunos casos, monorreligiosas" (*Ibid*., p. 32) – uno de los principales desafíos es lograr

> que las distintas identidades raciales, étnicas, culturales, lingüísticas y religiosas de los migrantes y de otras minorías puedan ser reconocidas, aceptadas e incluso celebradas, enriqueciendo de esta manera las sociedades (*Ibidem*).

De allí la importancia del sistema de protección de derechos que, en el caso de la diáspora, se concentra en el Derecho Internacional de los Migrantes, el cual forma parte del campo de aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En tanto seres humanos, todos los migrantes son titulares de un conjunto de derechos humanos fundamentales, universales e irrenunciables, cuyo fundamento es su propia dignidad. Al no ser una concesión gratuita, los Estados tienen el deber de reconocerlos y protegerlos.

Es por ello que la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) establece que

> Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y

> equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (p. 19).

Ruiz de Santiago (2008) explica que el nacimiento del Derecho Internacional se vincula, justamente, con

> el derecho que tiene todo ser humano a emigrar, a trasladarse a las diversas regiones del orbe, a salir de su país y a regresar a él, a comerciar con los otros hombres: *Ius peregrinandi, degendi et negotiandi* (p. 111).

El Derecho de los Migrantes se fundamenta en el principio de la libertad de circulación y de residencia que, según el mismo autor, deben enlazarse con el principio del destino universal de los bienes creados y la relevancia del bien común en la sociedad, para que el Estado instituya políticas migratorias justas y adecuadas, tomando en consideración las realidades históricas concretas.

Los derechos a emigrar y a la libre circulación se encuentran contenidos en diferentes instrumentos internacionales –convencionales y no convencionales– del siglo XX, los cuales se vinculan directamente con el conjunto de derechos fundamentales. En particular, están contenidos en dos sistemas internacionales: uno universal y otro regional:

1. *El sistema internacional*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece, en su artículo 13, que "[t]oda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado" y que "[t]oda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país".

El artículo siguiente es, justamente, el que establece que "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país" (*Ibid*., artículo 14).

Con respecto a los migrantes económicos, el principio sobre el cual descansa la protección de sus derechos es la no discriminación. Así, la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares (CPTMF) – que, aunque adoptada en 1990, entró en vigor en 2003 – consagra los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, independientemente de su permanencia legal o no en el país.

La Parte III de esta Convención incluye los derechos a la libre circulación y residencia; a la vida; a no ser sometido a torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes; a no ser sometido a esclavitud; a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; a la libertad de expresión; a la no injerencia arbitraria en su vida privada y familiar; a no ser privado arbitrariamente de sus bienes; a la libertad y seguridad personales; a ser tratado conforme a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural; al libre acceso a tribunales y cortes de justicia; a no ser objeto de medidas de expulsión colectiva y a recibir la asistencia de las autoridades consulares de su país, entre otros.

Asimismo, la Parte IV consagra los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares que estén documentados o en situación regular, mientras que la Parte V establece disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migrantes y de sus familiares, incluyendo a los trabajadores fronterizos, de temporada, itinerantes, por cuenta propia, etc.

La CPTMF también creó el Comité para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, compuesto, actualmente, por 14 expertos, a quienes los Estados Partes deben presentar informes periódicos sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para cumplir las disposiciones de la Convención.

Igualmente, la CPTMF establece la obligación de los Estados Partes de crear políticas relativas a la migración, al intercambio de información con otros Estados Partes y la disposición para informar a empleadores, trabajadores y sus organizaciones acerca de las políticas, leyes y regulaciones sobre la materia migratoria.

El sistema universal también cuenta con una Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes compuesta por un experto independiente, designado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, y cuyo mandato abarca todos los Estados, independientemente de que haya ratificado o no la CPTMF (OACDH, 2023).

A fin de abordar el tráfico de seres humanos[9], la OACDH adoptó, en 2002, los Principios y Guías de Acción con relación a los Derechos Humanos

[9] La captación, el transporte, 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 fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión

y al Tráfico de Seres Humanos, estructurados con base en la afirmación de que los derechos humanos deben ser el centro de todos los esfuerzos de prevención y lucha, a fin de proteger y asistir a las víctimas. A la vez, establece la obligación de los Estados, conforme al Derecho Internacional, de actuar con debida diligencia para prevenir el tráfico de seres humanos, investigar y perseguir a los traficantes y asistir a las víctimas (*Ibid*,. 2002).

Además de este instrumento, la ONU ha adoptado la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, complementada por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños (conocido como Protocolo de Palermo, 2003)[10].

En su Parte II, el Protocolo de Palermo consagra normas para la protección de las víctimas de la trata de personas y, en su Parte III, establece medidas de prevención y cooperación, entre otras. En sus Disposiciones Finales, incluye una "Cláusula de salvaguardia" cuyo fin es preservar los derechos de los refugiados y el derecho a solicitar asilo, al igual que ratifica el principio de *non refoulement* o de no devolución – consagrado en la Convención de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 – según el cual un refugiado no debe ser devuelto a un país donde enfrenta amenazas graves a su vida o libertad.

2. *El sistema interamericano*

El artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) incluye un título sobre Derecho de Circulación y de Residencia. En sus nueve apartados, consagra los siguientes derechos: a la circulación y residencia legal; a la salida de países – incluyendo el propio –; a no ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar del mismo; a solicitar asilo; a no 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

---

o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (Protocolo de Palermo, artículo 3).

[10] En el ámbito europeo, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) adoptó, en 2003, el Plan de Acción para Combatir el Tráfico de Seres Humanos.

violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. Finalmente, este artículo prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros.

Por su parte, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han cumplido activamente un rol clave en este asunto. La primera se ha pronunciado en numerosas ocasiones en cuanto a casos relacionados con personas migrantes[11] y, la segunda, ha emitido decisiones sobre el *ius peregrinandi,* cuyo objeto ha sido "fijar posiciones con relación a la violación de aspectos específicos del derecho citado" (Ruiz de Santiago, 2008, p. 114).

A este fin, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado medidas provisionales[12] y se ha pronunciado en Opiniones Consultivas sobre el tema migratorio[13], de gran importancia en el ámbito del Derecho Internacional Americano, ya que considera el tema de las migraciones como "uno de los grandes desafíos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al inicio del siglo XXI" (voto concurrente del juez Antônio Cançado Trindade en la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000, citado por *Ibid*. pp. 114).

A su vez, estos pronunciamientos han aportado análisis de gran valor en temas como:

- El fenómeno del desarraigo, su impacto en la totalidad de los derechos humanos y su dimensión espiritual en un "mundo deshumanizado" (*Ibidem*);
- El desarrollo de nuevas formas de protección para abordar la exclusión social y la pobreza extrema, teniendo en cuenta el principio de no devolución;

---

[11] Por ejemplo, en un informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana y el otorgamiento de medidas cautelares para el caso de personas de origen haitiano que residen en República Dominicana; visita *in loco* a Texas y California; y, otro informe sobre la situación de los derechos humanos de las personas que buscan asilo en Canadá

[12] Su propósito fue evitar la eminente deportación masiva de migrantes haitianos en la República Dominicana, a partir del año 2000, por lo que han servido para dar protección efectiva a personas amenazadas de inminente deportación

[13] Por ejemplo, la solicitada por México el 17 de septiembre de 2003

- El refuerzo de la indivisibilidad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales;
- El derecho a emigrar, como consecuencia natural del derecho a la libertad de movimiento, que debe ser reconocido por los Estados, en vez de ejercer una "función policial de proteger sus fronteras y controlar los flujos migratorios, sancionando los llamados migrantes ilegales" (*Ibid*., p. 115);
- El rol del Derecho Internacional, en el contexto de una "conciencia jurídica internacional", en tanto "nuevo *corpus iuris* de liberación (…) y de protección del ser humano", quien debe ser considerado el "centro de las políticas públicas de los Estados (…) y de todo proceso de desarrollo" al encontrarse "por encima de los capitales, inversiones, bienes y servicios" (*Ibidem*);
- La necesidad de desarrollar la responsabilidad internacional y que esta se extienda a los Estados y a los actores no estatales;
- El debido proceso y las garantías judiciales mínimas, en el marco de la pena de muerte impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho fundamental a comunicarse y solicitar asistencia de las autoridades consulares del Estado del cual son nacionales;
- La garantía del goce y ejercicio de los derechos humanos de los trabajadores migratorios en los países donde residen – independientemente de su estatus migratorio – a partir de la correlativa obligación de los Estados de adoptar medidas positivas destinadas a tal fin, so pena de generar responsabilidad internacional; y
- Los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, en función del principio universal de igualdad ante la ley y no discriminación[14], que son iguales a los que poseen los demás trabajadores, siendo el Estado quien "debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica" (*Ibid*., p. 117).

[14] La misma Corte ha ratificado que, en la fase de evolución en la que se encuentra el Derecho Internacional, el principio de igualdad y no discriminación es considerado *ius cogens* y, como tal, tiene carácter imperativo, acarreando obligaciones de protección *erga omnes* que involucra a todos los Estados y generan efectos frente a terceros, inclusive particulares (Opinión Consultiva 18, 2003).

Como hemos visto, el Derecho Internacional ha desarrollado, prolíficamente, diversos instrumentos y mecanismos de garantía de los derechos de las personas migrantes, lo cual Cançado Trindade (2004) atribuye al "despertar de la conciencia humana para las necesidades de protección de los más débiles y de los olvidados" (p. 445).

No obstante, como advierte Ruiz de Santiago (2008), todavía es necesario promover y coordinar, debidamente, una acción internacional que garantice el cumplimiento práctico de tales instrumentos, situando a los valores humanos en el foco de estos esfuerzos.

Según Cançado Trindade (2004), este proceso de humanización ya empezó, pero requiere de un impulso continuado de reconocimiento "de la centralidad de los derechos humanos" como "un nuevo *ethos* de nuestros tiempos", ya que, de "su fiel observancia (…) dependerá en gran parte la evolución futura del propio Derecho Internacional" (p. 446-447).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La migración es un fenómeno global del que ninguna región está al margen, ya que involucra a millones de personas de todas las naciones. A pesar de esto y de su valiosa y diversa contribución a la sociedad, con frecuencia, pasa desapercibida. Peor aún, las personas migrantes resultan discriminadas o violentadas por actitudes xenófobas y discriminatorias en los países de tránsito y destino.

Las falsas percepciones sobre las migraciones, especialmente, en el contexto del grave fenómeno de la desinformación – cuyas campañas coordinadas ya se consideran transnacionales – se encuentran entre las principales razones que conllevan a la vulneración y a la violación de los derechos humanos de los migrantes, incluyendo las diásporas.

Esta realidad ha sido constatada y alertada por diversos organizaciones locales e internacionales, incluyendo la OIM, que sugiere llevar a cabo acciones de mayor cooperación que involucren a todos los sectores y naciones, para detectar y contrarrestar las campañas de desinformación.

Los migrantes en circunstancia irregular suelen estar particularmente a riesgo de situaciones de abuso ya que, por su estatus, existe mayor probabilidad de sufrir discriminación, exclusión, explotación y violencia en todas las etapas del proceso migratorio. El riesgo aumenta si, además, forman parte de grupos con características protegidas relacionadas con la edad, el género, la etnia, la discapacidad, etc.

Distintas agencias de la ONU han advertido que la discriminación basada en el estatus migratorio no solo viola los derechos humanos, sino que representa, a la vez, un obstáculo al trabajo en condiciones dignas y, de manera amplia, a la integración social.

Es por ello que, de manera conjunta, la OIT y la OACDH han hecho un llamado urgente a cambiar, radicalmente, la manera en la que percibimos la migración, y a redoblar los esfuerzos para tomar conciencia sobre sus valiosos aportes a la sociedad.

Los efectos favorables y recíprocos entre los migrantes y el territorio que los recibe son incuestionables. Como parte de las comunidades migrantes, las diásporas contribuyen positivamente con el desarrollo económico incluyente y sostenible de las naciones – y todos los indicadores apuntan a que será aún más relevante en las próximas décadas.

Al estar vinculada al empleo, la migración internacional tiene un impacto real en el desarrollo socio-económico de sus países de acogida y de sus comunidades de origen, si bien lo ideal sería que las condiciones globales de vida fueran lo suficientemente dignas y seguras como para que nadie estuviera forzado a movilizarse.

Aunque el foco del aporte de las diásporas suele concentrarse en los aspectos económicos y materiales, su aporte esencial y significativo también contribuye con el intercambio y la diversificación étnica, cultural y religiosa, cuya estimación es invaluable.

El siglo XX – uno de los más violentos de la historia humana – representó una trágica contradicción entre los numerosos y crueles incidentes de violencia y deshumanización de millones de personas, y el desarrollo de diversos y valiosos instrumentos y mecanismos de protección de los derechos humanos – el período más prolífico, hasta ahora.

Estas dos décadas que lleva el siglo XXI ha mostrado, igualmente, intensas contradicciones representadas por la coexistencia de procesos de globalización económica y de avances tecnológicos que democratizan el acceso al saber y la información, mientras, a la vez, se agudizan las disparidades socio-económicas entre países e internamente, la exclusión social y la desinformación que desatan las xenofobias y los nacionalismos.

Paradójicamente, la globalización económica permite la apertura de las fronteras para que circulen libremente los bienes y capitales, pero no necesariamente los seres humanos a quienes, mientras mayores sean sus necesidades y vulnerabilidad, más barreras fronterizas se les imponen.

Todavía en el siglo XXI, la irrupción de nuevos conflictos violentos y la continuación de otros de larga data, empujan a millones de personas a dejar sus países de origen.

Ha llegado la hora de implementar, con mayor firmeza y eficacia, normas de derechos humanos y laborales, y adoptar medidas concretas para combatir la discriminación y la xenofobia. Entre ellas, la ONU sugiere reformas legislativas, y de otro tipo, para eliminar todas las formas de discriminación contra los migrantes; reforzar la aplicación de la ley y la respuesta de la justicia penal a la xenofobia y la violencia; y, facilitar el acceso de los migrantes a la justicia.

Para lograrlo, es clave diseñar y desarrollar estrategias en las que participen actores clave de la sociedad – incluyendo a los migrantes – para eliminar los mensajes públicos negativos y falsos, y promover la tolerancia y el respeto a los migrantes, así como recopilar y difundir información veraz sobre la discriminación y sobre la contribución de los migrantes al desarrollo integral de los países de acogida y de origen.

Los derechos humanos, al emanar directamente del derecho universal, no pueden ser sometidos "a las vicisitudes del derecho interno" (Cançado Trindade, 2004, p. 432). El sistema de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no busca regir las relaciones entre iguales "sino proteger las ostensiblemente más débiles y vulnerables" lo cual es especialmente pertinente en un mundo "lacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones *de iure*)" (p. 422), particularmente, contra los migrantes.

En este escenario complejo y multidimensional, el papel del derecho – "el arte y ciencia de lo justo" (Ruiz de Santiago, 2008) – y, en especial, del Derecho Internacional, es vital en los esfuerzos de garantía de los derechos fundamentales, no solo a través de la creación de instrumentos de protección sino, también, contribuyendo con su implementación, en tanto normas del *ius cogens* que generan responsabilidades *erga omnes.*

Como parte de la conciencia jurídica universal ya referida, estas responsabilidades deben extenderse, más allá de los Estados, a todos los actores sociales, utilizando un enfoque humanista que permita poner en relieve los valores intrínsecos del ser humano y, en este caso, los aportes inmateriales de las diásporas a las naciones del mundo que transitan.

Tal como recordaba Cançado Trindade, hace casi 20 años: "[l]os nuevos marginados y excluidos sólo pueden contar con una esperanza, o defensa, la del Derecho" (p. 393).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBC (2016), "¿Por qué en 2016 llegaron menos refugiados a Europa pero murieron más ahogados?", disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38384809#:~:text=2015%20fue%20el%20%22a%C3% B1o%20de,tratando%20de%20cruzar%20el%20Mediterr%C3%A1neo

CANÇADO TRINDADE, A.A., "El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", en *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos*, N° 78, Buenos Aires, 2004.

KAPUR, D. "Journal of Human Development", disponible en *Diasporas and technology transfer.* 2(2):265-286, 2001.

Organización de Estados Americanos (OEA), i) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución del 18 de Agosto de 2000. "Medidas Provisionales Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana", 2004.

Organización de Estados Americanos (OEA), ii) Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, "Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)", 1969.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). i) Asamblea General (1990). "Resolución 45/158: Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares".

Asamblea General, *Resolución 3449 (XXX)*: "Medidas para garantizar los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migrantes", 1975.

Asamblea General, "Declaración Universal de Derechos Humanos", 1948.

Asamblea General, *Resolución 48/103. Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, complementada por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños.* 1993.

Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Los Derechos de los Trabajadores Migrantes”, folleto n. 24, 2005, disponible en: https://www.ohchr.org/es/publications/fact-sheets/fact-sheet-no-24-rev-1-international-convention-migrant-workers-and-its

Conferencia de la ONU sobre Derechos Humanos, “Declaración y Programa de Acción de Viena”, 1993.

Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Población, “La migración internacional en 2013: distribución por edades y género”, Datos sobre población N° 2013/4, 2013.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). “Migration Data Portal”. OIM (2020), *Diasporas. Migration and Development*, disponible en: https://www.migrationdataportal.org/es/themes/diasporas

OIM (2022), “Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022”, disponible en https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2022

(2018), “Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2018”, disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH, 2023). “ Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes”, disponible en: https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr- migrants#:~:text=El%20Relator%20Especial%20sobre%20los,en%20la%20resoluci%C3%B 3n%201999%2F44.

OACDH, “Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación”, 2010, disponible en: https://www.ohchr.org/es/publications/special-issue-publications/minority-rights-international-estándards-and-guidance#:~:text=Ya%20que%20la%20participaci%C3%B3n%20de%20los%20pa%C3%ADses%20y,enfrentan%20estas%20para%20 poder%20disfru tar %20de%20sus%20derechos

OACDH, “Extractos procedentes de La promoción y la protección de los derechos y las libertades fundamentales de todos los migrantes”, Declaración conjunta del Director General de la OIT, Guy Ryder, y de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay, 2013. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-director-general/statements-and-speeches/WCMS_342376/lang--es/index. htm

Organización Internacional del Trabajo (OIT) y OACDH, "Migración, derechos humanos y gobernanza", Manual para Parlamentarios, N° 24, 2005, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/MigrationHR_and_Govern ance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

OZEL, M. H., et al., Global Knowledge Partnership for Migration and Development (KNOMAD), World Bank, Washington, DC, 2007, disponible en: Handbook for Improving the Production and Use of Migration Data for Development.

RUIZ DE SANTIAGO, J. "Derecho de Migrantes y Derecho Internacional", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 05, 2008.

"SANCIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES Y EXCEPCIONES POR RAZONES HUMANITARIAS: CASO DE LAS SANCIONES ECONÓMICAS IMPUESTAS A VENEZUELA Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS BÁSICOS (AGUA Y ELECTRICIDAD)"

María del Carmen ZAMBRANO DURÁN*

Las sanciones económicas impuestas por Estados se remontan prácticamente a la existencia del Estado Nación, con la paz de Westfalia en 1648. En 1806 hubo un caso emblemático de sanciones económicas ordenadas por Napoleón, con las que prohibió a los países europeos comerciar con Londres, buscando paralizarlo económicamente (en el contexto de su enfrentamiento con los británicos), que resultaron ineficaces por su difícil

* Abogada de la Universidad Metropolitana; Licenciada en Derecho por la Universidad de Salamanca; Especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración por la Universidad Central de Venezuela; Master en Diplomacia y Función Publica Internacional por la Universitat de Barcelona, la Universidad Autónoma de Barcelona y el Centro de Estudios Internacionales de Barcelona; Master en Derecho Español por la Universidad de Salamanca. Consultora jurídica.

aplicación, ya que los países europeos terminaban siendo prácticamente más afectados que a quienes iban dirigidas las sanciones[1].

También eran normales las sanciones por motivos económicos como lo fue el bloqueo naval practicado por Reino Unido, Alemania e Italia a Venezuela en 1902, como consecuencia del impago de deudas.

Hasta entonces la Sociedad Internacional era poco estratificada y la presencia de Organizaciones Internacionales era escaza e irrelevante. El uso de la fuerza, el derecho de declaración de guerra y la imposición de sanciones económicas eran consideradas derechos intrínsecos de los Estados, como forma de ejercer y defender su soberanía. Sin embargo, gracias a las conferencias de la paz, especialmente aquellas llevadas en la Haya en 1889-1907, con la intervención del diplomático argentino José María Drago-Porter[2], ese concepto de soberanía comienza a erosionarse, junto a otras acciones como el pacto Briang-Kellog (otro intento por prohibir la guerra como política de Estado), el Tratado de Versalles tras la Primera Guerra Mundial (que dilataba el acto de agresión al imponer un tiempo obligatorio de negociaciones previas)[3], hasta redundar en la prohibición definitiva del uso de la fuerza o amenaza del uso de la fuerza con la Carta de Naciones Unidas, tras el final de la Segunda Guerra Mundial en 1945, en favor del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. En este texto el uso de la fuerza se concentra en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y únicamente para los supuestos previstos en su capítulo VII.

En la práctica, debido al derecho de veto, el uso de la fuerza del Consejo de Seguridad no ha sido tan efectivo como se esperaba, lo que quedó

---

1 El Economista. *"Historia de las sanciones económicas: un arma de guerra y paz"*. Editorial Ecoprensa S.A. Madrid. 21 de febrero de 2022. Disponible en: https://www.eleconomista.es/podcasts/noticias/11625576/02/22/Historia-de-las-sanciones-economicas-un-arma-de-guerra-y-de-paz.html. Consultado en fecha 26 de abril de 2023.

2 Cuya intervención en favor del Estado Venezolano en el bloqueo naval de 1902-1903, recordada como la "Doctrina Drago-Porter", redundó en un primer límite al uso de la fuerza de los Estados justificados en motivos económicos.

3 Tratado de Versalles (1919). Artículo 12.1: "Todos los miembros de la sociedad convienen en que, si surgiera entre ellos una divergencia susceptible de provocar una ruptura, la someterán al procedimiento del arbitraje o a un arreglo judicial, o al examen del consejo. Convienen además que, en caso alguno, deben recurrir a la guerra antes de la expiración de un plazo de 3 meses desde el fallo arbitral o judicial, o el informe del consejo".

demostrado tras la denominada "Unión pro paz" (Resolución 337 de 3 de noviembre de 1950), donde la Asamblea General de Estados de Naciones Unidas, tras observar la negligencia del Consejo de Seguridad para tomar acciones efectivas para garantizar la paz y la seguridad internacional en el caso del ataque armado contra la República de Corea, dictaminó que dicho órgano podría suplir la falta de acción del Consejo de Seguridad por falta de consenso de dicho órgano. Aunado a ese hecho surgieron otras situaciones que afectaron de forma definitiva el principio de soberanía como la aparición de situaciones que carecían de carácter internacional, pero que comienzan a extrapolarse al plano internacional como consecuencia de las violaciones graves a derechos fundamentales dentro de un territorio nacional y que por la escalada en las agresiones también constituía un riesgo a la paz y la seguridad internacional, como ocurrió en el caso de Ruanda, de la que deriva una nueva obligación para la sociedad internacional: La responsabilidad de proteger.

En este contexto de erosión del principio de soberanía donde, la responsabilidad de proteger, el derecho de la autodeterminación de los pueblos, el principio de prohibición del uso de la fuerza o amenaza del uso de la fuerza y la obligación de los Estados de garantizar los derechos fundamentales dentro de su territorio, toman especial preeminencia las sanciones económicas internacionales, convirtiéndose en un objeto esencial en la esfera de las relaciones internacionales contemporáneas. "*Estas son definidas como medidas coercitivas que se aplican contra Estados, entidades no estatales o individuos que suponen una amenaza para la paz y la seguridad internacional*".[4]

Tienen como propósito modificar la conducta de un actor, reducir su capacidad de maniobra o debilitar su posición y denunciar públicamente a aquellos actores que suponen una amenaza para la paz y la seguridad internacional.[5]

En general, las sanciones están dotadas de un carácter eminentemente preventivo y deben ajustarse al principio de proporcionalidad. Se recurre a ellas como alternativa al uso de la fuerza armada y en el contexto de la Diplomacia preventiva impulsada desde la Organización de Naciones Unidas,

---

4 Gobierno de España, Ministerio de Asunto exteriores, Unión Europea y Cooperación. *"Sanciones Internacionales*". Madrid. Disponible en: https://www.exteriores.gob.es/es/PoliticaExterior/Paginas/SancionesInternacionales.aspx. Consultado en fecha 25 de abril de 2023.

5 *Ídem*

recogida en el *Programa de Paz* presentado por el secretario general en 1992. Esta se refiere a medidas o mecanismos de alerta temprana destinadas a evitar que surjan controversias, que las existentes no se transformen en conflictos o que los conflictos, si llegan a tener lugar, no se extiendan (fundamentado en el art. 2.4 y 2.5 de la Carta de Naciones Unidas.

Actualmente y en el contexto de una sociedad internacional estratificada en la que las Organizaciones Internaciones, como sujetos de derecho internacional, juegan un papel preponderante en el ámbito de las Relaciones Internacionales, y en el contexto de la reducción de poder que ha sufrido el Estado Nación en ese ámbito, es importante saber quiénes pueden dictar estas sanciones internacionales y a quien están dirigidas.

Históricamente las sanciones internacionales se han impuesto directamente por los Estados. Sin embargo, después de la Primera Guerra Mundial, con la creación de la Liga de Naciones, se comienzan a impulsar las sanciones institucionalizadas. En aquel entonces se pudo observar como se comienzan a buscar nuevas fórmulas para garantizar la paz mundial, y se empiezan a desarrollar las sanciones económicas de forma que se evite recurrir a las armas. Estas sanciones iban desde embargos económicos, hasta boicots específicos, por ejemplo, contra autoridades individuales de países infractores[6]

Se debe destacar que, aunque las sanciones han sido, en su mayoría dirigidas a Estados, también pueden ir dirigidas a organismos no estatales, como Al Qaeda, talibanes, ISIS y otros grupos terroristas o paramilitares, aunque su aplicación resulte más compleja por ser entes carentes de personalidad jurídica internacional y sin delimitaciones geográficas específicas. Ejemplo: las sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad contra Osama Bin Laden, Al Qaeda y los talibanes[7].

En ese orden de ideas, se puede observar como se busca favorecer las sanciones impuestas no de forma unilateral, sino aquellas impuestas de forma institucionalizada, por consenso de forma colectiva por representantes de la sociedad internacional desde un organismo internacional destinado a la

---

6 El Economista. *"Historia de las sanciones económicas: un arma de guerra y paz"*. Editorial Ecoprensa S.A. Madrid. 21 de febrero de 2022. Disponible en: https://www.eleconomista.es/podcasts/noticias/11625576/02/22/Historia-de-las-sanciones-economicas-un-arma-de-guerra-y-de-paz.html. Consultado en fecha 26 de abril de 2023.

7 Estas sanciones fueron adoptadas en la Resolución del Consejo de Seguridad 1267 (1999), de 15 de octubre de 1999.

discusión de esos asuntos. Evitando de esta forma, que este tipo de sanciones se empleen por razones de la agenda política de un gobierno o que se empleen de forma abusiva.

Actualmente existen tres organismos principales en la imposición de sanciones dentro de la Sociedad Internacional: Naciones Unidas, la Unión Europea y la OSCE[8]

Específicamente el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas establece la base jurídica para la imposición de medidas coercitivas en el seno de las Naciones Unidas, en el que designa al Consejo de Seguridad como el órgano facultado para adoptar medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada. Generalmente estos procedimientos están destinados a la no proliferación de armas nucleares, a la lucha contra el terrorismo, la resolución de conflictos o el apoyo a regímenes democráticos[9].

A pesar de ello se puede observar que tras el fin de la Guerra Fría la imposición de sanciones económicas fue dictada en su mayoría por un Estado: Estados Unidos de América, que impuso "casi dos tercios de las que se emitieron […] solo entre 1993 y 1996 impuso 63 sanciones a 35 países; lo que para entonces se traducía en que casi el 40% de la población mundial estaba sujeta a alguna sanción económica estadounidense"[10].

Algunas de las más importantes en esa época son las dirigidas contra Irak y Libia, a la que se le impuso un embargo militar y aéreo, acompañado de fuertes sanciones económicas y financieras; y las impuestas a Sudán, donde el presidente de Estados Unidos, Bill Clinton prohibió a todas las personas o empresas estadounidenses mantener vínculos comerciales con dicho país, a excepción de la goma arábiga, de la que Sudán es el principal productor mundial, y que era básica en Estados Unidos para aquel entonces.

---

8 Por sus siglas en español: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

9 *Ídem*.

10 El Economista. *"Historia de las sanciones económicas: un arma de guerra y paz"*. Editorial Ecoprensa S.A. Madrid. 21 de febrero de 2022. Disponible en: https://www.eleconomista.es/podcasts/noticias/11625576/02/22/Historia-de-las -sanciones-economicas-un-arma-de-guerra-y-de-paz.html. Consultado en fecha 26 de abril de 2023.

Aunque las sanciones internacionales están dirigidas a sujetos de derecho internacional que en un momento dado hayan quebrantado el ordenamiento jurídico internacional, o que en el marco de la responsabilidad de proteger, la sociedad internacional dirige a Estados por violaciones a normas básicas de derechos humanos, y en casos puntuales a actores carentes de personalidad jurídica internacional pero que por su participación en la Relaciones Internacionales, de forma negativa, se busca mitigar a través de este tipo de sanciones. Muchas veces este tipo de sanciones terminan afectado a la ciudadanía o población de un país, que víctimas de los abusos, terminan siendo a su vez víctimas de los efectos de las sanciones aplicadas a los Estados donde residen.

Es por ello que, para minimizar los efectos adversos sobre la población civil, en la medida de lo posible, las sanciones se dirigen contra individuos o entidades concretas y deben ser siempre conformes al Ordenamiento Jurídico Internacional y los Derechos Humanos.

Entre las sanciones internacionales existen diferentes tipos o clasificaciones, en primer lugar se puede identificar por el objeto que afectan, en las que se encuentran: los embargos de armas; las restricciones a la admisión de personas incluidas en listas de sanciones (prohibición de viajar o de visado); la inmovilización de bienes pertenecientes a personas o entidades incluidas en listas de sanciones (se inmovilizan todos sus bienes en el extranjero, y se prohíbe que persona o entidad perteneciente a los Estados que sancionan puedan poner a disposición de los sancionados algún tipo de fondo); las sanciones económicas o restricciones aplicables en determinados sectores de actividad económica, como la prohibición de importar o exportar determinados bienes o servicios, la prohibición de invertir, la prohibición de prestar determinados servicios, además de las restricciones Diplomáticas.

En atención a tu naturaleza, también se pueden clasificar en sanciones económicas amplias o generales y sanciones selectivas. Las sanciones generales o amplias se caracterizan por afectar plenamente a un Estado, su territorio y su economía, por lo tanto, suelen tener como consecuencia directa un grave perjuicio para la población civil, incluso podrían llegar a provocar crisis humanitarias, ya que no se centran en autoridades políticas o sectores concretos. La principal acción que se toma en este tipo de sanciones es la prohibición de exportaciones o importaciones, sean directas o indirectas.

Un claro ejemplo sería el caso de algunas de las sanciones aplicadas a Corea del Norte[11].

Luego estarían las sanciones selectivas, que son aquellas que buscan dirigir el efecto de las restricciones a personas específicas, como figuras políticas relevantes, así como aquellas que les respaldan. También pueden ir dirigidas a ciertos sectores económicos, es por ellos que no atacan a toda la economía de un territorio o país en su conjunto sino a objetivos concretos. En consecuencia, este tipo de sanciones puede consistir en la prohibición de importar o exportar ciertos productos o puede estar dirigida a una persona física o jurídica (empresas u organismos públicos). Si son dirigidas contra individuos concretos, normalmente, afectan a figuras de gran relevancia y poder para el país o territorio implicado.

Este último de tipo de sanciones son las más comunes, ejemplos claros pueden ser presidentes, altos funcionarios o jefes militares, como en el caso venezolano en el que el presidente del Tribunal Supremo de Justica (2017-2022) y actual Magistrado de la Sala de Casación penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, se encuentra sancionado por la Unión Europea, Estado Unidos, Panamá, Reino Unido, Canadá y Suiza.

Actualmente en Venezuela existe un régimen que ha realizado diversas actuaciones que quebrantan el Estado de Derecho y por ende han ido deteriorando la democracia en ese Estado hasta el punto en el que se puede afirmar que ya no existe democracia en ese país.

En primer lugar, el régimen se ha caracterizado por llevar a cabo elecciones carentes de las condiciones mínimas para garantizar resultados trasparentes y confiables. Luego intentó disolver una Asamblea Nacional (órgano legislativo) arbitrariamente a través de una sentencia dictada por el

---

[11] Sanciones que reviste una mayor dureza, son más generales (como la prohibición de otorgar residencia a nacionales de ese país) y que se han impuesto desde el seno del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas desde 2006, desde la Unión Europea y a la que se han sumado otros Estados como EEUU y Reino Unido. Todo esto se puede ver en algunas de las diversas resoluciones del Consejo de seguridad al respecto, entre las que se encuentran: la 1718 del 14 de octubre de 2006, la 1874 de 12 de junio de 209, la 2087 de 22 de enero de 2013, la 2094 de 7 de marzo de 2013, la 2270 de 2 de marzo de 2016, la 2321 del 30 de noviembre de 2016, la 2356 del 2 de febrero de 2017, la 2371 de 5 de agosto de 2017, entre otras.

Tribunal Supremo de Justicia, sin asidero legal[12] y creó una Asamblea Nacional Constituyente paralela sin fundamento legal alguno, que comenzó a funcionar en el 4 de agosto de 2017. Designó los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (máximo órgano judicial) sin atender a los requisitos legalmente establecido, al igual que lo hizo con los rectores del Consejo Nacional Electoral y realizaron unas elecciones presidenciales en mayo de 2018 que no fueron ni libres, ni limpias ni creíbles, y en consecuencia carecen de legitimidad democrática[13] (de allí la falta de legitimidad del actual presidente de Venezuela Nicolás Maduro Moros).

Es por lo anterior que para la sociedad internacional hay evidencias suficientes de que en Venezuela no existe una verdadera democracia, ya que requisitos tan básicos para su conformación, como lo son la separación de Poderes, el Estado de Derecho y la seguridad jurídica, no se cumplen.

A lo anterior se le debe agregar que dicho régimen para lograr mantenerse en poder ha realizado numerosos actos de represión en contra de la ciudadanía tanto de forma masiva e indiscriminada en protestas civiles, como otras dirigidas a personas o empresas de forma específica.

En virtud de lo anterior, la sociedad internacional ha reaccionado activando mecanismos de las Relaciones Internacionales, como lo son las sanciones impuestas por EEUU y la Unión Europea, entre las que se pueden mencionar: las sanciones especificas dirigidas a al menos 17 personas integrantes del Gobierno por "*haber apoyado y facilitado las acciones y políticas del Gobierno que han menoscabado la democracia y el Estado de Derecho en Venezuela*"[14]; La larga lista de sanciones personales impuesta a integrantes del Gobierno Venezolano impuestas por EEUU, desde la disolución del órgano legislativo realizada desde el poder judicial, que incluye al entonces presidente del Tribunal Supremo de Justicia Maikel Moreno por

---

12 Tal como se evidencia de la sentencia número 156 de 30 de marzo de 2017 del Tribunal Supremo de justicia, Sala Constitucional.

13 Consejo de la Union Europea y Consejo Europeo. "*Venezuela: respuesta del Consejo a la crisis*". Bruselas. 2023. Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/es/policies/venezuela/ . Consultado el 1ro de mayo de 2023.

14 Boletín Oficial del Estado (BOE). "*Decisión (PESC) 2022/2201 del Consejo, de 10 de noviembre de 2022, por la que se modifica la Decisión (PESC) 2017/2074 relativa a medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Venezuela*". Publicado en «DOUE» núm. 292, de 11 de noviembre de 2022, páginas 61 a 68 (8 págs.). Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc. php?id=DOUE-L-2022-81652 . Consultado el 1ro de mayo de 2023.

usurpación de funciones, así como al presidente Nicolás Maduro, al diputado Diosdado Cabello, al Ministro Tarek El Aissami, al Ministro de Defensa Vladimir Padrino López, entre otros por narcoterrorismo, lavado de dinero y corrupción[15].

Igualmente, se puede observar la preocupación de la Sociedad Internacional, desde sus instituciones, como se evidencia desde la Corte Penal Internacional, que envió al Fiscal Karim Khan con la misión de realizar un examen preliminar en la determinación de la pertinencia de la investigación de la comisión de crímenes de lesa humanidad en ese país. Otro ejemplo viene del ser de la Organización de Naciones Unidas, que se evidencia con el envío de una misión a Venezuela para investigar las posibles violaciones de Derechos Humanos que existen en ese país por parte de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos Michelle Bachelet, aprobado en 2019[16].

En el presente caso de estudio llaman en especial la atención sanciones más generales como las impuestas por el gobierno de EEUU en marzo de 2018, en las que el presidente estadounidense Donald Trump firmó una orden que impide a los ciudadanos norteamericanos y a las personas dentro del territorio de los Estados Unidos, realizar transacciones con cualquier tipo de moneda digital emitida por, para o en nombre del gobierno de Venezuela. Dicha relevancia se justifica en que el Estado venezolano tiene una economía netamente mono-productora (donde la mayoría de los bienes y servicios se importan) y paternalista donde el gobierno venezolano es propietario de la industria petrolera (principal ingreso del país); los servicios eléctricos, de comunicación e hídricos; de alimentos; estaciones de servicio de gasolina; entre otros servicios básicos.

---

15 CNN en Español. Laura Weffer Cifuentes. *"¿Quiénes son los 15 venezolanos acusados por corrupción, lavado de dinero y narcoterrorismo por el gobierno de EE.UU."*, 31 de marzo de 2020. Disponible en: https://cnnespanol.cnn.com/2020/03/31/quienes-son-los-15-venezolanos-acusados-por-corrupcion-lavado-de-dinero-y-narcoterrorismo-por-el-gobierno-de-ee-uu/. Consultado en línea el 1ro de mayo de 2023.

16 En septiembre de 2019, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estableció la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Bolivariana de Venezuela (MIIV) mediante la resolución 42/25 para investigar las presuntas violaciones de derechos humanos cometidas en el país desde 2014. El mandato de la MMIV fue prorrogado hasta septiembre de 2024 mediante las resoluciones 45/20 y 51/29 del Consejo de Derechos Humanos.

En virtud de lo cual, servicios elementales podrían verse afectados en detrimento de la población civil. Aunado a la hiperinflación que aqueja al país desde hace décadas y que se puede traducir en la "muerte" de bolívar, ya que en Venezuela se usa otro tipo de divisas (generalmente el dólar estadounidense) para realizar transacciones diarias y el Gobierno ha creado una moneda digital (Petro) con la que maneja parte de la economía nacional.

En ese orden de ideas toman especial relevancia las excepciones que podrían aplicarse en estas circunstancias de sanciones internacionales. En ese sentido se debe destacar que se trata de ser lo más estricto posible para garantizar la eficacia de las sanciones, mas en aras de proteger a la población civil, generalmente, se prevén regímenes excepcionales por razones humanitarias. Ejemplos claros se pueden observar cuando de un lado la Unión Europea sanciona, pero por otro prevé excepciones por motivos humanitarios a las sanciones contra Rusia.

Estas excepciones pueden estar previstas directamente en el texto, ser sobrevenidas y dictadas de oficio por el ente sancionador o podrían solicitarse por algún interesado de forma justificada al órgano competente para que sean sometidas a consideración.

En el contexto de las sanciones internacionales debe entenderse que las razones humanitarias son aquellas que buscan proteger a las personas que no participan o que ya no participan en los hechos que ponen en peligro la paz y la seguridad internacional o de la violación de derechos fundamentales. Siempre que las sanciones estén ajustadas al ordenamiento jurídico internacional, será improbable conseguir alguna otra excepción a dichas sanciones, más allá que el cese de la conducta que se busca modificar con la sanción.

Para la Unión Europea resulta evidente la situación de crisis humanitaria que se atraviesa en Venezuela, así lo expone cuando afirma que "*la economía de Venezuela se alimentaba de sus exportaciones de petróleo, que constituyen alrededor del 95 % de sus ingresos de exportación. Al desplomarse en 2014 los precios del petróleo, el país quedó sumido en una grave* ***crisis socioeconómica*** *que sigue empeorando. La crisis* ***afecta profundamente a la ciudadanía*** *de Venezuela, pues los sistemas de sanidad y educación se han hundido. La crisis está provocando la escasez de alimentos, desnutrición y brotes epidémicos. Más*

de tres millones de venezolanos han huido del país desde 2015, lo que constituye una de las mayores olas migratorias de América Latina"[17].

A lo que en 2017 se le suman las sanciones internacionales contra el Estado venezolano que, aunque se trata de sanciones contra el Gobierno, en el contexto de economía paternalista que rige en Venezuela, afectan directamente a la ciudadanía.

Cabría entonces preguntarse si el suministro de energía o de agua potable, considerados servicios básicos, podrían ser objeto de excepciones a este tipo de sanciones en el caso de personas físicas o jurídicas que deseen llevar a cabo acciones comerciales con las empresas del Estado encargadas de prestar dichos servicios, para garantizar derechos tan básicos. Llámese servicios de mantenimiento, asesoramiento técnico, venta de repuestos o venta de equipos nuevos para la actualización del sector.

Aunque dichas empresas no hayan sido sancionadas directamente entrarían en el marco de esa coletilla de "realizar transacciones con cualquier tipo […] para o en nombre del gobierno de Venezuela", con lo que se entiende que sería de forma directa o indirecta y que, siendo estas empresas del Estado, quedan cubiertas por dicha presunción. Sin embargo, tratándose de servicios básicos para la supervivencia de la ciudadanía, se podría considerar que están exentas de dichos bloqueos por razones humanitaria. Siempre y cuando se pueda comprobar que dichas obras eran necesarias y que se realizaron de forma trasparente y en favor de la sociedad civil. Para ello sería interesante que en dichos proyectos participaran entes observadores como organismos de Naciones Unidas o de la Unión Europea. Igualmente sería interesante realizar un manual de procedimiento para invocar esa excepción.

En conclusión, se puede afirmar que las sanciones internacionales son una herramienta tradicional de las Relaciones Internacionales, que en la actualidad son indispensables para influir en conductas violatorias del ordenamiento jurídico internacional o que amenacen la paz y la seguridad internacional. Sin embargo, se puede observar como pese a su constante evolución ese efecto disuasivo y en otros coercitivo que implican, también acarrea un coste para la sociedad civil.

---

[17] Consejo de la Union Europea y Consejo Europeo. "*Venezuela: respuesta del Consejo a la crisis*". Bruselas. 2023. Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/es/policies/venezuela/ . Consultado el 1ro de mayo de 2023.

En virtud de lo cual su efectividad termina en tela de juicio, debido a que generalmente no logran modificar la conducta infractora, como en el caso de los duros bloqueos contras los regímenes de Corea del Norte o de Cuba, que pese a durar décadas, no han sido capaces de restablecer o instaurar la democracia.

Aunque también se han visto casos positivos como el de Sudáfrica, en el que las sanciones aplicadas contra el régimen racista de Pretoria, marcado por importantes desinversiones, la prohibición de la venta de armas y posteriormente un embargo sobre el petróleo, acabó siendo clave para la abolición del *Apartheid*.

Sin embargo, los otros casos de éxito, generalmente lo han obtenido cuando se han acompañado las sanciones de intervenciones militares, como el caso de Irak, con lo cual el objetivo mismo de las sanciones, que es evitar una escalada del conflicto no se cumple. Es por ello que las sanciones económicas sólo pueden ser vistas como una más de las piezas de la caja de herramientas de la Sociedad Internacional para garantizar la paz y la seguridad internacional, ya que solas de por sí se puede afirmar que han tenido más fracasos que aciertos.

En definitiva, el Doctor Raúl Arrieta Cuevas, tendría mucho más que decir y aportar sobre este tema de las sanciones internacionales, especialmente como venezolano ilustre y comprometido con la sociedad civil. Nos ilustraría sobre la necesidad de que evolucionen algunos conceptos del Derecho Internacional Público, que se reformulen otras tantas cuestiones, pero que en definitiva siempre ocurriría cuando una nueva crisis lo requiriera. Ahora su trayectoria y obra, son el legado para continuar ese camino de evolución.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Consejo de la Unión Europea y Consejo Europeo, “Venezuela: respuesta del Consejo a la crisis”, Bruselas, 2023, Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/es/policies/venezuela/, consultado el 1ro de mayo de 2023.

El Economista, “Historia de las sanciones económicas: un arma de guerra y paz”, Editorial Ecoprensa S.A, Madrid, 21 de febrero de 2022, disponible en: https://www.eleconomista.es/podcasts/noticias/11625576/02/22/Historia-de-las-sanciones-economicas-un-arma-de-guerra-y-de-paz.html, consultado en fecha 26 de abril de 2023.

Gobierno de España, Ministerio de Asunto exteriores, Unión Europea y Cooperación, "Sanciones Internacionales", Madrid, 2023, disponible en: https://www.exteriores.gob.es/es/PoliticaExterior/Paginas/SancionesInternacionales.aspx, consultado en fecha 25 de abril de 2023.

Gobierno de España, "Decisión (PESC) 2022/2201 del Consejo, de 10 de noviembre de 2022, por la que se modifica la Decisión (PESC) 2017/2074 relativa a medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Venezuela", en *Boletín Oficial del Estado (BOE)*. Publicado en «DOUE» núm. 292, de 11 de noviembre de 2022, páginas 61 a 68 (8 págs.), disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81652, consultado el 1ro de mayo de 2023.

Organización de naciones Unidas, "Carta de Naciones Unidas", Firmada en San Francisco, Estados Unidos el 26 de junio 1945, Disponible en: https://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/carta-ONU-1945.pdf, consultado el 20 de abril de 2023.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia," sentencia Nro. 156 del 29 de marzo de 2017", disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML, consultado en fecha 30 de abril de 2023.

Sociedad de las Naciones. "Tratado de Versalles", Firmado en Versalles, Francia el 28 de junio de 1919, disponible en: https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/, consultado el 20 de abril de 2023.

WEFFER CIFUENTES, Laura. "¿Quiénes son los 15 venezolanos acusados por corrupción, lavado de dinero y narcoterrorismo por el gobierno de EE.UU." CNN en Español, 31 de marzo de 2020, disponible en: https://cnnespanol.cnn.com/2020/03/31/quienes-son-los-15-venezolanos-acusados-por-corrupcion-lavado-de-dinero-y-narcoterrorismo-por-el-gobierno-de-ee-uu/, consultado en línea el 1ro de mayo de 2023.

DEL RÍO ODER AL ACUERDO DE ESCAZÚ. UNA TRAVESÍA HACÍA LA GEOPOLÍTICA AMBIENTAL

Anna Karerina ZAMBRANO UZCÁTEGUI*

INTRODUCCIÓN

Derecho, política y economía conforman un triunvirato con incidencia directa en lo social, entendiendo a este último elemento como aquel más cercano al individuo y su entorno, igualmente, desde que nuestra especie se colocó en el primer lugar de la cadena alimenticia, la estrecha vinculación entre esta existencia y el medio ambiente ha sido evidente, tanto como las huellas de nuestros pies al caminar.

Así pues, de tanto buscar y mejorar nuestra forma de vida surge de manera masiva la agricultura, hecho de connotada relevancia en nuestra historia y realidad actual, aunque desde su surgimiento nos separen unos cuantos miles de años. Más adelante en la curva del tiempo, llegaría otra revolución, la industrial, y con un cambio irreversible en nuestra manera de interrelacionarnos con el planeta. El ser humano logro mejorar su forma de vida y aumentar su presencia en número sobre el territorio, pero esto no sería en vano, mayor complejidad social, mayores retos económicos, significarían dificultades por resolver en las que el derecho como herramienta ha prestado sus servicios a la política y ha ofrecido soluciones, sin embargo, la aceleración del crecimiento, proporcional al daño, parece reclamar más que acuerdos con buenas intenciones, hechos concretos, es decir, acción.

---

* Abogada, Especialista en Derecho Internacional Económico y de Integración, con estudios de Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado por la Universidad Central de Venezuela. Optante al título de Magister en Diplomacia por la Universidad de Costa Rica.

De esta manera, queremos presentar un pasaje sobre los esfuerzos que se han hecho para rectificar y contener esta ruta tomando como punto de partida algunos acontecimientos que han significado un antes y un después en la generación de conciencia sobre el impacto que como especie tenemos sobre el medio ambiente.

I. DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el mayor requerimiento de materias primas, aunado a la innovación tecnológica, trajo consigo el surgimiento de controversias entre Estados, particularmente limítrofes, justamente por el uso de los mismos, punto en el cual identificamos los orígenes del derecho internacional ambiental, desarrollado sobre la base de los principios de buena fe e igualdad jurídica de los Estados al calor de la necesidad de resolver problemas concretos vinculados con el aprovechamiento de recursos naturales fronterizos o compartidos, disputas estas que fueron resueltas, muchas de ellas, por tribunales internacionales, espacios en lo que se establecieron los precedentes que sirvieron de soporte para esta disciplina jurídica; entre ellos tenemos el caso relativo al río Oder, donde el debate se centró en las diferencias de interpretación que surgieron entre Alemania, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Suecia y Checoeslovaquia por una parte y por la otra, Polonia, relacionadas los textos que había instituido el régimen internacional del Oder.

Así las cosas, según el Tratado de Versalles, el Oder y su red fluvial estarían sometidos a la administración de una Comisión Internacional, en la cual todos los Estados. interesados tenían representación. Sobre esta, el grupo de países conformado por Alemania, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Suecia y Checoeslovaquia, sostenían que la jurisdicción de la Comisión de referencia se extendía no solamente al curso mismo del rio y a los sectores navegables de los afluentes situados en territorio alemán o comunes a Alemania y a Polonia, sino también a las partes navegables de los afluentes del Oder enclavadas exclusivamente en territorio polaco. Esta opinión era impugnada por Polonia, quien se negaba especialmente, además a admitir que se invocara el Convenio de Barcelona, por cuanto el Gobierno polaco no lo había ratificado. Tal y como se aprecia en el trabajo presentado por el Relator Especial Stephen Schvebel en el "Segundo Informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación".

El asunto, resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional, tuvo como protagonistas a las disposiciones del Tratado de Versalles las cuales tuvieron un papel importante en la interpretación de los alegatos de las partes, siendo uno de los principales preceptos que se puede extraer del fallo el relativo a la "comunidad de intereses de los Estados ribereños: "esta comunidad de intereses en un río navegable se convierte en la base de una comunidad de derecho, cuyas características fundamentales son la igualdad absoluta de todos los Estados ribereños en el uso de la totalidad del recurso del río y la exclusión de todo privilegio de cualquier Estado ribereño en relación con los demás." [1]

Vemos entonces como esta particular rama del derecho internacional enfocado en el ambiente se encuentra integrado por numerosas normas orientadas a regular la conducta de los Estados y demás sujetos de derecho internacional en su relación con el medio ambiente a fin de garantizar la protección, conservación y preservación del mismo; desde sus orígenes no ha dejado de crecer y especializarse con normas que se encuentran en una gran cantidad de convenciones y tratados, algunas consuetudinarias y otras con base en una serie de principios jurídicos que cohesionan la disciplina. La misma dinámica global contribuye a la existencia también en este ámbito, de instrumentos de *soft law*, sin olvidar aquellas que surgen de declaraciones, resoluciones y la jurisprudencia de tribunales internacionales, como vimos en el asunto del río Oder.

Lo cierto es que el tema abarca hoy por hoy un espectro más allá del jurídico y la reparación o no de los daños, ya que ha permeado de manera transversal en el esquema de la política exterior de los Estados y ha servido de motivación para la creación de instancias organizadas de la sociedad civil quienes pujan por la conservación abriéndose un espacio importante dentro de la comunidad internacional.

II. GEOPOLÍTICA AMBIENTAL

La geopolítica como disciplina se nutre necesariamente de otras ramas del conocimiento, entre ellas, las ciencias políticas, la geografía; con quienes comparte más que un prefijo griego; la historia, las relaciones internacionales

---

[1] Zlata, Drnas de Clement. "Los Recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho Internacional". *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Argentina. 2002, p. 10-13.

y por supuesto, como hemos visto, el derecho, estas le permiten percibir y construir su razonamiento metodológico frente al acontecer interno de un determinado país y su relación con la comunidad internacional. En el caso de la geografía, reviste particular importancia toda vez que la geopolítica adquiere su mayor significado en torno a su relación con el espacio geográfico cuyo análisis pretende o representa.

A mediados del siglo pasado se puso en manifiesto de manera sistemática y permanente la interrelación del medio ambiental y la política, el cuidado de los recursos y la noción de la temporalidad y extraterritorialidad de los mismo, elementos estos que cada vez más son considerados como fundamentales en el estudio y práctica de la política exterior [2] y no porque antes la vinculación no fuera evidente, o que lo digan los venecianos favorecidos en el comercio de la edad media por sus características geográficas, sino que el crecimiento demográfico y la especificidad tecnológica característicos del siglo XX y XXI han colocado en primera línea el debate sobre la gestión ambiental, tanto para su aprovechamiento económico como para su cuidado; siendo esto lo que viene a significar la verdadera novedad.

Hoy, el color verde como sinónimo de medioambiente es un tema prioritario en las agendas de políticas públicas internas e internacionales de los Estados, amén de llamar a la acción a los individuos como garantes directos de su hábitat, sea de forma personal con la figura de activistas medioambientales o a través de la organización civil al amparo, por ejemplo, de las ONG´S.

En este contexto, múltiples estudiosos con base en el conocimiento de sus áreas de formación y experticia han contribuido al reconocimiento de esta especialización de la geopolítica hacia el ambiente, como una manera de analizar el acontecer nacional y externo de sus países bajo el enfoque ecológico, dando así cabida y contenido a la expresión: geopolítica ambiental.

Lo anterior ha sido recogido en numerosa doctrina “centrada en las consecuencias del crecimiento de la población para la escasez de recursos, las consecuencias de la escasez de recursos para el conflicto potencial, la relación entre recursos y geografía y el efecto de la tecnología en los recursos y la

---

[2] James E, Dougherty. *Teorías en pugna en las relaciones internacionales*. Colección Estudios Internacionales. Grupo editor Latinoamericano. Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 63.

geografía."[3] La referida tecnología se asocia al poder económico y militar, de manera que la explotación de los recursos es pujada desde la asimetría, y no en todos los casos coincide la soberanía sobre estos con la posibilidad masiva de extracción, situación que contribuye a la tensión política, pero también al fortalecimiento de la diplomacia como herramienta de negociación y ejercicio de poder, más concretamente la diplomacia ambiental.

Se pone en evidencia entonces la interrogante de cómo, desde la geopolítica y diplomacia ambiental, se puede lograr mediar en el cuidado y explotación del medio ambiente. Son varias las expresiones de escollos en este camino.

Ejemplo de esto lo constituye la propuesta Yasuní, presentada por el gobierno de Ecuador ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2007, iniciativa orientada a cuidar la selva amazónica, evitando la exploración del campo petrolero "Ishpingo – Tiputini – Tambococha", ubicado en el Parque Nacional Yasuní, en la Amazonía ecuatoriana, con reservas de crudo de petróleo de 920 millones de barriles aproximadamente[4]. La propuesta buscaba, aparte de limitar la exploración y extracción petrolera, preservar comunidades originarias que habitan la zona y asegurar oportunidades de desarrollo a través de la cooperación entre países entregando recursos a un fideicomiso internacional como compensación por lo que se dejaría de percibir al no explotar el petróleo amazónico ecuatoriano

Sin embargo, la iniciativa se inviabilizó por la mezcla de los intereses nacionales de las potencias centrales de inicio de siglo, que tuvieron en la Organización de las Naciones Unidas su principal herramienta de gestión, sea para la no entrega de los recursos al fondo comprometido y administrado por un fideicomiso internacional, como también, minimizando la presencia ecuatoriana en la administración del mismo, mediante la instalación de integrantes funcionales a los intereses nacionales globales.

Lo cierto es que, aunque la iniciativa Yasuní-ITT no entró en vigor si trascendió a las discusiones de las políticas públicas nacionales e internacionales, despertando el debate ciudadano sobre temas especializados vinculados con las ventajas y las actividades extractivas en contraposición con la necesidad de conservación de la naturaleza.

---

3 *Ídem* 65.

4 Patricio Eduardo, Hernández Renteria. *La Iniciativa Yasiní-ITT: una oscura lección sobre ética y desarrollo*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ecuador, 2002.

Por otra parte, en el plano internacional se puso en la mesa "la exploración de nuevas formas de contribución de los Estados a los compromisos sobre el cambio climático".

Lo anterior, dio un impulso a la región latinoamericana colocándola al frente de la visibilización de un tema de trascendente importancia en este siglo, cuyo tratamiento posiblemente marque la diferencia en la mejora o deterioro de nuestras condiciones de vida o incluso sea un punto de inflexión hacia la destrucción irreversible del mundo tal como lo conocemos hoy. [5]

III. COSTA RICA, DE LAS PALABRAS A LA ACCIÓN

En la revista "La Costa Rica que queremos, una propuesta de política exterior hacia el bicentenario", publicada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica en 2013, se hace especial énfasis en la inclusión dentro de la agenda de política externa el impulso de la imagen de Costa Rica como "promotor del desarrollo sostenible y la innovación ambiental" atendiendo a los compromisos de los Acuerdos de Río y lo convenios internacionales en materia de cuidado ambiental, el seguimiento a la propuesta país de ser "carbono neutro" así como el fomento de proyectos para la "reconversión de deuda por naturaleza"

Por su parte, en la revista "Construyendo una visión de Estado de la política exterior costarricense" de 2017, el segundo capítulo relativo a la política multilateral del país, se hace una extensa referencia al impulso que Costa Rica tiene como "promotor del desarrollo sostenible y la innovación ambiental" en el marco de los acuerdos adoptados en el seno de la Asamblea de las Naciones Unidas en septiembre de 2015 titulados "Transformando nuestro mundo: La agenda 2023 para el desarrollo sostenible". Sobre este particular punto, Costa Rica ha internalizado el concepto de desarrollo sostenible como parte del logro para la generación de empleos, la reducción de la pobreza, el crecimiento económico y por ende la disminución de las desigualdades de la mano de la protección del ecosistema natural a través de su uso racional. Al acercarnos a la actividad política interna de Costa Rica se hace evidente el compromiso que, a través de la línea estratégica trazada en materia internacional, ha adquirido en torno a la gestión medioambiental eficiente. Destaca, por ejemplo, el éxito con "el sistema de pago por servicios

---

[5] José, Orellana Yáñez. *La geopolítica ambiental global del siglo XXI. Los desafíos para América Latina.* Universidad Academia de Humanismo Cristiano. RIL Editores. Chile, 2021.

ambientales" punto en el cual el país ha sido pionero. En términos de números Costa Rica almacena en sus bosques 2950 millones de toneladas de carbono, igualmente acoge a un 5 % de la diversidad del mundo, contando con una matriz de energías limpias de un 97 % la meta está orientada a lograr a emisión cero en 2085.

En este orden de ideas, en el ámbito regional y de integración forma parte de la Asociación Independiente de Latinoamérica y el Caribe (AILAC) bloque regional que aboga por "reducir las emisiones, actuar con medidas de mitigación, perfeccionar la capacidad de adaptación a los efectos del calentamiento, recuperación frente al impacto y defender la biodiversidad" También se encuentra incorporado como miembro número 38 de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), institución de connotada importancia en el diseño de las estrategias de la agenda económica internacional que sirve de foro para el tratamiento de temas diversos tales como: inversiones, comercio, gobernanza, agricultura y medio ambiente, entre otros. De hecho, la participación de Costa Rica en esta entidad le permite estar en el primer orden de "estándares para las industrias del futuro relacionadas con la cuarta revolución industrial, la economía digital y la lucha contra el cambio climático; áreas en las cuales Costa Rica tiene potencial y liderazgo incipiente" [6]

Igualmente, Costa Rica ha participado en la negociación de acuerdos directamente relacionados con el ámbito de protección medioambiental, así tenemos el Acuerdo sobre Cambio Climático, Comercio y Sostenibilidad, el Accts por sus siglas en inglés que procura la eliminación de aranceles para bienes ambientales, mediante la interrelación de "flujos de intercambio global de bienes y servicios con temas ambientales"[7] esta iniciativa cuenta con la participación de Nueva Zelanda, Noruega, Fiyi, Suiza e Islandia, países todos miembros de la Organización Mundial del Comercio, organismo dentro del cual, pretenden proponer la eliminación de aranceles al comercio de bienes ambientales.

El Accts contempla al menos cuatro puntos principales, a saber: 1) la eliminación de aranceles al comercio de bienes ambientales del sector industrial (fase de negociación), 2) Eliminación de barreras al comercio de

---

6 Víctor, Umaña. "La adhesión a la OCDE". *El Financiero*, número 1339, Costa Rica, 4 de junio de 2021, p. 22-23.

7 Mónica, Cerdas. "País Negocia su primer acuerdo comercial verde." *El Financiero,* número 1352, Costa Rica, del 28 de agosto de 2021, p. 8.

servicios ambientales, 3) promoción de buenas prácticas para el desarrollo de sistemas voluntarios de eco-etiquetado, y 4) eliminación de subsidios y compromisos que dañan el ambiente. Con ello se busca que bienes, como, por ejemplo, turbinas eólicas o equipo para monitorear la contaminación del agua o del aire gocen de estos beneficios arancelarios, trayendo este acuerdo también como beneficio para Costa Rica mayor acceso a tecnologías y procesos ambientales más sostenibles, así como atraer inversiones en esas áreas.

En medio de otras tantas actividades impulsadas por Costa Rica en materia de protección ambiental destaca el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como Acuerdo de Escazú, adoptado en Costa Rica el 4 de marzo de 2018 "primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales" un esfuerzo multilateral latinoamericano y del Caribe que traslada al papel en forma de normas las intenciones emanadas de la Conferencia de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas celebrada en 2012 conocida como Río+20.

Se trata de un esfuerzo innovador y acorde, al menos desde el punto de vista de sus considerandos, con el alcance de los retos que enfrenta la humanidad en este siglo, así como cónsono con la evolución que sobre el tema de la protección medioambiental ha habido desde que se tomó conciencia del efecto que tiene la actividad humana en el uso y disfrute de los recursos naturales.

Como novedad, del texto del acuerdo se extrae su vocación civilista y promotora de la participación de los distintos actores de la sociedad civil avocados a la protección del ambiente, con el mismo se procura garantizar la implementación del derecho de acceso a la información en materia de políticas públicas ambientales, así mismo, el derecho a la participación en decisiones políticas que puedan afectar el medio natural y muy especialmente destaca uno de sus puntos más polémicos que es el derecho a la justicia en asuntos ambientales.

Para abril 2023, el Acuerdo de Escazú ha sido firmado por 24 países de América Latina y el Caribe y cuenta con 15 Estados Partes que son: Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Ecuador, Granada, Guyana, México, Nicaragua, Panamá, San Vicente y las Granadinas, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Uruguay, adoptado el 4 de marzo de 2018, entró en vigor

el 22 de abril de 2021, otros países pueden sumarse conforme al procedimiento de la adhesión, no obstante, por lo que respecta a los actuales miembros, dan continuidad a las disposiciones contenidas en el mismo a través de la llamada COP 2 que tuvo lugar también en abril de 2023 en Buenos Aires con carácter extraordinario para elegir como punto central a los primeros integrantes del Comité de Apoyo a la Aplicación y el Cumplimiento del tratado, según se observa en la página web de la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL)

IV. PALABRAS FINALES

Casi 100 años han transcurrido desde el fallo emitido por la Corte Permanente Internacional de Justicia en relación con el punto controvertido derivado de las obligaciones entre Alemania, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Checoslovaquia, Suecia y Polonia, vinculado con el régimen internacional del río Oder, importante vía fluvial de Europa central que hace frontera entre Alemania y Polonia, nace en la República Checa y luego de un recorrido de 187 kilómetros desemboca en el Mar Báltico, hito que sirvió de fundamento para la positivización de un hecho: el de la responsabilidad compartida sobre el uso y cuidado de los recursos naturales, sean fronterizos como en dicho caso o globales como se reconoce hoy por hoy, donde todos los actores de la comunidad internacional incluyendo al individuo tienen una cuota de compromiso y competencia en la conservación de los mismos con un grado de interconectividad tan intrínseco como las corrientes oceánicas, en función a la "comunidad de intereses" que nos une como sociedad internacional.

En este periodo de tiempo el interés ha permeado, como hemos visto, de ser un asunto meramente reparador de un daño cuyo régimen se ha sometido a la consideración de un órgano jurisdiccional a integrar el discurso político interno y externo. Hoy el desarrollo no puede concebirse sin el cuidado ambiental.

La dinámica de la política exterior de los países tiene dentro de sus prioridades la agenda climática, con un especial apartado para la geopolítica ambiental y por ende la diplomacia también ambiental, de ahí que países como Costa Rica, con ventajas comparativas en materia de recursos naturales puedan posicionarse en los foros internacionales con una voz casi tan poderosa como el otrora poder militar.

Según el informe de Desarrollo Sustentable 2021 que incluye datos de 165 Estados, Costa Rica es el país "número 50 del mundo en cuanto a sustentabilidad, a la vez que ocupa el cuarto lugar en América Latina"[8] tal calificación reconoce los estándares de cumplimientos en materia de energía asequible y limpia.

Cuenta, además, entre otras características con un Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) que cubre el 26 por ciento de su territorio. Es un país que aun con los asuntos que puedan estar pendientes en la materia, tiene un foco diferenciador en luz verde positivo en torno a la acción concreta para el mejoramiento y conservación de los recursos.

Por su parte el fenómeno que significa el Acuerdo de Escazú tiene en su seno el espíritu civilista y proteccionista de Costa Rica, aún y cuando a la fecha no lo haya ratificado. Este instrumento ha colocado en blanco y negro el protagonismo de aquellos ciudadanos independientes o representados a través de las distintas formas de organización que tiene la sociedad civil en la participación, acceso a la información y a la justicia en torno a los proyectos y políticas públicas vinculadas con el uso de los recursos naturales, trasladando el debate de lo meramente jurídico reparatorio a lo político como sinónimo del ejercicio amplio de los derechos ciudadanos para gestionar e incluso anticipar gravámenes sobre el medio natural.

Así las cosas, desde una perspectiva optimista, los términos "Desarrollo Sustentable y Sostenible" tendrán contenido y el sentido de urgencia que la propia sociedad civil le otorgue. El abordaje de este asunto global que traspasa cualquier frontera como el vuelo de las aves migratorias precisa acuerdos funcionales que represente los intereses de todas las partes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGLÉS HERNANDEZ, Marisol y otros., "Manual de Derecho Ambiental Mexicano", Universidad Autónoma de México, México, 2021, disponible en https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6429-manual-de-derecho-ambientalmexicano, consultado en fecha 14/04/2023

---

8 Brenda, Camarillo. "Costa Rica es el cuarto país más sustentable de América Latina y el 50 del mundo". *La República,* Costa Rica, 14 de marzo de 2002, p. 4.

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, "Publicación de las Naciones Unidas", 2018, disponible en https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu, consultado en fecha 14/04/2023.

CAMARILLO, Brenda. "Costa Rica es el cuarto país más sustentable de América Latina y el 50 del mundo", en *La República*, Costa Rica, 14 de marzo de 2022.

CASTILLO BARRANTES, Enrique y otros., "La Costa Rica que queremos: una propuesta de política exterior hacia el bicentenario", Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, San José, 2013.

CEPAL, Argentina acogerá la segunda reunión de la conferencia de las partes del Acuerdo de Escazú, Disponible en https://www.cepal.org/es/noticias/argentina-acogera-la-segunda-reunion-la-conferencia-partes-acuerdo-escazu, consultado en fecha 14/04/2023.

CERDAS, Mónica. "País Negocia su primer acuerdo comercial verde", en *El Financiero*, número 1352, Costa Rica, 28 de agosto de 2021.

DOUGHERTY, James E. "Teorías en pugna en las relaciones internacionales", en *Colección Estudios Internacionales*, Grupo editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1993.

DRNAS DE CLEMENT, Zlata. "Los recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho Internacional", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2003, disponible en la dirección web https://www.corteidh.or.cr/tablas/r21646.pdf, Consultado el 13 de abril de 2023.

GONZALEZ SANZ, Manuel y otros. "Construyendo una visión de Estado de la política exterior costarricense", Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, San José, 2017.

HERNANEZ RENTERIA, Patricio Eduardo. "La Inciativa Yasiní-ITT: una oscura lección sobre ética y desarrollo", en *Pontificia Universidad Católica del Ecuador,* Ecuador, 2002, disponible en https://www.redalyc.org/journal/6002/600263428014/html/, consultado el 5 de abril de 2023.

ORELLANA YAÑEZ, José. "La geopolítica ambiental global del siglo XXI. Los desafíos para América Latina", en *Universidad Academia de Humanismo Cristiano. RIL Editores,* Chile, 2021, disponible en: http://revistas.academia.cl/index.php/esp/article/view/2066/2186, consultado el 5 de abril de 2023.

SCHVEBEL, Stephen. “Segundo Informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación”, en *Documento A/CN.4 332/ADD.1,* 1980. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_332.pdf, consultado el 5 de abril de 2023.

UMAÑAN, Víctor., “La adhesión a la OCDE”, en *El Financiero,* número 1339, Costa Rica, 4 de junio de 2021.